

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA PENAL *

ALESSANDRA HONORATO NEVES BATISTA **

SUMÁRIO: 1. Uma introdução. O sistema processual acusatório moderno e os princípios basilares do processo penal. 2. O princípio da correlação entre acusação e sentença. 3. Breve estudo dos artigos 383, 384 e 385 do Código de Processo Penal em vigor. 4. A existência de imputação alternativa no direito vigente. 5. Outras hipóteses de imputação alternativa. 6. A correlação entre a acusação e a sentença nos casos de imputação alternativa. 7. Conclusão: por uma concretização de um processo penal justo (não só ideal) – garantia da sociedade e do acusado. 8. Bibliografia.

1. UMA INTRODUÇÃO

O tema geral do sistema processual acusatório moderno nos é muito instigante, assim como o é o estudo de seus princípios basilares. Sem embargo do enorme interesse, trata-se de assuntos a serem versados em vários volumes de obra, não em um trabalho semestral de mestrado, como é o presente. Assim é que, de plano, adiantamos que as linhas ora trazidas cingem-se aos aspectos que, em doutrina, são os mais recorrentes, por relevantes, tanto em matéria de sistema acusatório quanto em matéria de princípios processuais penais.

Seguimos, na elaboração deste - e é bom que desde já se o anuncie, as palavras ditas pelo prezado Professor AFRÂNIO SILVA JARDIM¹, segundo as quais, "na verdade, a vida se faz de emoções", para compreender que mesmo no mundo do processo há emoções. Porque há sentimentos aí, e disso o processo não conseguirá se livrar...

* Trabalho semestral da disciplina A Tutela Processual da Liberdade, ministrada pelo Professor Afrânio Silva Jardim no Mestrado em Direito pela UERJ.

** Alessandra Honorato Neves Batista é Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Em discurso proferido em 1999, em formaturas de turmas desse ano, como consta, à guisa de prefácio da 9ª edição da obra *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro, 2002.

EDUARDO COUTURE, em obra magistral conquanto breve², usa poesia no direito para explicar sobre a sentença:

“Para saber qual é o conteúdo da jurisdição, seguindo sempre nosso método de partir dos fatos, comecemos fazendo a experiência de tomar entre as mãos uma dessas peças a que chamamos, habitualmente, decisão ou sentença.

É claro que, ao fazê-lo, não temos nas mãos a própria sentença. Esta, originariamente, é algo que foi *sentido* e daí seu nome de *sentença*. Mas esse *sentimento*, pela razão dada anteriormente, necessitou ser registrado ou documentado. O que temos entre as mãos, pois, não é mais do que o documento representativo (que apresenta de novo, dizíamos) daquilo que o juiz *sentiu* como direito.”

É certo, porém, que a emoção e mesmo esse sentimento de que está imbuída a sentença não são livremente captados pelo magistrado, eis que este deve obedecer a certos limites... É dentro desses limites - entre os quais colocamos o próprio sistema acusatório vigente, os princípios sustentadores do processo penal pátrio, bem como as garantias previstas para a sociedade e para o indivíduo - que o juiz pode e deve mover-se. Vejamos, pois, o que há de mais importante em tais pontos, sem qualquer pretensão de esgotá-los.

1.1. O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO MODERNO E OS PRINCÍPIOS BASILARES DE PROCESSO PENAL

Os contornos dos sistemas processuais são feitos por princípios fundamentais, idéias reitoras, de forma que as regras jurídicas ganham razão de ser à luz do elemento teleológico do próprio processo. De tal assertiva se extrai, então, que há valores éticos e políticos norteando como deve ser a atividade processual.

Pois bem. Ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES³ que o processo penal visa à solução de um litígio penal, aplicando o juiz, com justiça, o direito objetivo - e é com esse desiderato que tem o juiz de conhecer bem exatamente o litígio que irá decidir. Apurando a verdade dos fatos ocorridos, aplicará a lei com estrita justiça. CAPOGRASSI⁴, citado pelo renomado FREDERICO MARQUES, recorda que é nisto que reside “o grande drama do processo, visto que o juiz, estranho aos acontecimentos que vai julgar, precisa reconstituir fatos de que esteve ausente numa operação “proustiana” de empírica e *vera ricerca del tempo perduto*”. Há que se descobrir a verdade para a reconstrução dos fatos a serem julgados e então aplicar-se de forma escorreita a lei penal.

2. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1995.

3. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol I, Rio de Janeiro, 1998, p. 69.

4. Giudizio Capograssi. *Processo, Cienza, Verità*, in *Rivista de Diritto Processuale*, 1950, p. 1.

Para essa empreitada, após a fase da dita justiça privada (o processo como “coisa das partes”), a história do processo concebeu dois básicos sistemas, o inquisitório e o acusatório, ambos embasados na idéia de que ao Estado tocava primordialmente o interesse de combater e reprimir a criminalidade⁵.

No primeiro, “o órgão judicante tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, julgar e defender, que caracterizam o processo”⁶.

Já no “sistema acusatório, autor e réu encontram-se em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, tal como consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu”⁷.

Foi dessa forma segunda⁸ que, estruturado o sistema processual penal, por força da dialética que acompanha a evolução humana⁹, chegou-se a um processo em que o Estado tivesse mecanismos seguros para que a jurisdição fosse justa, independentemente da vontade das partes, preservando-se a imparcialidade do juiz - nesse cenário, tem grande participação o Ministério Público, como o “ovo de Colombo” para o processo penal moderno¹⁰. As três funções do processo acima referidas foram então entregues a entes distintos, e o processo penal passou a ser um instrumento para a repressão da criminalidade a autolimitar o próprio Estado, pois não poderia mais haver pena sem processo.

O Professor AFRÂNIO SILVA JARDIM¹¹ sintetiza que o moderno sistema acusatório é mais do que método para descoberta da verdade possível: é meio de garantir e resguardar direitos individuais, sem retirar do estado sua autoridade na atividade de defesa social.

O Ministério Público assumiu a titularidade da ação penal (posterior a um procedimento investigatório preparatório em que o juiz não apura mais os fatos delituosos) e encarregou-se de produzir prova na busca da verdade, deixando o juiz imparcial no conflito. E é bom que logo se diga que tudo aponta para a tendência da depuração do sistema acusatório, concedendo ao réu a segurança de um processo penal justo, no Estado democrático de Direito. O juiz é “mais” imparcial, se é que assim se pode escrever. Optamos por

5. Essas palavras vêm postas na Reflexão Teórica sobre o Processo Penal, do Professor Afrânio Silva Jardim, in *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro, 2002, p. 42.

6. Ob. cit., nota 3, p. 70.

7. Ob. cit., nota 3, p. 71.

8. É bem verdade que com resquícios do sistema inquisitório...

9. A idéia da dialética é muito presente em toda a obra do Professor Afrânio Silva Jardim, mencionada na nota 5.

10. A metáfora foi tomada do Professor Afrânio Silva Jardim, da obra de nota 5.

11. Ob. cit., nota 5, p. 43.

não falar em neutralidade porque pensamos que o neutro difere do imparcial e, para o equilíbrio entre as partes, precisa-se um juiz imparcial, que não privilegie parte alguma, mas ao mesmo tempo tome posição junto a quem tem, pelo direito, razão¹².

A tendência atual no sistema processual penal é, pois, com a atuação do Ministério Público, harmonizar a busca da verdade real com a imparcialidade do juiz: eis aí o *mediu*, o caminho para que o processo sirva à viva, eficaz e justa atuação do Estado na repressão penal e no combate ao crime. O processo, mormente o penal, é *coisa* do Estado, e não, coisa privada, das partes.

