

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

GABRIELA BAZANELLA DE OLIVEIRA

O Princípio da Congruência no Processo Penal Brasileiro

Porto Alegre

2010

GABRIELA BAZANELLA DE OLIVEIRA

O Princípio da Congruência no Processo Penal Brasileiro

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre

2010

GABRIELA BAZANELLA DE OLIVEIRA

O Princípio da Congruência no Processo Penal Brasileiro

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre. 1 de julho de 2010.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Odone Sanguiné
UFRGS

Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo
UFRGS

Prof. Dr. Danilo Knijnik
Orientador
UFRGS

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Danilo Knijnik, por ter me acompanhado pacientemente ao longo de todo o desenvolvimento da presente monografia, colaborando de forma essencial para sua elaboração.

Gostaria de agradecer ao Murilo Tropea Bellon pelo inestimável auxílio na conclusão deste trabalho, o qual jamais esquecerei.

Agradeço, ainda, a minha família pelo apoio incondicional, imprescindível à realização desta monografia.

Por fim, agradeço aos Professores Vitor Antonio Guazzelli Peruchin, Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin, Marcelo Machado Bertoluci e Guilherme Rodrigues Abrão por me incentivarem todas as tardes.

RESUMO

A presente monografia versa sobre o princípio da congruência no processo penal brasileiro, também conhecido como princípio da correlação entre a acusação e sentença. Por tal princípio depende-se a idéia de que os fatos imputados no momento inicial e final do processo devem ser idênticos, constituindo importante garantia ao acusado de que só será processado e condenado por fatos de que tenha tido conhecimento e de que tenha devidamente se defendido.

Portanto, o princípio da congruência é consentâneo dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Este último diz respeito tanto à acusação quanto à defesa: as partes têm direito à ciência dos atos praticados pela parte contrária, bem como a contraditarem tais atos. Já o primeiro é exclusivo ao acusado, consubstanciado no direito à autodefesa e à defesa técnica especializada.

A mutação da demanda é um tema bastante complexo no âmbito do processo penal, principalmente pela dificuldade de se apontar com precisão quais modificações do fato processual ensejariam violação ao princípio da congruência. A doutrina é bastante divergente nesse aspecto, não existindo solução abstrata e genérica que possa ser utilizada como parâmetro de resolução de casos, devendo a questão ser analisada casuisticamente.

A relação de correlatividade é tratada em nosso Código de Processo Penal nos seus artigos 383 e 384, os quais disciplinam, respectivamente, os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*. Tais artigos serão profundamente estudados a fim de que se consiga identificar as suas hipóteses de cabimento, as quais igualmente não escapam de entendimentos doutrinários dissonantes.

Palavras-chave: Princípio da congruência. Correlação entre acusação e sentença. Mutação da demanda. Regra da identidade. *Emendatio e Mutatio Libelli*.

Título: O Princípio da Congruência no Processo Penal Brasileiro.

ABSTRACT

This study discusses the congruence principle in Brazilian Procedural Law, also known as the principle of correlation between accusation and sentence. According to this principle, the facts imputed in the beginning and the end of the process should be identical, which provides for the defendant with a guarantee that they will only be sued and condemned with facts known to them, against which they had been defended.

Therefore, the congruence principle is consentaneous with the principle of complete defense and contradictory. The latter concerns both the accusation and the defense: the parties have the right to know the acts performed by the contrary party, as well as to contest these acts. The former is exclusively granted to the defendant, consubstantiated in the right to self-defense and specialized technical defense.

The demand mutation is a very complex theme in the field of criminal procedure, mainly due to the difficulty of indicating precisely which modifications of the procedural fact would constitute infraction of the congruence principle. The doctrine is considerably divergent in this aspect; there is no existing abstract and generic solution to be used as a parameter for cases resolution. Therefore, the issue should be casuistically analyzed.

Correlation is treated in our Criminal Procedure in the articles 383 and 384, which discipline, respectively, the *emendatio libelli* and *mutatio libelli*. These articles are thoroughly studied in order to identify their hypotheses of suitability, which do not escape, also, of dissonant doctrinaire understandings.

Keywords: Congruence principle. Correlation between accusation and sentence. Demand mutation. Identity Rule. *Emendatio and Mutatio Libelli*.

Title: The Congruence Principle in Brazilian Criminal Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
PRIMEIRA PARTE – O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA	10
1. Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa como Informadores do Princípio da Congruência	10
2. As Concepções de Objeto do Processo e de Fato Processual	12
3. Conceito e Regra Geral de Identidade	17
SEGUNDA PARTE – DA DIVERSA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS	26
1. Aspectos Gerais	26
2. Da Alteração da Capitulação Jurídica no Recebimento da Denúncia	30
3. Da Suspensão Condicional do Processo; Da Alteração da Competência e Da Alteração da Natureza da Ação Penal	37
4. Críticas ao Instituto da <i>Emendatio Libelli</i>	41
5. A <i>Emendatio Libelli</i> no Projeto de Novo Código de Processo Penal	51
TERCEIRA PARTE – DA NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS	52
1. Aspectos Gerais	52
2. A Expressão <i>Elemento ou Circunstância</i> da Infração	55
3. Diferenças entre Fato Novo e Fato Diverso e as suas Consequências no Estudo da <i>Mutatio Libelli</i>	60
4. Da Variação Admissível Do Objeto da Demanda: o Aditamento à Exordial Acusatória	64
5. A Imperatividade do Aditamento à Exordial Acusatória; a (In)subsistência da Figura do Aditamento Provocado e o Momento da Aplicação do Instituto	67
6. Do Procedimento Após o Aditamento à Denúncia	74
7. Da (In)existência de Imputação Alternativa Superveniente	77
8. Da (Im)possibilidade de Aditamento nos Crimes Perseguidos por Ação Penal Privada	81
9. Análise de Casos Específicos e de Jurisprudência	83
CONCLUSÕES	93
REFERÊNCIAS	95

INTRODUÇÃO

A mutação da demanda é um dos temas mais complexos do Direito Processual Penal. A correlação entre os fatos imputados no momento inicial e final do processo constitui importante garantia ao acusado de que só será processado e condenado por fatos de que tenha tido conhecimento e de que tenha devidamente se defendido.

Portanto, o princípio da congruência é consentâneo dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Este último diz respeito tanto à acusação quanto à defesa: as partes têm direito à ciência dos atos praticados pela parte contrária, bem como a contraditarem tais atos. Já o primeiro é exclusivo ao acusado, consubstanciado no direito à autodefesa e à defesa técnica especializada.

A primeira parte do trabalho expõe a árdua tarefa de delimitar o objeto do processo penal, matéria bastante divergente na doutrina. Há, ao menos, como veremos, três posições principais: a) aquela que dispõe ser o objeto do processo penal apenas o fato naturalístico, delimitado no espaço e no tempo; b) aquela que considerada apenas o fato penal como objeto do processo; e c) aquela que une as duas teorias, entendendo o objeto do processo penal como o fato naturalístico delimitado no espaço e no tempo referenciado a um tipo penal.

O problema da correlatividade do objeto do processo penal consiste na verificação de sua identidade em dois momentos distintos: na inicial acusatória e na sentença final. A maior dificuldade do trabalho foi tentar estabelecer quais as modificações do fato processual ensejariam violação o princípio da congruência, sendo imprescindível a utilização da *mutatio libelli* a fim de que se evite a nulidade absoluta. Conforme veremos na primeira parte desta monografia, não há solução abstrata e genérica que possa ser utilizada como parâmetro de resolução de casos, devendo a questão ser analisada casuisticamente.

Na segunda e na terceira parte deste trabalho trataremos do princípio da congruência no Processo Penal Brasileiro ao estudarmos seus artigos 383 e 384, os quais disciplinam, respectivamente, os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*. Infelizmente, não serão analisados os artigos referentes ao Tribunal do Júri, os quais merecem atenção mais acurada, a qual não seria possível pelos limites inerentes à presente monografia.

Com a provável modificação do nosso Diploma Processual, prevista ainda para o corrente ano, tentaremos traçar pequenos paralelos ao longo do texto entre a previsão legislativa atual e a decorrente da Lei nº 156/2009 do Senado Federal. Desde já alertamos o leitor que o Anteprojeto de Código de Processo Penal não trouxe grande alteração aos artigos

383 e 384 (os quais passaram a ser os artigos 407 e 408, respectivamente), restringindo-se em algumas alterações pontuais reclamadas pela doutrina.

Na segunda parte deste trabalho expomos que no processo penal brasileiro se aceita a identidade parcial do objeto do processo, restrita aos fatos descritos na inicial, independentemente da classificação jurídica. A mera alteração da capitulação jurídica é livre pelo magistrado, tendo guarida nos brocardos *jura novit curia* (princípio da livre dicção do direito) e *narra mihi factum dabo tibi jus* (princípio da consubstanciação). Portanto, não violaria o princípio da congruência a alteração do tipo penal veiculado na inicial.

Contudo, veremos que a questão não é pacífica na doutrina pátria, haja vista que vários autores entendem emergir dos princípios do contraditório e da ampla defesa a possibilidade de as partes se manifestarem acerca da possível modificação da capitulação jurídica dos fatos pelo magistrado na sentença final. Dessa forma, o contraditório também deveria abranger as questões de direito, e não tão-somente as questões de fato.

Também será estudada nesse tópico a sistemática procedimental do referido instituto, tal como o seu momento de aplicação, as alterações da capitulação que modifiquem a competência inicial, a natureza da ação penal, a aplicação dos institutos da transação penal e a suspensão condicional do processo.

Na parte final, analisaremos o instituto da *mutatio libelli*, o qual está intimamente ligado ao fenômeno da mutação da demanda. Apenas é permitida a alteração dos fatos inicialmente imputados na acusação se for procedido o disposto no artigo 384 do nosso Código de Processo Penal. Veremos que nem sempre a alteração da base factual é tratada de forma pacífica entre a doutrina e a jurisprudência pátria. A divergência é patente principalmente nas alterações em que não há mudança na capitulação jurídica, confundindo-se a *mutatio libelli* com a mera *emendatio libelli*.

Traremos novamente à baila a questão da identidade do fato imputado na exordial quando dispusermos sobre o conceito de “*circunstância ou elemento da infração*” e as diferenças entre “*fato novo e fato diverso*”, os quais são imprescindíveis à análise da mutação da demanda.

O instrumento utilizado para se proceder à alteração do objeto processual é o aditamento. Faremos uma exposição perfunctória acerca dessa importante figura processual para, posteriormente, atermo-nos na análise daquele concernente ao tema central da presente monografia.

A divergência doutrinária é algo bastante corrente em relação à *mutatio libelli*, principalmente pela dicotomia entre o sistema acusatório e o poder fiscalizatório do

magistrado às omissões do Ministério Público. Ainda há muitas dúvidas quanto à constitucionalidade ou não do aditamento provocado em nosso processo penal de índole acusatória.

Tal como procedido na parte referente à *emendatio libelli*, estudaremos também o rito procedimental nos casos de *mutatio libelli*, o qual, igualmente, não é questão pacífica na doutrina.

Tentaremos demonstrar a importância de se visualizar a mutação da demanda pela alteração da base factual inicialmente imputada, independentemente de haver alteração do tipo penal cominado. As circunstâncias delitivas, muitas vezes, são imprescindíveis para a caracterização de um fato naturalístico, apesar de perderem sua importância frente ao fato penal.

Finalmente, no último ponto da presente monografia, faremos uma pequena síntese do que foi exposto ao longo do trabalho para conseguirmos avaliar com clareza a correta aplicação da *mutatio* e *emendatio libelli* nas decisões proferidas pelos Tribunais pátrios. A análise será restrita a alguns casos já consagrados pela doutrina e pela jurisprudência com o claro intuito de darmos o devido fechamento à matéria, sem, contudo, obviamente, exaurir o tema aqui tratado.

I – O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

1. Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa como Informadores do Princípio da Congruência

A vinculação do magistrado na sentença final ao pedido exposto na exordial pela parte acusadora é decorrência clara do princípio do contraditório, haja vista se tratar de garantia dada às partes, principalmente ao acusado, de que o juiz não pode julgá-lo por fato diverso daquele inicialmente imputado¹. Igualmente, deve ser oportunizada ao réu a possibilidade de se defender de forma ampla daquilo que lhe foi imputado, uma vez que a defesa no processo penal não pode ser *simples defesa*, mas *ampla defesa*.

O legislador deixou insculpido na nossa Carta Magna como garantia fundamental aos acusados em seu art. 5º, inc. LV, contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Os elementos essenciais do contraditório são a necessidade de informação e a possibilidade de reação². Célebre é a frase de Joaquim Canuto Mendes de Almeida ao definir o contraditório como a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”³.

Tucci complementa que no processo penal “a contrariedade deve ser efetiva, real, em todo o desenrolar da persecução penal, a fim de que, perquirida à exaustão, a verdade material, reste devidamente assegurada à liberdade jurídica do indivíduo enredado na *persecutio criminis*”⁴.

No processo penal o contraditório se traduz na ciência dos atos de uma parte pela parte contrária com a oportunidade de contraditório⁵. Portanto, a garantia do contraditório não é prerrogativa exclusiva da defesa, mas também da acusação.

¹ CAPELA, Fábio. **Correlação entre acusação e sentença**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 53.

² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 81.

⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 211.

⁵ FERNANDES, **Processo...**, p. 62.

Para que o contraditório seja efetivo em relação a ambas as partes é necessário que haja equilíbrio entre elas, o que coaduna na igualdade das partes e na paridade de armas⁶. Tal necessidade tem como significado a idéia de que o contraditório só é exercido de maneira equilibrada se as partes puderem utilizar os mesmos prazos e as mesmas oportunidades⁷.

Ao mesmo tempo em que o Estado tem o poder de perseguir criminalmente os pretensos delinquentes, a partir do suposto cometimento do delito, os acusados tem o direito à defesa, conforme muito bem discorreu José Frederico Marques:

(...) é uma decorrência do princípio constitucional do devido processo legal. É ele imanente a todo o sistema processual em que se adote o procedimento contraditório... e, no processo penal decorre do reconhecimento e da proclamação do direito de defesa em sua plenitude (...)⁸.

A ampla defesa no processo penal é constituída pela garantia do réu exercer sua autodefesa, ou seja, quando o próprio réu se defende (como acontece no interrogatório), e pela garantia de defesa técnica exercida por sujeito qualificado juridicamente⁹. Esta última é imprescindível para a manutenção da paridade de armas entre o sujeito que acusa e o sujeito que se defende¹⁰.

Além disso, para que o direito de defesa seja efetivo, é necessário que haja tempo hábil para sua preparação e exercício, sob pena de esvaziar tal direito¹¹.

O princípio da congruência deflui do antigo brocardo *ne eat iudex ultra petita partium*, ou seja, ao juiz é vedado julgar a causa fora do que foi pedido. Esse é o tema principal do nosso trabalho, decorrente, como vimos, dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ao julgar além do que foi pedido (*extra petita*) o magistrado acabará decidindo algum aspecto relevante da controvérsia sem oportunizar às partes o devido contraditório (ausência de informação e reação), restringindo o pleno exercício da defesa. Igualmente não é válido ao juiz decidir aquém daquilo que foi posto na inicial (*citra petita*), ou seja, deixar de julgar algum dos delitos imputados ao acusado.

Portanto, é vedado ser o acusado julgado por fato não contido na acusação. Se isso ocorrer, o réu terá o direito de exigir do Estado o não conhecimento deste fato, mesmo que tenha sido apurado durante a instrução criminal. A reação do acusado pode ser realizada tanto

⁶ MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A correlação entre acusação e sentença nas ações penais condenatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27.

⁷ *Ibidem*.

⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2003. v. 1.

⁹ CAPELA, **Correlação...**, p. 56.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 38.

nos casos em que não tenha sido incluído tal fato descoberto posteriormente na imputação quanto, mesmo quando incluído, não tenha sido oportunizado ao acusado a defesa sobre ele¹².

2. As Concepções de Objeto do Processo e de Fato Processual

No presente capítulo, tentar-se-á expor as principais concepções de objeto e fato processual. Desde já, ressalta-se que o presente estudo está longe da exaustão, visto que seria necessário um trabalho exclusivo sobre essas matérias. A proposta neste momento é apenas dispor de maneira sucinta as principais correntes, o que terá consequências no âmbito do estudo da correlação entre acusação e sentença.

As doutrinas do objeto e do fato processual se misturam, uma vez que, para muitos, o objeto processual é o próprio fato descrito na denúncia ou, pelo menos, o fato é elemento integrante do objeto.

A noção de objeto do processo penal serve como base para a resolução das problemáticas da modificação da demanda, da litispendência, dos limites objetivos da coisa julgada e da cumulação de demandas. As primeiras três são afins, visto que suas resoluções decorrem da definição da matéria sobre a qual versa o poder de discussão das partes e de decisão do juiz, seja no processo em curso (modificação da demanda), seja em relação a outro processo que se desenvolve ao mesmo tempo (litispendência), seja em relação a um processo futuro (limites objetivos da coisa julgada)¹³.

Neste momento nos interessa os efeitos da definição do objeto do processo apenas no âmbito da modificação da demanda que é justamente o tema da correlação entre acusação e sentença.

Por sua vez, o estudo do fato é de suma importância para fins de análise do princípio da congruência, visto que, por integrar o objeto da acusação, é ele quem delimita e fixa os poderes de cognição do juiz e do tribunal, bem como é nele que se consubstanciam os princípios da identidade, da unidade ou indivisibilidade do objeto do processo penal¹⁴.

¹² MAGALHÃES, *Correlação...*, p. 31.

¹³ BADARÓ, *Correlação...*, p. 39.

¹⁴ ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 54.

Com efeito, a palavra fato deriva do particípio passado do verbo *facere*: *factum*, o qual significa aquilo que foi feito, que aconteceu, que se realizou no passado e que o sujeito, por puras abstrações, pode idealizar no presente ou voltar a realizar no futuro¹⁵.

Carnelutti aponta, igualmente, que fato é “aquilo que foi considerado, apontado como passado (...) é uma peça que se destaca ou se procura destacar do passado para fazer história¹⁶”.

Portanto, o conceito de fato está intimamente ligado ao limite. E são exatamente esses limites que tornam o fato juridicamente relevante que nós procuraremos definir ao longo de todo este trabalho.

O Direito só regulamenta os fatos exteriores ou exteriorizados e não os meramente interiores ou psíquicos, o que é traduzido pela máxima *cogitationes nemo patitur*. O objeto do discurso jurídico são apenas os comportamentos exteriorizados em atos e em acontecimentos objetivos¹⁷.

A apuração de quais fatos descritos na exordial são subsumíveis em um conceito abstrato de crime é justamente a função do processo. Portanto, para auferir se aquele resultado morte ocorreu em decorrência de um crime é necessário percorrer todo o *iter* processual. Dessa forma, não poderá ser negado que aquele acontecimento foi objeto do processo, independentemente de se concluir que tratou de um homicídio e, portanto, um fato jurídico-penal (um crime), ou não¹⁸.

Com relação ao objeto do processo penal, Badaró assume uma posição de destaque na doutrina nacional, o qual possui pensamento intimamente calcado na doutrina italiana.

Para este autor, o objeto do processo penal resume-se na pretensão processual. A pretensão processual tem como veículo a imputação penal, traduzida como a atribuição de um fato penalmente relevante a alguém¹⁹. O objeto do processo penal seria aquilo que foi imputado a alguém. Portanto, a imputação trata de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma²⁰.

Mais adiante Badaró denomina como objeto do processo penal o fato processual, que nada mais é que o próprio fato imputado²¹.

¹⁵ ISASCA, **Alteração...**, p. 63, nota 1.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco, **Diritto e processo**. Napoli: A. Morano, 1958. p. 95, *apud* ISASCA. **Alteração...** p. 63.

¹⁷ ISASCA, *op. cit.*, p. 67.

¹⁸ *Ibidem*, p. 76.

¹⁹ BADARÓ, **Correlação...**, p. 73.

²⁰ *Ibidem*, p. 85.

²¹ *Ibidem*, p. 100.

Posição semelhante é de Rangel ao dispor que a pretensão processual, objeto do processo penal, é formulada através da imputação de um fato definido como crime²². O fato que é imputado ao agente, o qual ocorreu no mundo dos homens, é o fato naturalístico realizado em determinadas circunstâncias de tempo e lugar subsumido em um tipo penal²³. Seria um fato concreto, real, indivisível e único, conforme entendimento do autor, vejamos:

Ora, se o fato ocorrido no mundo dos homens é enquadrado no tipo descrito no art. 155 do CP, não pode, ao mesmo tempo, estar enquadrado no art. 168 do mesmo diploma legal. O fato é um só. Não se trata de fato igual, mas sim do mesmo fato, então seu enquadramento pertence a um único tipo legal. Pensar diferente é pensar que um latrocínio pode, ao mesmo tempo, ser homicídio. Não pode. Trata-se de fato único, descrito em um único tipo penal: art. 157, § 3º, do CP²⁴.

A doutrina alienígena muito discutiu e debateu acerca da temática do objeto processual penal, emergindo três posições predominantes: a composição do objeto do processo penal exclusivamente pelo fato naturalístico, a composição pelo fato naturalístico referenciado a norma tipificadora de direito material e a composição somente pela norma reguladora penal.

Portanto, começaremos a analisar a posição doutrinária que entende como objeto do processo penal apenas os fatos em sua concepção naturalística.

O fato processual seria um acontecimento histórico ou pedaço da vida delimitado no tempo e no espaço²⁵.

Roxin já defendia essa teoria puramente naturalista ao manifestar que:

O conceito processual do facto, de acordo com a Jurisprudência e a doutrina dominantes, é independente do direito material, i.e, de valorações jurídicas. Ele designa o acontecimento histórico que é apresentado pela acusação e que deve formar uma unidade²⁶.

Com efeito, Barros já preceituava que os filiados à teoria naturalista de fato costumavam distinguir o “*fato pelo qual se procede*” do “*fato punível*”²⁷ – igualmente se verifica esta tendência aos adeptos às teses naturalísticas com o referencial normativo. Para o direito penal, fato é um discurso de abstração, um comportamento hipotético normativizado; enquanto que para o direito processual fato é um discurso de concretização²⁸.

²² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 295.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ ISASCA, **Alteração...**, p. 80.

²⁶ ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**. 20. ed. Munique: C.H.Beck, 1987. p. 118 *apud* ISASCA. **Alteração...** p. 82, nota 1.

²⁷ BARROS, Romeu Pires de Campos. Da correlação entre acusação e sentença no processo penal. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 2, p. 136–145, 1960. p. 142.

²⁸ ISASCA, *op. cit.*, p. 74.

O fato processual é algo concreto no sentido de descrever o comportamento realizado pelo agente, o qual foi introduzido no processo através da imputação²⁹.

Evidentemente, ao se falar em fato concreto, não se quer afirmar que o fato realmente ocorreu. Se assim fosse, o objeto do processo penal sempre seria inexistente cada vez que o acusado fosse sentenciado inocente³⁰.

Portanto, o fato processual também é hipotético na medida em que, no momento da acusação, apenas se tem uma suspeita de que aquele acontecimento concreto, aquele pedaço de vida delimitado no espaço e no tempo efetivamente ocorreu³¹.

Especialmente nesse ponto já começamos a adentrar os conceitos mistos de objeto processual, os quais têm como precursor Beling ao justamente introduzir o caráter hipotético do fato naturalístico.

Beling foi o primeiro a se afastar das teorias do fato puramente naturalísticas, as quais preceituavam que fato processual era somente um acontecimento histórico concreto, delimitado no tempo e no espaço, mas sem qualquer referência normativa³².

A contribuição de Beling foi descrever o fato como algo hipotético cuja tarefa de concretização caberia ao direito processual³³. Assim, não se deixava sem objeto aqueles processos em que não se verificava crime.

O autor diferencia a realidade histórica do objeto processual por entender que aquela pode variar sem que haja perda ou destruição da identidade deste³⁴. Assim, se manteria intacta a idéia básica de objeto do processo.

Beling exemplifica ao dizer que a identidade do objeto processual não se altera se furtarmos cinco ou invés de dez marcos, se o dinheiro pertencia a X ou a Y, se foi subtraído apenas uma vez ou de forma continuada³⁵. O autor chama atenção que as circunstâncias históricas examinadas nem são reais³⁶.

Esse jurista também atribui ao fato naturalístico um referencial normativo, ao invés de ser puramente um acontecimento histórico unitário, conforme delimitavam as teorias naturalistas e psicológicas pela sequência espacio-temporal e pela unicidade de vontade³⁷.

²⁹ BADARÓ, *Correlação...*, p. 99.

³⁰ *Ibidem*, p. 99, nota 8.

³¹ *Ibidem*, p. 99-100.

³² ISASCA, *Alteração...*, p. 76.

³³ BELING, Ernst. *Derecho procesal penal*. Traducción del Alemán por Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943. p. 80.

³⁴ *Ibidem*, p. 83.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ ISASCA, *op. cit.*, p. 76-77.

Beling patrocinou a necessidade de recorrer a normas de direito penal substantivo para resolver o problema da unidade ou diversidade de fato, ou seja, quais os elementos que pertencem a um acontecimento histórico se têm que resolver por meio do direito material³⁸. Entretanto, quem melhor desenvolveu essa tese foi seu discípulo Koetsin Liu³⁹ na sua dissertação de doutoramento em Munich, *Der Begriff der Identität der Tat*, 1927.

Com efeito, Keetsin Liu afirma que “a polarização dos diversos elementos de um facto se não pode alcançar por meio de critérios naturalísticos, mas só apelando para considerações normativas⁴⁰”.

Assim, para se saber se os objetos apreciados na sentença e na acusação são idênticos é necessário referi-los a um tipo legal de crime.

Segundo os ensinamentos desse autor, o fato compreenderia um núcleo básico, substancial, decisivo para sua configuração, e que deveria variar ao longo do procedimento até a sentença. Este núcleo ou objeto normativo seria elemento comum a vários tipos penais, essência compartilhada em todos eles e base para a identificação processual do acontecer judicializado⁴¹. Os elementos acidentais poderiam ser adicionados ou excluídos sem alterar a identidade do fato⁴².

Por outro lado, essa coincidência de elementos substantivos não precisaria ser total: bastaria que fosse parcial – e até que se verificasse relativamente a um só elemento⁴³.

Por fim, a terceira e última corrente é aquela que se utiliza apenas de elementos normativos para compor o objeto do processo penal.

Eduardo Correia, um dos defensores dessa tese, argumenta que o critério naturalístico acaba por negar a identidade do objeto processual nos casos que, embora não haja coincidência naturalística das atividades do agente descritas e apreciadas, há coincidência do bem jurídico ofendido⁴⁴.

Isasca muito bem critica este posicionamento principalmente por entender que essa teoria peca ao ser colocada frente ao problema da identidade do fato para efeitos do âmbito, conteúdo e limites da coisa julgada e da relevância do princípio *ne bis in idem*⁴⁵.

³⁸ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1983. 2 v. p. 331.

³⁹ SOTO NIETO, Francisco. **Correlacion entre acusacion y sentencia**: la tesis del articulo 733 de la ley de enjuiciamiento criminal. Madrid: Montecorvo, 1979. p. 20.

