

*Correlação entre Acusação
e Sentença no
Processo Penal Brasileiro*

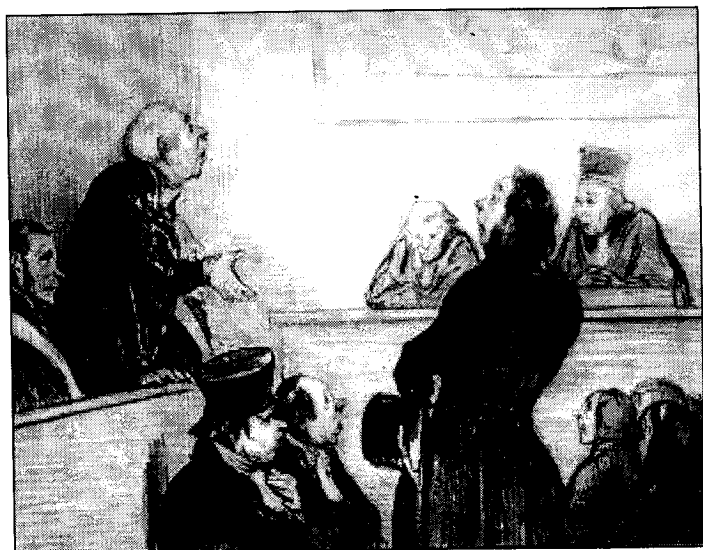


Ilustração de Honoré Daumier, Robert Macaire au Tribunal

BENEDITO ROBERTO GARCIA POZZER

*Correlação entre Acusação
e Sentença no
Processo Penal Brasileiro*



São Paulo
2001



© BENEDITO ROBERTO GARCIA POZZER, 2001

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (11) 3361-4788 – Fax: (11) 3361-4795

Capa: Luis Augusto Beraldi Colombo

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Diretoria da gestão 2001/2002

Presidente: ROBERTO PODVAL

1.º Vice-presidente: ALBERTO SILVA FRANCO

2.º Vice-presidente: ADRIANO SALLES VANNI

1.º Secretário: GERALDO ROBERTO DE SOUZA

2.º Secretário: CECÍLIA SOUZA SANTOS

3.º Secretário: PAOLA ZANELATO

Tesoureiro: TATIANA VIGGIANI BICUDO

Tesoureiro-adjunto: MARIÂNGELA MAGALHÃES GOMES

Departamento de Biblioteca: SILVIA HELENA FURTADO MARTINS, ADRIANA HADDAD UZUM e ADILSON PAULO PRUDENTE DO AMARAL FILHO

Departamento de Boletim: JANAÍNA CONCEIÇÃO PASCHOAL, CELSO EDUARDO FARIA CORACINI e FERNANDA VELLOSO TEIXEIRA

Departamento de Cursos: MARCO ANTONIO RODRIGUES NAHUM, FÁBIO DELMANTO, FLÁVIA D'URSO ROCHA SOARES, ANTONIO SERGIO A. MORAES PITOMBO, ANA LÚCIA MENEZES VIEIRA, CECÍLIA SOUZA SANTOS e HELOISA ESTELLITA SALOMÃO

Departamento de Estudos e Projetos Legislativos: MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES, ADAUTO SUANNES e CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

Departamento de Internet: SERGIO ROSENTHAL, ROGÉRIO MARCOLINI e RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Departamento de Relações Internacionais: ANA PAULA ZOMER, ANA LÚCIA SABADELL e MARIÂNGELA MAGALHÃES GOMES

Revista Brasileira de Ciências Criminais: MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, CLEUNICE VALENTIM BASTOS PITOMBO e SYLVIA HELENA DE FIGUEIREDO STEINER

Núcleo de Pesquisas: ENEIDA GONÇALVES DE MACEDO HADDAD, LUCI GATI PIETROCOLLA e ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER

Rua XI de agosto, 52, 2.º andar,
CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (11) 3105-4607 (tranco-chave)

<http://www.ibccrim.com.br>

e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Pozzer, Benedito Roberto Garcia

Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro / Benedito Roberto Garcia Pozzer. — São Paulo : IBCCRIM, 2001.

Bibliografia.

1. Acusação 2. Fatos jurídicos 3. Processo penal – Brasil 4. Sentenças (Processo penal) – Brasil I. Título.

01-1677

CDU-343.133:343.15(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Acusação e sentença : Correlação :
Processo penal 343.133:343.15(81)

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil – Printed in Brazil
2001

*Aos meus filhos
Benedito Jair,
Wagner Roberto e
João Henrique: justa
homenagem aos queridos
amigos, desta e de outras vidas.*

*A todos que, de alguma forma,
contribuíram para essa realização, registro
meu agradecimento.*

*Ao Prof. Dr. Sérgio Marcos de Moraes
Pitombo minha eterna gratidão, pela
dedicada atenção, nesses anos todos,
transmitindo-me ensinamentos não só
jurídicos, mas também lições de vida.
Que Deus o ilumine sempre,
nessa sua missão:
contribuir para um mundo melhor.*

RESUMO ■

A exigência da correlação entre acusação e sentença constitui poderoso instrumento de garantia do direito de defesa no processo penal, tão olvidado nos dias atuais. Não observada com correção, provoca inafastável nulidade, a ser evitada por rigoroso controle da acusação, desde o seu apontar, ainda na persecução extrajudicial, até final resposta penal, de primeiro ou último grau de jurisdição.

A acusação não surge, apenas, quando do oferecimento da denúncia ou queixa; existe, de modo informal, antes da ação penal, ainda na investigação preliminar, desde que alguém apontado como provável autor de fato com relevância penal, sujeito à correspondente sanção. Embora tênue ao início, não dispensa a simetria aos fatos apurados até aquele momento, a serem revelados, em todos elementos, na peça acusatória - como também são a nota de culpa, portaria ou ato de indiciamento, v.g. - para possibilitar a ampla defesa ao acusado.

Fortalece-se, ou não, durante a *persecutio criminis*. Mas, desde que proposta a ação penal, nas diversas etapas do procedimento, não dispensa rigorosa observância aos direitos fundamentais do acusado, com destaque ao *devido processo penal*, à *busca da verdade processual*, ao *contraditório e ampla defesa*.

Verificada a discordância entre a acusação, fática ou jurídica, e os fatos comprovados, procede-se a correção pelo acusador, restabelecendo o contraditório e ampla defesa. Acusar, defender e julgar é regra sequencial, lógica e inafastável, no processo de conhecimento da espécie.

Afinal, o mínimo a ser exigido, em qualquer Estado Democrático de Direito, é permitir ao acusado ser julgado, tão-só, pelos verdadeiros fatos e acerca dos quais teve oportunidade de defender-se.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
APRESENTAÇÃO	15
 1. Regras determinantes da correlação	
1.1. Introdução.....	19
1.2. Devido processo penal	21
1.3. Sistemas processuais penais	25
1.3.1. Processo penal acusatório moderno	29
1.4. Busca da verdade processual	35
1.5. Contraditório e ampla defesa.....	46
1.6. Conclusão	49
 2. Acusação	
2.1. Introdução.....	51
2.2. Conceitos e elementos	52
2.2.1. Imputação: Fato de relevância penal	66
2.2.2. Imputação: Indicação do autor	72
2.2.3. Responsabilização	75
2.3. Acusação durante a persecução penal	78
2.3.1. Acusação durante a fase investigativa.....	82
2.3.1.1. Acusação no inquérito policial	85
2.3.1.2. Acusação na prisão em flagrante delito	91
2.4. Acusação durante a ação penal condenatória.....	99
2.4.1. Acusação na denúncia ou queixa	103
2.4.1.1. Exposição do fato penal relevante, em todas circunstâncias	106

2.4.1.2. Individualização do acusado	115
2.4.1.3. Classificação do crime	118
2.4.2. Acusação no libelo-crime acusatório	119
2.4.3. Acusação nas alegações finais	121
2.5. Controle judicial da acusação	122
2.6. Conclusão	126

3. Sentença

3.1. Introdução	129
3.2. Conceito e elementos da sentença	130
3.2.1. Relatório	132
3.2.2. Motivação	134
3.2.3. Dispositivo	136
3.3. Definição jurídico-penal do fato imputado	138
3.4. Vinculação do juiz ao fato imputado	141
3.5. Conclusão	145

4. Correlação

4.1. Introdução	147
4.2. <i>Emendatio libelli</i> : a definição jurídica diversa	150
4.3. <i>Mutatio libelli</i>	156
4.3.1. Nova definição jurídica do fato imputado	161
4.3.2. Nova definição jurídica do fato, que importe aplicação de pena mais grave	162
4.3.2.1. Natureza jurídica da decisão judicial que determina a “baixa dos autos”	164
4.3.2.2. A situação jurídica do julgador que determina a “baixa dos autos”	165
4.3.2.3. Aditamento da denúncia ou queixa, com possibilidade de recusa pelo acusador	167
4.4. Correlação nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri	170
4.4.1. Correlação entre acusação e decisão de pronúncia	171
4.4.2. Correlação entre pronúncia e libelo acusatório	176
4.4.3. Correlação entre libelo e acusação em plenário	181

4.4.4. Correlação entre acusação em plenário e quesitos	183
4.4.5. Correlação entre quesitos e votação	184
4.4.6. Correlação entre votação e sentença do juiz-presidente ...	186
4.5. Correlação e a teoria finalista da ação	188
4.5.1. Correlação nos crimes culposos	189
4.6. Correlação no concurso de crimes e de pessoas	192
4.7. Correlação nos procedimentos penais da Lei 9.099/95	193
4.8. Correlação entre acusação e sentença nos processos de competência da Justiça Militar	196
4.9. <i>Emendatio e mutatio libelli</i> , em segundo grau de jurisdição	198
 5. Conclusão final	 201
 BIBLIOGRAFIA	 207

PREFÁCIO ■

AS TRÊS CORRELAÇÕES

Surge como necessidade a congruência estrita entre a atribuição formal de determinado fato – que se quer ilícito e típico – e a retribuição jurídico-penal – pena ou medida de segurança –, nascente em sentença de índole condenatória.

Tal precisão deflui do devido processo penal e se fixa nas garantias de plenitude de defesa e da motivação dos atos decisórios. Acusação formal e sentença definitiva ligam-se mediante causalidade real.

O fato increpado, porém, não emerge estável, sempre. A instrução criminal bem pode mostrar modificações relevantes, no fato perquirido. O processo penal, de conhecimento e de execução, pouco tem que se exiba inalterável, recorde-se.

O estudo da correlação entre a imputação efetiva e o *decisum* de mérito, por isso e em primeira visada, emerge ternário: fato concreto, acusação e sentença. Ao acontecimento – como terminou revelado –, ambos devem guardar rigorosa fidelidade. Atende-se, pois, à plena defesa e à inafastável fundamentação do ato decisório. O juiz, assim, se prende ao fato da causa penal, com mais empenho do que ao pedido do acusador; mas, sem romper o devido processo penal.¹

1. Tais idéias, em parte, já se lançaram, quando prefaciámos a obra de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000 – Coleção de Estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 3 – p. 15-16.

A correlação remete ao fato real. Em consequência, irrompem a correlação positiva, a negativa e a inane. Uma expressa a correspondência entre a acusação aforada e a sentença, visto que despontou irrelevante, ou incorreu variação fática. Outra ostenta a insignificância, ou a falta de ligação entre os dois atos processuais, admitindo ajustamento. A última exhibe a desconformidade invenível entre eles.²

Repita-se: a causa da congruência encontra-se no fato concreto: que, da imputação à sentença, não variou; que se alterou, de maneira relevada, durante a instrução, mas, permite o acerto judicial; e, ainda, que não se pode acertar, tornar positiva, seja por se haver provado inexistente o fato incriminado, seja porque o Ministério Público recusa-se a aditar a acusação formal, seja, também, por se descobrir, de modo tardio, a correlação negativa, só em segundo grau de jurisdição.

É ao que induz o acurado estudo de Benedito Roberto Garcia Pozzer; dissertação de mestrado, que tive a honra de orientar, no curso de pós-graduação, da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo. À evidência, a obra traz-lhe a percepção de magistrado. A soma, porém, das diversas maneiras de divisar um problema consiste no melhor modo de iluminar-lhe o entendimento, para encontro de solução.

Abril de 2001.

SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO

2. Sem retorno a qualquer positivismo jurídico, a classificação das espécies de correlação inspirou-se em Stephen Jay Gould. *A falsa medida do homem*. Trad. Valter Lellis Siqueira – 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

APRESENTAÇÃO ■

A *correlação entre acusação e sentença* é tema empolgante. Remete ao estudo de diversos institutos processuais penais. Exige pesquisa completa do processo penal, desde seu principiar até final decisão. O desejo e necessidade de aprendizagem nos entusiasmaram na análise de tão percuciente matéria, para conhecê-la, em cotejo com as modificações do processo penal no último século.

Nenhum instituto – ou fenômeno – surge por si só ou decorrente, apenas, de uma causa. Muitos são os fatores determinantes de seu aparecimento e evolução (ou involução), marcadamente, as necessidades humanas que, no curso da história, têm provocado mudanças, tendentes à satisfação dos interesses predominantes naquele instante.

Assim acontece com o processo penal, instrumento de aplicação do direito penal, que, oscilando durante o transcurso dos tempos, em determinado momento protege com maior força a sociedade, em detrimento de direitos individuais do acusado, para, em outro instante, realçar os direitos da pessoa humana¹ e “O predomínio de um ou outro destes princípios, opostos no direito vigente, não é tampouco mais que um trânsito do Direito do passado ao Direito do futuro”.²

1. Afinal, como ensina Rogério Lauria Tucci: “... o processo penal objetiva, concomitantemente, dupla finalidade, a saber: a) por um lado, a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade; e, b) por outro, o de garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes, praticados pelo ser humano, em detrimento de sua estrutura” (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 23.)

2. Cf. James Goldschmidt. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Conferências dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Boch, 1935, § 4.º, p. 67, tradução livre, nossa.

O estudo da *correlação entre acusação e sentença* permitirá a visão panorâmica dessas mudanças, porque, fruto de conquistas protetoras dos direitos individuais, decorre de diversas regras, adotadas para aperfeiçoamento do processo penal como instrumento de defesa do acusado.³

A valorização dos direitos individuais é percebida na maioria dos Estados, considerados democráticos de direito, que procuram inseri-los em suas Cartas Magnas, como aconteceu com o Brasil, em 05 de outubro de 1988, quando promulgada a última Constituição da República Federativa; orientada pelo respeito aos direitos fundamentais do cidadão, por expressa disposição, insere nos artigos 1.º e 5.º. Todas as normas então existentes, se incompatíveis, não devem ser aplicadas.

Não desconhecemos o que acontece no foro criminal. Direitos constitucionais do acusado, materializados em normas processuais, são ignorados, ou mitigados, muitas vezes.⁴ Recusamos aceitar esse pseudoprocessos penal, sem efetividade como instrumento de garantia

3. Como afirmam Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo: "Estatuídos os direitos fundamentais do indivíduo, na Constituição, devem ser estabelecidas, igualmente, as garantias que lhes correspondem, a fim de preservá-los e tutelá-los, por meio de atuações judiciais tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes. E estas, por sua vez, efetivam-se por meio do processo, instrumento técnico e público de realização do direito" ("Defesa penal: direito ou garantia". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.º 4, p. 110-125, out./dez. 1993).