Num tal sistema, é forçoso reconhecer a prevalência de determinados princípios, sustentáculos do primeiro: idéias que norteiam as regras postas no direito positivo e que também deste se extraem (tenha-se em linha de conta que o processo refletirá a estrutura da ética e da política reinantes numa sociedade)¹³. Daí entendermos que a ideologia do sistema tem reflexo no processo penal, elegendo como vetores certos princípios (não excludentes, não auto-suficientes, mas em dialética com suas antíteses).

Tomamos por base a diretriz do professor AFRÂNIO SILVA JARDIM¹⁴, assumindo que os mais relevantes princípios no processo penal são o *princípio da imparcialidade do juiz* e o *princípio do contraditório* – são idéias-mães que direcionam a atividade jurisdicional para os demais princípios.

Os princípios da *iniciativa das partes* e do *juiz natural*, dessa forma, decorrem do sistema acusatório, o qual está firmemente assentado sobre a imparcialidade do julgador – as partes exercem atividades que as levem a convencer o julgador, em especial quanto à instrução. Não obstante, exerce o último uma atividade probatória supletiva às partes, a fim de concretizar a busca da verdade real (é pelo alcance desta que a solução do processo penal é mais justa).

O *contraditório*¹⁵, por sua vez, é princípio erigido expressamente na Carta Maior do país, deixando ao talante das partes a dialética atividade de agir e resistir – afinal, são as partes os sujeitos da relação processual, encarregadas de levar ao juiz material suficiente para que este chegue à almejada verdade e, com isso, aplique o direito ao caso concreto.

Por sua vez, o *princípio da igualdade entre a partes* no processo penal decorre do anterior contraditório: é que a garantia de que haverá dialética, ampla oportunidade de defender seu ponto de vista (a possibilidade de contrastar!), depende de que as partes sejam consideradas iguais, em substância, efetivamente.

12. A discussão acerca da distinção entre imparcialidade e neutralidade pode ser objeto de uma dissertação...

13. Linhas que estão em consonância com a obra citada na nota 5, pp. 38/9.

14. Ob. cit., nota 5, pp. 40/1.

15. Sua base é a própria dialética!

O *princípio da publicidade*, por conferir a possibilidade de fiscalizar a atuação geral do poder público, garante a concreção dos anteriores princípios, e a *oralidade*, em muito breves linhas, dá os contornos de uma prestação jurisdicional mais célere, daí mais eficaz¹⁶.

Propositamente, deixamos ao item seguinte a explanação sobre o *princípio da correlação entre a acusação e a sentença penal*, cerne de nosso pequeno trabalho.

2. O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA

Sem a pretensão de esgotar os conceitos, mas com o intuito de variar ao máximo, na doutrina, as interpretações acerca do princípio da correlação entre acusação e sentença, desde agora anunciamos que este *thema* será abordado mais especificamente no desenvolvimento deste estudo. Consta ainda que há nuances deste princípio processual nas searas civil e penal.

Impende sublinhar que a correspondência que deve existir entre a acusação e a sentença está presente como um princípio *de processo*, e não somente no campo penal. Também no processo civil se tomam linhas dessa diretriz, porque a cada pedido deve estar correlacionada uma sentença, nos limites postos por aquele.

Buscamos no poético EDUARDO COUTURE, na obra já referida por nós, após dizer da sentença conter sentimento, diz de sua estrutura e, nesse diapasão, enuncia que "ela reproduz, com uma plasticidade quase perfeita, a forma da demanda." E continua:

"Quando as leis processuais hispano-americanas descrevem a forma da demanda, reclamam um preâmbulo, um relato dos fatos, uma exposição do direito e um pedido final. Os espanhóis chamaram "requisito de congruência" a essa espécie de coerência necessária que deve haver entre o pedido e o decidido. Um autor assinalou, com agudeza, que toda demanda é o projeto da sentença pretendida pelo demandante, tanto no relativo à sua estrutura, quanto no relativo ao seu conteúdo.

Contemplando esse mesmo fato do ângulo da sentença, podemos dizer que toda sentença é, de certo modo, a reprodução formal de uma demanda inteiramente fundada."

16. Em verdade, quase banida do processo penal praticado na atualidade, acaba dando vez a uma eternização do deslinde dos casos, como referiu Afrânio, na obra já referida, p. 41. Sua retomada significaria resgatar a credibilidade da justiça pátria, segundo o renomado processualista.

O excelente Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁷, detalhando a explicação acerca da fase postulatória do processo de conhecimento, diz que o juiz, ao proferir sentença de mérito, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido do autor, fica jungido à seguinte regra: “Não poderá conceder providência diferente da pleiteada, nem quantidade superior ou objeto diverso do que se pediu (art. 460); tampouco deixar de pronunciar-se sobre o que quer que conste do pedido. É o princípio da *correlação* (ou da *congruência*) entre o pedido e a sentença (...)”.

Há ainda quem, autorizadamente, coloque o princípio da congruência como consectário do princípio da iniciativa da parte, por ser este garantidor da imparcialidade do juiz, como faz ENRICO TULLIO LIEBMAN¹⁸:

“Essa é a regra fundamental, que define a relação entre as pessoas e a função jurisdicional: os juízes não agem e não decidem por sua própria iniciativa, mas exclusivamente mediante provocação da parte interessada (...). *Nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio.*”

(...) sempre é a parte que indica o objeto do processo, de modo que o juiz não pode pronunciar-se além dos limites do pedido, nem sobre exceções que exclusivamente pelas partes possam ser propostas (princípio da *correspondência entre o pedido e o decidido*, art.112, CPC) [v. CPC, art. 128].”

A analogia encontrada em doutrina pátria que mais de coaduna com a *versatilidade* do princípio da congruência está em JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁹ - tem a ver com os elementos identificadores da ação (partes, pedido e causa de pedir). O desenvolvimento da idéia vem após a premissa explicitada pelo Professor AFRÂNIO SILVA JARDIM²⁰: nas ações penais não condenatórias e nas ações civis a causa de pedir se compõe da alegação de um fato ou ato jurídico constitutivo do direito afirmado pelo autor, não se exigindo a atribuição ao réu de uma determinada conduta - a pretensão processual não decorre da imputação, conquanto possa, acidentalmente, haver uma.

Com a análise a seguir, veremos como deve ser posta a questão da congruência em ambas as searas.

FREDERICO MARQUES, na obra sobredita, faz útil comparação: a *acusação* está para o processo penal condenatório assim como o *pedido* está para o processo civil de conhecimento - é o objeto do processo; no processo civil, o *pedido* deve ser determinado e certo, e somente sobre ele o juiz se pronunciará; na acusa-

17. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 22ª edição, Rio de Janeiro, 2002, pp. 10 e segs.

18. *Manual de Direito Processual Civil*, volume I, traduzido por Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro, 1985.

19. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol.II, Rio de Janeiro, 1998, pp. 151 e segs.

20. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro, 2002.

ção, o fato delituoso é que deve estar perfeitamente caracterizado, pois a sanção a ser imposta depende da qualificação jurídica dada a esse fato... A acusação contém um pedido condenatório não específico, devendo o acusador descrever o fato criminoso com todas as suas circunstâncias e dar sua classificação, como reza o art. 41 do Código de Processo Penal. Com isso, delimita-se o pedido por obra da imputação (vale dizer, o fato criminoso, tal como descrito, é que será julgado e receberá a pena prevista em lei). O juiz não pode ampliar o objeto da acusação para decidir sobre circunstâncias nela não contidas... Apresse-se em apontar que, na acusação, o que há é pedido genérico, consubstanciado na aplicação da sanção jurídica *adequada* ao fato descrito. Aí a congruência.

Do exposto até o presente momento, temos como *imputação* um dos elementos da acusação, que é pressuposto da ação penal condenatória²¹ - o outro elemento componente da acusação é o pedido de condenação.