⁴⁰ CORREIA, *op. cit.*, p. 331-332.

⁴¹ SOTO NIETO, *op. cit.*, p. 21.

⁴² *Ibidem*, 21.

⁴³ CORREIA, *op. cit.*, p. 332.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 332.

⁴⁵ ISASCA, **Alteração...**, p. 88.

O referencial naturalístico é sim importante para que se identifique o fato processual descrito na acusação. Se assim não fosse, bastaria a mesma identidade de tipos penais (e aqui voltaríamos a descrever o fato unicamente no sentido material) ou a afetação de semelhantes bens jurídicos para suprir a necessidade da correlação entre o fato imputado e o fato sentenciado.

Acreditamos que a melhor noção de objeto do processo penal é aquela que o conjuga em seu duplo aspecto: a) normativo, o qual se traduz na imputação atribuída ao sujeito; b) naturalístico, o qual se traduz no acontecimento histórico narrado pela acusação na exordial.

Delimitado o objeto do processo penal, resta-nos ainda saber quais são os elementos do acontecimento histórico unitário que acarretam na modificação do próprio objeto. Esse tema é de suma importância e consiste num dos principais entraves na utilização na verificação da necessidade ou não da *mutatio libelli*, como veremos ao longo da presente monografia.

3. Conceito e Regra Geral de Identidade

Da leitura da palavra identidade, pressupõe-se a comparação entre duas coisas distintas. No processo penal, a problemática consiste na verificação da identidade entre as representações que são feitas em momentos diversos, na imputação e na sentença, sobre esse mesmo fato⁴⁶.

A transformação das representações do fato ao longo da persecução criminal é muito bem colocada por Soto Nieto, o qual dispõe que o fato inicia como algo completamente indefinido até uma figura de nítido contorno, que se oferece como provável à iniciação do processo, se mostra possível no instante do processamento, provisoriamente certo no momento da primeira qualificação, eventualmente certo a formular-se a qualificação definitiva e radicalmente certo em seu acolhimento pela sentença do Tribunal⁴⁷.

Badaró alerta que a expressão “*identidade do objeto do processo*” apresenta uma impropriedade terminológica, visto que o objeto do processo penal é apenas um ao longo de todo o processo⁴⁸.

⁴⁶ BADARÓ, *Correlação...*, p. 101.

⁴⁷ SOTO NIETO, *Correlacion...*, p. 14.

⁴⁸ BADARÓ, *op. cit.*, p. 101.

A alteração do objeto do processo penal, revelada através do curso da instrução, consubstanciada na existência de fatos diversos, é permitida no ordenamento pátrio desde que respeitadas determinadas regras que visam a evitar surpresas para a defesa, assegurar o respeito ao princípio do contraditório e, até mesmo, evitar que o juiz venha a julgar, quebrando o princípio da inércia da jurisdição⁴⁹.

Ocorre que, apesar de se considerar como componentes do objeto processual tanto o fato quanto a qualificação jurídica deste fato, a relação de correlatividade diz respeito unicamente ao fato e não ao direito. Portanto, permite-se a mudança da qualificação jurídica do fato desde que o substrato fático se permaneça inalterado⁵⁰, o que será abordado mais adiante.

Com efeito, sabemos que o conceito de fato processual é o acontecimento histórico, delimitado no tempo e no espaço. Entretanto, não seria aceitável que qualquer mudança no substrato fático acarretasse a modificação do objeto processual, sob pena de enrijecer de maneira impraticável o instituto.

Portanto, resta-nos saber quais as modificações factuais são passíveis de alterar o objeto do processo penal. Essas modificações podem se dar através de duas formas: ou se acrescentam ou substituem ao conjunto de fatos conhecidos outros, ou se excluem dos fatos conhecidos alguns⁵¹.

A exclusão de alguns fatos constantes na imputação não significa dizer que o juiz poderá deixar de julgar a integralidade do fato. Da mesma forma como não se admite a sentença *ultra* ou *extra petita*, não se admite a sentença *citra petita*. Dessa forma, se determinado aspecto fático não restou provado, o juiz poderá proferir sentença condenatória baseada em outros elementos que restaram imputados e provados ao longo da instrução⁵².

Como bem colocou Isasca, a exclusão de qualquer um dos fatos nada tem a prejudicar o acusado, pois ele tem que se defender de todos os fatos que lhe imputam, sob todos os pontos jurídicos possíveis, e não apenas dos fatos subsumíveis da qualificação jurídica elaborada na acusação^{53, 54}.

Um bom exemplo seria a hipótese do delito complexo de roubo: uma vez que não reste provada a violência, poderá o acusado ser condenado por furto. Nesse caso, o juiz julgou toda

⁴⁹ BADARÓ, *Correlação...*, p. 98.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 102.

⁵¹ ISASCA, *Alteração...*, p. 98.

⁵² BADARÓ, *op. cit.*, p. 103.

⁵³ ISASCA, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁴ Quando tratarmos da *Emendatio Libelli* teceremos algumas considerações acerca da defesa da qualificação jurídica.

a imputação, analisando inclusive a prova sobre a violência, que foi objeto do julgamento, embora a conclusão sobre sua ocorrência tenha sido negativa⁵⁵.

Os problemas maiores surgem quando a modificação dos fatos substitua ou acrescente ao conjunto de fatos conhecidos outros. É perante essas alterações que há grande dissenso doutrinário ainda não bem solucionado, principalmente no tocante à construção de uma regra geral aos casos de identidade.

A doutrina tentou estabelecer regras gerais de identidade com a finalidade de se procurar um parâmetro uniforme, a ser utilizado na integralidade dos casos, para determinar em quais hipóteses é vedado considerar determinadas alterações dos fatos imputados na sentença⁵⁶.

Nesse ponto é interessante retomar as correntes doutrinárias acerca do objeto processual a fim de entender as consequências da adoção de cada teoria no terreno da identidade do objeto processual.

A primeira corrente sobre a identidade do objeto processual é aquela inspirada no conceito normativo de objeto do processo penal. Dessa forma, as alterações relevantes do objeto do processo penal, as quais ensejariam a violação da regra da correlação, seriam somente aquelas que dizem respeito aos elementos do delito e irrelevantes aquelas que dizem respeito apenas a circunstâncias delitivas⁵⁷.

Remontamos ao perigo de tal construção ao simplesmente reduzir o objeto processual ao tipo penal. Essa distinção entre elementos e circunstância diz respeito única e exclusivamente ao fato típico penal, mas não ao fato em sentido processual que é indivisível⁵⁸.

Allegra já destacou que cindir o fato humano praticado por um homem em certa situação de lugar, de tempo, em concurso ou não com outra pessoa determinada, significa destruir o próprio fato na sua real individualidade⁵⁹.

Isasca também critica esse posicionamento doutrinário afirmando que:

(...) se o tomarmos no sentido da descrição de um dado comportamento típico, deixa-se o arguido ao sabor de um poder de investigação discricionário, apenas limitado por um conceito abstracto e portanto sem qualquer vinculação a um determinado acontecimento claramente individualizado e delimitado, o que levaria a uma incerteza inaceitável

⁵⁵ ISASCA, *Alteração...*, p. 118.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 119.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 120.

⁵⁸ BADARÓ, *Correlação...*, p. 105.

⁵⁹ ALLEGRA, Giuliano. *Azione e sentenza nel processo penale*. Torino: Fratelli Bocca, 1930. v. 1, p. 163 *apud* BADARÓ, *Correlação...*, p. 105-106.

quanto à condenação e em frontal violação dos mais elementares direitos de defesa⁶⁰.

Há também autores que relacionam a identidade do fato com a identidade da ação ou do resultado. Kadecka sustentou que o importante para determinar o conceito de identidade do objeto processual era o resultado, haja vista que a acusação pretenderia exclusivamente punir um resultado provocado, o que tornaria irrelevante a forma de comissão do delito, a ação, o tempo e o local⁶¹.

Já Schwinge inicialmente preceituou que a identidade do objeto processual era correspondente à ação típica⁶². Posteriormente, ele se aproxima a concepção de Kadecka ao afirmar que as circunstâncias individualizadoras como tempo, lugar e tipo de atividade podem se modificar sem que desapareça a identidade do objeto processual, desde que a ação ou o resultado se mantenham⁶³.

Por fim, esse autor se aproximou de Beling e Liu ao considerar que não seria possível abstrair de critérios naturalísticos para unificar a pluralidade de fatos resultantes da referência da atividade do arguido aos respectivos tipos legais de crime⁶⁴.

Na realidade, Schwinge considera a identidade do fato igual à identidade da ação, mais a identidade do resultado. Então, o juiz apenas se veria diante do mesmo fato quando tanto a ação quanto a lesão do bem jurídico, nos quais a acusação ou a sentença se baseiam, se mantivessem idênticas e então, só se poderia afirmar a identidade do fato quando essa fosse também confirmada pela teoria⁶⁵.

O problema das teorias da ação e da lesão do bem jurídico, conforme preceitua Isasca, é que elas se baseiam numa identidade parcial do objeto processual. Isto quer dizer que dos elementos da ilicitude e da ação, designados na acusação, alguns podem desaparecer e outros podem ser adicionados e não obstante poder-se-ia continuar a falar do mesmo fato⁶⁶.

Em conclusão, as consequências de cada corrente se distinguem da seguinte maneira:

- a) a teoria da ação permite alteração da qualificação e alteração do bem jurídico, desde que se mantenham os elementos da ação;
- b) já a teoria da lesão do bem jurídico permite uma modificação total da ação desde que se mantenha o bem jurídico lesado.

⁶⁰ ISASCA, *Alteração...*, p. 123.

⁶¹ *Ibidem*, p. 125.

⁶² CORREIA, *A teoria...*, p. 333.

⁶³ KADECKA, Ferdinand. *Handlungseinheit und identität der tat.* **JBL**, 1932 *apud* ISASCA, *Alteração...*, p. 127.

⁶⁴ CORREIA, *op cit.*, p. 333.

⁶⁵ ISASCA, *op cit.*, p. 129.

⁶⁶ *Ibidem*.

Há autores, como Manzini e Guarnieri, que defendem a mudança do fato processual quando houver mutação no elemento subjetivo⁶⁷.

Badaró explica que o elemento subjetivo não pertence ao fato processual: a intenção do agente está situada no seu interior e, como não modifica o mundo exterior, não poderá ser caracterizada como um fato⁶⁸.

Nesse mesmo sentido, Cortés Domínguez acredita que, apesar da mudança do elemento subjetivo ter grande importância para o direito penal, não se pode dizer o mesmo para a identificação do fato processual⁶⁹. A mudança do elemento volitivo não implica em absolutamente nada, visto que será o mesmo fato quando culposo ou doloso⁷⁰.

Ocorre que, mesmo não fazendo parte do fato processual, a determinação do elemento subjetivo do agente deve se incluir na cognição do julgador⁷¹. A investigação do elemento subjetivo deve se basear em fatos objetivos que demonstrem a intenção do agente⁷².

Dessa forma, conclui Badaró:

A mudança do elemento subjetivo decorrerá provavelmente de alterações dos dados fáticos da imputação, que passarão a indicar uma figura subjetiva diversa. Assim, não caberia a passagem do dolo para culpa ou da culpa para o dolo, sem a necessidade da *mutatio libelli*⁷³.

Igualmente, as teorias naturalísticas não saem ilesas de críticas quando se trata da problemática da identidade do fato processual.

A grande crítica à teoria naturalista, como muito bem coloca Cortés Domínguez, é de que o fato não seria uma individualidade perfeitamente separada de outra. Na realidade, o fato naturalístico seria formado por vários fatos de menor importância: matar alguém não seria simplesmente o resultado morte, mas sim apontar a arma, disparar, etc.. Determinar quais desses fatos são importantes para determinar o fato histórico é uma tarefa árdua, senão impossível⁷⁴.

Sob outro enfoque, Isasca critica a teoria naturalista por entender que ao mesmo tempo em que em alguns casos o tempo, o lugar ou evento, se mostram idôneos para qualificar o crime como diverso, noutros, eles poderão pecar por excesso ou por defeito⁷⁵.

Em nota, o autor exemplifica a questão claramente:

⁶⁷ BADARÓ, *Correlação...*, p. 107.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 108.

⁶⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. **La cosa juzgada penal**. Bolonia: Real Colegio de España, 1975. p. 59.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ BADARÓ, *op. cit.*, p. 108.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, **La cosa...**, p. 58.

⁷⁵ ISASCA, **Alteração...**, p. 137.

Se uma diferença de horas ou dias, ou a forma de cometimento do facto, ou a alteração do lugar de cometimento do crime, em certos casos, podem ser perfeitamente fungíveis, noutros, poderão revelar-se essenciais. Não só por poderem apanhar a defesa completamente desprevenida, permitindo condenações de surpresa, como porque podem alterar completamente a valoração e a imagem do facto e traduzirem-se, assim, numa alteração que não pode deixar de ser considerada como substancial⁷⁶.

A solução encontrada por Badaró para o problema da identidade é a da relevância processual do fato, a qual é determinada pela defesa apresentada pelo imputado⁷⁷.

Para o autor, o que é accidental para o tipo penal pode, como uma agravante, modificar o objeto do processo penal⁷⁸. Já constituiria alteração relevante, tendo em vista o fato típico, aquela que modifica algum elemento do delito.

Sempre será relevante para o processo penal uma alteração penalmente relevante por não ser possível condenar alguém sem que o fato concretamente imputado apresente todos os elementos que abstratamente integram o tipo penal – excetuada as hipóteses que resultarem em eliminação de um determinado dado fático que implique em atipicidade relativa, como na desclassificação do delito de roubo para o furto⁷⁹.

Entretanto, coloca Badaró, é possível que a alteração seja processualmente relevante sem que haja modificação do fato típico penal⁸⁰. Essa alteração relevante poderá incidir, sob ponto de vista do fato típico, nas circunstâncias do delito. Contudo, para saber se as circunstâncias geram alteração ou não do fato processual é necessário se ater na defesa do acusado⁸¹.

O autor exemplifica na hipótese de um homicídio. Independentemente do dia e de que forma ocorreu o homicídio, o evento morte é relevante para o direito penal. Já para o processo penal é mister identificar todos esses elementos na imputação⁸².

Mais complicados ainda seriam os casos envolvendo delitos culposos e tipos penais múltiplos.

No primeiro caso, mesmo que se mantivesse o delito culposo – e portanto manutenção do tipo penal – sempre é imprescindível que se mantenha na sentença a modalidade de culpa imputada na acusação, bem como o suporte fático que o caracterize.

⁷⁶ ISASCA, *Alteração...*, p. 137-138, nota 1.

⁷⁷ BADARÓ, *Correlação...*, p. 114.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*, p. 114-115.

Dessa forma, alguém condenado por homicídio culposo imprudente não poderia ser condenado por negligente. Mais sutil ainda seria a hipótese do sujeito condenado por conduta imprudente porque não obedeceu ao sinal de pare, sendo que na exordial a conduta imputada foi de que teria realizado uma conversão a esquerda indevida⁸³.

Igualmente, no caso dos tipos penais múltiplos, não poderíamos condenar o réu por tráfico de drogas consubstanciado em *vender* substância entorpecente se na denúncia apenas constasse a imputação da conduta de *trazer consigo* com a finalidade de venda.

Noutras palavras, o autor sintetiza seu pensamento:

Sempre que a mudança do fato processual resultar em alteração de um elemento do delito, ao se ter em vista o fato penal, haverá relevância processual e o prejuízo causado à defesa é evidente. Porém, quando a mudança do fato processual atingir um dado fático que, do ponto de vista do fato penal, seja considerado uma circunstância do crime, para se verificar a relevância ou não de tal alteração, o prejuízo deverá ser aferido em face da defesa efetivamente apresentada no caso concreto⁸⁴.

Portanto, segundo o autor, as regras entre correlação e sentença visam preservar o contraditório e evitar prejuízos e surpresas para o acusado, tornando fundamentais os fatos trazidos ao processo pela defesa para delimitar a relevância ou não da mutação do fato processual⁸⁵.

Como isso Badaró não quer dizer que a tese defensiva tem o condão de alterar o objeto do processo, mas sim que influencia na fixação da medida em que os fatos integrantes do objeto do processo penal podem ser considerados⁸⁶.

Nos casos das mudanças penal e processualmente relevantes e das processualmente relevantes impõe-se o aditamento da denúncia por meio da *mutatio libelli*; no caso da alteração penalmente relevante, mas sem *alteração* do fato processual, ocorreria apenas a *emendatio libelli* – institutos que serão vistos nos capítulos seguintes.

De maneira semelhante a Badaró, Scaranse Fernandes preceitua que o prejuízo à defesa diante das alterações referentes às circunstâncias que individualizam o fato como acontecimento histórico deve ser auferido sob a análise do caso concreto⁸⁷.

Dispõe o autor que nem sempre uma alteração em circunstâncias indicativas do tempo, do lugar, do modo e maneira de execução será prejudicial à defesa, sendo necessário,

⁸³ BADARÓ, **Correlação...**, p. 116.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 114.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 116.

⁸⁷ FERNANDES, Antonio Scaranse. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 209.

principalmente, averiguar a forma que o acusado desenvolveu sua defesa, como, por exemplo, o *álibi* que apresentou⁸⁸.

Contra a tese da relevância da mutação do fato processual sob a ótica da tese defensiva insurge-se Maria Cristina Faria Magalhães. Para a autora, tal pensamento ignora que o fato processual individualizado na imputação é uno e que o fator tempo faz parte dos elementos que o individualizam⁸⁹.

Ocorre que a autora não levou em consideração o fato de que as regras de correlação entre acusação e sentença têm como finalidade essencial preservar o princípio do contraditório entre as partes e, com isso, evitar surpresas para elas.

Se a própria defesa demonstrou durante a instrução ou em suas petições conhecimento sobre as alterações processuais, ou foi até ela mesma que as alegou, não há falar em imputação feita de surpresa.

Nesse mesmo sentido manifestou-se Beleza dos Santos: “Se é o próprio réu que alega esses factos, não existe uma imputação feita de surpresa contra ele, mas uma defesa que ele mesmo deduziu e se habilitou a provar, em devido tempo⁹⁰”.

Feitas todas essas considerações, revela-se a dificuldade em se definir quais as alterações factuais remontam uma verdadeira alteração do objeto do processo penal, as quais poderão violar a regra da correlação entre acusação e sentença se não respeitadas as normas estabelecidas pelo nosso ordenamento.

Como bem colocou Badaró, partindo-se de um conceito de fato processual como um acontecimento histórico concreto imputado ao réu, não é possível a aferição da possibilidade ou não da mutação da acusação na sentença abstratamente⁹¹. Essa verificação somente é feita a partir da análise de um fato específico que ingressou no processo através da imputação⁹².

Conforme preleciona Isasca, nenhuma das teorias da identidade do objeto processual conseguiu elaborar uma fórmula abstrata para determinar o conceito de identidade do fato processual⁹³.

O autor critica as posições da doutrina dominante e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão que partem do acontecimento histórico trazido pela acusação e

⁸⁸ FERNANDES, **Reação....**, p. 209.

⁸⁹ MAGALHÃES. **A correlação**, p. 90.

⁹⁰ BELEZA DOS SANTOS, José. A sentença condenatória e a pronúncia em processo penal. **R.L.J.**, ano 63 e 64, 1931. p. 17 *apud* ISASCA, **Alteração....**, p. 45.

⁹¹ BADARÓ, **Correlação....**, p. 117.

⁹² *Ibidem*, p. 117.

⁹³ ISASCA, **Alteração....**, p. 140.

fundamentam, a partir dele, a identidade do fato, recorrendo, adicionalmente, a critérios jurídico-normativos⁹⁴.

Para Isaca, a escolha desses elementos normativos é subjetiva e aleatória, sendo um critério insuficiente para determinar a diversidade de crimes⁹⁵. Na opinião do autor, o critério, por mais que se adapte à lei Portuguesa, permitindo certa elasticidade da base factual, por muitas vezes falha completamente⁹⁶.

Com efeito, o autor tenta solucionar a questão utilizando os critérios da **valoração social** e da **imagem social** do acontecimento trazido pela acusação.

A valoração social na opinião do autor consistiria num juízo valorativo do observador médio acerca do fato delituoso; já a imagem social consistiria na representação desse mesmo fato igualmente pelo observador médio⁹⁷. O autor destaca que esses dois critérios devem ser observados à luz da proteção à defesa do réu⁹⁸.

O autor destaca que os critérios são independentes, basta que os novos fatos trazidos pela acusação resultem numa alteração da imagem ou valoração social não idênticas àquela criada pelo acontecimento histórico descrito na exordial, ou que ponha em causa a defesa para haver quebra da identidade do objeto processual⁹⁹.

Com esse critério, Isaca crê serem possíveis alterações de tempo, lugar, modo de execução, nexos de causalidade sem que haja mudança do objeto processual, desde que respeitadas a imagem social ou a valoração social¹⁰⁰.

Apesar de compartilharmos a opinião do autor de que as meras mudanças das circunstâncias do crime nem sempre resultem na quebra da identidade do fato processual, acreditamos que o critério por ele defendido não soluciona o problema da ausência da regra geral da identidade, haja vista a falta de clareza dos conceitos da valoração social e da imagem social.

Dadas as linhas gerais da problemática da identidade do objeto processual, passaremos a analisar nos próximos capítulos as variações admissíveis no ordenamento pátrio, bem como os instrumentos utilizados.

⁹⁴ ISASCA, **Alteração...**, p. 138.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 139

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 144.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 145.

II - DA DIVERSA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS

1. Aspectos Gerais

A exigência da classificação dos crimes na denúncia ou na queixa foi conquista do último século, reinando até então a imprecisão da definição dos tipos penais¹⁰¹. A classificação consiste na subsunção do fato a um tipo penal e na indicação do dispositivo legal correspondente. Não basta à classificação o *nomen juris*, pois muitas vezes este pode indicar crimes diversos, como acontecia com a *calúnia* do CP e a *calúnia* da revogada Lei de Imprensa¹⁰².

No Brasil, a classificação do fato criminoso apenas começou a figurar como um dos requisitos da denúncia e da queixa no art. 41 do atual Código de Processo Penal. Até então não era obrigação indicar qual o dispositivo legal que o réu estava incurso¹⁰³.

Atualmente, a classificação assume primordial relevo no processo penal brasileiro – o qual ainda hoje não é muito bem reconhecido nos tribunais. É a partir da definição jurídica do fato imputado que se atribui valor ao fato naturalístico. Sem a definição jurídica, não há fato típico, requisito indispensável para se iniciar a persecução criminal.

Contudo, conforme já preceituado, a mudança da qualificação jurídica feita na inicial acusatória pode ser modificada na sentença, desde que permaneça imutável a base factual imputada. Considerando o objeto do processo penal composto tanto do fato naturalístico quanto da tipicidade abstrata da norma legal, o ordenamento pátrio, ao estabelecer a regra da correlação, admitiu a identidade parcial do objeto processual ao permitir a mudança da capitulação jurídica pelo magistrado no momento de sentenciar¹⁰⁴.

É o que se extrai da norma estabelecida no art. 383, *caput*, do nosso CPP: “*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*”.

A regra é clara ao estabelecer que a modificação da qualificação jurídica não pode ser precedida de alteração da base factual descrita da denúncia. Portanto, os fatos estão

¹⁰¹ FERNANDES, *Reação...*, p. 213.

¹⁰² TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2, p. 44.

¹⁰³ FERNANDES, *op. cit.*, p. 214.

¹⁰⁴ BADARÓ, *Correlação...*, p. 139.

corretamente descritos na inicial, competindo ao magistrado apenas adequá-los ao tipo penal correto¹⁰⁵.

Sublinha Badaró que nova norma processual objetivou deixar em evidência que na sentença o juiz poderá dar aos fatos imputados na exordial ou na queixa uma definição jurídica diversa desde que, comparando-se os fatos dispostos nesta e naquela, haja identidade ou correlação¹⁰⁶.

Tal regra processual é denominada pela doutrina de *emendatio libelli*. Sua função primordial é a correção da inicial para adequar o fato narrado e efetivamente provado ao tipo penal previsto em lei¹⁰⁷.

Segundo a doutrina mais tradicional – sujeita a várias críticas como veremos adiante – a modificação da classificação do delito pelo juiz na sentença criminal tem guarida nos aforismos *jura novit curia* (princípio da livre dicção do direito) e *narra mihi factum dabo tibi jus* (princípio da consubstanciação)¹⁰⁸.

O primeiro representa a garantia do cidadão de ser sentenciado nos limites dos fatos que lhe foram imputados na inicial e provados no curso da instrução processual, visto que muitas vezes a tipificação acusatória é realizada quando não há elementos que permitam uma reflexão aprofundada dos fatos¹⁰⁹.

Já o segundo diz respeito à proteção do *jus puniendi* contra eventual erro por parte do acusador¹¹⁰. A exposição de motivos do Código de Processo Penal é bastante enfática ao demonstrar essa preocupação:

Em razão do antigo sistema, ocorria, frequentemente, a seguinte inconveniência: não podendo retificar a classificação feita na denúncia, para impor ao réu sanção mais grave, o juiz era obrigado a julgar nulo o processo ou improcedente a ação penal, conforme o caso, devendo o Ministério Público apresentar nova denúncia, se é que já não estivesse extinta a punibilidade pela prescrição¹¹¹.

¹⁰⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 145.

¹⁰⁶ BADARÓ, **Correlação...**, p. 139.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 612.

¹⁰⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini até 31 dez. 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁰⁹ AMARAL, Thiago Bottino do. A *emendatio libelli* no recebimento da denúncia: aplicação antecipada do artigo 383, do Código de Processo Penal. **Revista da AJUFE**, Brasília, DF, n. 63, p. 287-299, 2000. p. 289-299.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ BRASIL. **Vade Mecum RT**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 582-583.

Para Isasca, a intensidade da defesa do réu não está concentrada na contestação formal da qualificação jurídica dos fatos imputados, mas sim na garantia de que só por esses poderá ser condenado, qualquer que seja o juízo de subsunção¹¹².

Portanto, defende-se o réu exclusivamente dos fatos narrados na inicial e não de sua capitulação jurídica, a qual pode ser livremente alterada pelo magistrado (art. 383 do CPP) ou pelo próprio membro do Ministério Público antes da sentença (art. 569 do CPP).

Isso porque a única classificação definitiva é aquela que se estabilizou com o trânsito em julgado da sentença, as demais assumem um caráter provisório e podem ser modificadas a qualquer tempo¹¹³.

Desde que os fatos mantenham-se os mesmos, a alteração da capitulação jurídica não importa quebra ao princípio da correlação, mesmo se houver mudança para um crime apenado mais gravemente.

A respeito da *emendatio libelli* Espínola Filho já preceituava:

O caso será de inovação da classificação delituosa, sem que tenha havido inovação da espécie de fato. E, por isso mesmo, não se pode alegar surja, em rigor, uma surpresa para o acusado, pois tomou a si, no processo, fazer a defesa a-respeito da ação violadora da lei penal, que a denúncia lhe imputa, e, não, do delito aí capitulado¹¹⁴.