4. Muito se tem feito em desfavor do acusado. Direitos consagrados na Magna Carta e normas processuais penais não são garantidos. Dentre outros, podemos citar a insistente afirmação de que a ausência de curador ao acusado menor de 21 anos não constitui nulidade, porque "... a sua função é simplesmente fiscalizatória de vigilância e de oposição a possíveis abusos" (RT 683/363), esquecida de que, defensor especial, integra o constitucional direito à ampla defesa, cuja ausência constitui nulidade absoluta. Ainda se confunde *requisição do réu preso* – dirigida à direção do estabelecimento penal para apresentação do acusado em juízo –, com sua *citação*, ato pelo qual dá-se ciência da imputação ao acusado; materializa o direito ao contraditório e ampla defesa: pressupõe ciência e tempo para contrariedade. Entretanto, em singular julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afirmou: "Inocorre a nulidade citatória, eis que tratando-se de réu preso, foi o mesmo requisitado junto ao estabelecimento carcerário, sendo inteirado da acusação que lhe irrogava a Justiça Pública através do Magistrado que presidiu o ato do interrogatório, ocorrendo no caso a chamada *citação in faciem*. Ultimado

da liberdade jurídica do acusado.⁵ Preferimos tratar de processo penal mais sério, enquanto “dever ser”, preconizado pelos ordenamentos jurídicos para os Estados de direito democrático, não destruídos pela cotidiana prática defectiva.

Com essa orientação, à luz dos direitos e garantias individuais no processo penal, analisados pelos fundamentos de validade doutrinários e jurisprudenciais, dividimos o trabalho em cinco partes: *regras determinantes, acusação, sentença, correlação entre acusação e sentença e conclusão*.

O tema, em estudo, é a necessária correspondência que deve existir entre o conteúdo da acusação e o da decisão julgadora. Não se pode acusar por um fato e condenar por outro. Conferir a relação entre ambas é indispensável para constatação da fidelidade do processo penal. Os mecanismos de correção estão, de forma explícita, previstos no Código de Processo Penal. Entretanto, para poder conferir a observância, ou não, da correlação entre os dois termos, inicial e final do processo penal, é preciso conhecer quais os fatores determinantes dessa exigência.

Consignamos, desde já, nossa preferência pela denominação do tema *correlação entre acusação e sentença*, por não entendermos que acusação e imputação sejam sinônimas. Essa é elemento daquela, composta também pela *responsabilização*, como veremos. A sentença há de ser simétrica, não só à imputação objetiva ou subjetiva, mas, também, com a responsabilização penal a ser imposta, se o caso.

o interrogatório com negativa de autoria e nada se objetando antes da realização do referido ato judicial, a questão perdeu relevo” (RT 709/324). Esses atuais exemplos bastam, para constatação do quanto se desrespeitam direitos do acusado, nos diversos Brasís.

5. Joaquim Canuto Mendes de Almeida ensina: “Chama-se *liberdade jurídica* a prerrogativa do ser humano, enquanto racional e livre, não só poupada pela lei, se e enquanto esta não a restringe, mas também enquanto tutelada, especificamente, pelo processo judiciário (jurisdição em ação), isto é, pelo processo de verificação, declaração e fixação dos termos de incidência concreta da lei, e seus efeitos. O julgado filtra, por assim dizer, mediante juízo de legalidade, ou Justiça (em direito positivo), o qual ele encerra, a pleiteada (no cível) ou a assestada (no crime) coação estatal!” (“A liberdade jurídica no direito e no processo”. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, p. 289-298).

Começamos o estudo pela análise das regras ordenantes da simetria. De imediato, percebe-se decorrer do *devido processo penal*, entendido como a rigorosa observância, nas diversas etapas do processo penal, dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Não interessa parcial apuração dos fatos; pelo contrário, a decisão judicial há de ser a mais completa possível, abarcando todos os relevantes acontecimentos circunstanciais da questão levada a julgamento, o que só será alcançado com a busca da *verdade material*, da qual poderá resultar a descoberta de imperfeições da acusação, por não se adequar às normas relativas ao caso, ou pela descoberta de fatos até então desconhecidos. Ajusta-se a acusação, às normas ou aos fatos, assegurando ao acusado a *ampla defesa* e o *contraditório*.

A *acusação* desponta como primeiro elemento da equação processual. Seu estudo interessa para conferência da fidelidade do processo aos fatos acusados, conhecidos e julgados. Acompanhar a acusação, desde a indicação do acusado, é necessário para, não só impedir os excessos, mas, assegurar os direitos individuais daquele submetido à coação estatal. Conhecer todos os elementos da acusação nos proporcionou mudanças conceituais, porque é ato complexo, com profundas ingerências na liberdade individual daquele sujeito à coação estatal, o que alonga o estudo.

Em seguida, passamos ao estudo da *sentença*, entendida não só como ato final do procedimento, em primeiro grau, mas também a decisão judicial última da questão. Nela serão exibidos todos os atos processuais e os fatos acusados, conhecidos e julgados. A existência da *correlação entre acusação e sentença*, última parte do estudo, será percebida pelo amplo conhecimento do processo penal, não só nos aspectos legais, mas também fáticos, possibilitando adoção de medidas tendentes a correções.

Como afirmado no início, o estudo, ao qual nos propomos, exigirá aprofundada análise de diversos institutos do processo penal brasileiro, desde o seu início até final julgamento, em primeiro ou último grau de jurisdição. Árduo será o trabalho, compensado pelo aprendizado a nos permitir melhor aplicação das normas materiais penais, resultando, assim, autorizadas *sugestões* de instrumentos de controle dos direitos individuais do acusado.

REGRAS DETERMINANTES DA CORRELAÇÃO

SUMÁRIO: 1.1. Introdução – 1.2. Devido processo penal – 1.3. Sistemas processuais penais – 1.3.1. Processo penal acusatório moderno – 1.4. Busca da verdade processual – 1.5. Contraditório e ampla defesa – 1.6. Conclusão.

1.1. INTRODUÇÃO

Iluminadas pelo *princípio publicístico*¹ – decorrente dos valores de alta relevância social em confronto no processo penal: *jus puniendi* e *jus libertatis* –, diversas são as regras orientadoras do processo penal, destacando como genéricas as da: *oficialidade*, dizente com a promoção da ação penal e movimentação do

1. Tratando da ação penal de conhecimento, de natureza condenatória, Rogério Lauria esclarece: "... reclama tal situação, do Estado, por ter ele assumido o monopólio da distribuição da Justiça, que proveja a um *equilíbrio entre a assecuração do poder-dever de punir* – traduzida, como também anteriormente, vimos, no *interesse de não se deixar impune um culpado* – e a *preservação do direito de liberdade do suposto infrator a norma positiva penal*, tudo mediante a realização de um procedimento devidamente organizado, para, numa sucessão coordenada de atos e termos, atingir-se a *finalidade do processo penal*, vale dizer, para a efetiva punição do culpado ou absolvição do inocente. Eis aí, em abreviada síntese, a essência do *caráter publicístico da ação penal*, cuja índole íntegra, necessariamente, e de modo completo, a do *processo penal*" (*Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Colaboração de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 49).

respectivo procedimento; *judiciariiedade*, relativa à atuação dos agentes do Poder Judiciário e demais órgãos auxiliares e colaboradores na realização do direito; e, da *verdade material*, porque sua apuração constitui um dos dados mais relevantes do processo penal.²

Para o estudo pretendido, entretanto, serão consideradas, como regras específicas, as determinantes que, relacionadas entre si, resultam na necessária simetria entre acusação e sentença: devido processo penal, sistema³ processual penal acusatório misto, busca da verdade material, e contraditório, mais a ampla defesa.

O *devido processo penal*, espécie do gênero devido processo legal, decorrente da valorização do ser humano, representa efetivo e concreto respeito aos direitos individuais do acusado. De nada vale reconhecer o direito de punir do Estado, se foram ignoradas as garantias fundamentais daquele submetido à persecução penal. Apontado como possível ou provável autor de determinado fato com relevância penal, passível de sanção, despontam para o acusado inúmeros instrumentos protetores de sua liberdade jurídica. A exigência de correlação entre acusação e sentença constitui uma das maiores garantias do acusado, porque, enquanto perdurar a acusação, deve ter a certeza de que, ao final, será julgado, tão-só, pela imputação, legal ou fática. Desrespeitar essa harmonia implica violação ao *devido processo penal*, resultando – ao menos devendo resultar – em nulidade da sentença.

O sistema processual adotado é relevante para conhecimento da atividade do julgador e estado subjetivo a animá-lo, quando do julgamento. A adoção do *sistema processual acusatório misto*, com indispensável exigência de prévia acusação, formulada por órgão distinto do julgador, preserva-lhe a imparcialidade.

2. Cf. Rogério Lauria Tucci *et al. Princípio e regras...*, ob. cit., p. 39-42.

3. O termo *sistema*, para o conceito adotado, tem o sentido de “Conjunto de preceitos, ou de regras jurídicas, que estabelecem o *regime do processo*, em que se estatuem as formas a serem seguidas e as medidas a serem tomadas em todo procedimento judicial (Cf. De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. IV, p. 243, verbete “sistema processual”). Ver também Silvio de Macedo. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 69, p. 191, verbete “sistema”.

Mas, impulsionado pela inquisitividade necessária ao conhecimento da *verdade* dos fatos, poderá descobrir outros acontecimentos não constantes da inicial imputação, os quais não podem ser ignorados, durante a persecução penal. Mesmo sem o poder acusatório, o magistrado deverá adotar medidas tendentes a apurá-los, evitando futura recidiva acusatória, por fatos antes submetidos à apreciação judicial.

A verdade material acerca dos fatos é imperiosa, mas, sua pesquisa há de estar subordinada à observância do *contraditório* e da *ampla defesa*. Revelados novos fatos, o juiz deverá determinar a correção da acusação; mas, de imediato, permitirá ao acusado defender-se, contrariando, inclusive, a nova imputação, preservando o devido processo penal, com observância dos direitos fundamentais.

1.2. DEVIDO PROCESSO PENAL

Seguindo corrente adotada pelos Estados considerados democráticos de direito, desejosos de valorização dos direitos fundamentais, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5.º, inciso LIV, determina que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. O que implica necessária observância de todos os direitos e garantias individuais, para validade dos atos coativos do Estado. Qualquer desrespeito a esses direitos, assegurados em normas constitucionais ou de menor hierarquia, resultará na ilegitimidade do ato.

Espante-se, de vez, a compreensão de que devido processo legal refere-se apenas ao procedimento, limitado à observância das formas, porque: “Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo,

objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição”.⁴⁻⁵

Considerada gênero, que comporta diversas espécies, segundo a ramificação do direito em estudo, é: “A garantia do devido processo legal, especificada ao processo penal (devido processo penal), reclama, para sua efetivação, como visto, que o procedimento em que este se materializa observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei

4. Ada Pellegrini Grinover *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 13.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 82.

5. Observe-se que o *devido processo legal* não se restringe apenas à forma ou ao procedimento. Deve ser considerado também no aspecto material, referente à elaboração da norma (lei), que, além de racional, há de ser razoável e proporcional para as relações humanas. Mediante o devido processo legal substantivo, legislativo, afere-se a legitimidade da norma a ser aplicada, pois, como ressalta Augusto do Amaral Dergint: “O ‘devido processo legal’ serve também de parâmetro ao legislador, impondo-lhe o respeito aos direitos fundamentais. Assim, mais do que princípio de ordem processual, é princípio de ordem material, servindo como importante instrumento de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental, mormente da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. (...) O princípio do ‘devido processo substantivo’ (afim do princípio da igualdade) é um *standart* por que hão de guiar-se os juízes, que devem aplicá-lo em função das circunstâncias especiais de tempo, lugar e opinião pública, adaptando o Direito às ocorrentes mutações sociais, políticas e econômicas. (...) Mais do que isso, permite ao Judiciário ajustar a Constituição às realidades emergentes, preservando o sistema jurídico em sua integridade. (...) A implementação da garantia do ‘devido processo legal’ e da ‘razoabilidade’ das ações estatais, através da atuação criativa da jurisprudência, há que estar permanentemente a serviço das aspirações sociais. Deve buscar coerência com a realidade social, ensejando assim a formação de um ‘sentimento constitucional’ e garantindo a estabilidade da democracia. Há que se reduzir, enfim, a distância entre a ‘constituição legal’ e a ‘constituição real’ (na expressão de Karl Löwenstein)” (“Aspecto material do devido processo legal”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 709, p. 249-255). Ver também, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 15; Romeu Felipe Bacellar Filho, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 199-200; Maria Rosynete Oliveira Lima, *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 273-287; Paulo Fernando Silveira, *Devido processo legal* (due process of law), 2.^a ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 177-233; e, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *O processo penal em face da constituição: princípios constitucionais do processo penal*, 2.^a ed., reesc. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 69-77.

prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade resolutória de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o punitivo e o de liberdade. (...) Mencionada garantia, outrossim, é como antes igualmente acenado, é delineada, até mesmo determinada, por preceituações constitucionais direcionadas ao processo penal, e que, à evidência, 'não podem ser desconhecidas, direta ou indiretamente, das leis processuais' que o disciplinam".⁶⁻⁷

Vale dizer que tais regras exigem "E determinam, inequívoca e inexoravelmente, que uma pessoa física não pode ser privada de sua liberdade (ou de outros bens a ela correlatos) sem o *devido processo penal*, em que se realiza a *ação judiciária*, atrelada ao vigoroso e incidível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflicção e na concretização da pena, ou da medida de segurança, como na afirmação do *jus libertatis*".⁸

O *devido processo legal* não consiste, somente, na feitura das normas ou na forma de desenvolvimento de cada fase procedimental, antes estipulada. Com maior força, refere-se à observância das garantias constitucionais e legais, em cada etapa da persecução penal, limitadoras do poder punitivo do Estado. Só haverá devido processo penal, quando respeitados valores superiores, relacionados aos direitos fundamentais do homem, tais como: liberdade, justiça, dignidade humana, igualdade e segurança jurídica, celeridade e publicidade do julgamento, defesa, contraditório, proibição da *reformatio in pejus* e proibição do duplo julgamento pelo mesmo fato.⁹

6. Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais...*, ob. cit., p. 92.

7. Luigi Ferrajoli aponta dez axiomas do sistema garantista penal, incorporados entre os séculos XVII e XVIII aos ordenamentos jurídicos dos Estados de direito: "A1 *Nula poena sine lege*. A2 *Nullum crimen sine lege*. A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. A4 *Nulla necessitas sine iniuria*. A5 *Nulla iniuria sine actione*. A6 *Nulla actio sine culpa*. A7 *Nulla culpa sine iudicio*. A8 *Nullum iudicium sine accusatione*. A9 *Nulla accusatio sine probatione*. A10 *Nulla probatio sine defensione*" (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3.ª ed., Madri: Ed. Trotta, 1998, p. 93).

8. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci. *Devido processo legal e tutela jurisdiccional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 19.

9. Cf. Alberto Suárez Sánchez. *El debido proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998, p. 223.

De nada servem as leis processuais estipularem as etapas a serem seguidas, até atingir o término do processo, se o acusado – desamparado, sem garantias mínimas e transformado em objeto – ficar à mercê do Estado. Cada ato processual que se cumpra e cada fase superada devem ser regidos pelas garantias previstas. Somente existe devido processo penal quando, além da sujeição às formalidades, estipuladas em lei, cada ato processual for realizado com acatamento aos direitos fundamentais, única maneira de haver o processo penal como limite material à função punitiva do Estado.¹⁰

O processo penal condenatório não mais tolera a opressão. Ao contrário, representa poderoso instrumento de garantia dos direitos individuais do acusado, pois, afinal, “As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são a atualidade das garantias constitucionais”¹¹ e, portanto, protetor da liberdade jurídica do indivíduo, submetido à persecução penal.

Inúmeras são as regras com finalidade protetiva, despontando pontual a afirmação de que “... o ser humano, antes de sofrer qualquer sanção penal, tem direito a um processo prévio, em que garantidas: a) a atuação de órgão jurisdicional antecedentemente designado pela lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial; b) a determinação legal de um procedimento destinado a investigação e posterior julgamento acerca de fato penalmente relevante; c) o proferimento deste, *em prazo razoável*, pública e motivadamente; d) *a correlação entre acusação e sentença*; e) a possibilitação de ampla defesa, tanto material, como tecnicamente; e f) o não reconhecimento de culpabilidade, senão quando transitada em julgado a sentença condenatória”.¹²

Corolário do devido processo penal, a *correlação entre acusação e sentença* aglutina inúmeras garantias constitucionais e processuais,

10. *Idem, ibidem*. Nesse mesmo sentido, Paulo Sérgio Leite Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes. *Nulidades do processo penal*. 4.^a ed., rev., acresc. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 241-242.

11. João Mendes de Almeida Júnior. *O processo criminal brasileiro*. 3.^a ed., aum. Rio de Janeiro: Tip. Batista de Souza, 1920, v. 1, p. 9.

12. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci. *Devido processo legal e ...*, ob. cit., p. 20, frisamos.

colocadas ao dispor do acusado, em limitação à atuação do Estado no exercício do *jus puniendi*, porque a sanção só poderá ser imposta pelo processo, mediante prévia acusação, por órgão distinto do julgador, que deverá ser imparcial e proferir decisão justa, o mais próximo possível da verdade processual dos fatos, assegurado ao acusado o contraditório e a ampla defesa.

Supera-se o ranço do Estado policial e, aos poucos, os direitos individuais ganham maior destaque. Se ontem não eram reconhecidos na totalidade, hoje se busca efetivá-los, pois, em relação aos direitos do homem, o problema maior da atualidade não é fundamentá-los, mas, sim, concretizá-los.¹³ Antes se buscava o reconhecimento, hoje é necessária a materialização.

Acolhidos, sem restrição, pelos doutrinadores, os direitos individuais dos acusados, garantidos no devido processo penal, apesar de constantes ingerências em prol de suposta ordem pública, são assegurados, cada vez mais, em inúmeros julgados de nossos tribunais.¹⁴

1.3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Não se pretende exaustiva busca histórica. O propósito não é este. Contudo, inevitável lembrar o ensinamento de Júlio B. J. Maier – lastreado na lição de Ernst Beling – de que o direito penal, expressão maior do poder do Estado, não toca um só pêlo

13. Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. 10.^a ed., trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

14. A exemplo, temos: “As garantias existem não por acaso, para serem eventualmente respeitadas, ao sabor do momento, mas porque necessárias à realização do indivíduo em sociedade e indispensáveis ao bom funcionamento de uma ordem democrática. O pragmatismo extremado, vale alertar, não raro conduz a um crescente rompimento da ordem democrática, pela desmoralização que acarreta às instituições. O Estado de Direito, oportuno dizer, não é mera abstração, distante da *praxis*, como se pode pensar, afoitamente, à primeira vista. De se repudiar, portanto, a ‘ditadura do caso concreto’, pois mesmo aqui, na particularidade de cada caso, a discricionariedade tem seus limites, sob pena de se chegar à conclusão de que desnecessário seria postar na lei figuras jurídico-penais, deixando-se ao julgador tal faculdade, a criar figuras, ao sabor das circunstâncias, sem o mínimo de garantias” (RT 658/333).

do delinqüente, pois, a punição é imposta pelo direito processual penal, ramo do direito a se entender, de perto, com o homem acusado, de carne e osso, e que muitas vezes não é o delinqüente. Por isso, necessário o estudo “da história do direito processual penal, suas instituições e princípios que o governaram em cada época, e, em especial os sistemas de julgamento penal, que se foram consolidando através da história”.¹⁵

De toda forma, é bom lembrar de que, nos primórdios da vida social, os *conflitos interpessoais* eram resolvidos pelos interessados, quase sempre empregando a *força*, o que provocava permanente estado de beligerância, porque o vencido nem sempre se submetia ao vencedor. Assim, procurava obter maior resistência para restabelecer a contenda. Essa *espiral de violência*, resultante da *lei da força*, tornou a convivência social insuportável e provocou a elaboração de normas, para disciplinar a vida comunitária, dentre elas a renúncia individual ao exercício da força.¹⁶

Em substituição à possibilidade de exercê-la, os indivíduos adquirem a possibilidade de recorrer ao Estado para pedir-lhe que solucione os conflitos interpessoais. Em síntese, o indivíduo troca a *ação material* pela *ação processual*, enquanto o Estado assume o dever de intervir, como órgão jurisdicional, em todos os conflitos a que é chamado.¹⁷

Desse sistema civilizado, surgem as noções de ação, processo e defesa. Mas, como dependente do interesse do autor, a provocar a atuação do Estado, desponta, primeiro, a *ação processual privada*, com bom desempenho, quando se tratava de conflitos privados – *conflitos que não transcendiam às partes envolvidas* –, porque sua inércia a ninguém mais prejudicava. Caso contrário, se envolvia interesse da comunidade, como acontece com as questões penais, e o interessado-autor não reclamava a atuação estatal, o Estado *não podia reagir nem intervir*, causando a insatisfação e o surgimento da *ação*

15. Júlio B.J. Maier. *Derecho procesal argentino*, Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1989, t. 1, v. b, p. 205.

16. Cf. Héctor Carlos Superti. *Derecho procesal penal: temas conflictivos*. Rosário-Argentina: Juris, 1998, p. 36.

17. *Idem, ibidem*.

popular, que, pelos mesmos motivos – inércia do interessado (vítima) ou qualquer outro membro da comunidade legitimado a propô-la –, também fracassou, levando o Estado, nos *conflitos transcendentais*, a encarregar-se da *ação*; surgindo, então, diversos modelos no seu exercício, para desencadeamento e sustentação da persecução penal.¹⁸

E a forma de atuação do Estado – no acusar, proporcionar a defesa e julgar – é que determinará o modelo processual adotado, lembrando-se que: “O processo não é sempre e em toda parte a mesma coisa. Varia com a organização do Estado, com a maior ou menor concentração do Poder, com a maneira de distribuir e exercer as funções soberanas e assim por diante. Por isso mesmo, ele teve no Direito Romano um aspecto e no germânico outro; na Idade Média assumiu diferentes feições e, mesmo no Direito moderno, pode ser diverso em cada regime político. (...) Mas dentro de uma organização política determinada é então possível classificar e conceituar o processo sob o aspecto jurídico”.¹⁹

O Estado tem por escopo maior proporcionar condições para o harmônico desenvolvimento de seus membros, devendo, para isso, estabelecer normas de convivência social, visando a alcançar a segurança pública, pela disciplina da atuação de cada indivíduo, enquanto membro da coletividade; distinguindo os comportamentos permitidos daqueles intoleráveis, para os quais deverá prever a sanção necessária e suficiente ao resguardo da tranquilidade coletiva.

O poder sancionatório é necessário porque, “Se o Estado tutela um bem jurídico em função do interesse social, cumpre-lhe reagir contra quem viola esse bem que a ordem jurídica ampara. Surge assim o direito de punir, o qual nada mais traduz que o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável”.²⁰

18. *Idem*, p. 36-37.

19. Hélio Tornaghi. *A relação processual penal*. 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 2.

20. José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 09.

Percebe-se a dupla função do Estado. Proporcionar condições harmônicas para o desenvolvimento de seus membros, o que só conseguirá mediante a segurança pública, com a imposição de punição aos violadores das normas de convivência social. Entretanto, tem o dever de proteger a sociedade (conjunto de seus membros), punindo os indivíduos de comportamento indesejável.

As punições aos faltosos (permitida pelo direito penal) e sua forma de aplicação (regulada pelo processo penal) constituem a dicotomia da atividade estatal que, por vezes, para maior proteção à sociedade, acentua o rigor do direito penal e diminui a força protetiva do processo penal, o que tem ocorrido em situações singulares, pois, se acredita que cominar penas menores ou maior defesa ao acusado pode provocar impunidade e aumento da delinquência.²¹

A relação Estado-indivíduo, imposta pela ideologia de determinado povo, com preponderância deste ou daquele valor, é que irá estabelecer o sistema processual adotado. Se o Estado opta pela segurança da sociedade, adota o sistema *inquisitivo*, próprio dos governos absolutistas, com maiores penas e menores garantias individuais. Ao contrário, se enaltece a liberdade individual, prefere o *sistema acusatório*, permitindo o contraditório e ampla defesa; ou, então, adota-se o *sistema acusatório misto, formal ou moderno*,

21. Essa tentativa de diminuição da criminalidade é expressa na Lei 8.072, de 25.07.1990, ao dispor dos denominados *crimes hediondos*, e também na Lei 9.034, de 03.05.1995, ao tratar da *prevenção e repressão ao crime organizado*. A respeito da primeira, conhecida como *Lei Hedionda*, Alberto da Silva Franco alerta: "... o legislador constituinte, sob o impacto dos meios de comunicação de massa, dramatizou a realidade, esquecido de que a violência é cíclica e de que, enquanto o mundo for mundo sempre haverá, a sacudi-lo, ondas maiores ou menores, de violência. Assim, em nome do movimento da 'Lei e da Ordem', além de criar uma categoria nova de delitos (os crimes hediondos), equiparou-as a outras espécies criminosas (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo), eliminou garantia processual de alta valia (fiança), vedou causas extintivas de punibilidade expressivas (anistia e graça) e, afinal, atribuiu ao legislador ordinário a incumbência de formular tipos e cominar penas, numa luta contra o crime, sem descanso, mas fadada ao insucesso, por seu irracionalismo, passionalidade e unilateralidade" (*Crimes hediondos*: notas sobre a Lei 8.072/90. 3.^a ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 39).

com ambas as atividades, mas com preponderância da busca da verdade atingível dos fatos.

O estudo da estrutura processual penal acusatória mista permitirá ampla visão da relação Estado-indivíduo, da atividade do órgão julgador, posição jurídica do acusado, possibilidade de contraditório e ampla defesa, sem prejuízo da busca dos verdadeiros fatos, para, finalmente, ser possível o confronto do *jus puniendi* estatal com o *jus libertatis* do acusado.

Só não esqueçamos a velha advertência: “O processo criminal reflete, mais do que qualquer outra parte do direito, a civilização de um povo. Percorramos todo o mundo, examinando-lhes as leis e as práticas judiciais; onde o processo é inquisitorial, a civilização está estagnada ou rola em decadência. Onde o processo é acusatório, com defesa fácil, a civilização está a crescer ou a aperfeiçoar-se. Se o Estado faz o processo e ele mesmo julga, sem que haja o direito de defesa, de igualdade perante a lei e de igualdade de foro, aí o indivíduo vale muito pouco, ou não vale nada. Se não valem os indivíduos, não vale o povo. Porque povo é soma de indivíduos”.²² É assim o processo penal: produto da cultura do povo, conforme o tempo e o lugar.

1.3.1. Processo penal acusatório moderno

Para julgamento das infrações penais, no mundo greco-romano antigo, era adotado o sistema processual acusatório, caracterizado pela divisão dos poderes, que se exercem no processo, pois, de um lado, está o acusador, a exercer o poder reclamante (ação); de outro, o acusado, sujeito de direitos, com poder para resistir à acusação; e o tribunal com poder para decidir. Seu principal fundamento é a própria acusação – deixada nas mãos de uma pessoa física e não de um órgão do Estado –, porque o tribunal, para decidir a questão e os limites de sua decisão, está condicionado à reclamação (ação)

22. Pontes de Miranda, F. C. *Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 396. Ver também Fauzi Hassan Choukr, *Processo penal à luz da Constituição*. 1.^a ed., Bauru: Edipro, p. 69-74.

e suas circunstâncias, possibilitando ao acusado resistir à imputação, que lhe é lançada.²³

Não se pode presumir que, a esse tempo, houvesse qualquer preocupação com a simetria entre a acusação e a sentença, pois, embora considerada a acusação e suas circunstâncias, o procedimento processual penal consistia em debates, perante os juízes, que ouviam os argumentos de cada parte, valoravam as provas, segundo o sistema da íntima convicção e, sem motivação, julgavam, resultando a sentença do escrutínio dos votos, segundo a maioria ou unanimidade dos juízes.²⁴

Surge em Roma, o sistema processual penal inquisitório, adotado depois pelos Estados absolutistas, com preponderância do interesse da sociedade na aplicação das normas penais materiais, mas, inobservados os direitos individuais, transformando o acusado em objeto da prova. Tem como característica marcante a própria atividade do órgão judicante, que acumula as funções de acusar e julgar.²⁵

É a concepção absoluta do poder central, com todos os atributos da soberania depositados em único órgão, corresponde à idéia de extrema valorização da autoridade e escasso valor da pessoa humana, frente à ordem social, traduzido no procedimento penal no qual o acusado, perdida a condição de sujeito do processo, é mero objeto da investigação que, de qualquer meio, deve alcançar seu fim: a punição daquele que perturbou a ordem criada.²⁶

Tais características, por si só, permitem concluir a inexistência de preocupação com a conformação da sentença com a acusação,

23. Cf. Júlio B. J. Maier, ob. cit., p. 206-207.

24. *Idem*, p. 208-209.

25. José Frederico Marques afirma: "No sistema inquisitivo não havia atuação jurisdicional e inexistia o processo. O que nele se encontrava era uma forma procedimental de autodefesa do interesse repressivo do Estado, em que o juiz encarnava esse interesse, muito embora revestido da independência de seu cargo, a qual, diga-se de passagem, era muito precária, ao tempo do absolutismo monárquico, que foi o período áureo da justiça inquisitiva" (*Elementos*, ob. cit., v. I, p. 15).