Sabemos que o objeto do processo é o pedido do autor - uma manifestação de vontade dirigida ao juiz acerca de uma certa atividade. É por esse pedido que o autor veicula sua pretensão, exigindo a prevalência de seu interesse. Segundo palavras do prezado Professor AFRÂNIO, o pedido exterioriza a pretensão, e os contornos dessa pretensão são delimitados pela *imputação ou causa de pedir* (como anteriormente ressaltado, o pedido, na ação penal condenatória, é sempre genérico, o *thema* da decisão é fixado na imputação - na própria extensão da prestação jurisdicional).

TOURINHO FILHO²² ressalta que na denúncia o Ministério Público pede a condenação do réu, e para tanto imputa a este a prática de um crime - o fato criminoso é a razão do pedido de condenação, a *causa petendi*.

Extrai-se das palavras do mestre FREDERICO MARQUES que a imputação é a atribuição ao réu da prática de certas condutas típicas, ilícitas e culpáveis, bem como *todas* as circunstâncias juridicamente relevantes, no que é enfatizado por AFRÂNIO SILVA JARDIM²³.

Não seria próprio afirmar, pois, que a acusação se limita à descrição do fato típico e ao pedido condenatório, ante o que consta do art. 41 do diploma processual penal, eis que a acusação somente poderá ser considerada apta se dela constarem, além da conduta principal, as circunstâncias indicativas da ilicitude e da culpabilidade da conduta do agente.

21. O tema é muitíssimo bem tratado no trabalho inovador de Afrânio Silva Jardim, incluído na obra citada na nota 5, especialmente sobre a imputação alternativa.

22. *Processo Penal*, vol. 4, 16ª edição, São Paulo, 1994.

23. Na obra citada na nota 5, sobre a imputação alternativa.

JOSÉ FREDERICO MARQUES recorda que tudo quanto sirva para descrever as modificações do mundo exterior relevantes para o Direito Penal, bem como sua individualização, integra a imputação; aí incluídas todas as circunstâncias incidentais que sirvam para individualizar o caso concreto... Os caracteres exigidos pela lei processual civil para o pedido devem ser transportados para a imputação, no processo penal; no processo civil o juiz não pode se pronunciar sobre o que não constitui objeto do pedido; já no processo penal, não pode se pronunciar sobre fato que não constitua objeto da *imputação*.

Valemo-nos de AFRÂNIO SILVA JARDIM para frisar que, além desse caráter revelado no mundo "exterior" a ser retratado, a imputação deve conter elemento anímico - a vontade do autor da ação, apontando-se o tipo subjetivo. Não se deve olvidar do mínimo suporte de provas de todos os elementos constantes das peças ou do inquérito - tipicidade, ilicitude, culpabilidade. É forçoso reconhecer a incompletude do art. 41 do diploma adjetivo, visto que a regra dispõe sobre a *exposição* do fato, quando deveria prever a *imputação* desse fato - o autor deve atribuí-lo ao réu²⁴.

No dizer autorizado de JOSÉ FREDERICO MARQUES, a imputação não é a descrição, meramente, mas o ato de atribuir a alguém um fato que deve ser necessariamente descrito; para ele, a imputação contém a descrição dos fatos, a qualificação jurídico-penal desses fatos; e a atribuição dos fatos descritos a alguém.

Ousamos fazer um reparo, precisamente nesse ponto: a qualificação jurídico-penal não deve fazer parte da imputação, se esta coincide com a causa de pedir... Explicamos: é que a qualificação jurídico-penal, se for considerada a regra jurídica, não integra a causa de pedir. Consoante ensina magistralmente JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA - e isso vale para todos ramos do direito, por ser notoriamente teoria geral do processo, a causa de pedir constitui-se "do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do feito jurídico por ele visado"²⁵. Acrescenta o Professor, linhas a frente, que não integram a *causa petendi*: a) a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que se apóia sua pretensão (...); b) a norma jurídica aplicável à espécie²⁶.

FREDERICO MARQUES, em sua obra *Elementos...*²⁷, ao tratar do fundamento da acusação, equipara o art. 41 do CPP ao disposto no art. 282, III do CPC, argumentando que ambos os preceitos explicitam a causa de pedir. Decerto o fez porque o art. 41 faz menção à classificação... E explica que daí vem o fato de se dizer correntemente que a qualificação integra-a... Em seguida, FREDERICO MARQUES como que "conserta", digamos... Ao enunciar que a causa de pedir da acusação está, em verdade, *no fato criminoso contido na imputação*. A denún-

24. *Direito Processual Penal*, referido na nota 5.

25. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 22ª edição, Rio de Janeiro, 2002, pp. 15/6.

26. *Id.*, *loc. cit.*

27. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, Rio de Janeiro, 1998, p. 155.

cia deve descrever tudo e ainda classificar o crime... Reconhece o excelente processualista que a classificação pode não estar exata, pois é ao juiz que cabe o perfeito enquadramento da espécie nas normas legais. Importante é imputar ao réu um fato que constitua crime – e aí reside o fundamento da acusação, e também da pretensão punitiva.

Não há, a nosso modesto ver, razão para incluir a qualificação jurídica na imputação... se a imputação é de fato, fato este que constitui a causa de pedir...

Já foi, por todo o escrito, salientada a relevância da imputação: serve à identificação das ações, verificando litispendência e coisa julgada. Ainda delimita a prestação jurisdicional, para que se guarde a *perfeita correlação entre imputação e sentença*. Daí AFRÂNIO dizer ser indesejável (e de constitucionalidade duvidosa) a regra do art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal²⁸, sobre a qual voltaremos a dizer em item outro deste estudo.

As imputações sempre devem ser certas e bem delimitadas – em razão dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no processo previstos na Constituição de 1988, em seu art. 5º, LV. Há verdadeira necessidade de que saiba o réu de que conduta ou condutas está sendo acusado, para *eficazmente* se defender. Enxergamos, então, novamente a presença dos princípios constitucionais de natureza processual penal, princípios sobre os quais deve repousar o sistema acusatório moderno.

Ensina FERNANDO CAPEZ²⁹ que o princípio da correlação “é garantidor do direito de defesa do acusado, cuja inobservância acarreta a nulidade da decisão. Por *princípio da correlação* entende-se que deve haver uma *correlação* entre o fato descrito na denúncia ou queixa e o fato pelo qual o réu é condenado. O juiz não pode julgar o acusado *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*; vale dizer, não pode desvincular-se o magistrado da inicial acusatória julgando o réu por fato do qual ele não foi acusado.” Acrescenta que o juiz conhece o direito e, portanto, o que importa são os fatos a ele trazidos; é dos fatos narrados que o réu se defende, não de sua capitulação.

Consoante PAULO RANGEL³⁰, a correlação entre a acusação e a sentença, também chamada princípio da congruência, é decorrente da busca da verdade real, significando que “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte (cf. art. 128 do CPC).

A nosso ver, acertadamente fez MARCELLUS POLASTRI LIMA³¹, que inseriu o princípio da correlação entre acusação e sentença como decorrente do “princípio” (sistema!) acusatório:

28. *Direito Processual Penal*, referido na nota 5.

29. *Curso de Processo Penal*, 9ª edição, São Paulo, 2003.

30. *Direito Processual Penal*, 7ª edição, Rio de Janeiro, 2003, p. 290.

31. *Curso de Processo Penal*, volume I, Rio de Janeiro, 2002, p. 46.

“(…) o chamado **princípio da correlação entre acusação e sentença**, *ne eat iudex ultra petita partium*, ou seja, ao juiz fica vedado julgar a causa fora do que foi pedido. Tal norma está prevista no Código de Processo Civil e também impera no Código de Processo Penal.

Portanto, deve haver correlação entre acusação e sentença, não podendo o juiz condenar, *v.g.*, o réu por roubo se foi imputado furto na denúncia do Ministério Público. Para que tal ocorra é necessário o aditamento da inicial, com aplicação do art. 384, parágrafo único do CPP” (destaques do original).