O saudoso autor ressalta que podem ocorrer três hipóteses em relação à pena: ou a situação permanece imutável, ou modifica-se para melhor (no caso diminuindo a pena) ou modifica-se para pior¹¹⁵. Entretanto, é indiferente que a nova capitulação influa ou não para o aumento ou diminuição de pena, ou importe em exasperação ou abrandamento da situação do réu¹¹⁶. Em qualquer uma dessas hipóteses, não há surpresa alguma para o réu, pois o fato pelo qual é punido é exatamente o mesmo narrado na denúncia¹¹⁷.

Aponta Machado que tal modificação não causa prejuízo às partes; não causa prejuízo ao autor, pois apenas houve equívoco na qualificação jurídica proposta na exordial, remanescendo imutáveis os fatos; nem causa prejuízo ao réu, visto que pelo princípio da substanciação ele apenas se defende dos fatos que lhe são imputados e não do tipo penal constante na denúncia ou queixa¹¹⁸.

¹¹² ISASCA, **Alteração...**, p. 43.

¹¹³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rossi. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307.

¹¹⁴ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956-1957. v. 4, p. 78.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 80.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ MACHADO, **Curso...**, p. 145.

Por exemplo, poderia o magistrado alterar a capitulação jurídica de um fato inicialmente descrito na denúncia como estelionato (pena de 1 a 5 anos de reclusão) para furto qualificado por fraude (pena de 2 a 8 anos de reclusão)¹¹⁹. No entanto, ainda há bastante discussão na doutrina, como veremos adiante, se essa modificação deve ou não ser precedida de manifestação das partes.

A desclassificação (modificação para um crime mais brando) deve ser pautada pela existência, na descrição do crime mais grave, de todos os elementos fáticos do crime menos grave¹²⁰. É o que geralmente ocorre na mudança de roubo para furto, de homicídio simples para lesão corporal.

Ocorre que, se a infração menos grave tiver um elemento sequer não contido na mais grave, ou seja, se não se subsume inteiramente nesta, não pode haver desclassificação sem que se proceda a *mutatio libelli*¹²¹. É defeso ao juiz reconhecer a existência de um fato não contido na denúncia ou queixa sem oportunizar ao acusado defender-se em face dele¹²².

Por exemplo, a desclassificação de uma lesão corporal para maus-tratos não é possível porque os elementos típicos do segundo não estão integralmente contidos no mais grave¹²³. Iguamente, dificilmente se conseguirá desclassificar a forma dolosa para culposa, justamente por ser necessária uma nova descrição dos fatos exteriorizados pelo agente a fim de demonstrar no que consistiu seu agir culposos.

É bom deixar desde já ressaltado que o mero fato de a nova imputação feita pelo magistrado ser mais branda do que a inicialmente capitulada não é condição de legitimidade do instituto da *emendatio libelli*. O que realmente importa é a não alteração da base factual. Falamos isso porque muitos autores entendem que a modificação para uma pena mais branda é sempre benéfica para o acusado, quando na realidade a modificação da base factual poderia culminar em uma condenação indevida, mesmo que mais branda – poderia o acusado não ser condenado nem à pena mais branda se pudesse se defender dessa nova imputação.

Evidente que, conforme ensinamento de Beleza dos Santos que vimos anteriormente, não há falar em surpresa à defesa se ela mesma levantou a hipótese desclassificatória. Portanto, é possível o juiz alterar a forma dolosa para culposa, sem se utilizar da *mutatio libelli*, se houver manifestação defensiva nesse sentido.

¹¹⁹ GRECO FILHO, **Manual...**, p. 307.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*, p. 308.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.

Importante ressaltar que a mudança na qualificação jurídica é estendida aos Tribunais por força do art. 617 do CPP: “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”.

A parte final do dispositivo chega a ser desnecessária, já que o princípio da *ne reformatio in pejus* permeia todo nosso sistema recursal. Evidente que se houver recurso exclusivo da defesa não há possibilidade de o Tribunal agravar a situação do apelante, independente de se tratar de questão de fato ou de direito.

Pelo exposto até agora parece bastante simples a visualização da mera ocorrência de *emendatio libelli*, contudo, veremos quando tratarmos da *mutatio libelli* que há ainda bastante divergência nos tribunais sobre o assunto.

2. Da Alteração da Capitulação Jurídica no Recebimento da Denúncia

Tradicionalmente, o momento apropriado para o magistrado corrigir a capitulação jurídica dos fatos descritos na exordial era somente na sentença criminal. Contudo, com a nova CF e o surgimento, principalmente a partir da década de 90, de leis que agravavam ou beneficiavam a situação processual do acusado, dependendo da definição jurídica disposta na peça portal da acusação¹²⁴, impôs uma mudança de posicionamento da *praxis* processual, que vem aceitando paulatinamente a adequação dos fatos no momento inicial do processo penal: no recebimento da denúncia.

A adequação do fato naturalístico ao fato típico deve ser orientada de acordo com o modelo processual preconizado pelo constituinte de 1988: a utilização da *emendatio libelli* deve ser cotejada com as garantias constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e da liberdade de locomoção¹²⁵. Igualmente, é preciso ter em vista para sua utilização as limitações do *jus persequendi*, ou seja, não basta apenas averiguar a viabilidade jurídica da reclassificação, mas também a sua obrigatoriedade em razão dos gravames decorrentes de uma classificação abusiva ou excessiva¹²⁶.

¹²⁴ COSTA, Sandro Luiz da. *Emendatio libelli*: antecipação como garantia do devido processo legal do acusado. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 21, p. 49-64, 2003.

¹²⁵ AMARAL, A *emendatio libelli*..., p. 289-299.

¹²⁶ *Ibidem*.

Por exemplo, é em decorrência do tipo penal enquadrado que se verifica, dentre outras, a afiançabilidade ou não do caso (CPP, arts. 321 e 323); se cabível ou não prisão temporária (Lei 7.960/89, art. 1º, III) ou preventiva (CPP, art. 313); se caracterizado ou não como crime hediondo ou assemelhado, que trazia sérios efeitos principalmente na já revogada prisão preventiva obrigatória (Lei 8.072/90); qual o procedimento a ser seguido; fixação do juízo competente; além de ser a pena *in abstracto* do tipo penal apontado pelo acusador parâmetro para se aferir se ocorrida ou não a prescrição da pretensão punitiva (CP, art. 109)¹²⁷.

Com efeito, com o advento da Lei 9.099/95, que disciplina os juizados especiais, surgem os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Para a aplicação de tais institutos, considerados a princípio benéficos ao acusado (não se adentrará a discussão em torno do princípio da presunção de inocência), é preciso olhar para a capitulação jurídica provisória da denúncia, visto que são os limites mínimos e máximos fixados em abstrato os parâmetros que delimitam a concessão desses benefícios¹²⁸.

Igualmente, o rito processual e a competência em razão da matéria são modificados em razão do tipo penal cominado. O rito ordinário é reservado aos crimes punidos com reclusão, mais amplo que o rito sumário dos crimes punidos com detenção ou prisão simples¹²⁹. Com relação à competência, um mesmo fato pode ensejar, por exemplo, duas competências distintas, como é o caso de um fato classificado como latrocínio, justiça comum, ou como homicídio, tribunal do júri¹³⁰.

Pedroso, em 1994, preceituava, abalizado em ampla jurisprudência¹³¹, a impossibilidade da utilização da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli* antes do término da fase instrutória¹³².

Ocorre que se começou a excetuar a vedação da alteração da qualificação jurídica no recebimento da denúncia nos casos de crimes hediondos, haja vista que existia até então a proibição da liberdade provisória. Nessas hipóteses, os magistrados avaliavam com certo rigor o enquadramento do tipo penal efetuado na denúncia, haja vista que a mera capitulação jurídica dos fatos determinaria a liberdade provisória ou a prisão cautelar do acusado.

¹²⁷ CAPELA, *Correlação...*, p. 94.

¹²⁸ FERNANDES, *Reação...*, p. 217.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 216.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 217.

¹³¹ “Importa em inversão tumultuária do processo, dando margem à correição parcial, o despacho que, ao receber a denúncia, altera a definição jurídica do delito dada pelo representante do Ministério Público” BRASIL. *Coletânea RT*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 1981. v. 547, p. 354 *apud* PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 271.

¹³² *Ibidem*, p. 271.

A partir daí, a doutrina e a jurisprudência começaram a tecer considerações acerca das consequências processuais e procedimentais advindas da classificação provisória dos fatos criminosos, provocando uma mudança de perspectiva nos entendimentos até então consolidados.

Nesse sentido, é imperioso aqui colacionar algumas das considerações feitas pelo Min. Sepúlveda Pertence no HC 84.653¹³³ do STF, *in verbis*:

Constituiu aforismo correntio, para sustentar a resposta negativa, ser irrelevante a capitulação inicial, pois o objeto do processo e, por isso, da defesa do réu são os fatos imputados na denúncia e não, a classificação proposta pela acusação, cujo acerto há de ser relegado para o momento da sentença (C. Pr. Pen., art. 383).

Faz algum tempo, entretanto, esse apotegma encara desafios, dadas as notórias conseqüências de ordem processual e procedimental geradas pela classificação provisória do fato (...).

Reconheceu o Exímio Ministro que a classificação provisória feita na exordial acusatória em muitos casos pode gerar inúmeras consequências processuais, as quais muitas vezes acarretam privações desnecessárias ao acusado, passíveis de serem alteradas em um momento inicial pelo magistrado.

A conclusão do Min. Sepúlveda Pertence neste HC foi no sentido de admitir que, nos casos em que a denúncia apresenta simples erro de direito da tipificação, o juiz, sem antecipar formalmente a desclassificação, afaste desde logo as consequências processuais ou procedimentais decorrentes de equívoco e prejudiciais ao acusado.

O advogado criminalista Thiago Bottino do Amaral teceu relevante crítica ao mero afastamento das consequências processuais, sem a aplicação imediata da *emendatio libelli*. Para esse autor, apesar de se operar a justiça no caso concreto, nessa hipótese não há declaração expressa do “poder-dever do magistrado conduzir o processo penal, de modo a conciliar o *jus perseguendi* estatal com a proteção dos direitos constitucionalmente assegurados ao acusado”¹³⁴. Igualmente, seria falho tal método, pois apenas permitiria “tutelar

¹³³ (...) *Denúncia: tentativa de homicídio duplamente qualificado: ausência de descrição de circunstância posterior do fato - o arrependimento do agente -, que implica a sua desclassificação jurídica para um dos tipos de lesão corporal: caso de rejeição. 1. Se se tem, na denúncia, simples erro de direito na tipificação da imputação de fato idoneamente formulada é possível ao juiz, sem antecipar formalmente a desclassificação, afastar de logo as conseqüências processuais ou procedimentais decorrentes do equívoco e prejudiciais ao acusado. 2. Na mesma hipótese de erro de direito na classificação do fato descrito na denúncia, é possível, de logo, proceder-se a desclassificação e receber a denúncia com a tipificação adequada à imputação fática veiculada, se, por exemplo, da qualificação jurídica do fato imputado depender a fixação da competência ou a eleição do procedimento a seguir. (...) 7. HC deferido para rejeitar a denúncia, sem prejuízo de que outra seja adequadamente oferecida. (STF, HC 84653, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, j. 02/08/2005).*

¹³⁴ AMARAL, A *emendatio libelli*..., p. 93.

a liberdade de locomoção e, em determinados casos específicos, deixando ao desamparo princípios como o devido processo legal, ampla defesa e a dignidade do cidadão (...) ¹³⁵”.

Outrossim, concluiu o Min. Sepúlveda Pertence que seria possível ao magistrado, nessa mesma hipótese de erro, proceder à desclassificação e receber a denúncia com a tipificação adequada à imputação fática veiculada. Seria essa a solução ideal nos casos em que qualificação dos fatos influa na fixação da competência ou da eleição do procedimento a se seguir.

Portanto, o Min. admitiu a utilização da *emendatio libelli* no momento do recebimento da denúncia e não apenas seus efeitos para os casos que influam na competência ou da eleição do procedimento a se seguir. Dessa forma, aduziu o Exímio Min. ser possível a “reclassificação” dos fatos atribuídos na inicial no recebimento da denúncia para, por exemplo, alterar a competência para o juizado especial criminal, sendo possível a utilização dos institutos da Lei 9.099/95 de imediato.

Entretanto, é ainda questão bastante pertinente e não bem resolvida pela Jurisprudência pátria, por exemplo, a utilização da *emendatio libelli* no momento inicial para desde logo declarar a decadência ou prescrição – intimamente ligada à economicidade e à celeridade processual.

Apesar do aludido precedente ser um marco importante na mudança de perspectiva dos Tribunais Superiores, são bastante correntes decisões que não aceitam a mudança da capitulação jurídica no recebimento da denúncia, inclusive decisões do próprio STF mais recentes do que a prolatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence ¹³⁶.

Igualmente, a decisão mais recente do STJ sobre o assunto, de Relatoria do Min. Arnaldo Esteves de Lima, de 2007, limitou-se a repetir o julgado da Min. do STF Cármen

¹³⁵ AMARAL, A *emendatio libelli*..., p. 93.

¹³⁶ EMENTA: 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 em tese. 4. Ordem de Habeas corpus denegada (STF, HC 87324, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/04/2007, 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).

Lúcia no sentido de não ser cabível a alteração da capitulação jurídica no momento do recebimento da denúncia pelo magistrado¹³⁷.

Portanto, não há até agora um robusto posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o assunto – há, diga-se de passagem, uma grande controvérsia¹³⁸ – que demonstre a viabilidade da *emendatio libelli* no momento do recebimento da denúncia.

Atualmente, a doutrina assente que nos casos em que ocorre excesso de capitulação – como nos casos de a descrição corresponder, na realidade, a uma figura típica mais amena com reflexos imediatos no *status libertatis* ou *status dignitatis* do acusado – pode o juiz realizar a correção no ato de recebimento da denúncia.

Nesse sentido, muito bem aponta o magistrado paranaense Fábio Capela:

Não procede o argumento de que ao juiz é vedado “emendar” a denúncia, desde o início, para, de acordo com os fatos expostos, determinar-lhes a correção da classificação jurídica. Se o próprio membro do Ministério Público pode aditá-la, a qualquer tempo, com mais razão está autorizado o julgador a efetuar a correção, afastando sensíveis prejuízos à defesa e nulidades processuais¹³⁹.

Já Tourinho Filho preleciona que apesar do momento propício para o juiz dar a perfeita qualificação jurídico-penal ao fato ser o da prolação da sentença criminal, é

¹³⁷ *PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DESCLASSIFICAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. Tendo o Juízo de primeira instância concedido liberdade provisória à paciente, o Tribunal a quo, ao impor a prisão preventiva, deve fundamentar de modo idôneo a adoção da medida cautelar.

2. Considerações abstratas acerca do caráter hediondo do delito não são suficientes a ensejar a revogação do benefício da liberdade provisória concedido.

3. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, “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” (HC 87.324/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJ 18/5/07).

4. Ordem parcialmente concedida apenas para restabelecer a decisão de primeira instância no que se refere à concessão de liberdade provisória (STJ, HC 68.056/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJ 01/10/2007 p. 309).

¹³⁸ Por exemplo, há dois julgados do STJ, de 2005, que dispõem de maneira diversa sobre o assunto: 1) “*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...) I. A emendatio ou a mutatio libelli, previstas, respectivamente, nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, são institutos de que pode se valer o Juiz quando da prolação da sentença, não havendo previsão legal para sua realização em momento anterior, muito menos no juízo de prelibação. Precedentes. (...)*” (STJ, RHC 13.887/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2004, DJ 14/03/2005 p. 383);

2) “*(...) EXCESSO DE ACUSAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. (...) II - Não há vedação a que se altere a capitulação logo no recebimento da exordial, nos casos em que é flagrante que a conduta descrita não se amolda ao tipo penal indicado na denúncia. Tal possibilidade, acentua-se ainda mais quando o tipo indicado e aquele aparentemente cometido possuem gravidades completamente diversas, com reflexos jurídicos imediatos na defesa no acusado. Nessas hipóteses, é patente o abuso na acusação. (...) XII - A imputação de tentativa de homicídio, no presente caso, constitui flagrante excesso de acusação, uma vez que o lastro probatório coligido não enseja a referida capitulação típica. (...)*” (STJ, Apn 290/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2005, DJ 26/09/2005 p. 159)

¹³⁹ CAPELA, *Correlação...*, p. 95.

perfeitamente possível que assim proceda no recebimento da denúncia se tal providência puder beneficiar de qualquer modo o réu¹⁴⁰.

Damásio de Jesus vai mais além ao preceituar que, apesar de estar inserida no capítulo da sentença, a nova redação do artigo 383 permite que a mudança da capitulação jurídica seja feita a qualquer tempo pelo magistrado, inclusive no recebimento da denúncia¹⁴¹.

O magistrado baiano Sandro Luiz da Costa assente com a mudança da capitulação jurídica no ato de recebimento da denúncia, desde que a decisão seja devidamente fundamentada tendo em vista algum prejuízo processual que o réu possa vir a sofrer – como acontecia com a liberdade provisória nos crimes hediondos e nos casos de possibilidade de suspensão condicional do processo¹⁴². Contudo, se os crimes possuem mesma pena e mesmo procedimento – como os casos de furto e apropriação indébita – não é possível a alteração pelo magistrado antecipadamente, haja vista não existir qualquer prejuízo ao acusado que se defende unicamente dos fatos e não da sua capitulação jurídica¹⁴³.

Scarance Fernandes também defende a possibilidade de o magistrado corrigir antes da prolação da sentença a capitulação provisória imputada pela acusação nos casos que ela seja necessária para solucionar questões processuais relevantes sobre, por exemplo, competência, liberdade provisória e procedimento.

Para o autor, o impedimento dessa correção inicial é calcado no disseminado entendimento da doutrina e da jurisprudência pátria de que o réu defende exclusivamente dos fatos e não de sua classificação¹⁴⁴.

Contudo, seria necessário admitir que o juiz possa examinar a classificação ao menos de maneira incidental para o fim de resolver a questão relevante do processo e dela dependente, principalmente quando o acusado, ao se defender, discorda da classificação e aponta reflexos altamente prejudiciais de erro ou abuso da capitulação dada ao fato¹⁴⁵.

Descreve o autor que existem três vícios principais que podem macular a classificação e eventualmente exigir a sua correção: ser atípica, errônea ou excessiva.

O primeiro caso ocorre quando não existe o tipo penal nela indicado. Normalmente isso ocorre nos casos em que o promotor imputa um crime que foi banido por lei posterior,

¹⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado (arts. 1º a 393)**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 960.

¹⁴¹ JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 327.

¹⁴² COSTA, *Emendatio libelli* ..., p. 57.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ FERNANDES, **Reação...**, p. 215.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 219.

sem ser possível enquadrar o fato em outro tipo remanescente¹⁴⁶. Nessa hipótese, deve o magistrado rejeitar a denúncia ou queixa e, se não o fizer, poderá o Tribunal trancá-la em *habeas corpus* por ausência de justa causa¹⁴⁷.

Já o erro ocorre quando falta correspondência entre o artigo de lei indicado na denúncia ou queixa e o fato narrado¹⁴⁸.

Por último, a denúncia é excessiva ou abusiva quando o promotor classifica os fatos em um tipo penal mais rigoroso em vez de situá-lo em um menos grave e mais apropriado à espécie¹⁴⁹. Também ocorre erro ou abuso referente à forma como se define na denúncia o concurso entre dois ou mais crimes, haja vista ser comum divergências quanto à ocorrência de crime único, concurso material, concurso formal e crime continuado¹⁵⁰.

Perante esses tipos de casos o autor preconiza a possibilidade de o acusado discutir a classificação que lhe seja danosa e de o juiz, de ofício ou a requerimento da defesa, apreciá-la em decisão incidental para evitar ou afastar o prejuízo¹⁵¹. *Contrario sensu*, se inexistente prejuízo ao acusado, poderá ele discutir a classificação da inicial durante o processo e aguardar a correção na sentença judicial¹⁵².

Por fim, discorre o autor sobre a necessidade de o réu discutir a classificação quando prejudicial a sua pessoa ou a sua defesa, bem como sobre a importância do controle judicial da classificação, *in verbis*:

O que não tem sentido é impedi-lo de discordar da classificação errada ou abusiva quando dela derivem efeitos negativos para sua pessoa ou para a sua defesa, bem como manter o juiz sempre preso à classificação feita na denúncia ou na queixa. Não se trata de rejeitar a denúncia ou queixa, suficientemente embasada em suportes indiciários obtidos no inquérito, ou de alterar a classificação do Ministério Público, mas de admitir o controle judicial sobre a classificação quando seja prejudicial ao imputado e para um fim determinado¹⁵³.

Com efeito, a desclassificação no momento do recebimento da denúncia propicia a salvaguarda dos princípios da economia e da celeridade processual¹⁵⁴. A modificação dos fatos apenas na sentença poderia acarretar nulidade do processo, como nos casos, por exemplo, do rito apurado, fruto da nova classificação, permitir uma maior atividade

¹⁴⁶ FERNANDES, **Reação...**, p. 220.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 220.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 216.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 221.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 222.

¹⁵⁴ MAGALHÃES, **A correlação...**, p. 116.

defensiva¹⁵⁵. Se tais modificações fossem aplicadas no recebimento da denúncia, poder-se-ia evitar muitas vezes a prescrição da pretensão punitiva, que poderia ocorrer em decorrência da nulidade do processo e da necessidade de repetição de todos os atos¹⁵⁶.

O cabimento de recurso em sentido estrito pelo Ministério Público contra o recebimento da denúncia por infração diversa da inicialmente capitulada depende, segundo os ensinamentos de Grinover, Gomes Filho e Fernandes, de duas questões¹⁵⁷. O recurso é cabível quando o magistrado rejeita parcialmente a acusação, como no caso do magistrado afastar a ocorrência do furto qualificado e receber apenas como furto simples. Contudo, não é cabível recurso se ocorreu a mera classificação diversa do fato, haja vista que, mantido na sentença o mesmo enquadramento legal, poderá o tribunal, em apelação, dar ao fato diversa definição jurídica – não houve rejeição da denúncia nessa hipótese.

Por fim, não podemos deixar de registrar que o Projeto de Lei n° 4.207/2001¹⁵⁸ pacificava tal questão ao prever expressamente a possibilidade de correção da capitulação no momento do recebimento da denúncia pelo magistrado. Infelizmente, na transformação desse projeto na Lei n° 11.719/2008, a qual alterou o artigo 383, a disposição foi suprimida.

3. Da Suspensão Condicional do Processo; Da Alteração da Competência e Da Alteração da Natureza da Ação Penal

Superadas as considerações acerca do momento da alteração, veremos as hipóteses elencadas nos parágrafos primeiro e segundo do art. 383 do CPP, inovações trazidas pelo advento da Lei n° 11.719/08.

Dispõe o parágrafo primeiro do aludido artigo que “*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*”.

¹⁵⁵ MAGALHÃES, A **correlação...**, p. 116.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio de Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 134.

¹⁵⁸ “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”.

Nessa hipótese, deverá o juiz abrir vista ao Ministério Público para que formule a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95). É interessante aqui ressaltar que a aplicação do instituto, nesse caso, se dá fora de seu tempo normal, uma vez que a denúncia já terá sido proposta¹⁵⁹.

O legislador aqui prestigiou a Súmula 337 do STJ que dispõe: “*É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva*”.

Pode ocorrer, como exemplificado por Capela, que na inicial o Ministério Público tenha imputado ao réu fatos caracterizadores de furto simples (CP, art. 155, *caput*), mas na qualificação jurídica os tipifique como furto qualificado (art. 155, § 4º)¹⁶⁰. A incidência da qualificadora impede a utilização do instituto da suspensão condicional do processo, haja vista que a pena mínima ultrapassa 1 (um) ano.

Ocorre que, no decorrer da instrução, verificou-se que na realidade o réu apenas incidiu na prática de furto simples. Nessa hipótese, o juiz, após proceder à classificação correta, deve abrir vista ao *parquet* para que seja proposta a suspensão condicional do processo, se atendidos os demais requisitos.

Se houver recusa do membro ministerial para a formulação da proposta do *sursis* processual, aplica-se por analogia o art. 28 do CPP, remetendo-se os autos ao Procurador Geral¹⁶¹, conforme preceitua a Súmula 696 do STF¹⁶².

Depois de formulada a proposta pelo *parquet*, o magistrado designará audiência para que o réu tenha oportunidade de aceitar a proposta¹⁶³. Caso o réu não a aceite, o feito deve prosseguir normalmente, cabendo ao juiz proferir sentença¹⁶⁴.

Com a instituição da audiência una, introduzida pela Lei nº 11.719/08, nada impede que a proposta formulada pelo Ministério Público seja feita oralmente na própria audiência de instrução, debates e julgamento¹⁶⁵. Nessa hipótese, o juiz ao sentenciar opera a *emendatio*

¹⁵⁹ CAPELA, *Correlação...*, p. 84.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 85.

¹⁶¹ Nesse ponto, Fernandes chama atenção sobre a existência de uma corrente que sustenta ser um direito subjetivo do réu à transação penal ou à suspensão condicional do processo e, em caso de recusa do promotor em propor essas medidas, o juiz poderia aplicá-las se o acusado aceitar. *Vide* FERNANDES, *Reação...*, p. 228, nota 33.

¹⁶² Súmula 696 do STF: “*Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do código de processo penal*”.

¹⁶³ BADARÓ, *Correlação...*, p. 145.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

libelli, sem pronunciar-se sobre a condenação ou absolvição¹⁶⁶. Na sequência, o *parquet* formula oralmente a proposta e já se colhe a manifestação do acusado e de seu defensor¹⁶⁷. Se aceita a proposta, o juiz homologa o acordo, se recusada, o juiz retoma o feito para sentenciá-lo.

Interessante deixar registrado que ainda há autores de respeito, como Nucci, que discordam da atual redação do § 1º do art. 383, por entender ser inviável a concessão de suspensão condicional do processo depois da instrução e da prolação da respectiva sentença¹⁶⁸. Argumenta o autor que se trata, na realidade, da suspensão **do processo**, e se esse já tramitou, não seria possível tornar ao início, esquecendo a ocorrência da instrução e da prolação da sentença¹⁶⁹. A medida seria cabível para se evitar o curso do processo e, não sendo possível, o magistrado deve proferir sua decisão e fixar os benefícios cabíveis para o cumprimento da pena¹⁷⁰.

Com relação à competência, dispõe o parágrafo segundo: “*Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos*”.

Da redação do artigo devem se extrair unicamente os casos de competência absoluta, uma vez que o dispositivo referiu-se a “juízo” e não “foro”¹⁷¹. Os casos de incompetência relativa devem ser excluídos dessa regra processual por força da inclusão no ordenamento pátrio do princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, CPP)¹⁷².

Com o incremento desse princípio deve se evitar ao máximo o afastamento do juiz que instruiu a causa, e, com isso, colheu a prova¹⁷³. Nesses casos, ainda que modificada a competência relativa do juiz, deverá ele mesmo proferir a sentença¹⁷⁴ - até porque estará, nesse momento processual, preclusa a arguição pelas partes.