26. Cf. Júlio B. J. Maier, *idem*.

pois, desencadeada a persecução pelo julgador, sem participação do próprio acusado, proibido de interferir na produção da prova, nem mesmo de contrariá-la, a condenação era quase certa, pois, se conexão existia, entre o ato acusatório e condenatório, era atingida pela confissão, extraída por meios cruéis. Não importava essa simetria, desde que entendesse provado qualquer fato reprovável.

Pelas incompatibilidades com a evolução dos direitos humanos, o processo penal inquisitório mereceu severa censura a partir de meados do século XVIII, com a revolução burguesa, tendo como lastro ideológico as críticas ao violento sistema repressivo monárquico que, apesar de tudo, mostrava-se incapaz de conter o aumento da criminalidade, decorrente da maior urbanização, provocada pela Revolução Industrial.²⁷

Necessária foi a instituição de mecanismos limitadores dessa atividade punitiva, que não poderia ficar ao arbítrio do governante. Aliás, "O direito de punir pertence ao Estado. Este, contudo, não pode auto-executá-lo. Imposições constitucionais impedem-no. Assim, coarctado na sua liberdade de auto-executar o *jus puniendi*, em face dos limites constitucionais, o Estado, para fazer valer o seu direito de punir, quando há transgressão da norma penal, deve, tal qual o particular, dirigir-se ao Estado-Juiz e dele reclamar a aplicação da *sanctio juris*".²⁸

A separação das funções de acusador, defensor e julgador, representa o mais importante pressuposto, verdadeira essência do sistema acusatório, decorrente da regra *nullum iudicium sine accusatione*, uma das maiores garantias de julgamento imparcial, pois o julgador *ne procedat ex officio*. Nenhuma parte tem preponderância sobre a outra, cabente ao acusador provar os fatos acusados, o que, evidentemente, não vincula o julgador.

As vantagens e desvantagens dos sistemas anteriores são bem expostas por Joaquim Canuto Mendes de Almeida: "Num regime

27. Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

28. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Prática de processo penal*. 13.^a ed. rev. e atual. Bauru: Jalovi, 1989, p. 7.

de processo inquisitivo puro, que praticamente não existe, fundir-se-iam as duas espécies de atividades integrantes da instrução criminal – postulação e probação – no ofício inquisitivo do juiz: este buscaria a verdade real, sem estar vinculado a qualquer comportamento postulatório alheio, quer de acusador, por inexistente, quer de defesa, por irrelevante: o réu, sujeito passivo da inquisição, reduzir-se-ia a mero instrumento de prova, à disposição do magistrado perquiridor das circunstâncias reais do fato, anterior e exteriores ao processo. Num regime de processo acusatório puro, que também não existia na prática, ao acusador e ao acusado caberiam, em relação de igualdade, aquelas atividades de postulação e de probação, reduzido o juiz, em sua inércia jurisdicional, a decidir segundo o alegado e provado pelas partes, em relação de contrariedade. No regime misto, adotado pelos países civilizados, o *poder inquisitivo do juiz não suprime a contrariedade: conjuga-se com ela, regendo-a, quanto à postulação, mediante as exigências da verdade real, delimitativa do litígio, e, quanto à probação, mediante a complementação das provas incompletas e a correção das provas viciosas. Acautelam-se, no regime misto, tanto os interesses da verdade real, com o exercício do poder inquisitivo do juiz, quanto os interesses da plenitude de defesa, com a rigorosa aplicação das regras do contraditório*”.²⁹

No sistema processual acusatório moderno, é inaceitável a submissão do juiz às partes, para, inerte, julgar segundo as provas produzidas pelo acusador e acusado. Para bem aplicar a norma penal material deve buscar a verdade acerca dos fatos, determinando, de modo fundamentado, as diligências, que entender necessárias ao justo processo penal, em atividade supletiva das partes. Deve atuar com inquisitividade, observando sempre o contraditório indispositivo.

Sem razão, portanto, hoje, a assertiva de que: “O juiz não deve ser senão juiz, árbitro imparcial, e não parte. Ainda mesmo

29. *O princípio da verdade real*. In: Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano LII, 1957, p. 118. Nesse mesmo sentido: Eugenio Florián. *De las pruebas penales*. Versão castelhana de Jorge Guerrero, Reimp. 3.^a ed. Bogotá: Temis, 1990, p. 281.

prescindindo dos abusos que essa acumulação facilita, uma tal confusão tende por si mesma a desvairar o espírito do julgador. Em verdade, quando ele é obrigado a criar em seu próprio espírito as primeiras suspeitas de quem seja o autor do crime, em vez de somente apreciar as que lhe são apresentadas, essas impressões influirão depois por modo perigoso. O amor próprio de sua previdência convidará a que não aprecie bem as contradições ou razões opostos, a que faça triunfar sua penetração: ele julgará antes de ser o tempo de julgar".³⁰ Não há de ser omissor, ou inerte, quanto aos meios de prova.

Da adoção do sistema acusatório decorre o denominado *processo penal de partes*, apenas incoado pelo agir do acusador. Mas, desencadeado, o juiz não fica subordinado às provas produzidas pelas partes, facultando-lhe o Código de Processo Penal, nos artigos 156 e 502 e parágrafo único, de ofício, determinar diligências necessárias a dirimir dúvidas sobre ponto relevante, sanar nulidades e suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.³¹

30. José Antonio Pimenta Bueno. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2.^a ed. cor. e aum. Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857, p. 87.

31. Como afirma Ada Pellegrini Grinover: "O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par conditio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova. (...) é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fato decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário. Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação do seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará" ("A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, p. 73-74).

Com razão, Rogério Lauria Tucci afirma que: “Constituindo a *apuração da verdade material* o dado mais relevante do precípuo escopo do processo penal, torna-se inequívoco que tal finalidade só pode ser atingida mediante a atribuição de *inquisitividade* à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na *instrução criminal*, subsequente à *informatio delicti*”.³²

A busca da verdade material, ou atingível, é a mola propulsora da atividade do magistrado e, “Por isso se impõe no processo penal a afirmação complementar do princípio inquisitório, ou seja, da máxima segundo a qual na formação da prova cumpre ao juiz uma atividade tendente a averiguar a verdade material, atividade essa que comporta a possibilidade de, *ex officio*, ele se mover para além dos limites neste aspecto traçado pelas partes e sem deixar de respeitar, é claro, o direito delas a serem ouvidas sobre tudo o que possa influenciar a decisão”.³³

Como se vê, a adoção do sistema processual acusatório misto – ao permitir a atividade inquisitiva do juiz, em complementação às deficiências das partes –, possibilita desvendar fatos e circunstâncias desconhecidas até então, não constantes da acusação, a exigir medidas tendentes para assegurar o contraditório e a ampla defesa, para observância do devido processo penal. O artigo 384 e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal, constitui a mais nítida demonstração desse sistema processual moderno, sem qualquer ofensa, sequer, à regra da inércia jurisdicional.

Todos os envolvidos – acusador, acusado, defensor e julgador – têm o dever de buscar a verdade dos acontecimentos. Os novos fatos descobertos não podem ser julgados sem que exista acusação formal e defesa. Para que não ocorra a violação ao devido processo penal, o magistrado determina providências tendentes a sua regularização, ou atendimento.

32. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, ob. cit., p. 36.

33. Eduardo Henrique da Silva Correia. Caso julgado e poderes de cognição do juiz. In: *A teoria do concurso em direito criminal*. 2.^a reimp. Coimbra: Almedina, 1996, p. 311.

1.4. BUSCA DA VERDADE PROCESSUAL

O processo penal é instrumento, técnico, político e ético, de pacificação social. Tem por finalidade a aplicação do direito penal substancial. Deve culminar com decisão mais justa possível, o que só acontecerá quando a resposta penal corresponder aos verdadeiros fatos, objeto da apreciação judicial. Com absolvição de culpado ou condenação de inocente, a prestação jurisdicional não será legal e justa, nem resultará no convencimento e harmonização da sociedade.³⁴

Além da aplicação da norma penal material, a busca da verdade é outra das finalidades do processo e "... deve ser perquirida, incessantemente, em todo o desenrolar da persecução penal, de sorte a preservar-se a liberdade do inocente e impor-se a sanção adequada à infração penal constatada, isto é, a punição que o culpado faz por merecer".³⁵

34. Na sempre atual lição de Nicola Framarino dei Malatesta: "E na verdade, se a sociedade ofendida tem o direito de punir o réu, não tem contudo o direito de ver sacrificar no seu altar uma vítima, seja ela qual for, culpada ou inocente; não: o direito da sociedade só se afirma racionalmente como direito de punir o *verdadeiro* réu; e para o espírito humano só é *verdadeiro* o que é *certo*. Por isso, absolvendo em caso de dúvida razoável, presta-se homenagem ao direito do que tem de ser julgado, e não se calca o direito da sociedade. Se se atende ao fim da tranquilidade social, a que a pena deve dirigir-se, descobrir-se-á que a pena só pode servir para esse fim, quando atinja quem é realmente réu. A pena que ferir um inocente, perturbará mais profundamente a tranquilidade social, do que a teria perturbado o crime particular que se procura punir; porquanto todos se sentiriam na possibilidade de serem, por sua vez, vítimas de um erro judiciário. Lançai, pequena que seja, na consciência social uma dúvida sobre a aberração da pena, e esta deixará de ser a segurança dos honestos, mas será a grande perturbadora daquela mesma tranquilidade para cujo restabelecimento foi chamada; ela não será mais a defensora do direito, mas forma imane que pode, por sua vez, esmagar o direito imbele. Se a pena pudesse cair também sobre quem não é realmente réu, além da agressão do nosso direito por parte do indivíduo, produziria o pavor da agressão por parte da lei" (*A lógica das provas em matéria criminal*, trad. de J. Alves de Sá, 2.^a ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 16-17).

35. Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais...* ob. cit., p. 37. No mesmo sentido a lição de Jorge de Figueiredo Dias, para quem: "Indiscutida parece ser a idéia de que as finalidades primárias a cuja realização o processo

Verdade não é termo de fácil conceituação, nem se tem o intuito de desvendá-la.³⁶ Importa saber que: “Verdade é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito. Suponhamos um indivíduo que se quer convencer da realidade de alguma coisa, e que a procura; resulta a verdade desde que a convicção adquirida se acha em perfeita concordância com o seu objeto”.³⁷

Surge do julgamento mental a respeito dos fatos. Somente podem ser considerados verdadeiros ou falsos os julgamentos da mente humana acerca de um fato real. Todavia, a mente humana pode apreender os fatos como aconteceram ou não. O julgamento resultará na verdade ou em falsidade segundo a adequação ou inadequação da mente aos fatos julgados.³⁸

Percebe-se, portanto, a dificuldade da descoberta da verdade, porque decorre da assimilação dos acontecimentos pelo intelecto do julgador. A inteligência, no apreender a realidade, não é estática; pelo contrário, dotada de dinâmica atividade criativa, é excitada pelas informações recebidas. A impressão causada na imaginação do julgador embaraça a descoberta da verdade absoluta,³⁹ que “... só

penal se dirige são, de uma parte a realização da justiça e a descoberta da verdade material, de outra parte a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas e, de outra parte ainda, o restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo crime e a conseqüente reafirmação da validade da norma violada” (*Direito processual penal*. Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, p. 21).

36. Pinto Ferreira conceitua: “A verdade, no seu sentido mais usual, é a adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade, no sentido de uma interpenetração entre ambos. O intelecto é a inteligência, o entendimento, a razão, o conhecimento intelectual; a realidade é o ser. A adequação é a correspondência (*correspondentia*) entre o intelecto e o ser; assim, as idéias adequadas exibem com clareza as notas constitutivas do objeto” (“Verdade”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 77, p. 67).

37. Carlos José Antonio Mittermaier. *Tratado da prova em matéria criminal*, trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1971, t. 1, p. 59.

38. Cf. João Álvaro Ruiz. *Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos*. São Paulo: Atlas, 1980, p. 112.

39. Diante da possibilidade de equívocos na apreensão da realidade dos acontecimentos, Rogério Lauria Tucci afirma: “Tenha-se presente, para logo, na consecução de tal mister, que, como correntemente asseverado, a verdade, de modo absoluto, objetivamente considerada, não pertence aos homens, mas tão só, a Deus.

pode, portanto, ter um valor muito relativo, no conhecimento do magistrado, ao qual chega através de depoimentos e interrogatórios, suportando um largo trabalho de transformação, desde a sensação, momento inicial, até a exposição verbal ou escrita, que é o momento terminal".⁴⁰

Os obstáculos, proporcionados à mente humana, são inúmeros. Acusado, ofendido, acusador, defensor, testemunha, perito e julgador são influenciados por sensações, mediante estímulos, exteriores e interiores. E todos julgam, segundo critérios e valores pessoais, os fatos apreendidos, a serem repassados ao julgador. Difícil, quase impossível, a descoberta dos reais acontecimentos. Devemos entender que: "A verdade de que se cuida, por certo, não traz a marca da plenitude. 'A inteligência, que é limitada, não poderá jamais compreender com precisão a verdade toda. O entendimento está para a verdade, assim como o polígono está para o círculo: quanto maior for o número dos ângulos do polígono, tanto mais será semelhante ao círculo. Nunca, porém, chegará a ser igual, embora os ângulos se multipliquem, até o infinito, a não ser que assuma a identidade do próprio círculo'. Tal não emerge realizável. Só a aproximação – maior ou menor – aflora praticável. Tratamos, pois, da verdade possível; da verdade, dita processual, ou atingível".⁴¹

Na síntese de Jorge de Figueiredo Dias: "Por isso se diz que em processo penal está em causa, não a 'verdade formal', mas a 'verdade material', que há de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu

Daí porque, na arguta observação de Pasquale Tuozi, sua perquirição judicial, como em toda forma de conhecimento humano, restringe-se à probabilidade de conceber uma idéia, mais ou menos exata, sobre a ocorrência de prática tida como delituosa; vale dizer, uma idéia constitutiva de certeza" (*Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 91).

40. Enrico Altavilla. *Psicologia judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial*. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1981, v. I, p. 19-20.

41. Cf. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, lastreado na lição de Nicolau de Cusa ("O juiz penal e a pesquisa da verdade material". In: *Processo penal e Constituição Federal*. Coord. por Hermínio Marques Porto e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 74).

comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas *processualmente válida*".⁴²

Também não se pode olvidar o ensinamento de Luigi Ferrajoli, quando adverte: "Se uma justiça penal completamente 'com verdade' constitui uma utopia, uma justiça penal, completamente 'sem verdade' equivale a um sistema de arbitrariedade". E conclui: "... Com uma fórmula sintética, se pode dizer que o juízo penal – como todas as demais atividades judiciais – é um 'saber-poder', é decidir, uma combinação de conhecimento (verdade) e de decisão (autoridade). Nesse entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor é o saber, e vice-versa".⁴³

Deve o juiz penal buscar conhecer os verdadeiros fatos acontecidos, determinando as medidas necessárias a atingi-los pelas provas,⁴⁴ o que lhe é imposto, até por decorrência do sistema processual penal acusatório moderno, ou misto.⁴⁵ Entretanto, deve ter em mente, sempre, a relatividade da verdade a ser atingida.

42. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v. 1, p. 193-194.

43. *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 45-46, tradução livre, nossa.

44. Mais uma vez, como ensina Nicola Framarino dei Malatesta: "Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos de posse da verdade" (*A lógica das provas em matéria criminal*, ob. cit., p. 19).

45. Assim também entende Vicente Greco Filho: "... é princípio do processo penal, que interfere na garantia da ampla defesa, a aferição, pelo juiz, da verdade real, e não apenas da que formalmente é apresentada pelas partes no processo. O poder inquisitivo do juiz na produção das provas permite-lhe ultrapassar a descrição dos fatos como aparecem no processo, para determinar a realização *ex officio* de provas que tendam à verificação da verdade real, do que ocorreu, efetivamente, no mundo da natureza. Essa faculdade faz com que o juiz exerça, inclusive sobre a defesa, uma forma de fiscalização de sua eficiência, podendo destituir o advogado inerte ou determinar as provas para descoberta da verdade, ainda que sem requerimento do réu. No processo penal, o conteúdo da sentença deve, o mais possível, aproximar-se da verdade da experiência" (*Manual de processo penal*. 4.^a ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 75).

A propósito, na exata lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: "A narração do fato, que, nas denúncias e nas queixas, o denunciante ou querelante deve empreender, não vincula o magistrado às circunstâncias narradas, senão na medida em que estas se ajustem às do fato real objetivo. A tarefa de ajustar os termos da postulação acusatória aos termos da verdade real incumbe ao magistrado, no sistema do direito processual brasileiro, não apenas antes de proferir a sentença penal (arts. 383, 384 e 385 do Código de Processo Penal), nem tão só durante a instrução definitiva (art. 569 do Código de Processo Penal), mas também ao receber a inicial".⁴⁶

Continua o Mestre das Arcadas: "Quando ocorra desajuste, o poder-dever de o juiz zelar pela identidade dos fatos (o fato acusado há de ser sempre o fato ocorrido) investe-o na prerrogativa, que exerce de ofício, de denegar o recebimento à inicial desajustada, aplicando assim a sanção processual de inadmissibilidade ao ato eivado de nulidade prevista pelo artigo 564, do Código de Processo Penal. Essa prerrogativa – que reflete a obrigação de o juiz 'prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos' (art. 251 do Código de Processo Penal) – acompanha o magistrado durante toda a instrução criminal; e, quando, ao ter de proferir a sentença penal, ainda não tenha percebido o desajuste e só então venha a verificá-lo, está obrigado a exercê-la nos termos dos aludidos artigos 383, 384 e 385 do Código de Processo Penal".⁴⁷

Muito se afirma sobre a exigência, para o processo penal, da verdade material (real), em oposição à verdade formal do processo

46. *O princípio da verdade real*. In: Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ob. cit., p. 116.

47. *O princípio da verdade real*, ob. cit., p. 117. Nesse mesmo sentido, Júlio Fabbrini Mirabete ensina: "Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou iniciativa das partes... Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal" (*Processo Penal*, 8.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998, p. 44).

civil. Sem razão, pois a verdade, enquanto conceito antológico, não difere, em si mesma, tanto para um como ao outro. A forma de atingi-la não é igual nesses sistemas. No processo civil, embora inaceitável julgador inerte e escravo das partes, não se exige a mesma inquisitividade do juiz que, no muito, se satisfaz com a verdade das partes, para as quais é possível a transação e renúncia do próprio direito. No processo penal, diferentemente, dada a indisponibilidade dos direitos em confronto, deve-se buscar a verdade dos fatos o mais próximo da realidade acontecida. O julgador não pode contentar-se com a verdade apresentada pelas partes. Ao contrário, busca, incansavelmente, os verdadeiros fatos, encontrando limites, somente, na moral e legalidade das provas.⁴⁸

Se a verdade é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito, que, em absoluto, não pertence aos homens, mas tão só a Deus; e só a aproximação – maior ou menor – aflora praticável;⁴⁹ o conhecimento humano resulta, apenas, na certeza, ou probabilidade, dos fatos. Necessária, por isso, maior análise do estado subjetivo do julgador em suas decisões.⁵⁰

48. E não se olvide da *verdade consensuada*, admitida pela Lei 9.099/95, como sustentam Ada Pellegrini Grinover *et al.*: “É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebrou-se a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Abriu-se no campo penal um certo *consenso*. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a *verdade consensuada*.” (*Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 44).

49. Como nos ensinaram Mittermaier, Tucci e Pitombo: notas n.º 39, 44 e 46.

50. Para Alaôr Caffé Alves, “O espírito humano, por ser limitado ou imperfeito, nem sempre atinge o verdadeiro e, em muitos casos, atinge-o de modo incompleto. Em relação à verdade, o espírito pode encontrar-se em um dos vários estados seguintes: na ignorância, na dúvida, na opinião, na certeza e no erro. (...) A ignorância é um estado negativo, que consiste na ausência de conhecimentos. (...) A dúvida é o estado de suspensão (equilíbrio) entre duas asserções contraditórias, ou incompatíveis, onde o verdadeiro é só percebido como possível. (...) Opinião é o estado do espírito quando afirma com algum receio de se enganar. Na opinião, o verdadeiro só é percebido como provável. Há razões para afirmar, mas também para negar. Aquelas parecem mais fortes, sem entretanto, destruir estas. (...) A probabilidade é a luz perfeita sob a qual o verdadeiro frequentemente aparece ao nosso espírito, determinando nele o estado de opinião. Diz-se: isso é provável;

Nesse sentido, vale estudar a lição de Júlio B.J. Maier, para quem o processo penal é um método, regulado juridicamente, para averiguar a verdade acerca de uma imputação,⁵¹ podendo essa atividade resultar em *certeza, probabilidade ou dúvida*, segundo a graduação do conhecimento atingido acerca dos fatos.

A *certeza* resulta do sucesso da atividade desenvolvida para conhecer a verdade, pois, quem conhece está convencido de haver atingido a verdade. *Probabilidade* significa a aproximação plausível da verdade; o sujeito acredita ter se aproximado da verdade, embora reconheça não a ter alcançado totalmente. A *dúvida*, contrariamente, representa o fracasso da atividade aplicada para conhecer a verdade, que não permite afirmar certos ou prováveis os fatos a conhecer.⁵²

Da pesquisa de um fato pode resultar que a hipótese, certamente, aconteceu ou não. Poderá, ainda, resultar na convicção de que o fato é provável ou não. Por isso, *certeza e probabilidade positivas* são posições subjetivas do pesquisador que confirmam o fato averiguado ou tendem a confirmá-lo, segundo a graduação alcançada na aproximação à verdade. A *certeza e probabilidade negativas*, ao contrário, são posições subjetivas que não verificam a hipótese ou tendem a repeli-la.⁵³

Os estados subjetivos do julgador determinarão sua decisão. Da análise das provas produzidas, poderá estar convencido de que a imputação é correta, total ou parcialmente, alcançando a *certeza positiva* sobre toda a increpação ou ao menos parte dela; ou, então, terá a convicção necessária para repudiá-la, total ou parcialmente, despontando a *certeza negativa*. O mesmo acontecerá com a

portanto, esta é a minha opinião Admite graus: pode aproximar-se indefinidamente da certeza, sem nunca atingi-la. (...) Na certeza, o verdadeiro é percebido em plena evidência. A evidência é qualidade do objeto, e a certeza, estado do sujeito. Diz-se: isto é evidente; eu estou certo porque isto é evidente. 'A evidência é a plena e imediata clareza com a qual o verdadeiro aparece ao espírito e lhe determina adesão'. A certeza é o estado de espírito que afirma sem receio de se enganar. Na certeza, portanto, não existe graus". (Lógica: pensamento formal e argumentação - elementos para o discurso jurídico. Bauru: Edipro, 2000, p. 328-330).

51. *Derecho procesal argentino*, ob. cit., p. 579

52. *Idem*, p. 564.

53. *Idem*, p. 565.

probabilidade, a ser *positiva* ou *negativa*, de acordo com os elementos de prova, que confirmam a hipótese, superarem aqueles que a afastam. A *dúvida* exclui essa polaridade, pois, os elementos que confirmam ou afastam a hipótese estão tão balanceados que impedem qualquer opção.⁵⁴

Essas alternativas subjetivas é que irão orientar as decisões judiciais no processo penal. A sentença condenatória só poderá ocorrer com a *certeza positiva* de ocorrência da imputação. Qualquer outro estado anímico (*certeza negativa*, *probabilidade positiva ou negativa e dúvida*) impede a condenação e indica a absolvição como solução.⁵⁵

A *probabilidade positiva* poderá servir como fundamento das decisões de coerção, como a prisão preventiva;⁵⁶ todavia, os demais estados anímicos – *certeza negativa*, *probabilidade negativa ou dúvida* – não permitem a adoção de qualquer medida desfavorável ao acusado e, pelo contrário, apontam sempre para o afastamento da restrição da liberdade.⁵⁷

Nada mais equivocado, inaceitável sofisma, do que a afirmação de *in dubio pro societatis* ou *pro reo*. O juiz não decide na dúvida, o que equivaleria a descabida indecisão judicial. O que desponta

54. *Idem*, p. 567.

55. Como afirmado pelo Tribunal de Justiça, do Estado de São Paulo: “Para a prolação do decreto penal condenatório, indispensável se faz a certeza da ocorrência delituosa e sua autoria, estreme de dúvidas. A íntima convicção do magistrado deve sempre apoiar-se em dados objetivos indiscutíveis, sob pena de transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (RT 684/302).

56. Mesmo nesse caso, de medida cautelar restritiva da liberdade, há que se exigir maior rigor na demonstração da probabilidade positiva. A existência material do fato imputado e a suficiência dos indícios devem ser mais sérios e superiores, até ao oferecimento da denúncia. Nesse sentido a didática decisão, a 6.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deixou assentado: “Como se sabe, para o oferecimento da denúncia basta haver *indícios de autoria*. Mas para a prisão preventiva a lei processual penal (art. 312), exige *indícios suficientes de autoria*. Há uma diferença entre os requisitos da instauração da ação penal e os da custódia cautelar: neste último caso, os indícios devem ser veementes, quantos bastem para se ter uma certeza provisória da autoria. Se assim não fosse, em quase todos os casos de recebimento de denúncia caberia a prisão preventiva” (RT 680/349).

57. Cf. Júlio B.J. Maier. *Derecho procesal argentino*, ob. cit., p. 567.

é a certeza de insuficiência da prova para essa ou aquela decisão. O juiz tem a convicção de que as provas não bastam para decretar a medida judicial cautelar, receber a denúncia, pronunciar ou condenar. Não há dúvida; ao contrário, existe certeza da insuficiência das provas.⁵⁸

Assim, é que para a decisão de recebimento da denúncia – peça formal de acusação, cujo conteúdo traz imputação, objetiva e subjetiva, arrimada em provas, a serem melhor confirmadas pelas mais produzidas em juízo – basta a *probabilidade positiva*. Vale dizer que os elementos, trazidos com o inquérito policial ou peças

58. É preciso espantar de vez essas assertivas falaciosas. Santiago Sentís Melendo, com acuidade, esclarece: “Dúvida e réu contém todo processo, qualquer que seja seu objeto, porque a dúvida existe sempre e réu há em todos os processos, não só no penal. Porém, não se trata de dúvida, senão de outro fenômeno: falta de provas. Quando se diz *in dubio pro reo* se está dizendo que, à falta de provas, há de absolver o réu; e isto parece que não necessita justificação. O juiz não duvida quando absolve. Está firmemente seguro, tem a plena certeza: de que? De que faltam provas para condenar.” (*In dubio pro reo*. Buenos Aires: Edições Jurídica-Europa América, 1971). Nesse mesmo sentido, José Henrique Rodrigues Torres aniquila as decisões calcadas em dúvidas: “Não me parece devido nem jurídico invocar na pronúncia, o provérbio *in dubio pro societate*. Não se pode admitir nenhum julgamento com base na dúvida. Nenhum. O uso da mencionada expressão é um equívoco, que, infelizmente, tem ocorrido com frequência. (...) O julgamento com base na dúvida não interessa à sociedade, que exige certeza fundamentada em todas as decisões judiciais (Constituição Federal, artigo 93, inciso IX). O critério para a avaliação das provas não pode ser tão subjetivo a ponto de se permitir a prevalência da dúvida. Ter dúvida é não estar convencido de nada. E isso é inadmissível para a segurança do exercício da função jurisdicional no estado de direito democrático. O critério que deve prevalecer é, exclusivamente, o da suficiência ou não do conjunto provatório. (...) Não se pode invocar a dúvida para embasar um julgamento, olvidando-se de que um dogma constitucional exige fundamentação para todas as decisões judiciais. Decidir com base na dúvida implica uma decisão sem fundamentação, ou seja, implica não decidir. Dúvida é *indecisão*. Logo, é incompatível com uma *decisão*, especialmente com uma *decisão jurisdicional*. Ademais, além de *indecisão*, dúvida é incerteza sobre a realidade de um fato, é incerteza sobre a verdade de uma asserção, é hesitação, é suspeita, é obstáculo, é objeção, é escrúpulo, é receio. (...) É evidente, pois, que não se pode decidir com dúvida.” (Quesitação: A importância da narrativa do fato na imputação inicial, na pronúncia, no libelo e nos quesitos. In: *Tribunal do Júri*: Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. Coord. por Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 229-230).

de informação, que lhe dão suporte fático, permitam a convicção de que o processo penal poderá ter bom êxito na confirmação de ocorrência de fato penal relevante a ser atribuído ao acusado. Caso não ocorra esse convencimento, se o magistrado não consiga prever tal aproximação da verdade, deverá rejeitar a denúncia.⁵⁹

O mesmo raciocínio deverá ser desenvolvido na decisão de pronúncia. A acusação, nos crimes dolosos contra a vida, será admitida, somente, quando existir prova da materialidade e indícios de autoria, suficientes para reconhecer a probabilidade positiva da imputação. Débeis as provas, deverá ser rejeitada, pela impronúncia.⁶⁰

De igual forma acontecerá, 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" (Código de Processo Penal, art. 384), quando deverá baixar o processo, para aditamento pelo Ministério Público e proporcionar oportunidade de produção de prova pela defesa.

59. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu: "Não é necessário para o recebimento da denúncia, que os autos de inquérito policial ou administrativo contenham provas completas do crime. Esta prova só se exige para a condenação. Contudo, há de ser exigido algum indício, mais ou menos sério, em relação à existência da infração e da autoria" (RT 725/550).