Ou, por outra, mencionando as linhas de GERALDO PRADO³², também se dão os contornos do princípio em tela: uma das facetas mais importantes do estatuto jurídico do autor “está em determinar o objeto do processo, em relação ao qual serão deduzidas as provas e haverá de se circunscrever a sentença. Trata-se de exercício da função de acusar, pois fundada em um juízo provisório da existência de determinada infração penal, coloca-se ao réu, no plano duelístico peculiar à relação processual, a infração que se lhe imputa. É exatamente isso, ou, com outras palavras, cuida-se aqui do fenômeno da imputação ao qual, por força das garantias das convenções internacionais, em um processo penal democrático, há de corresponder a atividade de defesa”.

Persegue este último doutrinador, tangenciando o conceito do princípio que se analisa: “não pode o Tribunal alterar o objeto do processo nem, e isto é sumamente importante, condenar por fatos dos quais o acusado não tenha podido defender-se”³³.

De se salientar que uma referência no estudo do processo penal pátrio, Professor HÉLIO TORNAGHI³⁴, trata do assunto como do “problema da correspondência entre a acusação e a sentença”, apreciando as normas contidas nos arts. 383 a 385 do Código de Processo Penal em vigor. Em síntese, o autor sobredito acentua que a sentença está presa ao fato descrito na peça inicial, e que a correlação deve existir entre o fato descrito na denúncia (ou queixa) e o fato pelo qual o réu é condenado. Os dispositivos comentados por Tornaghi serão objeto de nossa apreciação no próximo item do trabalho.

Cumpra ainda trazer à baila o rico ensinamento de JOSÉ FREDERICO MARQUES, em capítulo sobre a *acusação*, em sua obra monumental de processo penal³⁵ - o autor não se refere expressamente ao nome do princípio, mas, sem dúvida, enuncia-o nos seguintes trechos:

32. *Sistema Acusatório*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001, pp. 164 e segs.

33. *Id.*, *loc. cit.*

34. *Instituições de Processo Penal*, 4º volume, 2ª edição, São Paulo, 1978, pp. 376 e segs.

35. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, Rio de Janeiro, 1998, pp. 152 e segs.

“O acusador deve descrever o *fato criminoso com todas as suas circunstâncias e, por outro lado, dar a classificação do crime* (Código de Processo Penal, artigo 41). Com isto delimita o seu pedido, por meio de imputação, porquanto o que impetra é a aplicação das penas previstas para a espécie delituosa que na denúncia vem descrita e qualificada. No entanto, o juiz pode alterar essa qualificação *in pejus* ou *in melius*, ficando vinculado para julgar apenas ao fato criminoso tal como foi descrito, uma vez que não pode ampliar o objeto da acusação para decidir sobre circunstâncias nesta não contidas explícita ou implicitamente.

(...) no processo penal, impedido está o órgão judiciário de pronunciar-se sobre fato que não constitua objeto de imputação.”

Especificamente sobre o assunto da correlação entre acusação e sentença, GUSTAVO BADARÓ HENRIQUE RIGHI IVAHY escreveu obra³⁶ em que registra:

“A regra da correlação entre acusação e sentença impõe que a sentença julgue somente o que foi objeto da imputação, mas também tudo o que foi objeto da imputação. A sentença deve esgotar o conteúdo da pretensão, resolvendo-a totalmente, e nada resolvendo que esteja fora da mesma. Também haverá violação da regra da correlação entre acusação e sentença quando o juiz deixar de considerar ou omitir um ou alguns dos fatos contidos na imputação.”

Sem querer cansar o leitor, buscamos ainda, visando à variedade de conceituações, em JULIO FABBRINI MIRABETE³⁷:

“A sentença deve guardar com a denúncia ou queixa uma relação, já que nesta se expõe ao Estado-Juiz a pretensão punitiva, com a descrição do fato criminoso e de todas as suas circunstâncias, e naquela deve se decidir sobre essa imputação. Deve haver uma correlação entre o fato descrito e o fato pelo qual o réu é condenado. Esse **princípio da correlação** entre a imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa e qualquer distorção, sem observância dos dispositivos legais cabíveis, significa ofensa a ele, acarretando a nulidade da decisão. Compreende-se, destarte, que o juiz se ache de certo modo vinculado à denúncia, não podendo julgar o réu por fato de que não foi acusado (*extra petita* ou *ultra petita*) ou de modalidade mais grave (*in pejus*), proferindo sentença que se afaste ou se alheie ao requisitório da acusação” (destaques do original).

36. *Correlação entre Acusação e Sentença*, São Paulo, 2000, p. 140.

37. *Processo Penal*, 14ª edição, São Paulo, 2003, pp. 452 e segs.

Vê-se que de todas as definições e idéias trazidas acerca da congruência ou correlação, não há discrepância na doutrina. Discrepam, entretanto, as linhas da prática, que apresenta decisões variadas, mormente sobre a aplicação dos arts. 383, 384 e 385 do nosso diploma processual em vigor.

3. UM BREVE ESTUDO DOS ARTIGOS 383, 384 E 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM VIGOR

O Professor HÉLIO TORNAGHI³⁸ trata do assunto estudando os arts. 383 a 385 do CPP, sem se referir à teoria da imputação e tampouco à alternatividade desta, que será abordada em tópico próximo do trabalho.

Sobre o art. 383, o grande processualista enuncia que a sentença fica presa ao fato descrito na peça inicial, mas que não há vinculação à classificação do fato. O réu deve defender-se do que está sendo acusado, proclamar em que dispositivo o réu incidiu será tarefa do juiz (o enquadramento). No exemplo do autor, se o Ministério Público narrou uma subtração com emprego de violência e classificou como furto, não há problema: é da narrativa do roubo que o acusado montará o arcabouço defensivo (o dispositivo 383 do Código de Processo Penal trata do caso da sentença versar sobre o mesmo fato contido explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa).

A correlação deve haver entre o fato descrito na denúncia ou queixa e o fato pelo qual o réu é condenado.

O art. 384 do diploma em questão traz o caso de haver nos autos prova de circunstância elementar não referida na acusação. No exemplo de TORNAGHI, a denúncia narra uma subtração de coisa alheia mas não menciona emprego de violência. Dos autos, consta prova da violência (elementar do roubo). Deve o juiz baixar o processo para o réu se pronunciar sobre o fato novo, tendo oito dias para formular alegações sobre isso, apresentar prova e arrolar até três testemunhas...

Se do fato novo - na esteira do mesmo autor - não há possibilidade de aplicar pena mais grave, a lei prevê comportamento para o juiz conforme o *caput* do art. 384, meramente. Se há a possibilidade aludida, aplica-se o parágrafo único do mesmo artigo³⁹.

De se observar o art. 385, bem como o dispositivo constitucional que garante a ampla defesa... O eminente TORNAGHI defende que, para tornar efetiva tal garantia, o juiz deve dar ao réu a oportunidade de falar sobre *qualquer circuns-*

38. *Instituições de Processo Penal*, 4º volume, 2ª edição, São Paulo, 1978, pp. 379 e segs.

39. *Instituições de Processo Penal*, 4º volume, 2ª edição, São Paulo, 1978, pp. 379 e segs. Explícita Tornaghi que a circunstância elementar é elemento essencial de uma infração, enquanto a prova de circunstância accidental não acarreta aplicação do 384.

tância, se vir que ele pode ser surpreendido com a exasperação da pena. Pensamos que, se Tornaghi entendeu que o juiz não precisa ouvir a defesa sobre a agravante mas deve ser prudente e dar ao réu oportunidade de se defender completamente, tal atuar do magistrado deve ser erigido à qualidade de dever. Pena de esmorecer a ampla defesa enunciada pela Carta Maior.