Se o parágrafo primeiro não dispôs sobre a possibilidade de transação penal, acreditamos que ela está incluída na alteração da competência. Isso porque o instituto da transação penal é aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo de competência absoluta,

¹⁶⁶ BADARÓ, **Correlação...**, p. 146. Importante também aqui ressaltar que o autor ainda defende a manifestação prévia das partes sobre a *emendatio libelli*, ou seja, apenas depois de ouvir as partes, o juiz poderá aplicá-la. Mais adiante nos aprofundaremos um pouco mais sobre o contraditório prévio sobre a alteração da capitulação jurídica.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 146.

¹⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 660.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ CAPELA, **Correlação...**, p. 85.

¹⁷² OLIVEIRA, **Curso...**, p. 614.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

em razão da matéria, do juizado especial criminal¹⁷⁵. Portanto, ao modificar a competência da justiça comum para o juizado especial poder-se-á utilizar o referido instituto.

Como muito bem colocou Badaró, apesar da transação penal ser oferecida originariamente antes do início do processo, não constitui óbice o oferecimento da transação penal com o procedimento em curso¹⁷⁶. Ressalta-se que essa possibilidade é prevista no art. 79 da Lei nº 9099/95.

Questão um pouco intrincada é aquela referente à modificação da classificação jurídica em segundo grau de jurisdição. Nessas hipóteses, admite-se a conversão do julgamento em diligência para que, em primeiro grau, seja realizada a audiência para efetivação da suspensão condicional do processo ou da transação penal¹⁷⁷.

Apesar de não disciplinada pela lei, é importante tecer breves considerações acerca da modificação da ação penal em virtude da nova capitulação jurídica atribuída pelo magistrado. Nessa hipótese, a mudança pode trazer consequências quanto à legitimação para a propositura da ação.

Nos casos em que a nova capitulação jurídica remete a um crime que deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada, deve o juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito, por *ilegitimatio ad causam*, utilizando por analogia o art. 267, inc. VI, do Código de Processo Penal¹⁷⁸. Nada impede que o Ministério Público venha a oferecer denúncia posteriormente.

Nos casos em que inicialmente se tenha enquadrado o crime como de ação pública condicionada e depois se verifica que se tratava de crime processado mediante ação pública incondicionada, não há falar em ilegitimidade de parte ou em decadência¹⁷⁹. O juiz poderá julgar o feito normalmente, uma vez que apenas ocorreu uma representação desnecessária¹⁸⁰.

O problema maior verifica-se nos casos em que a alteração remete a um crime processado mediante queixa (ação penal privada) ou por representação do ofendido (ação penal pública condicionada). Nesses casos, tendo o processo se iniciado por denúncia e já

¹⁷⁵ Nesse sentido também é o entendimento de Boschi: “(...) se da nova classificação jurídica resultar a conclusão de que o fato narrado na inicial é, em tese, da competência do Juizado Especial Criminal, o que o juiz deve fazer é enviar os autos do processo a esse Juizado para que o MP proponha a transação ou suspensão do processo, como deflui, aliás, claramente, do § 2º do art. 383”. BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 291.

¹⁷⁶ BADARÓ, **Correlação...**, p. 147.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ MAGALHÃES, **A correlação...**, p. 121.

¹⁷⁹ BADARÓ, *op. cit.*, p. 143.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

transcorrido o prazo decadencial de 6 (seis) meses, o juiz, ao modificar a capitulação, deve declarar extinta a punibilidade¹⁸¹.

Por isso, é necessário um rigoroso controle da natureza da ação penal no ato de recebimento da denúncia, a fim de se evitar a decadência do direito de queixa ou representação, bem como a prescrição da pretensão punitiva.

4. Críticas ao Instituto da *Emendatio Libelli*

A importância da classificação do fato delituoso há muito tempo tem sido renegada pela jurisprudência e pela doutrina pátria. A doutrina tradicional, ancorada nos antigos brocardos *iura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius*, assentia que a modificação unicamente da capitulação jurídica não trazia prejuízos ao acusado, já que esse deveria apenas se defender dos fatos e não de sua classificação jurídica.

Entretanto, vem crescendo na doutrina nacional o posicionamento de que seria indispensável a comunicação prévia às partes da modificação da capitulação jurídica pelo magistrado, tendo em vista os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sobre o assunto se manifestou o Desembargador aposentado Weber Martins Batista já em 1991. Àquela época, o magistrado defendia a possibilidade de o juiz alertar o réu para que se manifestasse acerca da nova classificação jurídica se ela viesse a surpreendê-lo – atitude que o próprio autor tomava quando era juiz de primeiro grau¹⁸².

Descreveu o autor duas hipóteses perfeitas de *emendatio libelli* – ou seja, onde não há sequer uma mudança na base factual: a primeira tratava-se da mudança de um roubo tentado para consumado¹⁸³ e a outra de um furto para roubo¹⁸⁴.

¹⁸¹ BADARÓ, *Correlação...*, p. 143.

¹⁸² BATISTA, Weber Martins. Acusação e sentença: princípio da correlação. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v. 4, p. 200-209. p. 202.

¹⁸³ Nas palavras do autor: “A inicial – por ex. – diz expressamente que o réu, depois de ameaçar a vítima com uma arma, subtrai-lhe o carro e foge, sem ser perseguido, sendo detido cerca de meia hora depois, quando os componentes de uma patrulha, avisados pelo rádio, surpreendem-se no interior do veículo roubado. Ainda que o MP classifique o fato como roubo tentado, mas desde que descreveu um crime de roubo consumado – não houve perseguição, o agente foi detido quando o objeto já saíra da esfera de vigilância ou custódia do dono – o juiz pode condenar o réu por este último crime, sem necessidade de qualquer providência”. *Ibidem...*, p. 201.

¹⁸⁴ “O mesmo poderá ocorrer – outro exemplo - na hipótese do MP imputar aos réus, três **trombadinhas**, o fato de terem dado um tranco na vítima, uma pessoa de idade, jogando-a ao chão e disso se aproveitando para subtrair seu dinheiro. Ainda que aquele classifique o crime como furto, pode o juiz, por entender que o fato

Como não há mudança na base factual, poderia à luz do art. 383 do CPP o juiz assim proceder. Ocorre que em muitos casos haverá surpresas para o réu que, por força da interpretação dada pelo MP, defendeu-se de um crime e acabou sendo condenado por outro¹⁸⁵. Se o magistrado tivesse alertado para a possibilidade de mudança da capitulação jurídica poderia, talvez, o réu, no primeiro exemplo, se defender da consumação e, no segundo exemplo, se defender da caracterização da violência obtendo, quem sabe, êxito¹⁸⁶.

Para o magistrado, apesar do réu se defender de fatos, impera o princípio da ampla defesa, *in verbis*:

Não há dúvida de que o réu se defende dos fatos, não de números, mas a verdade é que a classificação incorreta dada aos fatos pode acabar prejudicando a defesa, que no processo penal – não se pode esquecer – não é apenas defesa, simples defesa, mas ampla defesa¹⁸⁷.

Também defendeu tal posicionamento Badaró pelo menos desde 2000 com a publicação da primeira edição de sua obra “*Correlação entre acusação e sentença*”. Acrescentou que a manifestação prévia das partes à mudança de capitulação jurídica do fato imputado tem razão de ser porque, apesar do acusado se defender exclusivamente dos fatos, o tipo penal exerce influência decisiva na condução da defesa¹⁸⁸.

Nesse mesmo entendimento, filiam-se também Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes em sua obra intitulada “*As nulidades no processo penal*”. Complementam os autores que, à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, deve ser oportunizada a manifestação das partes anteriormente a modificação da pena¹⁸⁹.

Tem razão de ser a medida, pois, na opinião dos autores, a fixação de uma pena mais grave muitas vezes pode alterar consideravelmente a situação jurídica do acusado, como nos casos de alteração para um crime de natureza hedionda¹⁹⁰. Igualmente nos casos em que haja diminuição de pena em virtude de alteração da capitulação jurídica, o Ministério Público tem interesse em se manifestar¹⁹¹.

Scarance Fernandes, em sua obra individual “*Reação defensiva à imputação*”, muito bem coloca que antes da entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941 o magistrado

descrito e provado caracteriza roubo, condenar os réus por este último crime, sem necessidade de baixar os autos ao MP ou à defesa”. BATISTA, *Acusação...*, p. 201-202.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ BADARÓ, *Correlação...*, p. 140.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio de Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 208.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*.

não podia alterar a classificação para aumentar a pena, mas apenas para diminuí-la¹⁹². Muitos, como Espínola Filho, criticavam a medida por promover a impunidade¹⁹³. Entretanto, o entendimento de que o réu defende-se exclusivamente dos fatos e não da imputação jurídica deixaria a defesa desprotegida¹⁹⁴.

A possibilidade de o juiz alterar a classificação do fato na sentença, sem oportunidade de um contraditório prévio, tornaria a imputação sempre potencialmente alternativa, o que empunharia um ônus insuportável ao acusado de defender-se tanto da classificação expressa quanto de todas as outras possíveis¹⁹⁵.

Argumenta ser inviável a aceitação da defesa genérica de toda e qualquer capitulação, haja vista que as garantias constitucionais do devido processo legal impedem que as partes sejam surpreendidas com uma modificação sem haver oportunidade de um contraditório anterior¹⁹⁶.

Para o autor, a supressão do contraditório das questões de direito imposta pelo art. 383 do CPP anularia a importância da qualificação jurídica dos fatos narrados na inicial, a qual assumiria primordial relevo ao subsumir um fato naturalístico a um tipo penal incriminador¹⁹⁷, tornando-o típico.

Consoante o pensamento do autor, a norma e o fato naturalístico possuiriam estreita vinculação e por isso não seria mais cabível um contraditório unicamente sobre questões de fato, mas também sobre questões de direito¹⁹⁸. Portanto, a alteração da norma incidiria diretamente na valoração fato – não seria possível negar que um crime qualificado como homicídio tem valoração diversa daquele capitulado como lesões corporais seguidas de morte¹⁹⁹.

Por fim, preceitua o autor que ao menos, então, utilize-se analogicamente o art. 437, *a*, do Código Penal Militar²⁰⁰, uma vez que nesse diploma o Conselho de Sentença só poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia se “*aquela definição haja sido*

¹⁹² FERNANDES, *Reação....*, p. 231.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 232.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 234.

²⁰⁰ “Art. 437. O Conselho de Justiça poderá:

a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la; (...)”

formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la”.

Já Magalhães preleciona que o contraditório sobre as questões de direito é oriundo da construção da imputação como fatos juridicamente qualificados²⁰¹. Adverte a autora que não são raras as vezes que a defesa técnica restringe sua análise tendo em vista temática da classificação indicada, como nas hipóteses de alegação de atipicidade do fato por ausência de elemento normativo do tipo, ausência de norma complementar à norma penal em branco, ou seja, excluindo qualquer discussão sobre o fato em si²⁰².

Aury Lopes Jr. critica ferozmente a utilização dos adágios supracitados por não mais corresponderem aos cânones constitucionais contemporâneos²⁰³. Para o autor, contrário à posição predominante dos tribunais brasileiros, além do réu se defender dos fatos imputados na acusação, a defesa desenvolve suas teses com base na teoria do injusto penal, averiguando os limites semânticos do tipo, causas de exclusão da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, etc.²⁰⁴.

Esse autor defende a adoção em nossa *praxis* processual – ante a desnecessidade de alteração legislativa – de algo semelhante à essência do *planteamiento de la tesis* do sistema espanhol. Nas hipóteses de possibilidade de mutação da qualificação jurídica deveria o juiz chamar as partes para que se posicionem acerca da modificação, respeitando-se, assim, o contraditório processual²⁰⁵.

Para Geraldo Prado, a alteração da qualificação jurídica imputada na denúncia pelo magistrado é reminiscência de um processo penal de matiz inquisitória. Portanto, é necessário o instituto se amoldar ao processo penal de índole acusatória, oportunizando a dialética entre as partes, a fim de que elas apresentem ao juiz a tese e a antítese, cabendo ao magistrado a síntese ou a escolha da tese que entendeu mais adequada²⁰⁶.

Apesar do princípio *jura novit curia*, Geraldo Prado acredita ser defeso ao juiz propor uma qualificação jurídica distinta daquela apresentada pelo Ministério Público se isso significar surpresa para a defesa, como no caso do concurso aparente de normas²⁰⁷. Em nota, o autor critica a nova redação do art. 383 do CPP por entender que o juiz, a pretexto de

²⁰¹ MAGALHÃES, A **correlação...**, p. 111.

²⁰² *Ibidem*, p. 112.

²⁰³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. rev. e atual. até jan. 2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 384.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 388.

²⁰⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 146.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 148.

corrigir erro de qualificação da denúncia, poderia reconhecer o concurso material entre o crime de falso e o de estelionato, enquanto que o *parquet* teria imputado apenas o estelionato por considerar a consunção entre os delitos²⁰⁸.

Por fim, o autor recrimina duramente a modificação da conduta típica pelo magistrado por entender uma usurpação à titularidade da propositura da ação penal – salvo os casos de erro material. Vejamos nas suas próprias palavras:

Supor que o Ministério Público não saiba qualificar juridicamente os fatos apurados no inquérito policial é estar em rota de colisão com a realidade. Eventuais erros materiais podem ser corrigidos pelo juiz, ouvido o acusador e o réu. Pontos de vista diferentes sobre a qualificação jurídica, porém, não podem ser impostos ao acusador, sob pena de o juiz tomar o lugar dele²⁰⁹.

Giacomolli vai mais além ao negar guarida no devido processo legal ao art. 383 do Código de Processo Penal. A posição extremada do autor é justificada pela inseparabilidade das questões de fato e de direito²¹⁰, as quais integram o âmbito de discussão da demanda.

Crítica duramente a posição de que o réu simplesmente se defende dos fatos a ele imputados por considerar um soterramento do princípio da ampla defesa²¹¹. Da leitura desse preceito constitucional, extrai-se a prevalência do contraditório tanto nas questões de fato quanto nas de direito²¹².

Conclui o autor não ter legitimidade constitucional as decisões condenatórias sobre imputação jurídica na qual o réu não se defendeu, como nos casos de imputação por dolo e condenação por culpa²¹³.

A nosso ver, equivocou-se Giacomolli em sua exemplificação. Como já vimos sucintamente e veremos mais profundamente no capítulo adequado, a modificação do delito para a modalidade culposa implica em alteração da base factual. Isso porque é necessária uma nova descrição dos fatos exteriorizados pelo agente a fim de demonstrar no que consistiu seu agir culposos.

Com efeito, é imprescindível que a modificação da qualificação jurídica se dê através do instituto da *mutatio libelli*, materializado na figura do aditamento da exordial. Apenas chamamos atenção ao erro cometido pelo autor para conseguirmos ao final do estudo bem

²⁰⁸ PRADO, Sistema..., p. 148.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 149.

²¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: provas, ritos processuais, júri e sentença. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 107.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Ibidem*.

construir a distinção entre a ocorrência da simples alteração da capitulação jurídica e a modificação da base factual.

A problemática torna-se mais complexa em face da temática da “moderna criminalidade”. É bastante comum aos delitos que descrevem esse tipo de criminalidade utilizar normas penais em branco para definição de crimes de perigo. As leis que tutelam o meio ambiente e o sistema financeiro nacional já no tipo penal antecipam a ilicitude extrapenal por meio de elementares normativas (“sem previsão legal”, “indevidamente”, “em desacordo com as formalidades legais”, etc.)²¹⁴.

Perante tais formas de definição da conduta é inegável que o réu, além de se defender dos fatos, também se defende da valoração jurídica que recai sobre esse fato e que constitui a elementar especializadora²¹⁵.

Os contornos problemáticos da afirmação que o réu defende-se exclusivamente dos fatos são muitos bem delineados pelo Advogado Criminalista Andrei Schmidt, em seu artigo “*Crítica ao jura novit curia*”.

Exemplifica o autor que poderia inicialmente ao réu ter sido imputada a prática de estelionato (art. 171 do CP) porque teria, por meio de fraude, induzido em erro diversas pessoas, causando-lhes prejuízo patrimonial; sem mudar a base factual teria entendido o magistrado na sentença que incorreu o réu na prática do art. 6º da Lei nº 7.492/1986 porque, na realidade, teria, omitindo informações, induzido em erro investidores do mercado financeiro, tudo com base no art. 383 do CPP^{216, 217}.

Apesar de a base factual ser a mesma, importa em abissal diferença a defesa nos dois casos. Perante o crime de estelionato, poderia o réu se defender alegando que não houve lesão ao patrimônio das vítimas, sendo a conduta imputada atípica – visto ser o estelionato um crime material e de dano que tutela os direitos individuais²¹⁸. Contudo, não importa para o crime do art. 6 da Lei nº 7.492/1986 se houve ou não lesão aos investidores, uma vez que se trata de um crime formal e de perigo, o qual tutela os interesses difusos²¹⁹.

²¹⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Crítica ao jura novit curia*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.13, n.157, p. 9, dez. 2005.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Para que realmente possa ocorrer uma *emendatio libelli* pelo magistrado no exemplo trazido pelo autor, vamos supor que também tenham sido imputadas ao réu outras condutas de competência da Justiça Federal. Caso assim não se imagine, não terá utilidade prática o exemplo trazido, uma vez que o crime de estelionato, da forma descrita pelo autor, é de competência da justiça comum e, verificada a ocorrência de crime de competência federal, o juiz estadual teria que se declarar incompetente, anular todo o processo e remetê-lo ao juízo competente, não ocorrendo, de forma alguma, a *emendatio libelli*.

²¹⁸ SCHMIDT, *op. cit.*, p. 9.

²¹⁹ *Ibidem*.

Diante desses argumentos, conclui o autor:

Interessa-nos, por ora, concluir que a vetusta tese de que o réu defende-se dos fatos, e não da capitulação jurídica do fato, há de ser relativizada para o fim de reconhecermos que, em algumas hipóteses, a mudança da definição legal repercute no próprio alcance material do injusto penal, caso em que a desclassificação, se resultar em agravamento da pena, só poderia ser operada mediante aditamento da denúncia e oportunização de contraditório²²⁰.

Na contramão do pensamento doutrinário abalizado nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, Pacelli de Oliveira defende a manutenção da ausência do contraditório entres as partes na mudança da qualificação jurídica pelo magistrado na sentença criminal.

Para o autor, as questões unicamente de direito (adequação do fato narrado à norma) podem ser amplamente rediscutidas no âmbito recursal²²¹. Ademais, a mudança da qualificação jurídica em sede recursal sempre obedecerá ao princípio da *ne reformatio in pejus* em caso de recurso exclusivo da defesa²²².

A adequação do instituto da *emendatio libelli* é calcada, no pensamento de Pacelli de Oliveira, na ordem constitucional vigente, a qual atribui a missão da definição jurídica do fato ao Poder Judiciário²²³. Ao Ministério Público cabe a capitulação jurídica inicial, a qual jamais poderá vincular o juiz da causa²²⁴.

Acrescenta o autor que o réu no momento da imputação inicial atribuída pelo Ministério Público ou pelo particular deve se pronunciar não apenas sobre a existência do fato, mas da adequação desse fato a uma norma penal²²⁵. Portanto, a defesa não deve voltar-se à escolha por ventura malsucedida da acusação, mas sim ao ordenamento jurídico²²⁶.

Por fim, sustenta que a adoção do critério do contraditório entre as partes no momento da alteração da definição jurídica pelo magistrado levaria a um fracionamento temporal da sentença, “na medida em que já anunciaria, em boa medida, o convencimento judicial²²⁷”.

Creemos, calcados principalmente no pensamento de Scarance Fernandes, que o fracionamento temporal na sentença não antecipa o julgamento de mérito, tampouco influencia na imparcialidade do magistrado.

²²⁰ SCHMIDT, *Crítica...*, p. 9.

²²¹ OLIVEIRA, *Curso...*, p. 613-614.

²²² *Ibidem*, p. 613.

²²³ *Ibidem*, p. 614.

²²⁴ *Ibidem*, p. 612.

²²⁵ *Ibidem*, p. 614.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ *Ibidem*.

Se assim fosse, toda vez que o juiz se manifestasse no momento do recebimento da denúncia sobre a capitulação jurídica estaria adiantando seu convencimento, bem como nas situações de conflito de competência em razão da matéria²²⁸.

É importante à discussão da matéria colacionarmos o entendimento de Guilherme Souza Nucci, o qual possui posicionamento bastante enfático contra a possibilidade aventada pela doutrina brasileira do contraditório prévio nos casos de *emendatio libelli, in verbis*:

Não vemos praticidade na conduta do magistrado que, estando com o processo em seu gabinete para sentenciar, após verificar que não é o caso de condenar o réu por estelionato, mas sim por furto com fraude, por exemplo, paralisa seu processo de fundamentação, interrompe a prolação da sentença e determina a conversão do julgamento em diligência para o fim de ouvir as partes sobre a *possibilidade* – não poderá afirmar que assim fará, pois senão estará julgando, em decisão nitidamente anômala – de aplicar ao fato definição jurídica diversa da constante dos autos.

As partes, certamente, irão renovar suas alegações finais, produzindo um burocrático e emperrado procedimento, sob o prisma de uma Justiça já considerada extremamente lenta. (...) Para a defesa técnica – a autodefesa dá-se somente no interrogatório e não torna a ocorrer, nessa hipótese – pode representar um prejulgamento indevido, mormente quando a pena puder ser aumentada, além de não trazer benefício de ordem prática, pois continuará insistindo na negativa de autoria, por exemplo, ou no reconhecimento de determinada excludente.

Enfim, apesar de ser regra existente em alguns outros sistemas normativos, parece-nos superfetação do princípio do contraditório e inócuo para ampla defesa. Note-se a conturbação processual que pode ocorrer, dando margem à perplexidade das partes até gerando insegurança quanto à convicção do juiz. (...)

O réu – autodefesa – apresentará a sua versão dos fatos que o juiz lhe narrar, conforme a denúncia. O seu defensor analisará, criteriosamente, os mesmos fatos e promoverá, de acordo com seu entendimento, a classificação cabível no interesse da *ampla defesa*, desprezando, para esse fim, o que foi capitulado na denúncia ou queixa.

Apesar do profundo respeito pelo doutrinador, não podemos de forma alguma acatar seu posicionamento. Haverá sim mudanças substanciais com a adoção do contraditório prévio, não se limitando as partes à mera repetição dos argumentos já esposados. Conforme já exposto, a defesa técnica delimita as suas teses também de acordo com o tipo penal cominado na denúncia. Se a acusação inicial foi por furto, a defesa técnica não irá despender esforços descaracterizando a violência contra a pessoa, já que, pela imputação inicial, o assunto já foi superado.

Por mais que a defesa dos crimes de furto e roubo tenha pontos de conexão, como a negativa de autoria, não é possível sustentar que as defesas permanecem idênticas para a alternância entre os dois casos.

²²⁸ FERNANDES, *Reação...*, p. 234.

Se fosse oportunizado ao réu o contraditório prévio, poderia ele, por exemplo, conseguir convencer o juiz de que a conduta narrada na inicial no máximo poderia caracterizar furto, conforme veiculado inicialmente na peça portal. Portanto, nesse caso, a defesa voltaria seus esforços para a descaracterização da violência contra a pessoa, o que possivelmente não ocorreria se a imputação inicial fosse de furto, por mais que existissem elementos para a caracterização de roubo.

Queremos chamar à atenção os casos em que há verdadeira surpresa às partes. Evidente que se a hipótese da caracterização da violência for levantada durante a instrução e a defesa vier a se manifestar a respeito não há falar no contraditório prévio.

Entretanto, se a caracterização da violência não foi sequer aventada durante a instrução, haverá patente prejuízo ao réu que não pode exercer a sua **ampla** defesa. A situação do réu teria sido substancialmente alterada, principalmente no tocante ao tipo de pena a ser cumprida, sem sequer poder se manifestar previamente.

Tudo isso sem contar com a complexidade dos crimes da modernidade, os quais obrigam as defesas técnicas a voltarem suas teses às questões relacionadas ao tipo penal que, por óbvio, tem sua eficácia vinculada justamente ao tipo penal veiculado na peça portal.

A doutrina internacional há muito tempo já vem se preocupando com o tema. No próprio prefácio da obra do autor português Frederico Isasca, defensor da tese de que o réu defende-se exclusivamente dos fatos imputados, há uma crítica contundente de seu posicionamento pelo seu compatriota Raul Soares Veiga.

Este autor, ao contrário de Isasca, defende a importância da classificação jurídica para a defesa do réu. Vejamos nas palavras do próprio autor:

A questão que colocamos é esta: não será que, quando uma alteração da qualificação jurídica implicar que a defesa do argüido relativamente à acusação seja inutilizada ou, o que é equivalente, que não tenha sido possível ao argüido organizar a sua defesa contra a nova qualificação jurídica dos fatos, deve permitir-se ao argüido, antes de ser proferida a sentença, que dela se defenda?

(...)

Será ademais admissível, independentemente do concreto sistema processual-penal entre nós vigente e de outras locubrações jurídica, que, em Estado de Direito democrático, possam, em caso algum, os órgãos repressivos do Estado condenar alguém por um crime, no sentido fático, mas também no sentido normativo da palavra, sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de dizer fosse o que fosse sobre o tipo e a forma do crime com base no qual é feita a condenação²²⁹?

²²⁹ VEIGA, Raul Soares da. Prefácio à 2ª ed. In: ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

A controvérsia, em Portugal, foi dirimida pela reforma do Código de Processo Penal Português. Pelo novo dispositivo, deveria o tribunal comunicar a alteração da qualificação jurídica dos fatos descritos na acusação ou na pronúncia ao arguido e concedido, se ele requeresse, o tempo estritamente necessário para preparar sua defesa²³⁰.

O Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América prevê que o acusado não pode ser condenado se previamente não for advertido sobre a possível modificação da qualificação jurídica, tendo direito de pedir a suspensão do debate para oferecer novas provas ou preparar sua intervenção (arts. 309, 310 e 322)²³¹.

Por todos os argumentos acima expostos não se pode mais ignorar a relevância da qualificação jurídica do fato imputado sob o malfadado argumento de que o réu se defende exclusivamente dos fatos e não de sua qualificação jurídica.

A correção da qualificação jurídica imputada na peça portal pelo magistrado na sentença é, sobretudo, válida, mas deve ser avaliada de acordo com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Toda vez que a nova definição jurídica cause surpresa ao acusado e, conseqüentemente, diminua o exercício de sua defesa – ou até mesmo surpresa ao exercício da acusação – é imperioso que o magistrado conceda às partes o direito de se manifestarem.

Por fim, não podemos deixar de registrar que o Projeto de Lei n° 4.207/2001²³² pacificava tal questão ao prever expressamente a intimação das partes perante a possibilidade de modificação da qualificação jurídica pelo magistrado no momento da prolação da sentença. Infelizmente, novamente, na transformação desse projeto na Lei n° 11.719/2008, a qual alterou o artigo 383, a disposição foi suprimida.