60. Em interessante decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ficou consignado: "Na fase da pronúncia o juiz julga a admissibilidade ou não da acusação descrita na denúncia. Ao magistrado é vedado o exame aprofundado do mérito da causa, pois, isto incumbe ao juiz natural, o Tribunal do Júri. Se nesse exame o magistrado entender haver prova de materialidade do delito e suficientes indícios de autoria pelo réu, deve proferir decisão pronunciando o acusado a fim de submetê-lo a julgamento por seus pares. Caso contrário, o caminho é se decretar a impronúncia do acusado, com a declaração de improcedência da denúncia ou queixa nos precisos termos do que dispõe o art. 409 do CPP. Havendo prova da materialidade do delito e suficientes indícios de autoria pelo réu, o julgador só não pronunciará o denunciado porque a acusação deixou de ter fundamento razoável em decorrência da existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, ensejando, portanto, a absolvição sumária, consoante preceitua o art. 411 do CPP" (RT 705/314). Convém deixar consignado outro julgado, complementar: "Os indícios de autoria não se confundem com a mera conjectura, porque indícios são sensíveis, reais, ao passo que a conjectura, muitas vezes, funda-se em criação da imaginação ou de possíveis antipatias, não provadas. O indício, bem ao contrário, deve ser necessariamente provado." (RJTJSP 156/296).

Não basta, nesse momento, mera possibilidade de *nova* definição jurídica, pela “circunstância elementar” descoberta, não constante da denúncia ou queixa. É necessário que, das provas produzidas, desponte a convicção de *probabilidade positiva* de ocorrência de outro crime ou nova circunstância, não objeto da imputação, a ser atribuído ao acusado.

Se pelas provas produzidas, o julgador perceber a inoccorrência da imputação originária e não se convencer da probabilidade de outro crime, a ser atribuído ao acusado, no aditamento da denúncia ou queixa, deve absolvê-lo pelo crime increpado. A exemplo, podemos citar o caso da imputação da prática de furto, demonstrando a prova produzida a ocorrência de roubo, pela ameaça exercida com arma de fogo, mas não reconhecido o acusado; de nada adiantará o aditamento da denúncia para constar a acusação por roubo, se a imputação subjetiva não permite o convencimento de *probabilidade positiva*. Ainda que, no futuro, venham surgir novas provas de autoria a ser atribuída àquele argüido, não poderá mais ser acusado pelo novo fato (roubo), para não ocorrer o *bis in idem*, nem ofensa à coisa julgada penal.

Portanto, o estado subjetivo a permitir a correção da acusação, para a conformação da sentença aos fatos imputados – da mesma forma que para o recebimento da denúncia –, será a *probabilidade positiva* que, aliás, é a única aceitável para as decisões judiciais, tomadas antes da sentença condenatória. Qualquer outro resultará na rejeição de medidas judiciais, cautelares ou não, restritivas da liberdade e, ao final, fundamentará a absolvição.

Ademais, não se pode olvidar de limitações impostas à busca da verdade, porque, para alcançá-la, é indispensável observar regras, decorrentes do devido processo penal, caminho legal para atingi-la, sob pena de invalidade da prova, constante dos autos, na qual o julgador alicerçou a persuasão racional.⁶¹

61. É bom não deslembra a lição de Vicente Greco Filho, de que o sistema de *persuasão racional* limita o convencimento e apreciação do juiz, aos fatos constantes do auto: “Justifica-se essa limitação porque a verdade real, a certeza objetiva, é sempre sujeita à interpretação individual e depois porque a verdade

1.5. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A verdade imprescindível ao julgamento não pode violar outros direitos do acusado, porque, como adverte Joaquim Canuto Mendes de Almeida: "A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário, também que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito".⁶²⁻⁶³

O legislador, da atual Constituição da República, teve intenção garantista ao determinar, no seu artigo 5.º, inciso LV, que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e, aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*; exigindo, portanto, a observância a duas regras processuais: o contraditório e a ampla defesa.

Se ao Estado surge o direito de punir o pretensu criminoso, a contar do cometimento do crime, ao acusado desponta o correspondente direito de defesa a proteger-lhe a liberdade jurídica, porque "... é uma decorrência do princípio constitucional do devido processo legal. É ele imanente a todo o sistema processual em que se adote

real, ainda que mereça ser perseguida como ideal, se não está nos autos, não foi submetida ao contraditório e conhecimento das partes, causando-lhes surpresa e podendo ser instrumento de arbítrio (*Manual de processo penal, op. cit.*, p. 215).

62. *O contraditório no processo penal*. In: Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 107-108.

63. A busca da verdade serve para a justa condenação. Protege o acusado e não pode ofender outros direitos, assegurados em prol da liberdade. Prestigiando tal entendimento, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, decidiu: "... declarações colhidas no procedimento inquisitorial, por mais convincentes que elas sejam, não podem embasar o juízo condenatório, sob pena de violação das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. O princípio da verdade real, na sede penal, é delimitado pelas referidas garantias da Lei Maior" (RT 613/388).

o procedimento contraditório... e, no processo penal decorre do reconhecimento e da proclamação do direito de defesa em sua plenitude”,⁶⁴ garantida pelo processo penal, como instrumento do qual pode dispor para provar sua inocência; ou, então, impedir possíveis excessos, no exercício do direito estatal punitivo, decorrente da observância do princípio processual da legalidade, representado pela regra da *nulla poena sine iudicio*.

Mais uma vez, na clássica e sintética lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, deve-se entender o contraditório como “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”,⁶⁵ bem como do direito à prova legitimamente obtida ou colhida.⁶⁶

Ada Pellegrini Grinover esclarece: “Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício de defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste”.⁶⁷

64. José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 1, p. 376.

65. *Princípios fundamentais do processo penal*, ob. cit., p. 82.

66. Rogério Lauria Tucci esclarece: “Para que a garantia da plenitude da defesa seja uma realidade, ao direito à informação e atuação, e ao contraditório, deve ser somado o direito à prova, mais especificamente, o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, que, por certo, se faz ínsito à contraditoriedade da instrução criminal” (*Direitos e garantias individuais...*, ob. cit., p. 226-227). Nesse mesmo sentido, Mariano A. Rodríguez: “Não pode haver defesa sem antes existir acusação. Nisso consiste o contraditório: a apresentação das provas que sustentam a afirmação das hipóteses acusatórias e a possibilidade de refutação de ditas provas pela defesa, por meio da contraprova ou da análise valorativa de cada uma das evidências acusatórias que vulnerem o estado de inocência do penalmente perseguido” (*Los límites de la jurisdicción penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1997, p. 37). Ver, também: Ada Pellegrini Grinover. “O conteúdo da garantia do contraditório”. In: *Novas tendências do direito processual*: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 19-20; Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, ob. cit., p. 148; Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 66-69.

67. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. 1.^a ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1985, p. 10.

O processo penal é o terreno natural, onde deve ocorrer o confronto dialético do direito de punir do Estado com o direito de liberdade do acusado – determinante de sua regra nuclear publicística. Não pode haver qualquer preponderância no exercício desses direitos (*jus puniendi* ou *jus libertatis*), durante toda a persecução penal. A paridade de força entre as partes, no processo penal, exige conhecimento pelo acusado, desde o despontar da acusação, dos fatos que lhe são atribuídos – e considerados como comportamento inadequado –, bem como das provas acusatórias, para, só assim, defender-se, sem qualquer surpresa.

A correlação entre acusação e sentença, o contraditório, como exigência da ampla defesa, constitui vigoroso instrumento defensivo.⁶⁸ Representa a possibilidade de prévio conhecimento dos fatos imputados, com oportunidade de, ouvido por último, contrariá-los, porque: “O primeiro passo do justo processo, respeitante do devido processo legal, é que a defesa seja e possa ser ouvida, graças a uma imputação que circunscreva, que delimite, o objeto e o âmbito da acusação. Com a delimitação do âmbito da acusação, com a fixação clara do fato pelo qual responde o réu, é que pode a defesa ser ouvida. O direito de ser ouvido pressupõe a determinação, a fixação, precisa da imputação: ninguém pode ser ouvido sobre generalidades, sobre abstrações, sobre elocubrações”.⁶⁹

A ampla defesa acontece com a possibilidade de contrariar a acusação e é exercitada tanto pelo próprio imputado, quando se denomina autodefesa – por ocasião do interrogatório – como pela defesa técnica, realizada por profissional do direito, advogado conhecedor das regras processuais, limitantes do poder punitivo e que atua sob alguma orientação do próprio acusado, ao ser informado dos fatos acontecidos.

68. Não foi por outro motivo que o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo afirmou: “O princípio da correlação entre imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional. Qualquer distorção, sem a observância do disposto no art. 384 da lei penal adjetiva, significa ofensa aquele princípio e acarreta a nulidade da sentença” (RT 526/396).

69. Miguel Reale Júnior. “Pena sem processo”. In: *Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica*. Organização de Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo. São Paulo: Malheiro Editores, 1997, p. 26.

Ademais, como afirma José Frederico Marques: “Na sentença condenatória, não pode o juiz fugir dos limites que lhe são traçados pela imputação, de acordo com os princípios e as regras que regulam as relações entre o pedido acusatório e a condenação... Mas, ir além, no julgamento da ‘res in judicium deducta’, do perímetro traçado pela imputação contida no pedido acusatório, constitui violação insanável do direito de defesa do réu”.⁷⁰

Por isso, se no momento de proferir a sentença, o juiz perceber o descompasso entre os fatos denunciados, conhecidos e a serem julgados, deverá proceder a correção. Primeiro, para que não ocorra prestação jurisdicional sem provocação, vale dizer, sem acusação formal, em violação ao sistema processual acusatório adotado, no qual é vedada a iniciativa da persecução penal pelo julgador, com evidente comprometimento de sua imparcialidade; por outro lado, decorrência do devido processo legal, para que seja dado ao acusado o sagrado direito de defesa, permitindo-lhe contrariar os fatos que lhe são imputados, com plenitude, para que não ocorra a perplexidade ao ser condenado sem ter se defendido.⁷¹

1.6. CONCLUSÃO

O processo penal hodierno adota o sistema acusatório misto. Embora distintas as figuras de julgador e acusador, o juiz não mais é inerte, assistente dos atos processuais das partes. Depende da acusação formal, a ser exercida pelo Ministério Público, pelo ofendido ou representante legal; entretanto, deduzida a acusação, o juiz não está preso à vontade e disposição instrutória das partes. Ao contrário, impulsionado na busca da verdade processual⁷² – aquela atingível no processo penal –, deve, supletivamente, inves-

70. *Elementos de direito*, ob. cit., v. 3, p. 50.

71. Cf. Francisco Soto Nieto. *Correlacion entre acusacion y sentencia*: la tesis del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Madrid: Editorial Montecorvo, 1979, p. 41-47.

72. Buscar a verdade criminal é um dever do juiz, não mera *faculdade* a ser exercida com cautela, como entende Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. (*Da prova no processo penal*. 3.^a ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16).

tigar a ocorrência, ou não, dos verdadeiros acontecimentos imputados ao acusado, em toda sua plenitude: elementos e circunstâncias.

Essa atividade inquisitiva, na procura dos verdadeiros fatos, objeto da imputação, com muita freqüência, coloca o julgador diante de outros ainda desconhecidos no processo penal condenatório. Não increpados, nem contrariados. Diante da descoberta, porque deve conhecê-los, completamente, em toda inteireza, adotará providências corretivas ou complementares da acusação.

A busca da verdade processual encontra limites no direito de defesa e na razoabilidade da procura, que não pode se eternizar, em prejuízo do próprio acusado. Impedido de conhecer fatos não increpados, ainda que provados ou contrariados, baixará os autos ao acusador, dando-lhe oportunidade para oferecê-la. Na seqüência, efetivada a acusação dos novos fatos ou circunstâncias, dará ciência ao acusado, assegurando-lhe a ampla defesa, com possibilidade de contrariá-los.

Qualquer inobservância dessas regras, com conhecimento de fatos não acusados, nem contrariados, para absolvição ou condenação, implicará incongruência entre a acusação e julgamento. Como consequência, teremos a nulidade absoluta da sentença penal, por ofensa a mandamento constitucional, porque manifesto o prejuízo causado pelo desrespeito ao devido processo penal, com todos seus corolários.

Eis o porquê do entendimento de que fato concreto, acusação formal e sentença não se devem apartar, pois: “O objeto do estudo emerge ternário, a saber: fato concreto, acusação e sentença. Ao primeiro, as outras devem guardar fidelidade estrita. Mudam elas em função de fato imputado, que variou. E, mais se afirma: o juiz se prende ao fato da causa penal, com maior empenho do que ao pedido do acusador”.⁷³

73. Conforme Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Do fato concreto à sentença*. In: Prefácio ao livro de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. “Correlação entre acusação e sentença”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 – Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 3, p. 15).

ACUSAÇÃO

SUMÁRIO: 2.1. Introdução – 2.2. Conceito e elementos – 2.2.1. Imputação: Fato de relevância penal – 2.2.2. Imputação: Indicação do autor – 2.2.3. Responsabilização – 2.3. Acusação durante a persecução penal – 2.3.1. Acusação durante a fase investigativa – 2.3.1.1. Acusação no inquérito policial – 2.3.1.2. Acusação na prisão em flagrante delito – 2.4. Acusação durante a ação penal condenatória – 2.4.1. Acusação na denúncia ou queixa – 2.4.1.1. Exposição do fato penal relevante, em todas circunstâncias – 2.4.1.2. Indivuação do acusado – 2.4.1.3. Classificação do crime – 2.4.2. Acusação no libelo-crime acusatório – 2.4.3. Acusação nas alegações finais – 2.5. Controle judicial da acusação – 2.6. Conclusão.

2.1. INTRODUÇÃO

A *acusação* não é o tema central proposto. Entretanto, como primeiro elemento da equação submetida à análise, seu estudo surge indispensável à completa conferência da atividade acusatória, durante toda a persecução penal, na fase administrativa ou judicial.

Muito se afirma acerca da necessidade de correlação entre acusação e sentença, ao termo final do processo penal condenatório; mas, a nosso ver, é indispensável haver fidelidade entre os fatos apurados, com o ato acusatório e a decisão judicial, que o admite, em qualquer fase da persecução penal, extrajudicial ou judicial. Inadmissível acusação sem lastro probatório, infiel ao resultado das investigações, a tumultuar a defesa e permitir restrições indevidas à liberdade jurídica do acusado.

A acusação, perfeita e completa, constitui direito do acusado e integra o *devido processo penal*. Somente com a compreensão do conceito de *acusação* será possível saber quando surge e em que momento há acusado, com possibilidade de exercício do constitucional direito ao contraditório e à ampla defesa. Eis, o porquê nos alongamos em sua análise.

A identificação dos elementos que a constituem permitirá descobrir equívocos, excessos ou omissões, evitando-se prejuízos à sociedade ou ao acusado. Os instrumentos da acusação devem constituir garantias do direito de defesa. Cada etapa da persecução penal deve ser precedida de um instrumento de exposição da acusação. Só com o prévio e completo conhecimento dos elementos acusatórios, com possibilidade a contrariá-los, a defesa poderá ser exercida com amplitude.

O controle judicial da acusação é imperioso. As falhas podem ser corrigidas e as nulidades evitadas. O controle da *justa causa* para imposição de qualquer restrição à liberdade do acusado, no inquérito policial ou na ação penal, implica controle da acusação, contida em cada instrumento acusatório: dos elementos fáticos ou legais. Quando não possível o saneamento, a rejeição deverá ser realizada, evitando-se constrição indevida à liberdade individual do acusado.