Prossegue o Professor, que se há a possibilidade de pena mais grave com a existência da circunstância elementar não referida (mas com prova nos autos), emerge o dever de se aplicar o parágrafo único do mesmo artigo. Abre-se vista ao Ministério Público para que, titular da ação penal pública condenatória, adite a denúncia (ou a queixa subsidiária da ação pública)⁴⁰. Se o Ministério Público, divergindo do Juiz, entende não aditar, aplica-se o art. 28 do Código de Processo Penal, por analogia.

Impõe-se ainda, como quer TORNAGHI, que o art. 385, por sua vez, desvincula o juiz da opinião do Ministério Público nas razões finais, podendo aquele condenar ainda que este requeira a absolvição. Podendo ainda levar em conta agravantes não invocadas pelo acusador... E, neste específico ponto, insta salientar que, conquanto não se argumente a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, será, a nosso ver, afronta à ampla defesa, assumir sua integral aplicação.

Em seu livro de processo penal⁴¹, FERNANDO CAPEZ, após conceituar sucintamente o princípio da correlação, explana sobre a *emendatio libelli*: a tipificação não é relevante para o réu, nem para o juiz; se o MP narrou um roubo e capitulou como um furto, nada impede que o juiz condene pelo roubo, sem ofensa ao contraditório. Sem nada acrescentar de novo ao ensinamento de TORNAGHI, CAPEZ assevera que o acusado se defende da *imputação* de roubo, não da *capitulação* de furto. Há uma simples emenda na acusação, que consiste em mera alteração da classificação legal. Mera aplicação do brocardo *juria novit curia*. Bem como do *narra mihi factum dabo tibi jus*. Mesmo que se imponha pena mais severa. Essa regra se aplica em segunda instância também, mas se a emenda acarretar prejuízo da defesa em caso de recurso apenas da defesa, CAPEZ entende que não poderá o tribunal dar a nova definição, sob pena de violar o princípio da vedação à *reformatio in pejus*.

Já na *mutatio libelli*, detalha CAPEZ que há mudança na acusação, alterando-se a descrição fática que consta da inicial ministerial. Se surge uma prova nova, desconhecida ao tempo da denúncia e que acarreta readequação dos fatos (o exemplo trazido é o da mulher acusada de homicídio, sendo que depois se descobre que a vítima era filho da imputada, a qual agira em estado puerperal), a acusação irá mudar. Há, portanto, dois casos no art. 384.

40. Na ação privada, não, pois se o querelante omitiu a elementar, usou seu poder dispositivo...

41. *Curso de Processo Penal*, 9ª edição, São Paulo, 2003.

No *caput*, o juiz não pode condenar o acusado de crime doloso por infração culposa, que exige a descrição da modalidade da culpa em sentido estrito, sendo aquele obrigado a agir conforme o disposto no art. 384, não podendo absolver logo o réu. O acusado tem o direito de saber qual é a nova acusação para que ele possa se defender.

No parágrafo único, há aditamento na acusação, ou melhor, na imputação: há na instrução uma circunstância elementar, que indica ter ocorrido um crime mais grave do que o narrado na denúncia (um roubo, e não, um furto, por exemplo). O juiz determina a baixa dos autos ao Ministério Público para que este adite a denúncia e amolde a acusação aos novos termos. Então é que se abre prazo à defesa para oferecer prova e arrolar testemunhas.

Da mesma forma que o grande TORNAGHI, CAPEZ entende que, caso o promotor não adite, o juiz aplicará o art. 28 do diploma processual.

Esclarece FERNANDO CAPEZ que o art. 384, parágrafo único não permite que a acusação abarque outros fatos – *novos fatos* – por aditamento à denúncia (seria somente possível uma *nova ação penal*), pois a alteração na acusação se limita à nova definição jurídica do fato constante da inicial.

No que respeita à possibilidade do reconhecimento, pelo juiz, de agravantes sem alegação, CAPEZ concorda, mas acrescenta que, se a agravante for objetiva, isto é, relativa aos fatos, deverá estar descrita, ainda que implicitamente, na denúncia ou queixa subsidiária, sob pena de *quebra do princípio da correlação*.

Por seu turno, o bem conceituado TOURINHO FILHO⁴², ao escrever sobre a sentença, diz que a sentença penal deve ser clara e precisa, indicando qualidade e quantidade das penas, e ainda deve conter-se *nos limites do pedido*. Ainda ressalta, como FREDERICO MARQUES, que na seara cível o pedido precisa ser certo e determinado, enquanto na seara penal basta que a inicial caracterize, perfeitamente, o fato delituoso. TOURINHO diz que aí precisa o pedido ser certo⁴³ (?!), isto é, a inicial deve descrever bem a espécie delituosa que constitui a causa de pedir⁴⁴ (aí, sim!), a razão do pedido, o fato que originou o pedido. No que concerne à quantidade e à qualidade da pena, o pedido é sempre genérico, pois somente ao juiz cabe dizer a pena e sua quantidade.

Também não cabe – acresce o grande TOURINHO - julgamento *ultra, extra* ou *citra petita*. Dessa forma, se o Ministério Público oferece denúncia contra alguém por lesão corporal e na instrução se apura ter havido furto, a sentença apreciará apenas a lesão, eis que a outra infração poderá ser objeto de novo processo, pena de decisão *extra petitem*; já se o Ministério Público oferece

42. *Processo Penal*, volume 4, ob. cit.

43. Especificamente aqui, discordamos, como dissemos em linhas anteriores; o pedido é genérico!

44. Aí, sim, com este elemento identificador da ação, tudo estará congruente – a *causa petendi*...

denúncia contra um agente por duas infrações e o juiz somente aprecia somente uma delas, a decisão é nula por ser aquém do pedido. No caso do Ministério Público oferecer denúncia por lesão corporal leve, o juiz não pode condenar por lesão grave sem uma anterior providência...

Por obra do art. 383, sabe-se que o juiz conhece o direito, e que a errada classificação não impedirá a sentença condenatória – afinal, o réu se defende do fato imputado. Não há aí qualquer surpresa para a defesa e, uma vez narrado o fato, o juiz “dá o direito”, diz o direito aplicável. *A correlação se faz necessária entre a sentença e o fato contestado*, ensina Tourinho em sua obra.

Na *mutatio libelli*, no art. 384, com a nova capitulação em razão de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida na denúncia, o juiz não pode condenar sem providências, para não violar o direito de defesa. Se surgiu prova de elementar sobre a qual não houve contestação e o juiz pudesse condenar, haveria julgamento *ultra petitem*, se a circunstância elementar deixa a pena inalterada ou a diminui, aplica-se o *caput* do art. 384; se o novo fato importar aplicação de pena mais grave, cai bem na situação o parágrafo único do dispositivo.

TOURINHO explica o que vem a ser circunstância elementar, o que sabemos ser bem controvertido em doutrina: o legislador quis se referir não só às elementares propriamente ditas, mas a todas as circunstâncias específicas de uma ou algumas figuras delituosas e capazes de deslocar o tipo fundamental para uma modalidade especial, desde que tais circunstâncias não sejam as agravantes ou atenuantes, pois quanto as primeiras há o art. 385 (não assim quanto às outras, por não haver necessidade).

Enfim, TOURINHO FILHO não discrepa tanto da maioria da doutrina, nesses particulares.