²³⁰ “Artigo 358.º

Alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia

1 — *Se no decurso da audiência se verificar uma alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, com relevo para a decisão da causa, o presidente, oficiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao arguido e concede-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.*

2 — *Ressalva-se do disposto no número anterior o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa.*

3 — *O disposto no n.º 1 é correspondentemente aplicável quando o tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia.”*

²³¹ FERNANDES, **Reação...**, p. 241.

²³² “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. (...)”

5. A *Emendatio Libelli* no Projeto de Novo Código de Processo Penal

Infelizmente, o Anteprojeto de Reforma de Novo Código de Processo Penal absteve-se de profunda alteração do instituto da *emendatio libelli*. Apenas houve alteração no §2º, o qual tornou expresso que apenas em relação à competência em razão da matéria os autos serão encaminhados para o Juízo competente. Portanto, no tocante a outros tipos de competência, haverá a *perpetuatio jurisdictionis* do primeiro magistrado. Vejamos, pois, o disposto no art. 407 do Anteprojeto de Código de Processo penal, Projeto de Lei nº 156 do Senado Federal:

Art. 407. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia, 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 T ratando-se de infração da competência de outro juízo, em razão da matéria, a este serão encaminhados os autos.

III - DA NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS

1. Aspectos Gerais

A regra da correlação entre acusação e sentença constitui uma valiosa garantia processual do acusado, a qual visa a preservar os princípios da ampla defesa e do contraditório. O rompimento da regra da correlação gera um sério gravame ao acusado, na medida em que pode ser surpreendido por condenação em razão de fato não contido na imputação²³³.

A relação processual penal se desenvolve a partir do fato atribuído ao réu na exordial, o qual fixa e define, como muito bem preceituou Pedroso, “*a latitude e longitude do processo*”²³⁴. O fechamento da relação processual dar-se-á pela sentença no Juízo de primeiro grau, devendo essa se ater à apreciação do fato imputado e narrado (*narra mihi factum, dabo tibi jus*)²³⁵.

Igualmente, José Frederico Marques preceituava que o magistrado não poderia ir além dos limites traçados pela imputação por constituir violação insanável do direito de defesa do réu e por corresponder verdadeira condenação sem denúncia (art. 564, n° III, letra a)²³⁶.

Entretanto, a vedação a *mutatio libelli* não é mais absoluta como outrora. Na Exposição de Motivos de nosso Código de Processo Penal, o Min. Francisco Campos ponderou a então nova sistemática processual de permitir a mutação da demanda, *in verbis*:

O projeto (...) repudia a proibição de sentença condenatória ultra petitem ou a desclassificação in pejus do crime imputado. Constituíam um dos exageros do liberalismo o transplante dessa proibição, que é própria do direito privado, para a esfera de direito processual penal, que é um ramo do direito público. O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um quantum de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena. Em razão do antigo sistema, ocorria, frequentemente, a seguinte inconveniência: não podendo retificar a classificação feita na denúncia, para impor ao réu sanção mais grave, o juiz era obrigado a julgar nulo o processo ou improcedente a ação

²³³ PENTEADO, Jaques de Camargo; RIBAS, Júlio César; UZEDA, Clovis Almir Vital de. **O aditamento no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 17.

²³⁴ PEDROSO, **Processo...**, p. 265.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ MARQUES, **Elementos...**, v. 2, p. 308.

penal, conforme o caso, devendo o Ministério Público apresentar nova denúncia, se é que já não estivesse extinta a punibilidade pela prescrição. Se o réu estava preso, era posto em liberdade, e o êxito do segundo processo tornava-se, as mais das vezes, impossível, dado o intercorrente desaparecimento dos elementos de prova.

Portanto, a modificação da demanda é permitida pelo nosso ordenamento desde que atendidas às regras estabelecidas em lei, sob pena de decretação de nulidade insanável ante da violação de direito à defesa.

Já em 1944, em voto proclamado pelo Min. Orozimbo Notato, já se afirmava que a defesa era norteadada pela acusação imposta na inicial. Portanto, para evitar surpresas ao réu e assegurar sua defesa perante o fato novo, era imperioso o aditamento à exordial (STF, 22 de Maio de 1944, HC n. 28.701, págs. 3.994-3.995 do *apenso* ao *Diário da Justiça* de 5 de setembro de 1944)²³⁷.

Não estamos mais aqui perante mera alteração da qualificação jurídica, a qual, como já estudamos no capítulo anterior, não viola o princípio da correlação entre a acusação e sentença, mas sim perante a verdadeira alteração da base factual da acusação.

Como já exposto na análise do objeto processual penal, os fatos inseridos na acusação inicial são hipotéticos, e terão sua existência verificada ao longo da instrução processual. Poderá se averiguar no curso da instrução processual que a descrição daqueles fatos inicialmente narrados é incompleta, demonstrando-se novas circunstâncias que modificam ou alteram o fato descrito²³⁸. O que se altera, na realidade, é o fato hipotético, visto que o fato da natureza é o mesmo, pois como acontecimento histórico não pode ser alterado²³⁹.

No nosso ordenamento processual penal, a regra que dispõe sobre a possibilidade de mutação dos fatos imputados na exordial acusatória é aquela inserida no art. 384 do CPP, conhecida como *mutatio libelli*.

Dispõe o aludido dispositivo:

Art. 384. 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.

²³⁷ ESPÍNOLA FILHO, *Código...*, p. 92.

²³⁸ FERNANDES, *Reação...*, p. 181.

²³⁹ *Ibidem*.

§ 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.*

Preceitua com acerto a doutrina que a expressão *nova definição jurídica do fato* não é tecnicamente adequada para descrever o instituto da *mutatio libelli*. Isto porque a hipótese não trata de mera alteração da definição jurídica do fato, mas sim alteração do fato processual em virtude da descoberta, no curso do processo, de circunstância ou elemento não descrito na inicial acusatória²⁴⁰.

Na realidade, *a nova definição jurídica do fato* é mera consequência da alteração da base factual, não sendo, todavia, indispensável para sua ocorrência. É possível a alteração da base factual, acarretando a utilização da *mutatio libelli*, sem que haja a mutação do tipo incriminador.

É o que acontece, por exemplo, na mutação do elemento subjetivo do tipo nas hipóteses de crime culposo. A denúncia pode inicialmente ter imputado ao acusado o cometimento de homicídio culposo de trânsito por imprudência por ter ultrapassado o sinal vermelho e, durante a instrução, verificou-se que na realidade a imprudência consistiu em ultrapassagem em local proibido. É incontestável que, apesar do tipo penal ser o mesmo, a mutação do elemento subjetivo provocou alteração da base factual, somente permitida se precedida de aditamento à exordial.

Recentemente, tal dispositivo foi profundamente modificado com a nova redação dada pela Lei nº 11.719/08, sendo imprescindível que ao longo do nosso estudo tenhamos algumas comparações entre as inovações legislativas e a antiga redação, a qual dispunha da seguinte maneira:

Art. 384. 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

²⁴⁰ MAGALHÃES, *Correlação...*, p. 123.

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.

Foi bastante aplaudida a supressão da expressão *explícita ou implicitamente*, restando unicamente os vocábulos elemento ou circunstância da infração *não contida na acusação*. Diversos autores preceituavam que o antigo dispositivo permitia a denúncia implícita, o que seria inadmissível porque o réu se defende de imputação expressa, precisa e clara²⁴¹.

Também não mais importa a gravidade do delito para que seja procedido o aditamento à exordial, sendo esse imperativo perante qualquer alteração da base factual descrita inicialmente na peça portal.

O aludido dispositivo, em seu parágrafo 3º, dispõe serem aplicáveis à *mutatio libelli* os parágrafos 1º e 2º do art. 383, o qual regula o instituto da *emendatio libelli*. Portanto, é perfeitamente possível que em consequência da alteração da base factual haja a propositura de suspensão condicional do processo ou transação penal, bem como a alteração da competência inicialmente fixada. Portanto, a fim de se evitar tautologia, remetemos o leitor à segunda parte da presente monografia.

Feitas as considerações iniciais, passaremos a estudar com cuidado nos tópicos seguintes a alteração dos fatos descritos na inicial acusatória.

2. A Expressão *Elemento ou Circunstância da Infração*

Anteriormente à promulgação da Lei 11.719/08, muito se discutia acerca da inconsistência da expressão “*circunstância elementar*” inserida no *caput* do art. 384 do CPP. Isso porque a palavra circunstância deriva de *circum stare* – o que está ao redor, entorno de, em volta de – enquanto que a palavra elementar significa o que está na coisa, o que lhe é essencial, básico, fundamental²⁴². Portanto, argumentava-se que não seria possível um dado ou um fato ser circunstância ou ser elementar ao mesmo tempo.

A doutrina, apesar de criticar a terminologia utilizada, interpretava que o dispositivo abrangia os *elementos essenciais*, que compõem o tipo fundamental, e também quaisquer

²⁴¹ FERNANDES, *Reação...*, p. 200-201.

²⁴² BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 165.

circunstâncias essenciais ou *específicas*²⁴³, as quais incidem sobre a quantidade de pena, aumentando-a ou diminuindo-a²⁴⁴, como acontece com as qualificadoras ou com as privilegiadoras.

Os *elementos* são dados essenciais à figura típica, sem os quais o delito torna-se absoluta (não há crime) ou relativamente atípico (quando ocorre a desclassificação para outro delito)²⁴⁵.

As circunstâncias específicas não são essenciais ao tipo básico, haja vista que sua ausência não o faz desaparecer²⁴⁶. Contudo, tais circunstâncias tornam-se essenciais à caracterização dos tipos derivados, que sem elas deixariam de existir²⁴⁷.

Para a caracterização do crime de furto simples é apenas necessário que haja *subtração de coisa alheia móvel*, incidindo a pena de um a quatro anos; mas se houver a caracterização de qualquer uma das qualificadoras arroladas no § 4º, por exemplo, o limite mínimo e máximo passa a ser de dois a oito anos.

A única exceção apontada pela doutrina era no tocante às agravantes genéricas (arroladas nos artigos 61 a 66), as quais o juiz poderia reconhecer de ofício por força do art. 385 do CPP²⁴⁸, que, por não serem integrantes do tipo, não modificam os limites da pena cominada em abstrato²⁴⁹.

Com a reforma parcial do nosso CPP, a expressão “*circunstância elementar*” foi substituída pelos vocábulos “*elemento ou circunstância*”, atendendo o legislador às críticas doutrinárias acerca da impropriedade terminológica da antiga expressão. O legislador trouxe tal expressão como critério da *mutatio libelli* para aferir a relevância das provas descobertas na instrução²⁵⁰.

Contudo, boa parte da doutrina interpreta a aludida expressão tendo em vista unicamente as questões atinentes ao tipo penal, esquecendo-se que o objeto processual também é composto pelo fato naturalístico.

O princípio da congruência traduz-se na identidade do objeto do processo desde a inicial até a sentença final. Como já analisamos na primeira parte da presente monografia, o fato processual é integrante do objeto do processo. Portanto, deve-se igualmente aferir as

²⁴³ BATISTA, **Direito...**, p. 166.

²⁴⁴ MAGALHÃES, **A correlação...**, p. 124.

²⁴⁵ LOPES JÚNIOR, **Direito...**, p. 395.

²⁴⁶ BATISTA, *op. cit.*, p. 165.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ CAPELA, **Correlação...**, p. 185.

²⁴⁹ BATISTA, *op. cit.*, p. 166.

²⁵⁰ CAPELA, *op. cit.*, p. 107.

alterações relativas às circunstâncias temporais, locais e modais, as quais integram o fato naturalístico.

Tornaghi via com ressalvas a desnecessidade de ouvir o réu quando a prova demonstrasse a alteração de circunstância de tempo, lugar, maneira de execução, condição pessoal do réu, etc.²⁵¹ Apesar de entender ser permitida a consideração dessas alterações pelo magistrado sem a oitiva da defesa, aponta ser preciso assegurar ao réu o direito da ampla defesa, convindo ao juiz que “dê ao réu a oportunidade de falar sobre qualquer circunstância, se vir que ele pode ser surpreendido com a exasperação da pena”.

Como muito bem colocou Capela, as modificações concernentes ao tipo penal – como qualificadoras, privilegiadoras, nas causas de aumento e de diminuição – não devem ser utilizadas como parâmetro de aferição do princípio da congruência por serem meras consequências da mudança ocorrida no fato processual²⁵².

Magalhães preceitua que qualquer alteração das circunstâncias de tempo, modo e maneira de execução, por serem integrantes do fato processual (objeto do princípio da congruência), deve ser precedida de aditamento à exordial²⁵³.

O impasse doutrinário quanto à caracterização dos vocábulos *elemento ou circunstância* não é nada simples. Inevitável, pois, retomar algumas considerações concernentes à identidade do fato processual analisadas na primeira parte do trabalho.

Conforme já vimos, considerar pura e simplesmente que as mudanças relativas unicamente ao fato processual – excluindo-se, portanto, qualquer modificação atinente ao tipo penal – sempre violam o princípio da correlação é engessar de sobremaneira o magistrado no momento de sentenciar.

Por outro lado, considerar importante apenas as alterações concernentes ao fato típico é negar a devida relevância do fato naturalístico.

Bastante semelhante à solução trazida por Tornaghi é a de Badaró, com a ressalva de que este último preconiza a interpretação da expressão *elemento ou circunstância* à luz do fato processual, não importando a distinção entre elemento e circunstância do delito sob o ponto de vista penal material. Segundo o autor a expressão deve ser entendida como qualquer aspecto do fato processual que apresente relevância para o julgamento²⁵⁴, a qual é assim traduzida:

²⁵¹ TORNAGHI, *Curso ...*, p. 170.

²⁵² CAPELA, *Correlação...*, p. 108.

²⁵³ MAGALHÃES, *A correlação...*, p. 126.

²⁵⁴ BADARÓ, *Correlação...*, p. 161.

A alteração do fato processual, ou a descoberta de algo que, à luz do tipo penal, pode ser considerado elemento ou circunstância, será processualmente relevante toda vez que o juiz não puder conhecer de tal elemento ou circunstância na sentença, sem que isso resulte prejuízo para o exercício da acusação ou da defesa. O que dita a relevância processual do fato, isto é, do elemento ou circunstância que aflorou na instrução, é o respeito ao princípio do contraditório²⁵⁵.

Necessário para melhor compreender os argumentos do autor é retomar o conceito de fato relevante na determinação do objeto do processo penal. Conforme já explicitado, preconiza o autor que para saber se as circunstâncias do delito (de tempo, modo e maneira de execução) geram alteração ou não do fato processual é necessário se ater na defesa do acusado²⁵⁶.

Compartilha desse entendimento Capela, ao preceituar ser imprescindível a realização do aditamento e do contraditório entres as partes na hipótese de modificação de circunstância temporal relevante para o exercício de defesa do acusado. Exemplifica o autor que durante a instrução a defesa apresentou álibi de que o acusado estava em viagem pela Europa na data do cometimento do crime imputado na exordial e, posteriormente, foi descoberto que o crime foi praticado em data diversa²⁵⁷.

Portanto, o melhor entendimento sobre a alteração das circunstâncias do delito se dá sempre tendo em vista os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. O magistrado deve estar atento a qualquer modificação que surpreenda o acusado e prejudique o exercício de sua defesa.

Por fim, é mister que façamos algumas rápidas considerações acerca do artigo 385 do CPP, o qual permaneceu intocável com a reforma parcial trazida pela Lei n° 11.719/08. Segunda sua redação, é permitido ao juiz reconhecer de ofício na sentença as circunstâncias agravantes genéricas não descritas na denúncia, as quais não foram objeto de prévio contraditório, bem como condenar o réu mesmo com pedido de absolvição pelo Ministério Público²⁵⁸.

Muitos autores, seguindo uma linha de entendimento bastante disseminada na doutrina nacional, acreditam ser perfeitamente constitucional a condenação do réu face ao pedido de

²⁵⁵ BADARÓ, **Correlação...**

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 130.

²⁵⁷ CAPELA, **Correlação...**, p. 109.

²⁵⁸ “Art. 385. 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”.

absolvição do acusador, pois, ao se vedar essa possibilidade, estar-se-ia entregando ao Ministério Público a competência de julgar o mérito²⁵⁹.

Weber Martins Batista acredita ser possível a condenação por circunstância agravante não disposta na denúncia, desde que não haja surpresa para o acusado²⁶⁰. Nesse ponto, o Desembargador também defende a instauração de um contraditório prévio entre as partes se a mudança lhes causar surpresa, principalmente se a agravante não constar nos autos²⁶¹.

Nucci discorda da inconstitucionalidade da sentença condenatória proferida pelo magistrado mesmo com pedido de absolvição do *parquet*, fundamentando seu entendimento de forma bastante esclarecedora, *in verbis*:

Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (art. 385, CPP)²⁶².

Evidente que tal posição não é unânime e, seguindo a regra de quase todas as questões tratadas nesta monografia, há bastante divergência doutrinária.

Como exemplo de opinião doutrinária contrária à constitucionalidade do art. 385, podemos citar Aury Lopes Jr.. Acredita o autor que nessa hipótese não há exercício integral da pretensão acusatória que legitime a punição²⁶³. Haveria profundo ferimento ao princípio acusatório: a imparcialidade do juiz restaria violada, bem como o princípio do contraditório ao agir o magistrado de ofício²⁶⁴. Se houver pedido de absolvição pelo Ministério Público, o magistrado deveria, necessariamente, extinguir o feito sem julgamento de mérito (ou, como há lacuna legislativa nessa hipótese, absolver o acusado)²⁶⁵. Com relação à consideração de agravantes não inclusas na acusação, preceitua dever ser considerada nula a sentença por violação ao princípio da congruência²⁶⁶.

²⁵⁹ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* na reforma do Código de Processo Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 98, v. 881, p. 423-441, mar. 2009. p. 438.

²⁶⁰ BATISTA, **Direito...**, p. 205.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² NUCCI, **Manual...**, p. 667.

²⁶³ LOPES JÚNIOR, **Direito...**, p. 377.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem*.

É de se salientar que o art. 385 apenas se aplica (se aceito) aos crimes de ação penal pública²⁶⁷. Nos casos de ação penal privada, se o querelante opinar pela absolvição haverá perempção. É o disposto no art. 60, inc. III, do nosso CPP²⁶⁸.

Por fim, interessante mencionar que o Anteprojeto do Código de Processo Penal acaba com parte da controvérsia ao vedar o reconhecimento pelo magistrado de qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada. No tocante à possibilidade de proferir sentença condenatória quando o Ministério Público tiver opinado pela absolvição, há manutenção dessa possibilidade, contando que o juiz se restrinja ao disposto na inicial²⁶⁹.

3. Diferenças entre Fato Novo e Fato Diverso e as suas Consequências no Estudo da *Mutatio Libelli*

O princípio da congruência, como já bastante repetimos, visa a assegurar a identidade do objeto processual ao longo da instrução, impedito que o réu venha ser condenado por fato de que não se defendeu.

O ordenamento processual apenas permitiu, no caso do art. 384, o aditamento à exordial se houver alteração do fato inicialmente imputado, não abrangendo a hipótese em relação ao fato novo, desconectado com a imputação inicial²⁷⁰. Nesse caso, haverá a necessidade de uma nova acusação, formando um novo processo, e não apenas aditamento à inicial. É, portanto, necessário que a alteração fática guarde relação com o fato originário.

Isso porque a alteração fática é provocada pela descoberta de aspectos diversos do próprio fato imputado²⁷¹. A regra inserida no art. 384 enuncia que a *nova definição jurídica* é em decorrência de *elemento* ou *circunstância* do fato que foi inicialmente imputado²⁷².

²⁶⁷ TORNAGHI, *Curso...*, p. 171.

²⁶⁸ “Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: (...) III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; (...)”

²⁶⁹ “Art. 409. O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada”.

²⁷⁰ Também nesse sentido o Acórdão: “O art. 384, parágrafo único do Código de Processo Penal, única regra que permite a construção de uma doutrina do aditamento a denúncia, não admite seja a acusação, através dele, ampliada a novos fatos. Entre nós a *mutatio actionis* está restrita à nova definição jurídica do fato constante da imputação inicial” (TACRIM SP – RCr. 104.043 – Rel. Juiz DINIO GARCIA – 1ª C. – J. 16.03.89 – Un.).

²⁷¹ BADARÓ, *Correlação...*, p. 178.

²⁷² *Ibidem*.

Portanto, não há nova ação na *mutatio libelli*, mas apenas um aproveitamento daquela já instaurada, em razão de provas surgidas apenas na fase de instrução²⁷³. A inclusão de *elemento* ou *circunstância* até então desconhecida não tem o condão de mudar por completo a acusação²⁷⁴.

Conforme Mirabete, o aditamento à denúncia significa formular a acusação em novos termos²⁷⁵. A regra exposta no art. 384 do CPP não permite que a imputação seja ampliada a novos fatos, “pois a *mutatio acusationis* está restrita à ‘nova definição jurídica do fato’ constante da imputação inicial e não à correção de equívocos na incriminação ou à apresentação de nova imputação, providências que são compatíveis apenas com a propositura de nova ação penal^{276, 277}”.

O Exímio Jurista José Frederico Marques corrobora este entendimento:

Ao mencionar o aditamento da denúncia, o art. 384, parágrafo único, do CPP, quis referir-se à *mutatio actiones*, e não ao acréscimo de nova acusação²⁷⁸.

(...)

O procedimento do art. 384, parágrafo único, destina-se a regular a mudança da imputação, e, de maneira alguma, à possibilidade de se acrescer outro fato delituoso, como nova acusação, o que constitui objeto da denúncia²⁷⁹.

Complementa Nilo Bastista, corretamente a nosso ver, que o Ministério Público, ao trazer novo fato, substituindo a imputação primitiva, estaria fugindo ao tratamento jurisdicional mediante “desistência tácita da ação pública”. Concomitantemente, a nova postulação passaria ainda a tramitar sem o devido processo legal²⁸⁰.

Espínola Filho magistralmente analisou a questão, vejamos:

Uma questão interessante é apurar se essa nova definição jurídica do fato, em consequência da prova de circunstância elementar não contida na denúncia, ou na queixa, pode fazer-se tão livremente que vá a ponto de ser

²⁷³ OLIVEIRA, Curso..., p. 617.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ MIRABETE, Processo..., p. 465.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ Em sentido contrário, manifesta-se Hamilton: “Parece-me que tal entendimento não traduz a melhor exegese do texto, pois a lei, ao falar em nova definição jurídica que importe na aplicação de pena mais grave, para toda a evidência, não pode ser interpretada literalmente, pois ela pode decorrer do surgimento de fato novo que atingirá a classificação da infração penal e importará no agravamento da sanção respectiva. Demais disso, seria absurdo, ferindo o princípio da economia processual, proceder-se sempre na forma do art. 40 do CPP, instaurando-se novo processo para o fato novo, com grave prejuízo para a persecução criminal, quando tudo pode e deve ser resolvido em único processo e numa mesma decisão.” HAMILTON, Sergio Demoro. Aditamento provocado, uma heresia. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 9-20, abr./maio 2000. p. 11, nota 4.

²⁷⁸ MARQUES, Elementos..., p. 310.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 310.

²⁸⁰ BATISTA, Nilo. Sobre o aditamento à denúncia. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 285-289, 1996.

responsabilizado o réu por um fato absolutamente diverso do referido na peça acusatória inicial.
A resposta negativa se impõe²⁸¹ (...).

Já o simples acréscimo de novo aspecto fático pode alterar a tipificação jurídica do delito, sem que isso necessariamente importe em acréscimo de fato novo dissociado com o fato inicialmente imputado. Portanto, o simples acréscimo de aspectos do mesmo fato histórico que o transmudem para outro tipo penal não é suficiente para caracterizar nova acusação.

Conforme ensinamentos de Pacelli de Oliveira, "o fato novo deverá se agregar ao núcleo da conduta imputada (...)", como no acréscimo da *violência* ou *grave ameaça* na alteração de furto para roubo²⁸². Nesse caso, ainda permanecerá o núcleo da ação, *subtração da coisa*²⁸³.

Diante dessas considerações iniciais, é mister que consigamos separar as três situações distintas que a mutação da demanda pode gerar: a) poderá ocorrer apenas o acréscimo de elemento ou circunstância do fato inicialmente imputado descoberto pelo desenrolar da instrução; b) poderá surgir um fato novo – no sentido de transmudar por completo a imputação – que substitua na integralidade o fato inicialmente imputado; e c) poderá ser descoberto um novo fato, constituindo outro fato criminoso.²⁸⁴

Sem dúvida, a situação menos complexa de ser identificada é a última. A prova colhida durante a instrução pode dar notícia da existência de *outro* fato criminoso. Nessa hipótese, não é suficiente o simples aditamento nos termos do art. 384 do CPP, mas sim que se inicie uma nova persecução criminal.

Como exemplifica Weber Batista, é o caso de ser descoberto no curso do processo em que o réu, o qual está sendo processado por furtar uma residência, instantes depois de praticar o furto encontrou um desafeto seu e resolveu agredi-lo fisicamente²⁸⁵.

O novo fato descoberto, constituindo delito autônomo e em nada se relacionando com a imputação inicial, não pode ampliar a demanda, devendo ser iniciada nova ação penal. Bem explica José Frederico Marques que, se o juiz entender que o réu praticou outros crimes além dos descritos na denúncia, “é seu dever dar a notitia criminis a quem de direito, nos termos do art. 40 do Código de Processo Penal Brasileiro²⁸⁶”.

²⁸¹ ESPÍNOLA FILHO, *Código...*, p. 113.

²⁸² OLIVEIRA, *Curso...*, p. 614.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ FERNANDES, *Reação...*, 194.

²⁸⁵ BATISTA, *Direito...*, p. 170.

²⁸⁶ MARQUES, *Elementos...*, p. 310.

Se a infração inicial e a descoberta forem conexas poderá haver reunião de processos, conforme art. 79 do CPP²⁸⁷. Contudo, se os processos estiverem em diversidade de estágios (um está para se iniciar, enquanto o outro está quase na fase decisória), a solução mais adequada seria a aplicação do art. 80 do CPP, devendo ambos correr separadamente²⁸⁸. Porém, se não houver prejuízo para o andamento do primeiro processo, esse poderá ficar sobrestado, até que o segundo atinja a mesma fase, momento em que passarão a correr em conjunto²⁸⁹.

Problema bastante intrincado é justamente delimitar a ocorrência no caso concreto de mera alteração do fato inicialmente imputado, incidindo a hipótese da *mutatio libelli*, ou de verdadeira inovação do fato descrito na exordial, exigindo-se a realização de nova imputação.

Scarance Fernandes, calcado na doutrina italiana, preceitua que a distinção entre fato novo e diverso²⁹⁰ deve ter em vista os elementos do núcleo essencial do fato da imputação. Portanto, o fato será novo quando os seus elementos essenciais não estiverem contidos na imputação, sendo também diversos os bens jurídicos protegidos pelo fato imputado e pelo fato novo²⁹¹. Já é diverso o fato quando há o acréscimo de algum elemento que o modifique, porém, restando ainda correspondência parcial entre os elementos de seu núcleo essencial aos do fato da imputação²⁹².