Conhecida a acusação inicial, controlada e corrigida, durante a instrução criminal, ao final será possível aferir a fidelidade do julgamento, em todos elementos acusatórios, porque aqueles não increpados jamais poderão ser julgados. Para essa verificação, necessário desvendá-los, o que se propõe agora.

2.2. CONCEITO E ELEMENTOS

A palavra *acusação* deriva de *causa*, a princípio sem qualquer significado processual. Todavia, com o passar dos tempos, adquire inúmeros sentidos jurídicos, despontando como mais expressivo “aquele que se apresenta em ‘contraposição com a idéia de defesa’; sobrelevado o contraditório... como expressão de posicio-

namentos teoricamente antagônicos”, determinante do sistema processual penal acusatório.¹

Não se pode aceitar, como absoluta, a lição de José Frederico Marques de que: “A *acusação* está para o processo penal condenatório assim como o pedido está para o processo civil de conhecimento. *Acusar* é deduzir a pretensão punitiva em juízo, mediante o pedido de condenação do réu por fato delituoso que lhe é atribuído. A *acusação* tem como objeto imediato o julgamento da pretensão punitiva. Seu objeto *mediato* é a imposição de *sanctio juris* penal ao acusado”.²

Sem olvidar da irrelevância do conceito de lide para o processo penal,³ cabe discordar, também, da assertiva, seguida por diversos

1. Rogério Lauria Tucci. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 60-61.

2. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Forense, 1961, v. II, p. 151. Segundo Augusto Magne, acusação é criminação; acusar é imputar a alguém um erro, criminar, increpar, culpar (*Dicionário etimológico da língua latina*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1950, v. I); para Antonio de Moraes Silva acusar é “denunciar o delito, imputando-o a alguém” (*Diccionario da língua portuguesa*, Lisboa, tip. Lacerdina, 1813, t. I, *fac-simile* comemorativo do primeiro centenário da independência do Brasil, sob a direção de Laudelino Freire); Rio de Janeiro: Tip. Fluminense, 1922, t. II, p. 24); para José Pedro Machado acusar é “por em causa; queixar-se” (*Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 3.^a ed., Lisboa: Livros Horizonte, 1977, p. 92).

3. Na pontual lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, ao tratar, para o processo civil, da regra de que *ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petita partium*: “O mesmo não pode ser dito do processo penal. Neste, o Estado, ao invés de ser estranho ao litúgio, tem interesse próprio e unitário, a despeito da duplicidade de aspectos fundamentais: o de *punição do culpado*, previsto pela norma penal, e o de *liberdade do inocente*, afirmado sobretudo através de normas de direito constitucional e praticamente reconhecido pela forma jurisdicional imposta à função administrativa de atuação da pena. Esses dois aspectos do mesmo interesse possibilitam duas aplicações da norma e, em acepção lata, um conflito; mas não geram a *lide* propriamente dita (...). Se assim é, vê-se, consideradas subjetivamente as partes contrastantes, que estas não existem no processo penal e que o Estado, por sua vez, em face dos dois aspectos contrários de aplicabilidade da lei penal, não tem preferências especiais e procura, apenas, sob forma jurisdicional... a *justa* aplicação da norma” (*Princípios...* ob. cit., p. 106). No mesmo sentido: Luciano Marques Leite. “O conceito de lide no processo penal: um tema

autores, da inexistência de acusação antes da propositura da ação penal, o que tem restringido o reconhecimento à ampla defesa e contraditório, em outros procedimentos.⁴

A afirmação do homem como titular de direitos, deveres ou ônus no processo, ultrapassada a época em que era mero objeto da prova, tem provocado, nas sociedades modernas e democráticas, a valorização do contraditório e da ampla defesa.

Por isso – sem deslembrar das origens da acusação, como *a forma procedimental utilizada em toda a antigüidade*,⁵ nem desejando criar novos conceitos, mas apenas provocar a meditação –, nos dias atuais, o estudo da acusação deve iniciar com a interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil, que, em seu artigo 5.º, inciso LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, aos acusados em geral.⁶

de teoria geral do processo”. In: *Justitia*. São Paulo, 1970, v. 70, p. 180-195; Jacinto N. Miranda Coutinho. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989; Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, ob. cit., p. 27-35. Ver também Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (*Teoria geral do processo*. 13.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 132).

4. Hélio Tornaghi, apesar da crítica ao vocábulo *indiciado*, nega a existência de acusado e defesa antes da propositura da ação penal condenatória: “Acertadamente evitou o Código a palavra *acusado* na fase do inquérito policial. Como é obvio, somente pode haver acusado depois da acusação, isto é, da queixa ou denúncia” (*Instituições...*, ob. cit., v. 2, p. 253-254). Nesse mesmo sentido é a lição de José Barcelos de Souza: “Por isso que não há ainda ação proposta, não há falar, na fase do inquérito policial, em réu ou acusado. A designação corrente, tradicional e empregada pelo Código em artigos diversos, é a de *indiciado*. (...) Mas não basta estar alguém envolvido em inquérito policial para que se considere, só por isso, indiciado. Este, conforme o próprio nome indica, é aquele contra quem se reuniram indícios, que são meios de provas. Por isso mesmo, não raro se vêem inquéritos em que aparece em branco, na folha que lhe serve de capa, o lugar destinado ao nome do indiciado” (*Teoria e prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 30).

5. Cf. Rogério Lauria Tucci. *Persecução penal, prisão e liberdade*, ob. cit., p. 62.

6. Com o mesmo tratamento genérico, *acusado*, o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 06.11.1992, no artigo 7.º, n.º 4, dispõe: “Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da *acusação* ou *acusações* formuladas contra ela”. Percebe-se a adoção do termo para todo aquele a quem é imputada a prática de fato reprovável, sem destaque a essa ou aquela fase da persecução penal.

Ao usar a expressão *acusados em geral*, por óbvio, o legislador constitucional de 1988 quis assegurar o contraditório e a ampla defesa, não só nos processos penais, mas, em qualquer processo ou procedimento acusatório, o que leva a rever o conceito de acusação, com visão mais ampla, antes mesmo da propositura da ação penal, para melhor compreensão desses imperativos constitucionais, em todas as fases da persecução criminal.

Esse destaque constitucional, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa aos acusados *em geral*,⁷ por si só, exclui a idéia de particularização ou exclusividade ao processo penal, referindo-se a todos aqueles que suportem uma acusação. Tal predicamento leva à observância do contraditório e ampla defesa a todas as formas acusatórias, jurisdicionalizando-as, cada vez mais.

Pontes de Miranda, comentando o artigo 153, da Constituição Federal de 1967, em similar dispositivo ao atual, já advertia: “A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há *acusado*; portanto em processo *penal*, ou em processo *fiscal-penal* ou *administrativo*, ou *policia*l”,⁸ afirmando com isso a existência de acusação, antes da propositura da ação penal, sempre que exista acusado, ou seja, alguém que suporte uma imputação.

Esse entendimento é compartilhado por Odete Medauar, para quem: “Na esfera administrativa o termo ‘acusados’ designa as

7. Segundo Francisco Torrinha, o adjetivo *geral* significa o “Que abrange tudo ou diz respeito a todos os indivíduos: *universus, communis, generalis*” (*Dicionário português-latino*, 2.^a ed. Porto: Editorial Domingos Barreira, 1939, p. 612). Segundo Francisco Fernandes, *geral* é sinônimo de: “Comum, universal; genérico, indeterminado” (*Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. 35.^a ed., rev. e ampl. por Celso Pedro Luft. São Paulo: Globo, 1996, p. 486). Para André Lalande, “... o verdadeiro sentido forte de *geral* corresponde ao que freqüentemente se designa por *universal*; mas o termo *geral* é bem mais característico do que o termo *universal* (relativo ao Universo, quer dizer ainda a um conjunto que tem as suas características individuais), e não vejo nenhuma razão para lhe recusar precisamente esta significação” (*Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 446).

8. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Ementa n.º 1, de 1969. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, t. V, p. 235. A Constituição Federal de 1967, preceituava em seu artigo 153, § 15. “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção”.

pessoas físicas ou jurídicas às quais a Administração atribui determinadas condutas, das quais decorrerão conseqüências punitivas. A hipótese compreende, p. ex.: exercício do poder disciplinar sobre servidores; imposição de sanções decorrentes do poder de polícia, inclusive sanções de trânsito; atuações disciplinares sobre alunos de escolas públicas; atuações disciplinares que, por delegação, cabem às ordens profissionais”.⁹

A acusação não pode ser considerada como instituto exclusivo do processo penal e tida como existente, apenas e tão-somente, após a oferta e recebimento do pedido acusatório. Ao contrário, a acusação se dá sempre que alguém – em qualquer tipo de relação, formal ou informal –, aponta outrem como autor de conduta, considerada reprovável, buscando sua responsabilização pela falta.¹⁰

Existe acusação, até mesmo, nas relações particulares, quando membro de determinada associação é indicado como autor de comportamento tido como reprovável, passível de punição disciplinar; entre elas, inclusive, a de expulsão da agremiação. Ainda nesse caso mais simples, teremos um acusado, apontado como infrator, para quem deverá ser assegurada a ampla defesa, antes da imposição de qualquer sanção, pois, caso contrário, poderá ele

9. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 78. Ver também Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, 2.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991, p. 348; Romeu Felipe Bacellar Filho, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, ob. cit., p. 347-348.

10. Em interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no mesmo sentido aqui defendido, ficou assentado: “A Constituição da República de 1988, em seu artigo 5.^o, inciso LV, assegura a todos os acusados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. É inegável que tal disposição, ao contrário do sustentado pela apelante, restaria violada na hipótese de prevaecimento da legislação anterior ao princípio constitucional vigente, caso se impusesse à autora a obrigação de recolher, desde logo, a multa que lhe foi imposta, para, só então exercer o seu direito de defesa. Esse princípio, a toda evidência, na atualidade, não sofre qualquer restrição, diante da circunstância de se tratar de mero procedimento administrativo, porquanto a nova Constituição da República, a ele estendeu as garantias que a Lei Maior anterior apenas assegura, em termos claros e expressos, aos acusados nas ações penais” (RJTJSP 140/113).

buscar socorro no Poder Judiciário, mesmo se tratando de questão *interna corporis*.¹¹

Há acusação em procedimentos administrativos, preparatórios a eventual propositura de ação penal, como acontece nos casos das Comissões Parlamentares de Inquérito; que, por disposição da Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 58, § 3.º: "... poderes de investigação próprios das autoridades judiciais... para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilização civil ou criminal dos infratores". Inegável a existência de acusação, porque, embora sem poder de julgar, apenas de instrução, podem as Comissões Parlamentares de Inquérito produzir provas suficientes, para formar a *opinio delicti* do órgão do Ministério Público, possibilitando-lhe a propositura de ação penal condenatória.¹²

11. Aliás, esse foi entendimento adotado pela Nona Câmara Civil, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão proferido no Agravo de Instrumento n.º 245.24-2, interposto por clube, que havia punido associada, contra decisão de primeiro grau que concedera liminar, nos autos de ação cautelar inominada. Assim, foi decidido: "(...) Afirma a agravante que 'o Judiciário não tem legitimidade de discutir questões *interna corporis*' (fls. 6). Ora ao contrário do que aduz o recorrente, a lei faculta a este poder intervir em questões internas, para evitar atos de arbítrio, de despotismo, de tirania, de absolutismo. Nada é permanente e o mundo se encontra em constante mutação e evolução, inclusive os estatutos do agravante. Como ressaltou o culto Procurador de Justiça oficiante: 'a Constituição da República vigente, em seu artigo 5.º, inciso LV, assegura, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa. Não mais existe distinção entre processo ou procedimento, entre pena criminal, civil ou administrativa. O contraditório e a ampla defesa devem estar presentes, sob pena de ofensa à Lei Magna. Assim, nenhuma penalidade pode ser aplicada, seja em entidades públicas ou privadas, sem que antes se faculte ao acusado o direito constitucional de ampla defesa' (fls. 79). Na hipótese, aplicou-se uma pena de suspensão, por 90 (noventa) dias a uma menor de 15 (quinze) anos de idade, por ter a mesma cedido sua carteira de identidade de sócia a uma amiga, para que esta adentrasse as dependências do agravante. (...) Houve manifesta precipitação do agravante ao atribuir culpa à agravada, sem qualquer providência asseguradora de defesa" (RJTJSP 167/184).

12. Outro não foi o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, quando apreciou pedido de liminar, em sede de *habeas corpus*, impetrado em favor de ex-Diretor do Banco Central, preso pelo Presidente da denominada Comissão Parlamentar de Inquéritos do Sistema Financeiro, porque,

Há acusação, também, no inquérito judicial, instaurado para investigação dos crimes falimentares. O Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, Lei de Falência, artigos 186 a 189, tipifica as condutas que, em caso de quebra, constituem crimes e sujeitam o falido a pena correspondente. Nos artigos 103 a 113, disciplina o procedimento do inquérito judicial, incoado a partir do requerimento formulado pelo síndico, na exposição circunstanciada, ou por determinação judicial, atendendo requerimento de credor ou do curador da massa falida. O falido poderá contestar as alegações do inquérito judicial e requerer a produção de provas, o que será decidido pelo juiz. A seguir, os autos irão ao Ministério Público para, se o caso, oferecer a denúncia ou pedir a apensação ao processo de falência, equivalente ao pedido de arquivamento do inquérito policial. Em caso de omissão do Ministério Público, poderá o síndico, ou qualquer credor, oferecer queixa.

Esse procedimento investigatório-judicial tem por finalidade a formação da *opinio delicti* do órgão do Ministério Público, do síndico ou de credor. A negação às provas requeridas pelo falido, antes de ofertada a denúncia, deverá ser motivada. O inquérito judicial contém acusação contra o falido ou outro envolvido e, por isso, deve propiciar a ampla defesa e o contraditório, assegurado aos acusados em geral.¹³⁻¹⁴

entendendo-se acusado, negou ao compromisso de dizer a verdade. Afirmou o Ministro em seu despacho: “Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar – a rigor, não haja acusados. A garantia contra a auto-incriminação não tem limites especiais nem procedimentais: estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática de crime.” (Boletim *IBCCrim*, n.º 79, junho 1999, p. 356).

13. Como entende Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*, ob. cit., v. 4, p. 106.

14. Escorrei o entendimento adotado pela 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, no *habeas corpus* 156.764-3/0, rel. Devienne Ferraz, ao decidir: “O sentido de se permitir a produção de provas na fase antecedente ao recebimento da denúncia é justamente permitir ao falido trazer aos autos elementos que possam servir de lastro a uma decisão que possa conduzir à rejeição liminar da acusação. Bem se vê, portanto, quão importante é a necessidade de se resguardar o contraditório no inquérito judicial. Desprezar sem motivo fundado o direito do

Após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, durante a execução da pena privativa de liberdade, poderão ocorrer fatos, que ensejam a punição administrativa-disciplinar do condenado-acusado.¹⁵ A imposição de qualquer sanção disciplinar, pelas graves consequências, exige, do administrador, estrita observância às regras constitucionais concernentes à ampla defesa.¹⁶⁻¹⁷

falido de ver analisado seu pedido de produção de provas visando contrariar o relatório do síndico acarreta-lhe, sem dúvida, cerceamento de defesa, pois compromete a regularidade do contraditório, indispensável na espécie, de sorte que o recebimento da denúncia nestes termos lhe acarreta ilegal constrangimento, impondo-se a concessão da ordem para o fim de anular o despacho que a recebeu" (RT 703/289-291). Em sentido contrário, mas sem boa razão, de que é inquisitório, peça meramente investigativa: RT 651/283, 642/372, 638/376, 634/287, 633/285 e 617/293.