PAULO RANGEL, ao deixar registro sobre o aditamento, estuda em especial o art. 384 do diploma processual penal, dizendo tratar-se de mudança do pedido, *mutatio libelli*. Vimos, entretanto, que há mudança vera na imputação, daí mudar-se a acusação, considerando-se o pedido genérico... O reconhecido autor defende – a neste ponto estamos de acordo – que “à medida que o fato narrado muda, e o réu não se manifesta sobre esta mudança, há violação ao seu direito de defesa”⁴⁵. RANGEL se posiciona no sentido de exigir-se o aditamento à denúncia *sempre* que houver mudança no pedido, ou seja:

“(...) o dispositivo legal exige elementar (ou circunstância) não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia, pois, havendo, haverá mudança do pedido e, neste caso, entendemos que, ficando a pena *menor, igual ou maior*, deverá ocorrer o aditamento à denúncia. Não

45. *Direito Processual Penal*, 7ª edição, Rio de Janeiro, 2003, pp. 299/300.

concordamos com a doutrina que entende que a denúncia somente será aditada se houver aplicação de *pena mais grave*, pois o princípio da congruência (ou correlação entre sentença e pedido) deve ser sempre atendido. O réu não se defende da pena aplicada ao fato cometido, mas sim do fato em si e, se este teve alteração substancial no curso da instrução, face à existência de prova nova, deve a petição inicial penal ser aditada. Do contrário, o réu seria condenado por um fato do qual não se defendeu, em verdadeira afronta às regras que vedam o julgamento *ultra, citra e extra petita* (cf. arts. 128 c/c 460, ambos do CPC), bem como aos princípios da ampla defesa, da verdade real e do contraditório.”

MIRABETE⁴⁶, por sua vez, não inova quanto à *emendatio libelli*, já inclusive que o art. 383 não suscita maiores controvérsias. No que respeita à *mutatio*, MIRABETE sustenta somente haver necessidade de aditamento no caso do parágrafo único, formulando a imputação em novos termos, acrescentando circunstâncias que agravam a acusação. Ressalta, e bem, que não pode, porém, a acusação ser ampliada a novos fatos, os quais estariam restritos à propositura de uma nova ação penal⁴⁷.

Faz-se mister assinalar que além de defluir do princípio da correlação entre acusação e sentença, o aditamento, como lembra o prezado Professor AFRÂNIO, tal como vem singelamente tratado neste estudo, não é faculdade do Ministério Público, e sim, decorrente do princípio da obrigatoriedade que deve nortear a atuação ministerial⁴⁸. Em razão da nova prova, no caso do parágrafo único do art. 384, há uma ampliação do *thema decidendum* e, pelo princípio da correlação entre acusação e sentença, provoca-se o aditamento (eis que o juiz não poderia agir de ofício).

Quanto ao art. 385, insta voltar ao que defendem MARCELLUS POLLASTRI e MIRABETE: precisa haver descrição na exordial para que o juiz esteja autorizado a reconhecer as que desta não constam, sob pena de ferir a regra do inciso I do art. 129 da Carta Maior bem como o princípio do contraditório e da ampla defesa...

GERALDO PRADO⁴⁹ tem posição ferrenha junto à defesa: pelo princípio da ampla defesa, de previsão constitucional, reduz a mínimas as possibilidades de alteração dos fatos, e, assim, da causa de pedir, no processo penal condenatório.

Após as breves explanações, impende reconhecer uma tal (razoável) uniformidade, no tema, deixando a controvérsia maior - e a invocação, para o ponto seguinte.

46. Ob. cit., pp. 453 e segs.

47. Ob. cit., p. 456.

48. Ob. cit., nota 5.

49. *Sistema Acusatório*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001, p. 165 e segs.

4. A EXISTÊNCIA DE IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA NO DIREITO VIGENTE

Como bem disse o brilhante Professor AFRÂNIO SILVA JARDIM⁵⁰, não há estudo farto sobre a imputação alternativa, tema que se nos afigura muitíssimo interessante. A questão central é, a nosso ver, indagar se tal *imputação alternativa*, após dados os seus contornos, viola ou não os principais princípios do sistema acusatório moderno, a fim de reconhecê-la ou não no direito pátrio posto.

Para argumentar, o renomado Professor explica o problema do art. 384 do Código de Processo Penal em vigor: a lei nossa dispensa o aditamento à denúncia quando houver uma *mutatio libelli* em benefício da defesa. Ora, acrescenta ele, isso poderia prejudicar em muito o acusado, e inclusive autoriza sinalizarmos com a admissibilidade, em nosso ordenamento, de uma imputação implícita (a mesma imputação, que deve ser certa e determinada, conforme dito linhas acima...)!

Então, se amplamente se reconhece essa forma implícita de imputação no processo penal, não se deveria criticar tanto a imputação alternativa... De fato, como assevera LUIGI SANSÒ⁵¹, referido pelo excelente AFRÂNIO, não admitir imputação implícita não significa não admitir mutação alternativa, pois a imputação implícita é uma *não imputação*, enquanto a imputação alternativa é uma imputação explícita (e se os fatos não são claramente descritos, há uma *não imputação*).

Sobre a imputação alternativa, em especial, cumpre definir sua ocorrência quando a peça acusatória atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, afirmando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado – sendo que todas as hipóteses devem se apresentar *prováveis* em face do lastro do inquérito (imputação alternativa objetiva)⁵².

Pode ser também que a alternatividade se refira ao sujeito ativo da infração penal, acarretando litisconsórcio passivo da relação processual (imputação alternativa subjetiva).

A imputação alternativa resulta de um quadro de provas relativamente incerto do inquérito - não de peças de informação, pois ressalta Afrânio que, se há dúvida nas peças, deve-se instaurar inquérito policial para remover a incerteza...

Após o término das diligências de apuração na polícia, o Ministério Público deverá formar a *opinio delicti*, sempre pautado no princípio da

50. Ob. cit., nota 5.

51. *La Correlazione tra Imputazione Contestata e Sentenza*, Limano, 1958, Giuffrè, pp. 299/300.

52. Noções de Afrânio Silva Jardim, na obra citada na nota 5, p. 155.

obrigatoriedade. Pode ser, como exemplifica Afrânio, que o caso seja razoável dúvida sobre qual conduta foi de fato praticada pelo indiciado, ou mesmo sobre qual indiciado praticou certa conduta⁵³.

Um dos casos mais comuns, na prática, é o do exemplo dado por AFRÂNIO. Com aquele quadro de provas, o titular da ação penal deve oferecer denúncia imputando ao indiciado a prática do roubo do veículo ou da receptação dolosa. Haverá uma só acusação, feita de forma alternativa. O juiz, reconhecendo uma das duas condutas narradas, estará afastando a outra conduta.

De fato, além do Professor AFRÂNIO, somente FREDERICO MARQUES estuda o tema, mas sem muito se aprofundar. Enuncia a possibilidade (e, por vezes, conveniência) de cumulação de pedidos do processo penal, pois mais de uma acusação pode ser dirigida contra uma só pessoa, numa só denúncia. Explica que em cada acusação, há uma imputação (no que AFRÂNIO diverge, porque diz haver uma acusação só, feita de forma alternativa). E questiona acerca do cabimento, no juízo penal, da formulação de uma acusação alternativa... Responde logo que nada impede – em face de uma situação concreta, que se apresenta equívoca, o acusador possa atribuir um ou outro fato ao réu. Dá o exemplo do furto e da receptação. Cita os italianos que tratam da matéria - PASQUALE SARACENO e LUIGI SANSÒ, que admitem a *imputazione alternativa* – isto porque, como a acusação é explícita, isso é que importa. A alternatividade na acusação tem relevância para a imputação, pois para a pena não há problema, já que o pedido é genérico...

Devemos reconhecer, como faz o Professor AFRÂNIO, de forma esclarecedora, que o fato do titular da ação penal explicitar sua dúvida quanto à conduta que o acusado efetivamente praticou não deve assustar, pois não há dúvida de que o agente transgrediu uma norma penal incriminadora – após a colheita da prova e o exercício do contraditório, tal será desvendado... Lembra AFRÂNIO que a denúncia (ou a queixa) é uma proposta, uma probabilidade, e como tal pode levar ao juiz um ou mais fatos para apreciação. Se, ao final, persistir a dúvida, aí, sim, utilizar-se-ão as regras sobre a distribuição do ônus da prova para o rumo do magistrado.