Contudo, a solução trazida faz alusão exclusivamente ao fato típico, sem considerar o fato naturalístico como também integrante do objeto do processo penal. Conforme explicamos no tópico anterior, os elementos essenciais são integrantes da figura típica, que a diferencia de outros delitos, cuja ausência pode gerar a atipicidade relativa (desclassificação para outro delito) ou absoluta.

²⁸⁷ No mesmo sentido se manifesta Boschi ao preceituar ser possível, nos casos de conexão ou continência, o aditamento à peça inicial para se incluir os fatos novos. BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: denúncia, queixa e aditamento**. 2. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: AIDE, 1997. p. 248. Igualmente PEDROSO (**Processo...**, p. 280) manifesta-se no sentido de que a denúncia não pode ser aditada para a inclusão de novo delito, salvo se houver *manifesta* conexão entre ambos. Em sentido contrário, MIRABETE (**Processo...**, p. 465) preleciona que mesmo nas hipóteses de conexão, seria necessário que se instaure nova ação penal, com os consequentes atos de citação, interrogatório, etc., ou, pelo menos, aditamento seguido de tais providências, já que o aditamento do art. 384 não é necessário nova citação.

²⁸⁸ BADARÓ, **Correlação...**, p. 178 – 179.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 179.

²⁹⁰ O autor utiliza a nomenclatura de fato diverso para se referir às hipóteses de cabimento da *mutatio libelli* e fato novo para se referir às hipóteses de fato dissociado da imputação inicial, o qual deve ser processado em nova ação.

²⁹¹ FERNANDES, **Reação...**, p. 194.

²⁹² *Ibidem*, p. 194.

Também já verificamos ser possível a completa inovação do fato processual sem que haja qualquer alteração do tipo penal cominado, sendo irrelevante, portanto, a verificação da manutenção de seus elementos essenciais, os quais, por óbvio, permanecerão idênticos²⁹³.

É bastante complexa a delimitação de uma regra geral ao princípio da identidade do fato processual. A correta ponderação entre o fato naturalístico e o tipo penal incriminador é uma tarefa árdua, para não dizer impossível. A fim de evitar tautologia, remetemos o leitor à primeira parte da presente monografia, a qual aponta com maior precisão as dificuldades de individualização e identificação do fato imputado.

4. Da Variação Admissível Do Objeto da Demanda: o Aditamento à Exordial Acusatória

Antes de adentrarmos a modalidade de aditamento concernente ao tema do presente trabalho, faremos uma exposição geral sobre essa importante figura processual. Conforme já estudamos, a modificação da demanda é permitida pelo nosso ordenamento desde que atendidas às regras estabelecidas em lei, sob pena de decretação de nulidade insanável ante a violação de direito à defesa.

O instrumento processual que a lei designou para a modificação da demanda é a figura do aditamento, a qual não se restringe à hipótese elencada no artigo 384 do nosso Código de Processo Penal.

Conforme De Plácido e Silva, a palavra aditamento tem como significado *aumento, ampliação*²⁹⁴.

Boschi complementa ao enunciar que, em direito processual penal, o aditamento nada mais é que o acréscimo realizado pelo autor ao pedido articulado na denúncia ou queixa, variando desde a simples correção da narrativa ou da classificação, até a ampliação dos limites da própria *causa petendi*²⁹⁵.

²⁹³ Problema já debatido no início do trabalho em relação às teorias da ação (Schwinge) e do resultado (Kadecka). Sobre o mesmo tema, Badaró (**Correlação...**, p. 177) entende que “do ponto de vista terminológico, uma distinção precisa entre fato novo e fato diverso nem sempre é possível, vez que mesmo uma modificação parcial pode transformar totalmente o fato originariamente imputado”.

²⁹⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 61.

²⁹⁵ BOSCHI, **Ação penal: denúncia...**, p. 222.

Para esse autor, o aditamento é importante instrumento de prevenção de nulidades, atuando em favor da celeridade na prestação jurisdicional²⁹⁶. Dentre os empregos do aditamento, cabe destacar:

a correção da descrição do fato ou a de sua classificação, a redefinição dos limites da pretensão punitiva, quando a decisão desclassificatória modificar a competência do juízo, a alteração da definição jurídica do fato narrado, em face de elementar ou circunstância ‘não contida explícita ou implicitamente’ na denúncia ou queixa²⁹⁷.

O aditamento é uma espécie de petição inicial criminal, feito de forma escrita como regra geral²⁹⁸ – há possibilidade de ser feito oralmente, conforme preceitua o *caput* do art. 384, hipótese que veremos em capítulo apropriado. Além disso, deverá o aditamento submeter-se aos requisitos enumerados no art. 41²⁹⁹ do CPP, bem como à disciplina do art. 395³⁰⁰ do CPP. Nesse caso, caberão da decisão de não recebimento ou rejeição, respectivamente, os recursos em sentido estrito e apelação.

Quanto à oportunidade do aditamento, ele pode ser *provocado* ou *espontâneo*. A regra geral do aditamento é sempre o *espontâneo*, ou seja, quando o acusador decide, *sponte propria*, oferecer o aditamento³⁰¹. A exceção, atualmente com a constitucionalidade em pauta, é o *provocado*, realizado pelo Ministério Público após *provocação* do juiz³⁰². Essa última hipótese, como veremos a seguir, é extraída do §1º do art. 384 do CPP.

O aditamento ainda se divide em *próprio* e *impróprio*. No primeiro, há o acréscimo de fatos não contidos inicialmente na peça inaugural ou de sujeitos, os quais, mesmo co-autores ou partícipes dos fatos criminosos, não figuram na denúncia por ausência de provas³⁰³. Portanto, o aditamento próprio pode ser dividido em real (fatos)³⁰⁴ e pessoal (sujeitos). Já impróprio tem por objetivo suprir ou corrigir *dados laterais* ou *periféricos* constantes da denúncia ou queixa³⁰⁵.

²⁹⁶ BOSCHI, **Ação penal**: denúncia..., p. 222.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ BOSCHI, **Ação penal**: as fases..., p. 286.

²⁹⁹ “Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

³⁰⁰ “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. Parágrafo único. (Revogado).”

³⁰¹ BOSCHI, **Ação penal**: as fases..., *op cit.*, p. 286.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ RANGEL, **Direito...**, p. 283.

³⁰⁴ O aditamento *real*, por ser tema do art. 384, será analisado em capítulo apartado.

³⁰⁵ BOSCHI, **Ação penal**: as fases..., *op cit.*, p. 289.

Pode ocorrer no *aditamento pessoal* que os novos sujeitos processuais sejam incluídos na imputação inicial por terem praticados outros fatos *conexos* com o fato constante na denúncia (art.76 do CPP). Igualmente, pode simplesmente descobrir-se, durante a instrução, que o fato narrado fora cometido por mais sujeitos. Nesse caso, a inclusão de outro sujeito passivo no mesmo processo deflui da regra da *continência* (art. 77, inc. I, do CPP).

Na hipótese de aditamento pessoal, o sujeito incluído na relação processual deve ser citado para responder o pedido, repetindo-se todos os atos processuais inerentes ao exercício do direito de ampla defesa³⁰⁶. Na realidade, inicia-se praticamente um novo processo, devendo o acusado responder à acusação, requerer a produção de provas, nova instrução com oitiva das testemunhas de acusação e defesa, interrogatório, etc..

É possível que o novo sujeito passivo seja processado em feito separado, possibilidade escolhida principalmente em casos de pluralidade excessiva de sujeitos ou quando já estiver o primeiro feito em fase de sentença, sendo recomendado que se ofereça uma nova denúncia contra o(s) sujeito(s) remanescente(s).

O aditamento impróprio pode ser de retificação, ratificação, suprimento ou de esclarecimento. É o caso de se corrigir alguma falha na denúncia, atinente, por exemplo, “a qualificação completa do acusado, esclarecendo seus dados ou suprimindo elementos circunstâncias da denúncia, como o dia preciso do fato ou, ainda retificando dados inerentes ao lugar da consumação do delito, sem que, neste, altere a competência do foro³⁰⁷”.

Essa espécie de aditamento pode ser utilizada pelo acusador a qualquer tempo antes da sentença, sem necessidade de nova citação, de reinquirição de testemunhas, do acusado ou mesmo de abertura de prazo para manifestação defensiva^{308 309}.

Portanto, em linhas gerais, essas são as possibilidades de alteração da demanda no processo penal brasileiro. Evidentemente, resta ainda ser analisada àquela concernente à alteração da base factual inicialmente posta na exordial, insculpida no art. 384 do nosso CPP, a qual, por ser o tema principal da presente monografia, será analisada nos capítulos seguintes e com maior profundidade.

³⁰⁶ RANGEL, *Direito...*, p. 289.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ BOSCHI, *Ação penal: as fases...*, p. 288.

³⁰⁹ Ressalvamos que nem sempre essa hipótese é de mero aditamento retificativo, como já vimos, muitas vezes a alteração de circunstâncias de tempo, lugar da infração e maneira de execução podem resultar na modificação do fato inicialmente imputado, configurando a hipótese de *mutatio libelli*. É o caso, por exemplo, de ser modificada a data do delito, quando constitui álibi defensivo. Portanto, é necessário que haja nova colheita probatória nos moldes do §2º do art. 384 do CPP.

5. A Imperatividade do Aditamento à Exordial Acusatória; a (In)subsistência da Figura do Aditamento Provocado e o Momento da Aplicação do Instituto

Com relação à figura do aditamento, houve alterações substanciais com a nova redação do art. 384 dada pela Lei nº 11.719/08. No regime anterior, a doutrina muito discutia sobre a necessidade do aditamento à exordial também abranger a hipótese do *caput* do art. 384 – o qual dispunha sobre a alteração da base factual que implicasse em penal igual ou inferior à inicialmente imputada – por força dos ditames constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Com a promulgação da referida Lei, a discussão perdeu o objeto, visto que agora é imperativo o aditamento à denúncia sempre que houver alteração na base factual inicialmente imputada ao acusado, não importando a quantidade de pena aplicada.

Preceitua o novíssimo *caput* do art. 384:

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.

A nova redação do *caput* do art. 384 foi bastante aplaudida pela doutrina pátria por ter devolvido ao titular exclusivo da propositura da ação penal pública incondicionada a competência para aditar a denúncia ou a queixa subsidiária. Com isso, intentou o legislador corrigir a atuação *ex officio* do juiz ao alterar a acusação, a qual constituía violação ao sistema acusatório brasileiro³¹⁰.

Contudo, infelizmente, a nova redação ainda gera dúvidas e discussões no tocante à (im)possibilidade do aditamento provocado no nosso ordenamento processual, tendo em vista a redação do §1º do aludido dispositivo: “*Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código*”.

Como sabemos, o artigo 28 do nosso Código de Processo Penal permite ao juiz discordar do pedido de arquivamento feito pelo membro ministerial, remetendo os autos ao Procurador Geral de Justiça, para que este decida pela propositura da ação penal ou pelo arquivamento.

³¹⁰ TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta; MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata**. São Paulo: Método, 2008. p. 171.

Portanto, teoricamente, poderia o magistrado, ao acreditar ser imperioso o aditamento à exordial, provocar o membro do Ministério Público para que aditasse a denúncia e, não assim procedendo, enviar os autos ao Procurador Geral, de maneira assemelhada ao art. 28.

Entretanto, uma parcela significativa da doutrina acredita que a possibilidade de o juiz *provocar* o membro do Ministério Público, para aditar a exordial, seria resquício de um sistema inquisitório, o qual não teria mais guarida no ordenamento pátrio.

Segundo Badaró, o *caput* do aludido diploma legal deixou bastante claro ser a única forma possível de aditamento o *espontâneo*, realizado pelo membro do Ministério Público, sem mais subsistir no ordenamento processual pátrio a figura do aditamento *provocado*³¹¹. A inexistência desse aditamento coaduna com o fortalecimento do sistema acusatório, preservando a imparcialidade do julgador e reforçando a exclusividade do Ministério Público como órgão da acusação³¹².

No mesmo sentido é o pensamento de Giacomolli, ao preceituar que a *mutatio libelli* só poderia ser feita de modo voluntário pelo órgão da acusação; caso contrário, haveria indevida interferência funcional, antecipação do juízo condenatório, quebra do *due process of law* e do princípio acusatório³¹³.

Antes mesmo da promulgação das alterações do art. 384 do nosso CPP, muitos autores colocavam em xeque a constitucionalidade do aludido dispositivo por permitir a figura do aditamento provocado.

O próprio Des. Nereu José Giacomolli, ao menos desde 1995, com a publicação da obra Estudos de Direito Processual Penal, organizado por Paulo Cláudio Tovo, comunga desse entendimento.

Com inegável brilhantismo, descreve Giacomolli que para haver equilíbrio entre os pólos da acusação e defesa é necessário que a função acusadora não seja exercida pelo mesmo sujeito encarregado da *jurisdictio*³¹⁴. Dessa forma, não poderia o magistrado concomitantemente acusar e dizer o direito aplicado à situação concreta³¹⁵.

Seria, pois, da essência do sistema acusatório “a atribuição primordial a sujeitos diferenciados das funções de acusar, defender e julgar”, configurando todas as formas de procedimentos *ex officio* atentatórias às garantias do equilíbrio e da isenção³¹⁶. Portanto, não

³¹¹ BADARÓ, *Correlação...*, p. 153-154.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ GIACOMOLLI, *Reformas...*, p. 108.

³¹⁴ TOVO, Paulo Cláudio (Org.). **Estudos de direito processual penal**: Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 106.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 107.

seria lícito o magistrado reconhecer, no momento de proferir a sentença, a ocorrência de circunstância ou elemento não contido na exordial³¹⁷.

Hamilton, em entendimento contundente sobre a matéria, coloca que a única espécie permitida de aditamento é o *espontâneo*, pois ao juiz cabe julgar e não promover os atos de persecução criminal³¹⁸. Além do que não seria mera faculdade do membro ministerial promover o aditamento, haja vista que decorre da estrita observância do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal³¹⁹.

Para o doutrinador, diante do sistema acusatório em que se amolda nosso Processo Penal, não é possível ainda caber ao juiz medida “fiscalizatória” em relação à omissão do Ministério Público³²⁰. Caso o Ministério Público não realize o aditamento quando ele for essencial à procedência da ação penal, correrá o risco processual de seus atos, traduzindo-se, assim, o sistema acusatório³²¹.

Rangel já preceituava que o juiz não poderia mais *provocar* o membro do Ministério Público para manter a postura de sujeito processual imparcial³²². Apenas o promotor de justiça, sob a égide do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, é quem poderia aditar a exordial, independentemente de manifestação judicial³²³. Diante da inércia do promotor de justiça em aditar a denúncia, restará ao juiz absolver o acusado ou condená-lo, se possível, pelo crime descrito na denúncia³²⁴.

Contudo, em sentido diverso, muitos doutrinadores acreditam ser o §1º uma válvula de escape a assegurar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública³²⁵. Nesse sentido alinha-se o promotor de justiça Charles Emil Machado Martins, ao considerar o magistrado *fiscal* desse princípio³²⁶. Apesar do entendimento do magistrado não vincular o órgão da acusação (uma vez que a palavra final é dada ao Procurador Geral), segundo o autor, ao menos o órgão da acusação terá que fundamentar o não-aditamento³²⁷.

³¹⁷ TOVO, *Estudos...*, p. 109.

³¹⁸ HAMILTON, *Aditamento...*, p. 13.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ *Ibidem*.

³²² RANGEL, *Direito...*, p. 285.

³²³ *Ibidem*, p. 285.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ Antes mesmo da reforma, Lima já conceituava constituir função anômala do magistrado o aditamento provocado, pois o princípio da obrigatoriedade exigiria esse sistema de controle. LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 733.

³²⁶ MARTINS, Charles Emil Machado (Org.). **Do procedimento comum ordinário: teoria e prática dos procedimentos penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 90.

³²⁷ *Ibidem*.

Boschi, apesar de reconhecer certo conflito com o processo penal de índole acusatória, preceitua que a *provocação* do magistrado não constitui usurpação da atividade acusatória, haja vista que a palavra final sobre a sugerida redefinição do fato atribuído na exordial será do agente ministerial³²⁸. Acentua o doutrinador que o prazo de cinco dias para realizar o aditamento, conforme a nova dicção do art. 384, careceria de sentido se não houvesse a possibilidade de provocação pelo magistrado³²⁹.

Pacelli de Oliveira igualmente preceitua que não há inconstitucionalidade no § 1º do art. 384. Para o autor, tratando-se de fase decisória, o juiz não estaria exercitando funções de instrução e muito menos de acusação³³⁰. Na realidade quem decidiria sobre a necessidade ou não de aditamento é o órgão de revisão no âmbito do Ministério Público³³¹.

Acreditamos, contudo, que o melhor entendimento sobre a matéria é aquele no sentido de *negar* a possibilidade do aditamento provocado no ordenamento processual pátrio. A aludida possibilidade demonstra uma excessiva desconfiança da força institucional do Ministério Público, a qual não é mais cabível após 22 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.

Entendemos que à época de sua promulgação a ampliação dos poderes conferidos ao Ministério Público ainda era uma incógnita, pois não se sabia ao certo se o órgão conseguiria cumprir de forma plena as competências que lhe foram conferidas pela Carta Magna. Como resquícios dessa desconfiança foram previstos algumas mecanismos de controle, como, por exemplo, a ação penal privada *subsidiária* da pública – nos casos em que deveria ter o Ministério Público ingressado com a ação penal pública incondicionada.

Ocorre que durante todo o amadurecimento de nossa Constituição o Ministério Público demonstrou constantemente sua solidez e coerência, tornando-se apto ao desenvolvimento de todas suas funções institucionais atribuídas pela Lei Suprema.

Portanto, não são mais cabíveis as alegações de que o juiz possui a função de *fiscal* da Ação Penal, haja vista ser ela magistralmente cumprida pelos membros do Ministério Público. A afirmação do *parquet* como parte processual urge como decorrência do nosso sistema acusatório, devendo, portanto, assumir todas as consequências dos atos por ele emanados.

Feitas as ressalvas a função constitucional do Ministério Público, ainda há que se pontuar o seguinte: mesmo considerando a possibilidade de o juiz *provocar* o *parquet* ao

³²⁸ BOSCHI, **Ação penal**: as fases..., p. 288.

³²⁹ *Ibidem*, p. 287.

³³⁰ OLIVEIRA, **Curso...**, p. 619.

³³¹ *Ibidem*.

oferecimento do aditamento a exordial, pode ocorrer que o Procurador Geral também não concorde com o aditamento. Diante do não-aditamento, podem surgir as seguintes situações:

Se a questão envolver *elementar* indispensável à redefinição jurídica, a única alternativa restante será a de absolvição do acusado por atipicidade. Tomemos o exemplo trazido por Boschi³³²: É possível que em um processo de apropriação indébita do erário se descubra que o agente era servidor público. Nessa hipótese, não procedendo ao aditamento não seria possível condenar o servidor público ao crime de apropriação indébita, visto que o servidor público pratica peculato. Quanto ao crime de peculato também não seria possível condená-lo sem o devido aditamento, uma vez que falta à exordial a *elementar* “servidor público”.

Já se a questão envolver circunstância, nesse caso entendida como qualificadora ou de especial aumento de pena, a sentença poderá ser tanto absolutória quanto condenatória, mas sem ultrapassar os limites impostos pela inicial³³³. Dessa forma, mesmo com a incidência dessas circunstâncias, não poderá o juiz condenar o acusado por elas se não foi procedido o devido aditamento³³⁴, mas sim apenas pelo fato inicialmente descrito na exordial.

Diante da situação apresentada no primeiro caso pergunta-se: seria possível promover uma nova ação penal para imputar aquele fato devidamente comprovado ao fim da instrução criminal?

Respeitando-se os limites da presente monografia, acreditamos que a resposta deva ser negativa. O fato é apenas um e mesmo se o Estado não identificou e apurou corretamente o crime a decisão está acobertada pelo trânsito em julgado³³⁵. A idéia de coisa julgada penal é fundada na *realidade histórica*³³⁶ (fato principal) e não no fato narrado na inicial, independentemente do acerto ou equívoco cometido por ocasião da imputação feita na denúncia ou queixa. Pensar em contrário é se permitir um *bis in idem*.

A par das discussões doutrinárias acerca da possibilidade ou não do aditamento *provocado*, a redação do aludido artigo gerou divergências doutrinárias no tocante à forma de aplicação do §1º pelo magistrado.

³³² BOSCHI, **Ação penal**: as fases..., p. 308.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ RANGEL, **Direito...**, p. 75.

³³⁶ OLIVEIRA, **Curso...**, p. 618.

Diversos doutrinadores preceituam que o juiz detém o controle da *inércia* do promotor de justiça devendo comunicá-la ao Procurador Geral de Justiça³³⁷. Ou seja, não há negativa do órgão ministerial de primeiro grau em aditar a denúncia, mas sim simples não agir, o qual equivaleria a um pedido de arquivamento³³⁸.

Outro posicionamento seria de que o juiz poderia suscitar, excepcionalmente, um posicionamento *expresso* do Ministério Público sobre a o aditamento e, em caso de *recusa*, aplicar-se-ia o art. 28 do CPP³³⁹. Nucci complementa que o magistrado, no caso de verificar elemento ou circunstância não contida na denúncia, deve abrir *vista* ao Ministério Público para que adite a exordial no prazo de cinco dias; caso haja recusa, remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça (no âmbito estadual) ou à Câmara Criminal (no âmbito federal), para se pronunciar a respeito³⁴⁰.

Essa última leitura do dispositivo do §1º está intimamente ligada à antiga redação do art. 384, parágrafo único. Nessa hipótese, havia menção expressa de que cabia ao juiz, ao verificar a existência de *circunstância elementar* não mencionada *implícita* ou *explicitamente na denúncia ou queixa*, decorrente da prova colhida na instrução, baixar os autos ao Ministério Público para que procedesse ao aditamento da denúncia. Diante dessa redação, a doutrina preceituava que em caso de recusa do promotor de justiça remetiam-se os autos ao Procurador Geral de Justiça, em analogia ao art. 28 do CPP.

Parece-nos que com a bastante provável promulgação do Anteprojeto de Código de Processo Penal todo esse debate perderá o objeto. Isso porque, acertadamente no nosso entender, o art. 408, o qual dispõe sobre a *mutatio libelli*, suprime de sua redação a possibilidade de utilização do art. 28 do CPP³⁴¹.

³³⁷ Posição defendida por Boschi (**Ação penal: as fases...**, p. 305), Greco Filho (**Manual...**, p. 309) e Breda (BREDA, Antônio Acir. A reforma do processo penal os novos tipos legais de procedimento (Lei 11.719 de 20 de Junho de 2008). **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 32, p. 53-73, jan./mar. 2009).

³³⁸ GRECO FILHO, **Manual...**, p. 309.

³³⁹ ABREU, Ilana Flávia Barbosa Vilar de; ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Notas sobre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* após a reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 893, p. 425-435, mar. 2010. p. 429.

³⁴⁰ NUCCI, **Manual...**, p. 664. Também comungam desse entendimento Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, ao preceituarem que “(...) alvitada a possibilidade de nova definição jurídica do fato, cabe ao Juiz remeter o processo, para que o Ministério Público proceda ao aditamento. Caso o Promotor se negue a aditar a denúncia (...) a solução é (...) a adoção do art. 28 do CPP (...)”. GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: Novo Procedimento do Júri (Lei 11.689/2008), Nova Disciplina das Provas (Lei 11.690/2008), Novas Regras Procedimentais (Lei 11.719/2008), “Lei Seca”: alterações penais no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 11.705/2008)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.329.

³⁴¹ Na realidade, a disciplina do arquivamento é profundamente alterada com o novo Código de Processo Penal. Pela nova sistemática, é competência exclusiva do Ministério Público proceder ao arquivamento, inexistindo a intervenção do magistrado. *Vide* art. 37 e 38 do Anteprojeto transformado no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

Por fim, resta ainda analisarmos o momento processual para a realização da *mutatio libelli*. Não há dúvidas de que o limite máximo para a efetuação desse instituto é a prolação da sentença criminal, visto que, conforme enunciado da Súmula 453³⁴² do STF e o disposto no art. 617 do CPP, é vedada a utilização do referido instituto em segundo grau.

Evidente que, se o Ministério Público recorreu da decisão de rejeição do aditamento e o magistrado proferiu a sentença, o recurso impede a preclusão³⁴³. Dessa forma, sendo provido o recurso pelo Tribunal a sentença será nula por não ter apreciado parte pertinente da acusação³⁴⁴.

O *caput* do art. 384 estabelece que o momento apropriado para o aditamento à exordial seria após o *encerramento da instrução probatória*, expressão incluída com a reforma desse artigo pela Lei 11.719/2008. Diante da alusão feita pelo dispositivo há o questionamento se a expressão significaria após as alegações finais, no encerramento da oitiva das testemunhas ou, ainda, do interrogatório³⁴⁵.

Entendemos que com as reformas parciais que modificaram os procedimentos criminais, o momento adequado para a utilização da *mutatio libelli* seria ao término da audiência una. Com a junção de todos os atos de instrução e julgamento em uma única audiência (art. 400 do CPP), nada mais lógico que a alteração ser feita ao término da instrução e antes do juiz sentenciar³⁴⁶.

Se a alteração for realizada na audiência una, o aditamento poderá ser proferido oralmente e reduzido a termo, conforme se extrai da parte final do *caput* do art. 384. Lopes Jr. ainda coloca que a melhor leitura do *prazo de cinco dias* é de, no momento designado pelo art. 402 do CPP, o Ministério Público requerer a abertura de prazo de cinco dias para que proceda ao aditamento à exordial³⁴⁷.

Tal artigo dispõe que, ao final da audiência, depois de produzidas as provas, podem as partes requerer diligências cuja necessidade se originou de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

³⁴² Súmula 453: “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”.

³⁴³ GRECO FILHO, **Manual...**, p. 309.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ SILVA, A *emendatio...*, p. 431.

³⁴⁶ BOSCHI, **Ação penal: as fases...**, p. 304.

³⁴⁷ LOPES JÚNIOR, **Direito...**, p. 396.

O pensamento do autor tem razão de ser na nova sistemática dos ritos sumário e ordinário, pois a concessão do prazo de cinco dias é dificultada pela própria dinâmica da audiência: após encerrada a instrução, já se iniciam os debates orais e prolação da sentença.

Portanto, ao final da audiência uma deve o Ministério Público se manifestar sobre a necessidade de prazo para o aditamento ou proferi-lo oralmente, sob pena de não mais poder fazê-lo³⁴⁸.

Ocorre que, apesar da previsão legal, a *praxis* forense ainda demonstra dificuldades, principalmente nos casos mais complexos, de se proceder aos atos instrução e julgamento em uma única audiência. Diante dessa realidade, acenamos com o entendimento de Boschi, com fundamento na economia e celeridade processual, de que assim que o Ministério Público obtiver elementos suficientes providencie o aditamento à exordial³⁴⁹.

Isso porque a regra da mutação da demanda inserida no art. 384 impõe a existência de uma base probatória hábil a modificar *elemento* ou *circunstância* da infração. Evidentemente, apenas após pelo menos alguns atos de instrução com produção de prova que se poderia obter tal base. Contanto, nada impede também que a defesa tenha trazido alguma prova contundente em sede de resposta à acusação e o Ministério Público, diante dos elementos ali trazidos, resolva alterar de imediato a imputação.

Nesse caso, igualmente, traz o Anteprojeto de Código de Processo Penal (Lei nº 156/2009) resolução expressa. O *caput* do art. 408, o qual, como já referimos, disciplina a *mutatio libelli*, dispõe que o Ministério Público poderá aditar a denúncia por requerimento em audiência. Além disso, o art. 313, que regula a audiência de instrução, em seu §3º dispõe que “*Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 408*”. Portanto, resta bastante claro que na nova sistemática o *parquet* poderá ao final da audiência designada para a instrução, requerer o aditamento.

6. Do Procedimento Após o Aditamento à Denúncia

Em relação ao procedimento adotado em vista do aditamento à denúncia, a nova redação do art. 384 também trouxe alterações substanciais, como a possibilidade do Ministério Público arrolar testemunhas e a possibilidade de novo interrogatório do réu.

³⁴⁸ LOPES, *Direito...*, p. 396.

³⁴⁹ BOSCHI, *Ação penal: as fases...*, p. 305.

Começaremos nossa análise pelo disposto no § 2º do art. 384, o qual preceitua:

§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.

Portanto, procedido o aditamento pelo *parquet*, abre-se prazo de cinco dias para que o defensor do acusado possa rechaçá-lo³⁵⁰. Nesse momento a defesa é intimada para responder *especificamente* o aditamento, apresentando fundamentos contrários ao requerimento de aditamento à peça inicial³⁵¹.

A manifestação defensiva é muito semelhante à resposta à acusação disciplinada no art. 396-A do CPP. Portanto, na “resposta ao aditamento” poderá o acusado *arguir preliminares e requerer produção de prova*. Em matéria de preliminar, poderá o acusado, por exemplo, arguir a inépcia do aditamento, alguma exceção (em razão do aditamento o crime passou ser perseguido mediante ação penal privada, e, portanto, alega-se ilegitimidade de parte), etc..

Depois da manifestação defensiva, o magistrado fará um juízo de admissibilidade sobre o aditamento, tal como é feito após a apresentação da resposta à acusação pela defesa em sede de recebimento da denúncia. Dessa forma, poderá o magistrado rejeitar liminarmente o aditamento pelas causas previstas no art. 395, *caput*³⁵².

Também consiste em novidade em relação à disposição anterior a menção expressa de novo interrogatório do acusado na reabertura da instrução. Nada mais natural que, diante da alteração dos fatos inicialmente dispostos na exordial, possa o acusado deles se defender, respeitando-se assim os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A primeira parte da redação do §4º também consistiu em novidade bastante aplaudida pela doutrina pátria: a possibilidade do membro do Ministério Público também arrolar testemunhas. No regime anterior, cabia apenas à defesa arrolar testemunhas, esquecendo-se por completo a necessidade de produção de prova da parte acusadora. Portanto, diante da nova sistemática, tanto defesa quanto acusação têm direito de arrolar mais três testemunhas.

É de se salientar que as testemunhas arroladas pela defesa ou pela acusação não precisam ser novas testemunhas, visto que com a alteração dos fatos elas passam agora a se manifestar sobre a nova imputação, nos termos do aditamento³⁵³.

³⁵⁰ TRIGUEIROS NETO; MONTEIRO, *Comentários...*, p. 171.

³⁵¹ ABREU; ABREU, *Notas...*, p. 430.

³⁵² BADARÓ, *Correlação...*, p. 169.

³⁵³ *Ibidem*, p. 169.

Nucci vê com ressalvas a possibilidade de se arrolar testemunha já ouvida em razão do aditamento, entendendo ser a regra trazer testemunhas inéditas, até então não ouvidas. Ao trazer testemunhas já inquiridas, estar-se-ia agindo contra ao princípio constitucional da economia processual, pois apenas se repetiria a prova até então já produzida³⁵⁴. Para o autor, em caráter excepcional, poderia a parte arrolar testemunha já inquirida, desde que justifique esse ato³⁵⁵.

A defesa e a acusação não ficam restritas à produção de prova testemunhal, sendo possível o requerimento de qualquer tipo de prova, como, por exemplo, perícias, expedições de ofício, juntadas de documentos, etc.³⁵⁶

A redação do art. 384 é confusa no tocante ao momento designado para as partes arrolarem suas testemunhas. No parágrafo §2º não há menção de qualquer novo prazo para que as partes arrolem testemunhas, dispondo apenas sobre o prazo de cinco dias para que seja ouvida a defesa. Tal parágrafo ainda prossegue afirmando que, após o recebimento do aditamento, serão designados, a requerimento de qualquer uma das partes, dia e hora para o prosseguimento da audiência.

Já a parte inicial do §4º simplesmente menciona que “*Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias (...)*”. Portanto, não há como saber com exatidão se o prazo de cinco dias para arrolar testemunhas é o mesmo para que o defensor seja ouvido.

Acreditamos que o melhor momento para que as partes designem as testemunhas a serem ouvidas é no aditamento à exordial para o *parquet*, e o momento da “resposta ao aditamento” para a defesa, mantendo-se certa simetria em relação ao procedimento do recebimento à denúncia.

Mesmo assim, há quem defenda, diante do disposto no aludido artigo e seus parágrafos, que o magistrado, após a manifestação da defesa e o recebimento do aditamento, deve intimar as partes para requererem a produção de prova testemunhal³⁵⁷.

Se as partes não arrolarem testemunhas, ainda resta realizar nova audiência para novo interrogatório do acusado que, como já dissemos, necessita se defender da nova imputação que lhe é feita. Poderíamos pensar que a nova audiência somente se realizaria se precedida do *requerimento das partes*, conforme dispõe o §2º do art. 384. Entretanto, tal medida é cogente,

³⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 685.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ BADARÓ, **Correlação...**, p. 169.

³⁵⁷ ABREU; ABREU, **Notas...**, p. 430.

independendo de qualquer manifestação das partes³⁵⁸. Portanto, ao receber o aditamento *deve* o magistrado designar nova audiência para que, no mínimo haja novo interrogatório do réu para lhe oportunizar a autodefesa³⁵⁹.

Pode também ocorrer justamente o contrário: o juiz rejeita o aditamento realizado *espontaneamente* pelo *parquet* (art. 384, §5º do CPP). Diante dessa hipótese, poderia o Ministério Público recorrer da decisão interpondo recurso em sentido estrito (conforme art. 581, inc. I), haja vista que a rejeição do aditamento equivaleria à rejeição ou não recebimento da denúncia.

Também não é posição unânime a possibilidade de recurso em sentido estrito diante da rejeição do aditamento. Alguns autores preceituam que o *rol* do artigo 581 é taxativo e, por isso, a inexistência de hipótese de recurso à rejeição do aditamento significaria, portanto, a inexistência de recurso cabível.

Quanto ao disposto no § 3º do art. 384, o qual regula a possibilidade de suspensão condicional do processo e a alteração de competência em virtude da alteração da base factual inicialmente imputada, remetemos o leitor ao capítulo três da segunda parte da presente monografia, já que o tema foi amplamente debatido quando da *emendatio libelli*.

7. Da (In)existência de Imputação Alternativa Superveniente

Muito se discutiu na doutrina, antes mesmo das alterações promovidas pela Lei nº 11.719, se o juiz, no momento de sentenciar, ficaria adstrito aos limites da imputação realizada em virtude do aditamento ou se poderia também julgar o crime tendo em vista aquele inicialmente imposto na peça portal.

Espínola Filho há muito tempo já acenava que o magistrado, no momento de sentenciar, após procedido o aditamento à exordial, não estaria adstrito somente aos novos contornos da imputação, mas também aos antigos, sem que isso causasse qualquer *surpresa* à defesa³⁶⁰.

No antigo sistema, era o próprio magistrado que baixava os autos ao Ministério Público para que aditasse a peça portal, quando vislumbrava a *possibilidade* de ser alterada a

³⁵⁸ NUCCI, *Comentários...*, p. 685.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ ESPÍNOLA FILHO, *Código...*, p. 119.

base factual da imputação³⁶¹. Coloca Espínola Filho que essa *possibilidade* não vinculava o juiz, sendo livre na apreciação da prova, em sua integralidade, sem separação entre aquela que já estava anteriormente nos autos e as que foram produzidas após o aditamento^{362, 363}.

Afrânio Silva Jardim também há muito já preceituava ser inteiramente possível a imputação alternativa superveniente, calcado no mesmo entendimento de Espínola Filho, admitindo também a imputação alternativa originária, inserida no corpo da inicial acusatória, desde que os fatos sejam certos e determinados³⁶⁴.

Um pouco mais atual, Scaranse Fernandes, ainda antes da nova redação do aludido artigo, refuta integralmente a imputação alternativa originária, aceitando, contudo, a imputação alternativa superveniente.

Com relação à primeira, entende o autor configurar sério gravame ao acusado, o qual teria que se defender em relação a dois delitos durante todo o processo³⁶⁵. Exemplifica o autor a hipótese de dois crimes, expostos alternativamente na exordial, cabendo a apenas um deles a suspensão condicional do processo³⁶⁶. Nesse caso, somente na sentença final se saberá ao certo sobre a possibilidade de utilização do instituto, restando total incerteza no direcionamento da defesa³⁶⁷.

Já na imputação alternativa superveniente, o réu teve a oportunidade de se defender amplamente da imputação originária e, somente após o aditamento, passou a se defender do

³⁶¹ Havia ainda a distinção do *caput* e *parágrafo único*, sendo procedido o aditamento apenas neste último, o qual versava sobre a alteração para crime com pena mais gravosa.

³⁶² ESPÍNOLA FILHO, **Código...**, p. 119.

³⁶³ Também assim decidiam os Tribunais naquela época, conforme interessante acórdão colacionado por Espínola Filho em sua grandiosa obra, *in verbis*: “Alega, preliminarmente, o apelante, que nula é a sentença recorrida, porque, tendo sido êle autuado em flagrante pelo art. 58 do Cód. do processo penal, em face da possibilidade de se dar nova definição jurídica ao fato; e, por êsse despacho tendo êle apelante orientado a sua defesa, foi entretanto condenado por aquele mesmo art. 58, depois de o juiz prolator da sentença declarar nesta que a razão nenhuma existia para nova definição jurídica do fato e que fôra, portanto, descabido o mencionado despacho, de outro juiz. E’, de todo, improcedente a alegação. Com efeito, admitindo a lei uma nova definição jurídica do fato, daí não se segue que, reconhecida pelo juiz a *possibilidade de nova definição*, a esta fique êle adstrito, impedido de manter a primitiva definição. O que a lei não quer, é que o réu tenha tido oportunidade para se defender; êsse o sentido do art. 384 citado. Ora, o apelante teve ciência do despacho referente à nova definição, ao qual em sua defesa alude, e, se as testemunhas, que então arrolou, não foram inquiridas, isso tão sòmente ocorreu porque expressamente êle apelante se incumbiu de trazê-las a juízo, o que não fêz”. (Tribunal do Distrito Federal, Ap. crim. n.º 4.523, 1ª Câmara, Des. Rel. MAFRA DE LAET, Des. CARNEIRO DA CUNHA e Des. SOUZA SANTOS, Diário Oficial da Justiça, de 14 de julho de 1943, *Apenso*, pág. 2.934). ESPÍNOLA FILHO, **Código...**, p. 118-119.

³⁶⁴ SILVA JARDIM, Afrânio. A imputação alternativa no processo penal. **Justitia**, São Paulo, v. 47, n. 131, p. 380-392, set. 1985.

³⁶⁵ FERNANDES, **Reação...**, p. 191-192.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ *Ibidem*.

fato novo, sem ter sido imposta à defesa desde o início da marcha processual a imputação alternativa³⁶⁸.

Com a nova redação do art. 384 do CPP, a questão ganha mais força em razão ao disposto na parte final do §4º: “(...) ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento”. Tal redação não dissipa as dúvidas no tocante à possibilidade ou não da imputação alternativa superveniente, gerando intensas divergências doutrinárias.

Já de acordo com a nova redação, a Juíza Federal Danielle Souza de Andrade e Silva comunga com os entendimentos anteriores, acrescentando ser vedado ao Ministério Público desistir do pedido inicialmente realizado, pois não seria possível a disposição da Ação Penal Pública Incondicionada³⁶⁹. Argumenta a magistrada que a vedação a essa modalidade de alternatividade acarretaria um cerceamento na atividade do julgador, o qual ficaria impossibilitado de valorar a prova diversamente do acusador³⁷⁰.

Contudo, a aludida autora reconhece que a mudança redacional suprimiu a possibilidade de imputação alternativa³⁷¹. Para a juíza, à medida que tal enunciado for debatido na atividade jurisdicional será dada a ele uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de somente ser cabível a sua utilização quando na imputação inicial o acusado não tenha exercido a ampla defesa que o procedimento propicia em todas as suas fases³⁷².

Também com base na legislação em vigor, Gomes, Cunha e Pinto entendem que o aditamento não vincula o posterior entendimento do julgador, mesmo realizado sob a discutida modalidade provocada³⁷³. Argumentam os autores que a primeira decisão tem caráter provisório, não impedindo que o magistrado, ao sentenciar, com a possibilidade de uma análise mais aprofundada dos autos, condene ou absolva o acusado com base na denúncia original^{374, 375}.

Apesar de contundentes e bem fundamentados os entendimentos dos autores supracitados, não nos alinhamos com a possibilidade da alternatividade superveniente em sua integralidade, existindo algumas ressalvas.

³⁶⁸ FERNANDES, **Reação...**, p. 192.

³⁶⁹ SILVA, A *emendatio*..., p. 436.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 437.

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² *Ibidem*, p. 438.

³⁷³ GOMES; CUNHA; PINTO, **Comentários...**, p. 331.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ Mister aqui salientar que os renomados doutrinadores não enfrentaram o disposto na parte final do §4º, do art. 384, agindo como se ele não existisse.

Sabidamente, Grinover, Gomes Filho e Scaranse Fernandes delimitaram a controversa questão, estabelecendo importante distinção: “aditamento pelo acréscimo de uma circunstância e aditamento em virtude de novo elemento de fato típico³⁷⁶”.

Consistiria a primeira na hipótese ter sido acrescido, por exemplo, uma qualificadora à imputação original. Diante dessa alteração, o juiz ao decidir deverá considerar a imputação inicial mais o que a ela se agregou com o aditamento (no caso a qualificadora)³⁷⁷. Portanto, o magistrado poderá condenar o acusado tanto pela presença da qualificadora quanto pelo delito simples, afastando a aludida circunstância acrescida³⁷⁸.

No tocante à mudança que incida sobre elemento do tipo, os aludidos autores ainda preceituam uma subdivisão de hipóteses. Quando se tratar de mero acréscimo de elemento novo à descrição fática inicial, como acontece em relação ao acréscimo da violência ou grave ameaça ao crime de furto, transformando-o no delito complexo de roubo, será permitido ao juiz condenar pela imputação originária, visto que afastado o aspecto fático caracterizador do roubo, subsistirá ainda o crime de furto³⁷⁹. Diferentemente é a hipótese de o novo tipo penal não conter o antecessor, como acontece em relação à alteração do elemento subjetivo do tipo no crime de receptação³⁸⁰. Se nessa hipótese o magistrado acolher o aditamento, deverá ficar adstrito aos seus termos, desconsiderando a imputação original³⁸¹.

Badaró complementa esse entendimento afirmando que, no caso de acréscimo à imputação originária, mantém-se o fato originário agregando-se outros elementos, existindo uma integração do fato histórico narrado na denúncia³⁸². Nessa hipótese, é admitido que o juiz realize uma exclusão parcial do fato, limitando-se a considerar não provados os elementos agregados pelo aditamento³⁸³.

Salientamos que nessa hipótese não haverá nenhum prejuízo à defesa do réu, uma vez que com a nova imputação ele poderá passar a se defender, por exemplo, além de eventual negativa de autoria do fato – entendido como acontecimento histórico, independentemente da classificação que lhe é dada –, da inexistência do aludido acréscimo. Portanto, haverá apenas, justamente, um acréscimo à tese defensiva, perfeitamente compatível com o delito originalmente imputado.

³⁷⁶ GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES. *As nulidades...*, p. 210.

³⁷⁷ *Ibidem.*

³⁷⁸ *Ibidem.*

³⁷⁹ *Ibidem.*

³⁸⁰ *Ibidem.*

³⁸¹ *Ibidem.*

³⁸² BADARÓ, *A correlação...*, p. 173.

³⁸³ *Ibidem.*

O autor ainda amplia a possibilidade em relação aos delitos complexos. No caso da imputação inicialmente ter sido a de furto, poderá no curso do processo ter sido aditada a denúncia pelo acréscimo da violência ou grave ameaça, caracterizando-se o delito complexo de roubo³⁸⁴. É permitido ao magistrado condenar o acusado pelo crime complexo ou pelo simples, se entender não ter sido provada a ocorrência do primeiro³⁸⁵. Tal possibilidade é calcada pela relação de continência existente entre o crime complexo e o simples que o integra³⁸⁶.

Por razões óbvias, não é possível a alternatividade se o aditamento restringir o crime complexo para o seu tipo simples. O tipo penal simples não contém o complexo, apenas o integrando. Com a exceção da controvérsia se restringir a questões meramente de direito, como ocorre nos casos de *arrebatamento* ou *trombada* nos crimes de furto e roubo – veremos essa questão ao final da presente monografia quando trabalharmos com casos específicos.

Portanto, nos casos em que a nova imputação não contiver a antecessora, é defeso ao juiz escolher condenar o acusado às sanções do delito originário ou do superveniente, sob pena de proferir uma sentença *extra petita*, incorrendo tal decisão em nulidade absoluta.

Com efeito, o aditamento à exordial constitui poderoso instrumento à efetivação do princípio da congruência no processo penal, garantindo-se às partes o contraditório e a ampla defesa. Ao se permitir a imputação alternativa, estar-se-ia favorecendo indevidamente a acusação em detrimento da defesa, em virtude de uma imputação excessiva e genérica. A exordial deve ser mais precisa e completa possível permitindo ao réu saber de antemão sobre o que recai a imputação que lhe é feita e direcionar com efetividade sua defesa – o que aqui não se traduz em impunidade, mas sim absolvição ou condenação nos moldes Constitucionalmente previstos.

8. Da (Im)possibilidade de Aditamento nos Crimes Perseguidos por Ação Penal Privada

Já estudamos, quando da *emendatio libelli*, ser possível a mudança da natureza da ação penal ao simplesmente alterar a capitulação jurídica do delito inicialmente cominado. Naquele momento, preceituamos que o magistrado deveria apenas respeitar o limite do prazo

³⁸⁴ BADARÓ, A *correlação...*, p. 174.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ *Ibidem*.

decadencial de seis meses para proceder à alteração, nos casos em que haja mudança entre Ação Penal Pública Incondicionada e Ação Pública Condicionada a Representação do Ofendido ou Ação Penal Privada.

Nos casos de mudança entre Ação Penal Pública Incondicionada e Condicionada, em razão de descoberta de novo aspecto fático que altere a imputação inicialmente realizada, não há nenhum óbice em prosseguir no processo, desde que respeitado o prazo decadencial de seis meses e que o ofendido demonstre interesse em prosseguir a ação penal.

Contudo, quando estamos diante de uma *mutatio libelli* que venha a mudar a natureza da Ação Penal Pública para Privada, a questão não é tão simples assim, principalmente pela nova redação do art. 384, a qual, no *caput*, preceitua ser aplicável o aditamento pelo Ministério Público “*se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública*”.

Evidente que a nova redação deixou bem claro que não há possibilidade de o Ministério Público aditar a queixa privada (não estamos falando aqui da queixa subsidiária da ação de iniciativa pública), pois o aditamento pelo *parquet* ficou restrito aos crimes perseguidos por Ação Penal de Iniciativa Pública.

O que ainda se discute é a possibilidade de o querelante vir a aditar a queixa em virtude de elemento ou circunstância descoberta no decorrer da instrução que altere a base factual inicialmente imputada.

Antes mesmo da nova redação, Tornaghi já dizia ser tal regra processual não aplicável aos crimes de ação penal privada, pois subentende a lei que o querelante, ao omitir na queixa a circunstância elementar (hoje elemento ou circunstância), usou seu poder de disposição³⁸⁷.

Segundo Greco Filho, a não menção no art. 384 à possibilidade de aditamento à queixa exclusivamente privada foi proposital³⁸⁸. Isso porque regem na Ação Penal Privada a disponibilidade e a oportunidade, “de modo que, se o ofendido não toma a iniciativa de trazer logo na queixa todo o fato ao exame do Judiciário, não poderá fazê-lo posteriormente porque então ocorreu a renúncia ou a decadência³⁸⁹”.

³⁸⁷ TORNAGHI, *Curso...*, p. 170.

³⁸⁸ GRECO FILHO, *Manual...*, p. 310.

³⁸⁹ *Ibidem*.

Em oposto, alguns doutrinadores dispõem ser possível o aditamento à queixa pelo querelante. Shimura, por exemplo, atribui a essa possibilidade a expressa permissão do uso da analogia disposta no art. 3º³⁹⁰ do nosso CPP³⁹¹.

Tourinho Filho expressa ser possível o aditamento à queixa pelo querelante na seguinte situação: se a prova do elemento ou circunstância capaz de alterar a capitulação jurídica surgiu apenas ao longo da instrução por aplicação analógica ao instituto da *mutatio libelli*³⁹². Se o querelante não proceder ao aditamento, sofrerá as consequências processuais de sua inércia³⁹³. Aponta o autor que não há, na hipótese, violação ao princípio da disponibilidade que rege a ação privada, visto que ninguém está fazendo o aditamento pelo querelante e ninguém o está obrigando a fazê-lo³⁹⁴.

Nos casos em que o querelante não incluiu elemento ou circunstância apta a modificar a qualificação jurídica do fato objeto do processo por mero esquecimento, não é possível proceder ao aditamento por manifesta decadência³⁹⁵.

Nosso entendimento é o de ser permitido ao querelante aditar a queixa nas hipóteses em que a mudança se dá em decorrência de aspecto descoberto durante a instrução e que o querelante não tinha conhecimento até então. Não há violação ao princípio da disponibilidade da ação penal privada, muito menos da sua indivisibilidade, porque o querelante simplesmente não tinha conhecimento do fato processual em sua integralidade.

9. Análise de Casos Específicos e de Jurisprudência

Estamos ao final de nosso estudo do princípio da congruência no processo penal brasileiro. Após visualizarmos um panorama geral da mutação da demanda no ordenamento pátrio, chegou o momento de nos atermos à análise das principais situações concretas debatidas pela doutrina e pela jurisprudência. Neste ponto, pretendemos diferenciar a mera ocorrência da alteração da capitulação jurídica dos fatos para a alteração da base factual da

³⁹⁰ “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

³⁹¹ SHIMURA, Sérgio Seiji. Breves considerações sobre a ‘*emendatio libelli*’ e a ‘*mutatio libelli*’. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 17, n. 49, p. 103-111, jul. 1990.

³⁹² TOURINHO FILHO, *Código...*, p. 964.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ *Ibidem*.

imputação, a qual constitui verdadeira mutação da demanda, passível de violar a correlação entre a acusação e sentença se não observados os ditames processuais.

Passemos, pois, a analisar tais casos.

a) Mudança de Crime Doloso para Crime Culposos

Conforme já exposto em vários trechos da presente monografia, não é possível a alteração do tipo subjetivo do delito sem observar a regra que cuida da *mutatio libelli*. Isso porque, apesar do elemento subjetivo situar-se na esfera psicológica do agente, a sua prova necessitará a análise de sua conduta objetiva. Portanto, a eventual mutação entre os delitos dolosos e culposos decorre de fatos colhidos durante a instrução processual que demonstram a intenção do acusado.

Não é possível argumentar que a desclassificação do crime doloso para culposos consistiria num benefício ao acusado, que teria sua pena diminuída. Também já falamos que a regra da correlação visa a assegurar, principalmente, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Tanto isso é verdade que o novíssimo art. 384 passou a exigir o aditamento nas hipóteses em que a nova imputação consistiria em delito com apenamento mais brando. Portanto, é ínsito o prejuízo defensivo em qualquer hipótese em que se condena o agente por crime de que ele não teve oportunidade de se defender de forma ampla. O cerceamento de defesa do acusado pode implicar uma condenação indevida, mesmo que mais branda do que a inicialmente imputada.

Afinado com o nosso entendimento é o acórdão prolatado por nosso Tribunal de Justiça, *in verbis*:

REFORMATIO IN MELLIUS'. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. RECEPÇÃO DOLOSA E CULPOSA. 'MUTATIO LIBELLI'. INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. Configurado que foi o delito de receptação culposa aquele demonstrado pela prova judicializada, quando a denúncia e a condenação se referem à receptação dolosa, a absolvição é impositiva, pois a condenação dependeria de iniciativa ministerial para o respectivo aditamento em primeiro grau. A 'mutatio libelli', além de sua duvidosa constitucionalidade, é vedada em segundo grau. A conjugação das súmulas 453 e 160 do e. STF, leva à absolvição dos réus por atipicidade. Trata-se de respeitar o princípio da correlação. Recurso provido (Apelação Crime Nº 70013093968, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 23/08/2006).

A antiga jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo também já se manifestava pela impossibilidade de se desclassificar o delito de receptação dolosa para a modalidade culposa sem o devido aditamento à exordial, vejamos:

MUTATIO LIBELLI - Agente denunciado por receptação dolosa e condenado pela modalidade culposa - Nulidade - Ocorrência - Pedido de condenação pelo delito culposo em alegações finais com contra-argumentação por parte da Defesa - Irrelevância: - Inteligência: art. 384 do Código de Processo Penal, art. 617 do Código de Processo Penal - Inteligência: art. 654, § 2º do Código de Processo Penal, Nº 160 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, Nº 453 da Súmula do Supremo Tribunal Federal

66 - É nula a sentença que condena, por receptação culposa, o agente denunciado pela modalidade dolosa do mesmo delito, se a denúncia não contém, mesmo que de maneira implícita, descrição das circunstâncias elementares daquela infração, e a desclassificação foi operada sem prévio cumprimento do preceito previsto no art. 384 do CPP, vez que restou ferida a garantia fundamental da ampla defesa, de que é corolário o princípio da correlação, no processo penal, entre o libelo acusatório e a condenação proferida, sendo irrelevante que o Ministério Público, na fase do art. 500 do CPP, tenha pleiteado a condenação pelo delito não descrito na inicial e as alegações finais defensórias tenham incluído contra-argumentação a respeito

(Apelação nº 1.008.287/6, Julgado em 10/04/1.996, 9ª Câmara, Relator: - Aroldo Viotti, RJTACRIM 31/214).