Duas observações feitas pelo Professor AFRÂNIO não de ser reproduzidas. A primeira é que nosso CPP parece apontar caso de imputação alternativa, no art. 384, em seu parágrafo único. O aditamento só é necessário se o fato novo

53. Exemplo de Afrânio Silva Jardim: um automóvel foi roubado. Dois dias após, o indiciado é surpreendido dirigindo o veículo em circunstâncias suspeitas. Na polícia, o indiciado nega a autoria do roubo, confessando que comprara o carro de um desconhecido e que sabia da origem criminosa do bem. A descrição física feita pelo proprietário do carro coincide com os caracteres do indiciado, o qual inclusive responde a 3 processos por roubo de carros. Uma testemunha, que retornará ao país em 40 dias, poderá esclarecer sobre a autoria.

não estiver contido, expressa ou *implicitamente*, da denúncia. Então se observa que o Código está por admitir a imputação implícita! Haveria dúvida, como aponta AFRÂNIO, quanto à constitucionalidade disso...

Como reza o *caput* do art. 384, dispensa-se aditamento se o fato novo, conquanto não contido na denúncia, puder levar o juiz a uma definição jurídica mais favorável ao réu. Ora, imperioso é reconhecer, consoante também elucidada o Professor AFRÂNIO, que há franca violação ao princípio da *correlação entre acusação e sentença*. Pode haver uma *determinación alternativa* ou um *acertamento alternativo* sem uma imputação que lhe corresponda.

Atendamos à premissa de que imputação alternativa é, por natureza, expressa imputação. Pois sim: o Supremo Tribunal Federal, como anotou AFRÂNIO, evidenciou que o aditamento do parágrafo único do art. 384 não requer desfazimento da imputação originária (denúncia ou queixa) – ou seja, mesmo que o titular da ação penal adite a inicial para incluir fato que altere a tipicidade, o juiz pode condenar o réu pelo fato imputado originariamente⁵⁴.

Interpretação correta pelo STF da regra do CPP – pode surgir uma imputação alternativa, na medida em que o juiz, após o aditamento, apreciará ambas as condutas imputadas. Acolher uma implicará rejeição da outra (imputação alternativa superveniente, e não, cumulativa). Acresça-se que este posicionamento é, de regra, corrente em doutrina processual penal no país. Ou seja, clara hipótese de imputação alternativa através do aditamento à peça acusatória. Conclusão enunciada por AFRÂNIO e a qual acompanhamos: nosso CPP admite a imputação alternativa superveniente, pelo aditamento. Não haveria problema nisso, já que o *caput* do art. 384 está por admitir a imputação implícita e até condenação por fato não imputado, nem implicitamente!?!

5. OUTRAS HIPÓTESES DE IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA

Diversamente da imputação alternativa superveniente, prevista e admitida em nosso diploma processual penal, como visto, à imputação alternativa originária há resistência enorme em doutrina e jurisprudência.

A incerteza pode estar restrita ou circunscrita não só à conduta principal praticada (alternatividade ampla), mas a circunstâncias (circunstâncias do fato principal são elementos de tipos qualificados). Por exemplo, se sabido que o indiciado foi autor do furto, mas não se sabe se houve rompimento de obstáculo ou escalada. Ou se há dúvida, no homicídio, se o crime foi pratica-

54. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, vol. 104, p. 1047 (HC). Caso concreto: réu denunciado pelo 171 do CP; com o 384, parágrafo único, o MP aditou para o 297 do CP. Réu condenado pelo 171 do CP. O que a lei não quer é que o réu seja condenado por fato do qual não pôde se defender...

do por motivo fútil ou torpe, ou se foi praticado para facilitar a execução ou assegurar vantagem de outro crime. Há uma imputação alternativa mais restrita, aqui – quanto a modos, fins do agente, motivos do crime. Via de regra, como de forma única demonstrou AFRÂNIO, essa dúvida é lugar-comum no foro e o Promotor de Justiça resolve de forma incorreta: o autor da ação penal imputa ao acusado tudo quanto seja possível, de forma cumulativa. A alternatividade seria mais sincera e ética, diz ele – melhor que por vezes atribuir circunstâncias que até se excluem no caso concreto.

Pode ser ainda que a alternatividade ocorra quanto ao próprio sujeito passivo da imputação, como no caso de incerteza da autoria de crime – o Ministério Público se propõe, então, a provar que um dos dois merece a condenação pedida.

Ainda há a imputação alternativa complexa, bem destrinchada pelo mesmo professor AFRÂNIO. Deixamos, porém, para outra ocasião o exame detido das hipóteses de imputação alternativa, focando o estudo, por ora, no princípio da congruência a que devemos obediência.

6. A CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA NOS CASOS DE IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA

A imputação alternativa, tal como apresentamos, com arrimo primeiro na doutrina de AFRÂNIO SILVA JARDIM, nunca será considerada afronta ao sistema acusatório vigente, por não obstar o exercício pleno da defesa (que até, como esclarece AFRÂNIO, tira proveito da dúvida da acusação; a defesa pode impugnar os fatos de forma alternativa). Importante é a prestação jurisdicional estar “balizada” pelos fatos atribuídos ao réu na denúncia/queixa, mantendo-se o *princípio da correlação entre acusação e sentença*. A acusação penal é determinada (pela imputação) e os fatos são atribuídos ao réu de forma concreta. O réu sabe de quais condutas está sendo acusado e pode delas se defender, da forma devida.

Há que se reconhecer, em especial, que os efeitos da coisa julgada alcançam, por óbvio, ambos os fatos atribuídos alternativamente ao réu. Ampliam-se os limites objetivos (ou subjetivos, na imputação alternativa subjetiva) da coisa julgada no processo penal. Amplia-se o *thema* da decisão (vinculando sempre a prestação jurisdicional).

De tudo o lido e pesquisado, o art. 41 do Código Processual Penal não impede a imputação alternativa. Mesmo o parágrafo único do art. 384 acaba por admiti-la... Mas há doutrina e jurisprudência resistentes... Não se deve tanto resistir frente ao sistema acusatório vigente, que inclusive impele a essa atividade do Ministério Público, obrigatoriamente, isto é, com base no princípio da obrigatoriedade na ação penal pública.

Muitos cegamente defendem que, em nome da correlação entre a acusação e a sentença, a acusação deve ser determinada, a proposta a ser demonstrada deve ser concreta, não se devendo admitir denúncia alternativa, em especial

se há incompatibilidade lógica ente os fatos imputados. Mas acabam por aceitar, na prática, a alternativa imputação. Como na jurisprudência constante do anexo.

As condições (ou mínimos requisitos) necessárias/os para admitir a imputação alternativa resumem-se, na construção inovadora do Professor AFRÂNIO, no seguinte: *a)* denúncia ou queixa com lastro em inquérito concluído; *b)* existência de provas, mesmo leves, que justifique a dúvida sobre a real ocorrência de um ou outro fato a ser atribuído; *c)* os fatos imputados alternativamente devem ser certos e determinados, permitindo o regular exercício do direito de defesa; *d)* os fatos imputados devem ser excludentes reciprocamente, pena de tornar a imputação cumulativa.

Ora, não é crível que se abandonem, neste tom, os elementos identificadores da ação. Imputação é fundamentação de fato, é causa de pedir, e pode haver mais de uma, de forma alternativa, no processo. Regra geral do processo com integral aplicação na seara criminal.

8. CONCLUSÃO: POR UMA CONCRETIZAÇÃO DE UM PROCESSO PENAL JUSTO (NÃO SÓ IDEAL) – GARANTIA DA SOCIEDADE E DO ACUSADO

Um *processo penal justo* é o que nossa Carta Magna de 1988 visa a garantir ao acusado, por meio da concreção do princípio de devido processo legal, o processo em que as garantias maiores do sistema acusatório moderno são observadas, segundo os princípios mencionados no início deste breve trabalho. Será, pois, garantia para a sociedade e para o acusado, que o Estado possa atribuir-lhe um fato, ou mais de um fato, sempre com *todas* as suas circunstâncias, como refletido acerca do art. 41 do diploma processual vigente.