Contudo, temos que admitir que nosso posicionamento não é unânime, encontrando-se posicionamentos dissonantes inclusive no Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE DENUNCIADA PELO CRIME DE PECULATO DOLOSO (CAPUT DO ART. 312 DO CP) E CONDENADA POR PECULATO CULPOSO (§ 2º DO ART. 312 DO CP). ALEGADA OCORRÊNCIA DE MUTATIO LIBELLI (ART. 384 DO CPP) E NÃO DE EMENDATIO LIBELLI (ART. 383 DO CPP). PRETENDIDA ABERTURA DE VISTA À DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À CONDENADA. Registra-se hipótese da mutatio libelli sempre que, durante a instrução criminal, restar evidenciada a prática de ilícito cujos dados elementares do tipo não foram descritos, nem sequer de modo implícito, na peça da denúncia. Em casos tais, é de se oportunizar aos acusados a impugnação também de novos dados factuais, em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa. Ocorre emendatio libelli quando os fatos descritos na denúncia são iguais aos considerados na sentença, diferindo, apenas, a qualificação jurídica sobre eles incidente. Caso em que não se cogita de nova abertura de vista à defesa, pois o réu deve se defender dos fatos que lhe são imputados, e não das respectivas definições jurídicas. Inocorre mutatio libelli se os fatos narrados na denúncia (e contra as quais se defendeu a recorrente) são os mesmos considerados pela sentença condenatória, limitando-se a divergência ao elemento subjetivo do tipo (culpa x dolo). Não é de se anular ato que desclassifica a infração imputada à acusada para lhe atribuir delito menos grave. Aplicação da parêmia pas de nullité sans grief (art. 563 do CPP). Recurso desprovido (STF, RHC 85657, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 05-05-2006 PP-00019 EMENT VOL-02231-02 PP-00247 RTJ VOL-00199-01 PP-00313 RJSP v. 54, n. 343, 2006, p. 149-154 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 411-419).

Muitos autores, como, por exemplo, Grego Filho, sustentam ser possível a desclassificação de um crime mais grave para um crime menos grave, desde que os elementos

fáticos do crime menos grave estejam integralmente contidos na descrição da denúncia do crime mais grave³⁹⁶. No caso do crime culposo, apenas seria possível a desclassificação se houvesse elementos fáticos que também pudessem significar a conduta culposa³⁹⁷.

Contudo, com o profundo respeito aos Insignes Ministros do Supremo Tribunal Federal, não há no RHC supracitado qualquer referência à existência na peça portal de elementos que suportem a desclassificação para modalidade culposa sem aditamento. Não é possível, no nosso entender, afirmar de plano que toda e qualquer alteração na conduta culposa do agente não implica mutação da demanda, sendo imprescindível, nesses casos, observar o fato processual penal como fato naturalístico e não somente como tipo penal.

b) Alteração entre as Modalidades de Culpa

Também já deixamos claro nosso entendimento no sentido de não ser possível a mutação das modalidades culposas (negligência, imperícia e imprudência) sem que seja realizado o aditamento. Cada modalidade culposa disciplina uma espécie de agir culposos, as quais são bastante diferentes entre si.

A imprudência consiste numa atitude em que o agente “atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores³⁹⁸”. Já no agir negligente, o agente é inerte, pois, sendo possível tomar as devidas cautelas, não o faz por “displacência ou preguiça mental³⁹⁹”. Por fim, a imperícia consiste na incapacidade, na ausência de “conhecimentos técnicos no exercício de arte ou profissão, não tomando o agente em consideração o que sabe ou deve saber⁴⁰⁰”.

Portanto, na inicial acusatória deve o *parquet*, ao imputar um agir culposos, expor a conduta, o resultado, o nexos de causalidade e a forma como aconteceu a inobservância do dever de cuidado dentro das modalidades de culpa conhecidas⁴⁰¹. O magistrado, ao sentenciar, estará vinculado aos fatos e à espécie de culpa exposta na denúncia⁴⁰².

Pozzer muito bem expôs que “haverá nulidade absoluta se alguém denunciado por homicídio culposos, porque, com imprudência, dirigia veículo automotor, em velocidade

³⁹⁶ GRECO FILHO, **Manual...**, p. 308.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1, p. 149.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 190.

⁴⁰² *Ibidem*.

incompatível para a via pública, ser condenado por imperícia, porque não tinha prática suficiente para a condução do carro⁴⁰³”.

Complementam Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes, baseados em exemplo idêntico ao de Pozzer, que não se trata de mera adequação do fato, pois há, na realidade, um fato completamente diverso daquele historiado na inicial, sendo imperioso o aditamento à exordial⁴⁰⁴. Evidente que se o promotor na inicial descrever perfeitamente o ilícito culposo e “classificá-lo” como imperícia quando na realidade se trata de imprudência, basta o magistrado dar ao fato correta qualificação, utilizando-se do art. 383 do CPP⁴⁰⁵.

Nesse sentido, também já se manifestou o Tribunal de Justiça gaúcho, vejamos:

TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DENÚNCIA QUE IMPUTA AO RÉU CULPA NA MODALIDADE DE IMPRUDÊNCIA, POR TRAFEGAR EM VELOCIDADE EXCESSIVA NO LOCAL EM QUE ATROPELOU A VÍTIMA. SENTENÇA QUE ADMITE NÃO ESTAR PROVADA TAL CIRCUNSTÂNCIA E CONDENA O RÉU POR OUTRA CONDOTA CULPOSA NÃO DESCRITA NA INICIAL ACUSATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE MUTATIO LIBELLI. Entendendo o magistrado não demonstrada a modalidade culposa contida na denúncia, mas presente outra, não descrita na mesma peça processual, deveria ter procedido na forma prevista no art. 384, caput, do Código do Rito, uma vez tratar-se de hipótese de mutatio libelli. APELO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA, DEVENDO O MAGISTRADO DECIDIR COMO ENTENDER DE DIREITO, PREJUDICADO O EXAME DO MÉRITO DO RECURSO (Apelação Crime Nº 70011370954, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ranolfo Vieira, Julgado em 03/08/2005).

Gostaríamos de fazer importantes ressalvas à decisão acima prolatada em consonância com o disposto nas súmulas 160 e 453 do STF. Preceitua a Súmula 453 do STF⁴⁰⁶ não se aplicarem à segunda instância as disposições do art. 384 e de seu parágrafo único⁴⁰⁷ e a Súmula 160 do STF⁴⁰⁸ dispõe ser nula a decisão que prolata nulidade contra o réu sem que ela tenha sido arguida pela acusação.

Conforme descrito nas razões de decidir do acórdão, a defesa apontou a nulidade da sentença por ter o magistrado condenado o réu em modalidade culposa diferente da descrita

⁴⁰³ POZZER, *Correlação...*, p. 190-191.

⁴⁰⁴ GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, *As nulidades...*, p. 211.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ Súmula 453: “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”.

⁴⁰⁷ A alusão ao parágrafo único é em relação à redação antiga do art. 384, contudo, a referida súmula ainda está em perfeita consonância com o instituto da *mutatio libelli*.

⁴⁰⁸ Súmula 160: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

inicialmente na denúncia sem que tivesse havido o aditamento. Os desembargadores, em decisão unânime, acolheram a nulidade e remeteram os autos para que o juiz proferisse nova decisão.

O momento processual adequado para o *parquet* proceder à *mutatio libelli* é, como já vimos, antes da prolação da sentença criminal. Nessa hipótese, apenas poderia ter o Tribunal reconhecido a nulidade da sentença e baixado os autos para o juízo *a quo* se o Ministério Público tivesse recorrido da decisão ou se manifestado pela nulidade da sentença ao menos em contrarrazões por ser vedada a *mutatio libelli* em segundo grau.

Ao se reconhecer a nulidade pela incongruência da sentença em recurso exclusivamente do réu, o Tribunal apenas estaria apto a absolver o acusado, jamais remeter os autos para o juiz prolator da sentença refazê-la. Se fosse possível tal interpretação, transformar-se-ia em letra morta o disposto no art. 617 do CPP e na Súmula 453 do STF, uma vez que tal decisão redundaria em uma *mutatio libelli*, ao menos indireta, em segunda instância.

Portanto, se o recurso fosse exclusivo da defesa ou do Ministério sem nenhuma menção à nulidade da sentença por ferir a congruência, restaria ao Tribunal apenas absolver o acusado por ser vedada a *mutatio libelli* em segundo grau de jurisdição.

De fato, não é o que ocorre com o presente acórdão. No seu inteiro teor resta bastante claro que a acusação manifestou-se em contrarrazões pela nulidade da sentença, permitindo a remessa dos autos ao juízo de primeiro grau. Isso porque também houve surpresa para a acusação por ter o juiz proferido decisão em desacordo com peça portal, maculando-se o princípio do contraditório.

Mostremos, pois, apenas para deixar clara a questão, acórdão que procedeu da forma mais correta em face da inobservância do princípio da congruência pelo magistrado *a quo* e/ou pelo membro do Ministério Público, *in verbis*:

DENÚNCIA POR FURTO QUALIFICADO - CONDENAÇÃO POR ROUBO MAJORADO - AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA GRAVE AMEAÇA E DA VIOLÊNCIA NA EXORDIAL - NECESSIDADE DE MUTATIO LIBELLI - INOBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP - NULIDADE - IMPOSSIBILIDADE - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE. A sentença deve ter correlação com a denúncia, ou seja, só pode haver condenação pelo fato descrito na peça de acusação. Do contrário, apurando-se durante a instrução circunstância ou elementar não descrita, mesmo que implicitamente na denúncia, o magistrado deve aplicar as regras do art. 384 do CPP: se a pena do novo crime for de gravidade menor ou igual à imputação original, dá-se vista à defesa; se a pena for mais grave, deve-se dar vista ao Ministério Público para aditar a denúncia. Não procedendo dessa forma, o sentenciante que condena o réu por crime de roubo majorado, quando o mesmo foi denunciado por furto qualificado, deixando

de aplicar a mutatio libelli, comete grave erro. No entanto, não pode o Tribunal simplesmente anular o feito. Deve sim, nesse caso, preferir a absolvição, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado nas Súmulas 160 e 453 (Apelação Criminal nº 1.0105.05.152555-5/001, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de MG, Relatora: Des. Maria Celeste Porto, Julgado em 18/07/2006).

Em face da nulidade da sentença por ausência da *mutatio libelli* observada em grau de recurso, apenas restou aos Eminentíssimos Desembargadores mineiros absolverem o acusado das imputações que lhe eram feitas. A exímia relatora salientou não ser possível anular a sentença, mas sim, tão-somente, absolver o acusado.

Resta ainda mencionar que também é possível violar a correlação entre acusação e sentença mesmo mantendo-se a modalidade culposa inicialmente exposta na exordial. Se a denúncia descreve um tipo de conduta, por exemplo, negligente e no curso da instrução ficar demonstrado que o réu agiu negligentemente, mas não de acordo com os fatos inicialmente imputados, também é imprescindível a utilização da *mutatio libelli* sob pena de nulidade.

Como deixamos bem claro ao longo da presente monografia, o fato processual é entendido como acontecimento histórico, incidível, delimitado no espaço e tempo, não se restringindo ao fato típico penal. Dessa forma, é prescindível à verificação da ocorrência ou não da *mutatio libelli* a mutação do fato penal, sendo esta apenas mera consequência da mutação da base factual.

c) Mudança de Crime Tentado para Consumado ou Vice-versa.

Pode ocorrer de inicialmente ter se imputado ao agente o cometimento de um delito na forma tentada e no decorrer da instrução ter sido demonstrado que o agente, na realidade, consumou o delito. A consumação do delito é verificada quando o tipo está completamente realizado, ou seja, foram preenchidos todos os elementos do tipo objetivo pelo fato natural⁴⁰⁹. Já na tentativa há a realização incompleta do tipo penal, há a prática de ato de execução, mas o sujeito não chega à consumação por circunstâncias alheias a sua vontade⁴¹⁰.

Portanto, a subsunção dos fatos entre os tipos tentado e consumado são diversas, sendo imperioso o aditamento à inicial acusatória, preservando-se o contraditório e evitando-se surpresas às partes⁴¹¹. Reiteramos que não é crível falar que a mudança de crime consumado para tentado é sempre benéfica à defesa e por isso seria prescindível o aditamento. Prejudicial ao réu é ter sido condenado por qualquer crime por não ter havido o devido contraditório, o

⁴⁰⁹ MIRABETE, **Manual...**, p. 155.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 158.

⁴¹¹ CAPELA, **Correlação...**, p. 75.

qual poderia evitar a condenação, inclusive, pelo crime menos grave. Além disso, o Ministério Público também é prejudicado pela mudança sem o devido aditamento, causando-lhe surpresa, já que não lhe foi oportunizado contraditar a alteração, que poderia resultar na efetiva demonstração da ocorrência dos fatos.

Dessa forma, haverá afronta ao princípio da congruência se o agente for denunciado por crime tentado e condenado por crime consumado ou vice-versa. Verificando o Ministério Público ou o juiz (para aqueles que entendem ser possível ainda o aditamento provocado) que houve mudança entre tentativa e consumação deve ser realizado o aditamento à exordial.

Nesse sentido é a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIME. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO POR CRIME CONSUMADO. DENÚNCIA APENAS POR CRIME TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. DECISÃO EXTRA PETITA. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. RECURSO PROVIDO. Fere o princípio da correlação, implicando em julgamento extra petita, a sentença que condena o réu por fato não descrito na exordial acusatória, impondo-se, assim, a sua absolvição. "É inadmissível, em recurso exclusivo da Defesa, a anulação de ofício da sentença condenatória, pela ausência de correlação com a denúncia, já tendo havido o trânsito em julgado para a Acusação, pois causaria prejuízo à Defesa, incidindo em inaceitável "reformatio in pejus", sendo a absolvição a medida cabível." (RJDTACRIM 23/366) (TJPR - 3ª C.Criminal - AC 0304834-8 - Curitiba - Rel.: Des. Wanderlei Resende - Unânime - J. 23.08.2006).

Decisão extremamente técnica e condizente com o estudo que estamos desenvolvendo ao longo da presente monografia. Acrescenta-se que o Acórdão citado apresentou a solução adequada de *absolver* o réu por ter sido recurso exclusivo da defesa, sem ter anulado a sentença de ofício para novo julgamento do magistrado *a quo*.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul também já se manifestou a respeito da impossibilidade de se condenar o réu pela modalidade de delito consumado quando na realidade a exordial apenas imputou ao acusado a forma tentada, vejamos:

APELAÇÃO CRIME. FURTO QUALIFICADO TENTADO. SENTENÇA. DESCONSTITUIÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. A sentença condenatória desgarrou da narração fática contida na denúncia, culminando por violar o princípio da correlação, quando reconheceu o fato como consumado. Tornou-se, portanto, ultra petita, à medida que foi além da pretensão acusatória, sem ter havido aditamento (atribuição do Ministério Público prevista no art. 384 do CPP ; mutatio libelli). DETERMINAÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA PARA QUE OUTRA SEJA PROFERIDA. PREJUDICADO O EXAME DO APELO. UNÂNIME (Apelação Crime Nº 70025506031, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 20/11/2008).

A solução proposta ao *writ*, conforme já debatemos, não se mostrou adequada à técnica processual por ser vedada a *mutatio libelli* em segunda instância. Não é possível em segundo grau os Desembargadores proclamarem a nulidade da sentença de ofício, por ter desrespeitado a regra da correlação ao condenar o acusado por furto qualificado consumado quando a inicial apenas descrevia a forma tentada. Não havendo qualquer manifestação ministerial a respeito da nulidade da sentença *extra petita* restaria aos Doutos Desembargadores absolverem o réu, e não remeterem os autos para nova sentença.

Por tudo que já foi exposto, acreditamos ser possível a mudança entre os crimes tentado e consumado sem o devido aditamento, conquanto que a controvérsia restrinja-se a questões de direito. É o que acontece, por exemplo, na controvérsia existente nos tribunais do momento da consumação do delito de roubo. Para alguns, é necessária a posse mansa e pacífica, ainda que momentânea, da *res* e que a coisa saia da esfera de vigilância do ofendido, também nesse caso pode ser apenas momentaneamente; e outros afirmam que basta a mera inversão da posse.

Portanto, nessa hipótese, estarão descritos na exordial tanto os elementos do delito consumado quanto tentado, restando ao juiz apenas a classificação da modalidade delitiva. Evidente que muitas vezes essa decisão pode causar surpresa às partes que não discutiram à possibilidade ao longo de toda a instrução; nesse caso, poder-se-ia proceder ao contraditório prévio sobre as questões de direito, conforme já expusemos quando falamos da *emendatio libelli*.

d) Crimes de Ação Múltipla

O crime de ação múltipla, como sabemos, é aquele cujo tipo contém várias modalidades de conduta, em vários verbos, qualquer deles caracterizando a prática delituosa. Exemplo clássico dessa modalidade de delito é o exposto no art. 33 da Lei 11.343 que dispõe acerca do crime de tráfico de drogas⁴¹².

Nessa hipótese, a denúncia pode imputar ao réu uma ou mais ações previstas no tipo penal, devendo o acusado somente delas se defender⁴¹³. Não é possível a inicial atribuir ao réu, por exemplo, às condutas de *oferecer* e *ter em depósito* para que depois seja condenado nas condutas de *importar* e *produzir*.

⁴¹² “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...)”

⁴¹³ FERNANDES, **Reação...**, p. 208.

e) *Mudança entre Crime Simples e Complexo*

Já analisamos na presente monografia a relação de correlatividade entre os crimes complexos e os tipos penais simples que o compõem. Conforme já preceituamos, a mudança do crime complexo para o crime simples é perfeitamente aceitável sem aditamento, não por se tratar de crime menos grave (já vimos que a gravidade do delito não é mais parâmetro para aferição de prejuízo), mas sim por estar o crime simples inserido dentro do delito complexo.

Nessa hipótese o magistrado julgou toda a imputação – não se tratando, pois, de sentença *citra petita* - analisando inclusive a prova sobre a violência, que foi objeto do julgamento, embora a conclusão sobre sua ocorrência tenha sido negativa.

Normalmente, poder-se-ia pensar que automaticamente por não estar o crime complexo contido no crime mais simples, jamais se poderia condenar pelo crime mais grave senão precedendo de aditamento à exordial.

Ocorre que, em alguns casos, a descrição dos fatos contida pode incidir nos dois tipos penais (simples e complexo), restando ao julgador apenas alterar a subsunção da norma aplicada, procedendo, portanto à *emendatio libelli*. É o que ocorre, por exemplo, naqueles casos limítrofes entre caracterização ou não da violência, podendo o réu ser condenado por roubo ou furto, como acontece com a definição de *trombada e arrebatamento*.

Não podemos esquecer que muitos autores preconizam a existência de um contraditório prévio à mudança da classificação por entenderem não mais ter guarida no ordenamento processual penal o antigo brocardo que afirma que o réu apenas se defende dos fatos e não de sua classificação jurídica. Portanto, para muitos, a inexistência de aditamento à exordial não redundaria na ausência do contraditório entre as partes anterior à sentença criminal, entendido como imperioso a evitar surpresas que prejudiquem tanto a acusação quanto a defesa.

CONCLUSÕES

O princípio da congruência visa a evitar que o juiz julgue além (*ultra petita*) dos limites que foram traçados na inicial, o que, muitas vezes, constituiria uma verdadeira acusação sem denúncia. O magistrado, na realidade, está vinculado aos limites delineados na exordial, sendo defeso, inclusive, proferir julgamento aquém daquilo que foi pedido (*citra petita*). Contudo, a imutabilidade da demanda não é mais absoluta como outrora. O nosso Código de Processo Penal permitiu a mutação do pedido desde que obedecidas as regras estabelecidas nos artigos 383 e 384, os quais, respectivamente, dispõem sobre a *emendatio* e *mutatio libelli*.

Portanto, toda vez que se observar no curso da instrução que os fatos narrados na inicial não correspondem exatamente àqueles que efetivamente estão sendo demonstrados, é imperioso o aditamento à exordial, sob pena de violação ao princípio da congruência. Só dessa forma, poderá o magistrado estender sua cognição aos fatos apurados na instrução.

Ao longo do presente estudo tentamos demonstrar a relevância da alteração da base factual e, igualmente, da capitulação jurídica da acusação para o estudo da correlação. Esses dois aspectos compõem as duas faces do objeto do processo penal, mas somente sobre a primeira há a vedação da imutabilidade se não precedida da regra da *mutatio libelli* insculpida no artigo 384 do nosso CPP. Contudo, o princípio do contraditório impõe a necessidade de as partes, principalmente em relação ao acusado, discutirem as questões de direito nos casos em que a mudança da capitulação jurídica venha a lhes causar surpresa, impossibilitando a oportunidade de reação.

Os antigos brocardos *jura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi jus* devem ser superados diante da complexidade da reação defensiva do acusado, o qual se defende da persecução estatal como um todo. Com isso não se quer engessar a atividade judicial da livre dicção do direito, função tradicionalmente exercida pelo magistrado. Mas sim, evitar que o juiz exerça a função jurisdicional sobre questões que não foram debatidas entre as partes, tornando-se ínsito o prejuízo pela violação do contraditório e, em alguns casos, pela violação do direito à defesa.

Contudo, infelizmente, esse entendimento não é corrente na jurisprudência pátria, persistindo decisões no sentido de somente ser possível ao réu se defender dos fatos que lhe foram imputados na exordial. A idéia de que apenas as alterações que aumentam a pena em abstrato causem prejuízos à defesa deve ser superada. O prejuízo ao réu é ínsito ao poder ser

condenado por crime em processo em que não exerceu com plenitude o seu direito à defesa e ao contraditório. Já dissemos que o réu teria a possibilidade de não ser condenado nem pelo delito menos grave se oportunizado o contraditório e a defesa. De outro lado, o princípio do contraditório também é prerrogativa da acusação, sendo imperioso que ela tenha a oportunidade de contraditar a desclassificação delitiva.

Esse entendimento foi abraçado pela nova redação do artigo 384 do nosso Código de Processo Penal, ao exigir o aditamento tanto para as mudanças da base factual que acarretem a modificação para crime mais grave quanto para o mais brando. O princípio do contraditório ganhou mais força ao se permitir que ambas as partes possam produzir provas em razão do aditamento à exordial, prerrogativa antigamente destinada apenas à defesa.

O sistema acusatório que permeia o ordenamento processual pátrio exige a divisão de tarefas entre aquele que acusa e aquele que julga. O aditamento provocado é resquício de uma desconfiança do órgão da acusação que não tem mais guarida transcorridos 22 anos da promulgação de nossa Constituição Federal. Felizmente, o Anteprojeto de Código de Processo Penal extingue essa modalidade de aditamento, reforçando o *due processo of law*.

A importância da alteração do fato processual muitas vezes não é bem compreendida pela doutrina processual, ao restringir a análise da mutação da demanda apenas aos casos em que há mudança nos elementos que compõem o tipo penal. Insistimos reiteradas vezes que a modificação da demanda deve ter em vista também a alteração do fato processual, consistente na realidade histórica que dá vida ao tipo penal abstrato. A alienação à alteração da base factual do fato imputado, vinculada às circunstâncias delitivas, explica as correntes decisões judiciais, equivocadas em nosso entender, acerca da prescindibilidade da *mutatio libelli* nos casos, por exemplo, de alteração do elemento subjetivo do delito.

O princípio da congruência é uma das maiores garantias conferidas ao processado criminalmente. É a garantia de que o réu somente será processado e julgado por fatos que lhe tenham sido imputados na inicial, perante os quais devidamente exerceu o direito de contraditório e se defendeu de forma ampla. A violação do princípio constitui nulidade insanável, impassível de ser convalidada. A violação é tão grave que, se for arguida em grau de recurso exclusivamente pelo réu, impõe sua absolvição. E, guarde-se, o réu jamais poderá ser novamente processado por esse crime, pois a coisa julgada penal é fundada na realidade histórica e não no fato narrado na inicial, independentemente do acerto ou equívoco cometido por ocasião da imputação feita na denúncia ou queixa. O fato é apenas um e mesmo se o Estado não identificou e apurou corretamente o crime a decisão está acobertada pelo trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ilana Flávia Barbosa Vilar de; ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Notas sobre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* após a reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 893, p. 425-435, mar. 2010.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AMARAL, Thiago Bottino do. A *emendatio libelli* no recebimento da denúncia: aplicação antecipada do artigo 383, do Código de Processo Penal. **Revista da AJUFE**, Brasília, DF, n. 63, p. 287-299, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARROS, Romeu Pires de Campos. Da correlação entre acusação e sentença no processo penal. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 2, p. 136-145, 1960.

BATISTA, Nilo. Sobre o aditamento à denúncia. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 285-289, 1996.

BATISTA, Weber Martins. Acusação e sentença: princípio da correlação. *In*: TUBENCHLAK, James (Coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v. 4, p. 200-209.

BATISTA, Weber Martins. **Direito penal e direito processual penal**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BELING, Ernst. **Derecho procesal penal**. Traducción del Alemán por Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: denúncia, queixa e aditamento**. 2. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. **Vade Mecum RT**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BREDA, Antônio Acir. A reforma do processo penal os novos tipos legais de procedimento (Lei 11.719 de 20 de Junho de 2008). **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 32, p. 53-73, jan./mar. 2009.

CAPELA, Fábio. **Correlação entre acusação e sentença**. Curitiba: Juruá, 2008.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1983. 2 v.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. **La cosa juzgada penal**. Bolonia: Real Colegio de España, 1975.

COSTA, Sandro Luiz da. *Emendatio libelli*: antecipação como garantia do devido processo legal do acusado. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 21, p. 49-64, 2003.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956-1957. v. 4.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: provas, ritos processuais, júri e sentença. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**: Novo Procedimento do Júri (Lei 11.689/2008), Nova Disciplina das Provas (Lei 11.690/2008), Novas Regras Procedimentais (Lei 11.719/2008), “Lei Seca”: alterações penais no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 11.705/2008). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rossi. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio de Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio de Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HAMILTON, Sergio Demoro. Aditamento provocado, uma heresia. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 9-20, abr./maio 2000.

ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. rev. e atual. até jan. 2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A correlação entre acusação e sentença nas ações penais condenatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2003. 2 v.

MARTINS, Charles Emil Machado (Org.). **Do procedimento comum ordinário: teoria e prática dos procedimentos penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini até 31 dez. 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PENTEADO, Jaques de Camargo; RIBAS, Júlio César; UZEDA, Clovis Almir Vital de. **O aditamento no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1992.

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

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Crítica ao *jura novit curia*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.13, n.157, p. 9, dez. 2005.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Breves considerações sobre a '*emendatio libelli*' e a '*mutatio libelli*'. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 17, n. 49, p. 103-111, jul. 1990.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* na reforma do Código de Processo Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 98, v. 881, p. 423-441, mar. 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA JARDIM, Afrânio. A imputação alternativa no processo penal. **Justitia**, São Paulo, v. 47, n. 131, p. 380-392, set. 1985.

SOTO NIETO, Francisco. **Correlacion entre acusacion y sentencia**: la tesis del articulo 733 de la ley de enjuiciamiento criminal. Madrid: Montecorvo, 1979.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado (arts. 1º a 393)**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1

TOVO, Paulo Cláudio (Org.). **Estudos de direito processual penal**: Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta; MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata**. São Paulo: Método, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VEIGA, Raul Soares da. Prefácio à 2ª ed. *In*: ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.