Ainda que ao final um deles somente reste comprovado e subsista, com a emergência de uma condenação.

Mais ético e mais sincero, como fez o notável AFRÂNIO SILVA JARDIM⁵⁵, será atribuir ao réu dois fatos, específica e alternativamente, se ambos estiverem com igual chance de sobrevivência na deflagração da ação penal.

Importará, sim, se ao acusado foi concedida a liberdade plena de se defender, em todas as suas formas, valendo-se de todas as medidas cabíveis, segundo direito, dos dois fatos a si imputados.

Um processo penal justo é um processo garantidor e obediente à justa ampla defesa, ao princípio da congruência ou correlação entre acusação e sentença, o qual revela uma das facetas do relevante princípio do contraditório.

55. Ob. cit., nota 5.

“Es imprescindible que entre el objeto de la acusación y el qui sirve de soporte a la condena haya homogeneidad. La razón de la exigencia es la misma: la proscripción de toda indefensión. Son todas ellas manifestaciones del mismo principio. Si alguien es acusado de hurto y de este delito se defiende, si se encuentra, después, com una condena por coacciones, aunque la pena sea inferior y hasta le pueda producir satisfacción espiritual el cambio del título de imputación, por tener este último una menor carga de reproche social, no cabe duda de que ha quedado indefenso porque frente a esse delito de coacciones no se ha podido defender de una manera eficaz”⁵⁶.

A ampla defesa é, como vemos, arcabouço do sistema acusatório atual, é primordial para que se estabeleça a evolução humana através do processo dialético enfatizado por Afrânio em toda a sua obra. Sem contraditório não há dialética, nem haverá cumprimento dos ditames constitucionais implícitos e explícitos quanto a um justo processo. Sem contraditório e congruência, não se produzirá de forma legítima a frase filosófica *tese + antítese = síntese*, a ser preconizada pelo juiz, após a atividade instrutória que terão movido autor e réu.

Assim é que, concebida a correlação entre a *acusação* e a *sentença*, sempre que evidenciar-se a primeira clara, determinada e precisa, ainda que alternativamente, a sentença guardará as qualidades mesmas, porque conterà julgamento claro, determinado e preciso, sem qualquer surpresa para o acusado. Afinal, este sempre terá tido acesso livre a todas as circunstâncias, de todos os fatos que lhe são atribuídos. Eis aí um processo justo: arrimado na imparcialidade do julgador e no perfeito contraditório, ou seja, na oportunidade ampla de defender-se de tudo quanto que lhe está sendo atribuído.

CÂNDIDO DINAMARCO⁵⁷ registrou que “Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado procura manter”. Esclarecemos que as palavras de DINAMARCO nos servem para recordar em que terreno o Estado pode e deve mover-se e, de certa forma, em que medida tem esse Estado que ser garantidor do contraditório, e assim também da congruência entre a acusação e a sentença.

É bem tormentoso - ousamos dizer depois da análise feita - descrever exatamente qual esse caminho, qual a medida. Principalmente porque as garantias, os princípios elencados como básicos de um sistema acusatório, posto que insertos no processo penal justo, não são absolutos. São relativos. É nessa relatividade, com o aspecto teleológico do processo, que tem vez a dialética e aparecem como cristalinas as analógicas linhas de ADAUTO SUANNES⁵⁸:

“Dentre os direitos humanos fundamentais sobressai aquele concernente à liberdade física. Não se ignora que o conceito filosófico de liberdade é sempre relativo. Como ilustramos alhures, imagine-se

56. Enrique Ruiz Vadillo, in *El Principio Acusatorio y su Proyección en la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo*, p. 27.

57. *A Instrumentalidade do Processo*, 10ª edição, São Paulo, 2002.

58. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, Revista dos Tribunais, 1999, p. 129.

um macaco que, tendo estado dentro de uma gaiola, dali foge. Aparentemente, conquistou ele sua liberdade. Ocorre que tal gaiola se encontra dentro de um quarto, cuja porta está fechada. Livre, mas não muito. Ao ser aberta a porta, ele se escafede, passando a circular livremente por toda a casa, cuja porta, no entanto, estando trancada, o impede de sair à rua. Novamente, livre, mas não muito. E assim a hipótese pode-se ir desdobrando até o momento em que nosso personagem, encastelado no alto de uma árvore, contempla a lua e a impossibilidade de voar até ela. Livre, mas não muito.”

Concretizar um processo penal justo será uma conquista, conquanto não exata, não absoluta, no dia-a-dia, tanto da sociedade e quanto do acusado, e o resultado será fruto do contraditório, da dialética e da congruência.

Novembro de 2003

8. BIBLIOGRAFIA

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPOGRASSI, Giudizio. *Processo, Cienza, Verità, in Rivista de Diritto Processuale*, 1950.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, tradução de Mozart Victor Russomano, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, 10ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

IVAHY, Gustavo Badaró Henrique Righi. *Correlação entre acusação e sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, volume I, traduzido por Cândido Rangel Dinamarco, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*, volume I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito processual Penal*, volume II, Bookseller, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 22ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 7ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DO STF, Brasília, vol. 104.

SANSÒ, Luigi. *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Limano, Giuffrè, 1958.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, 4º volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 4, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994.

VADILLO, Enrique Ruiz. *El principio acusatório y su proyección em la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo*. Madrid: Actualidad Editorial, 1994.

SOMARIO: 1. O excesso e a intuição do injusto. 2. A intuição no âmbito do direito. 3. O excesso alimentar e expressão da teoria do abuso do direito. 4. A caracterização do abuso de direito nas respectivas espécies. 5. O Ministério Público, a Justiça e o abuso do direito. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. O EXCESSO E A INTUIÇÃO DO INJUSTO

A natureza humana, moldada pela razão, impedia atitudes excessivas. Discursos, ações, exigências, abusos. E há, porém, por exemplo, que não admita que os direitos incompatíveis com o convívio humano, ainda se subvertam em mais bela das melodias, parecerão desagradáveis e máximas. As paixões, as feridas de calor, os meios de sua subsistência, em se tornam exageradas, tornam-se por si mesmas. O mais delicioso vinho, se degradado devido ao excesso, torna-se prejudicial à saúde. Mesmo a água, bastando para beber, se tomada de excesso impede o desenvolvimento da vida. Assim, a natureza impõe limites, portanto, devemos a nos limitar, sendo não só prejudicial pelo homem, desde a mais remota antiguidade, mas também no campo

¹ Alexandre de Gusmão e o Conselho de Justiça do Brasil de 1701-1702.

² Tomaz de Faria, *Processo Penal*, por Celso Faria. "Do excesso do direito de defesa do réu no âmbito da investigação e julgamento em matéria de liberdade, em meio de criminalização e estado de guerra propagado e estado de guerra de desobediência, guerra e de guerra" *Revista de Direito Penal*, 2011, p. 1011.

³ No entanto, segundo, não se reconhece na Europa, por exemplo, a ideia de que o direito de defesa do réu, no âmbito da investigação e julgamento, em matéria de liberdade, em meio de criminalização e estado de guerra propagado e estado de guerra de desobediência, guerra e de guerra, seja prejudicial ao réu. "A ideia de que o direito de defesa do réu, no âmbito da investigação e julgamento, em matéria de liberdade, em meio de criminalização e estado de guerra propagado e estado de guerra de desobediência, guerra e de guerra, seja prejudicial ao réu, não se reconhece na Europa, por exemplo, a ideia de que o direito de defesa do réu, no âmbito da investigação e julgamento, em matéria de liberdade, em meio de criminalização e estado de guerra propagado e estado de guerra de desobediência, guerra e de guerra, seja prejudicial ao réu." *Revista de Direito Penal*, 2011, p. 1011.