15. A Lei 7.210, de 11 de junho de 1984, Lei de Execução Penal, nos artigos 49 a 60, trata das faltas disciplinares, sanções e aplicação. As consequências da sanção administrativa, por falta disciplinar, em particular as de natureza grave, poderá significar ausência de mérito para progressão a regime mais brando, ou ao livramento condicional, ou revogação do concedido, além da perda dos dias remidos por trabalho anterior.

16. Percebe-se o respeito às normas constitucionais imperativas, quando decidido pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Não é possível ao juiz da execução excluir algum benefício prisional, quer indeferindo-o, quer revogando-o, sem observância do devido processo legal, fazendo ouvir previamente o réu e assegurando a ele a assistência técnica indispensável a que se observe o preceito constitucional do contraditório" (JTACrSP 80/546).

17. Diametralmente oposto, curioso julgado do mesmo TACrim, que indeferiu ordem de *habeas corpus*, impetrado em sede de execução penal, por entender necessário mitigar o direito constitucional, pela presunção de licitude dos atos da administração pública e dificuldades materiais do Estado em obedecê-lo. Imprescindível transcrever interessante trecho do acórdão, ao assentar: "... o contraditório em procedimento administrativo, imposto pela Carta Magna no inc. LV do art. 5.º, há de ser temperado quando se trate de incidente na execução da pena. Presume-se lícito o ato praticado pela administração pública, incumbindo ao prejudicado a prova em contrário. Depois, há de ter presente a insuficiência dos meios materiais do Estado, incapaz de suprir as necessidades vitais de uma vasta legião de excluídos - cuja maioria não cometeu infrações - para transformar qualquer fato ocorrido no interior do presídio, em procedimento suscetível de invocar garantias constitucionais. A disciplina interna do cárcere é atribuição do Governo e este detém necessária discricionariedade para a apuração sumária das faltas, até para preservar a ordem e viabilizar o controle da população segregada. A cada cometimento de infração não se poderá destinar um advogado para atuar ao lado do infrator,

Como pode ser observado, essas sanções, previstas para fatos ocorridos no interior do cárcere, impostas por autoridade administrativa, em procedimento disciplinar, atingem de forma direta a liberdade do condenado-acusado de sua autoria, porque impedem o abrandamento da prisão, obtido pela progressão ou livramento condicional, ou com a antecipação da libertação, e, por isso, para imposição, devem ser assegurados, ao acusado, a ampla defesa e o contraditório.¹⁸

Doutrina e jurisprudência, em sua maioria, entendem indispensável a ampla defesa em todos os procedimentos extrajudiciais; todavia, estranhamente, é negada no inquérito policial, sob afirmação de inexistência de acusação nessa primeira fase da persecução criminal, investigativa de materialidade e de autoria. Asseveram não existir acusado no inquérito policial, somente suspeito e, sem acusação, não se há de exigir defesa, possível, tão-só, após a propositura da ação penal.¹⁹

sabendo-se da escassez de procuradores e da impossibilidade de atendimento jurídico eficaz a vulnerações de direitos e interesses de uma grande população obreira, carente e alheia à criminalidade. Por esse ângulo, não há se exigir procedimento formalizado e idêntico ao processo, nada obstante o preceito constitucional, cuja dicção não pode deixar de considerar a realidade, a ambiência e a pobreza do Estado brasileiro.” (RT 724/651).

18. O Tribunal de Alçada Criminal, julgando o Agravo em Execução n.º 1.028.341/9, interposto pelo Ministério Público, contra decisão que reconheceu a nulidade de procedimento administrativo, porque não assegurada a ampla defesa, com defesa técnica, ao condenado-acusado, em acórdão relatado pelo Juiz Roberto Mortari, decidiu: “1. Sobre o procedimento administrativo: O artigo 5.º, LV, da Constituição da República, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa. Na mesma esteira, o artigo 59, da Lei de Execução Penal, informa que na apuração das faltas disciplinares deve ser observado o direito de defesa. Tal garantia, entretanto, a par de relevantíssima, não foi preservada na sindicância instaurada contra o agravado, uma vez que, como se depreende dos documentos de fls. 45/64, não se facultou ao condenado, no caso, a assistência jurídica, que é direito de todo preso (art. 5.º LXXIV, da Constituição Federal e art. 3.º, item 7, da LEP), e que constitui extensão do princípio da ampla defesa. Ora, um expediente administrativo dessa ordem, que sequer observou as garantias individuais inscritas na Carta Magna, não poderia mesmo subsistir, mostrando-se realmente nulo, tal qual decidido em Primeiro Grau. (...)”.

19. Fernando da Costa Tourinho Filho sintetiza as lições daqueles que comungam desse entendimento, ao afirmar inexistência de restrição à defesa, mesmo

Esquecem, contudo, o que, há muito, já ensinava Joaquim Canuto Mendes de Almeida: "Quem quer que seja indiciado, pois, em inquérito policial, preso, conduzido, ou espontaneamente presente, tem o direito de exigir que a autoridade o interrogue, forme o corpo de delito, realize quaisquer perícias necessárias ao esclarecimento da verdade, ouça o ofendido, inquiria testemunhas por ele apontadas, desde que indispensáveis ou úteis à elucidação das circunstâncias do fato, junte documentos nos autos, etc. Tem direito, ainda, de participar do exame de corpo de delito, bem como dos demais exames e, por certo, das inquirições, no ato do registro dos depoimentos nos autos do inquérito policial. (...) A inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial. Seu interesse, ali, consiste, ao menos, em demonstrar que não deve ser denunciado."²⁰

Rogério Lauria Tucci, após afirmar a necessidade de se assegurar a ampla defesa no inquérito policial, por ser um *procedimento administrativo*, adverte: "Por outro lado, quando o examinado regramento constitucional alude a 'acusados em geral' o faz com o inescandível escopo de alargar a abrangência da dicção, de sorte a compreender qualquer espécie de acusação, inclusive a ainda não formalmente concretizada. Daí, a nossa convicta afirmação de que, se essa não fosse a intenção do legislador, afigurar-se-ia de todo

com o sigilo do inquérito policial, porque: "Se no inquérito policial não há acusação, claro que não pode haver defesa. E se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não existe. Por isso mesmo os Advogados dos indiciados, quando se fizer necessário o sigilo, não podem acompanhar os atos do inquérito policial. Este é mera colheita de provas, mero procedimento informativo sobre o fato infringente da norma e sua autoria. O *jus accusationis* não se exerce nessa fase. A acusação inicia-se com o oferecimento da denúncia ou queixa. Proposta a ação, sim, é que deve haver regular contraditório, erigido, aliás, entre nós, à categoria de dogma constitucional, como se infere do inc. LV do art. 5.º da CF (a propósito, RT 522/396, e DJU, 16 set. 1977, p. 628)" (*Processo penal*, ob. cit., v. 1, p. 189). Ver, também, Celso Ribeiro Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 269). Acolhendo a tese de inexistência de defesa no inquérito policial temos: RT 732/622, 711/378, 689/439 e 685/359.

20. O direito de defesa no inquérito policial. In: Princípios fundamentais do processo penal, ob. cit., p. 213-214.

desnecessária a adição ‘em geral’; bastaria a alusão a ‘acusados’.²¹ Admite, portanto, a existência de acusação formal e informal”.

Com razão, porque o inquérito policial, ou qualquer outro procedimento prévio, tende a procurar base suficiente para a acusação formal ou motivo para afastá-la.

Embora o Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, não denomine de *acusado* o provável autor do delito – referindo-se a ele, antes do oferecimento da denúncia ou queixa, como sendo *indiciado* –, já se faz necessário atualizar o significado desse termo (*indiciado*), afastando-se a divergência semântica, com interpretação gramatical progressiva e compatível com a norma constitucional vigente.

Ora, *indiciado* é aquele apontado pelos indícios, colhidos no inquérito policial, como provável autor do delito, na exata lição de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: “*Indiciamento* compõe-se, sob o ângulo etimológico, da palavra *indício*, forma divergente de *endez*, mais o sufixo *amento*. A voz substantiva *endez*, derivante do latim *indicii*, significa indicação, sinal, revelação e autorização para fazer acusação, ou denúncia. *Amento* é sufixo formador de substantivos de ação, movimento que, no caso, guardando uma das funções latinas, possui idéia coletiva. Indiciar, sob o enfoque antes mencionado, consiste, pois, em mostrar por vários indícios, permitindo acusação. *Indiciamento* é o ato, ou efeito, de assim fazer. Já, no inquérito policial, o *indiciamento* há de ostentar-se como ato do procedimento, que resulta do encontro de um ‘feixe de indícios convergentes’, que apontam o suposto fautor da infração penal. Dimana, pois, do foco incriminador”.²²

A divergência terminológica não tem o condão de afastar a existência de acusação no inquérito policial. Exige-se, apenas, atualização do termo, face ao novo dispositivo constitucional. As palavras não têm o mesmo significado em todos os tempos. Se

21. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 380-381.

22. O indiciamento como ato de polícia judiciária. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1987, p. 37.

outrora aquele indicado, pela convergência de provas, como autor do delito era o *indiciado*, hoje deve ser reconhecido como sendo *acusado*, assegurado-lhe a ampla defesa, ainda no inquérito policial.

Aliás, indo além, afirma Paula Bajer Fernandes Martins da Costa: "Não teria sentido, obviamente, estabelecer a Constituição contraditório em todos os procedimentos, excepcionando o inquérito policial. Apenas por uma questão terminológica, a de que tecnicamente indiciado não é acusado, não se pode extrair, da Carta, a exigência de contraditório em todos os procedimentos, com exceção do inquérito policial. A Constituição não foi redigida por processualistas. Deve ser interpretada sistematicamente".²³

Não concordamos por completo. Se ao indiciado permite-se defesa, é porque existe imputação de infração penal. Entretanto, porque no inquérito policial não há partes, não poderá haver contraditório; só o exercício do direito de defesa, seja pelo suspeito, adiantando-se; seja pelo indiciado, afrontando os meios de prova. Poderá o ofendido participar da persecução penal, em defesa de seus interesses civis de reparação do dano, nascente no crime;²⁴ mas, nem por isso, será parte no processo penal.

Assim é que, indiciado alguém como autor de conduta reprovável, buscando-lhe a responsabilização por aquela falta, haverá acusação e acusado, a exigir observância ao mandamento constitucional, seja em qualquer tipo de procedimento estabelecido: judicial ou administrativo, público ou privado.

Do exposto, pode-se definir, genericamente, acusação como o ato de apontar alguém como provável autor de fato reprovável, passível de reprimenda, seja em qualquer tipo de relação, procedimental ou não. Especificada para o processo penal, desponta a acusação como o *ato de indicar alguém como provável autor de fato penal relevante, para sua responsabilização, em procedimento*

23. *Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecedem a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 19/171-178.

24. Cf. Antonio Scarance Fernandes. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 77-79.

*extrajudicial ou judicial; no curso da persecução penal, ou no correr do processo de execução penal.*²⁵

Em síntese: ao se convencer, pela análise dos indícios convergentes ou outros elementos de convicção, o acusador aponta o autor da conduta, com relevância penal, buscando a futura imposição da sanção correspondente; ou seja, lhe imputa o delito para sua responsabilização penal.

Se existente acusação, desde o momento em que os indícios mostrem quem o provável autor do delito, muitas indagações surgirão, é obvio. Entre elas, uma, sem dúvida, será apresentada, acerca do que existe, quando do ato de oferecimento da denúncia ou queixa.

Existirá a proposição da ação penal, com acusação penal formal, contendo imputação da prática de determinada infração penal. Denúncia apresenta-se como promoção da Justiça Pública, que contém a afirmação de um dever-ser punitivo, feita no Juízo Penal, em face de pretenso autor, ou sujeito agente,²⁶ por alguma infração penal. A queixa, ou querela, desponta como promoção do particular ofendido; ou de quem tenha capacidade de fazê-lo presente, em juízo. Elas, denúncia e queixa, surgem quais acusações formais.²⁷

Reunidos elementos indicativos de autoria, teremos a acusação, que se inicia possível; mas, vai se firmando aos poucos, na nota de culpa, no indiciamento, no relatório da autoridade policial, tornando-se limitada (bitolada) na denúncia ou queixa e na pronúncia, desenvolvendo-se o processo penal condenatório em torno dela,

25. A afirmação da existência de acusação no processo de execução penal decorre do elemento *responsabilização*, com a realização da pena: *abstrata* no Direito Penal, antes da ocorrência do fato com relevância penal; *concreta* na sentença penal condenatória, realiza-se na execução penal, com a efetiva responsabilização do, agora assim reconhecido, autor do delito.

26. Não se ignora o conceito de *agente*, para o direito penal, gênero que se especifica em autor, co-autor e partícipe. Por entender mais preciso ao processo penal, sempre que mencionarmos *autor*, por óbvio, referimo-nos também ao co-autor e partícipe.

27. Cf. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. Emprego de algemas, notas em prol de sua regulamentação. In: Inquérito Policial: novas tendências. Belém: Cejup, 1987, p. 52, nota 9.

até tornar-se definida na sentença penal, ou na decisão final de segundo grau, ou de grau superior.

Da definição atingida, percebem-se os três elementos que compõem a acusação: fato de relevância penal, indicação de autoria e responsabilização penal. Os dois primeiros elementos – fato penal relevante e indicação de autoria – constituem a *imputação*,²⁸ ou seja, a atribuição do fato considerado delituoso, a alguém, provável autor.

Contudo, para acusação é indispensável adicionar a *responsabilização*, porque “... o acusador não se limita apenas a imputar ao réu a própria ação ou omissão criminosa, pois se assim agisse tornaria a acusação ineficaz ou insuficiente, desprovida de sua essência mesma, que é a exigência penal. Estaria ele equiparado “grosso modo” à testemunha, cuja atuação se cifra em descrever os fatos imputados com suas circunstâncias mais importantes, com a simples diferença de dar-lhe o acusador um conceito jurídico-legal. (...) Da responsabilidade jurídico-penal nasce o direito de castigar, porque provém de um ato criminoso, demeritório, enquanto se ordena a outro (*ratione communitatis*), e por efeito dela se acusa”.²⁹

Discordamos, portanto, da afirmação de que *acusação* e *imputação* são sinônimas. Para nós, a acusação contém a imputação. Correta, portanto, a denominação *correlação entre acusação e sentença*, por exigir simetria entre *imputação*, subjetiva, objetiva – fática e legal – e *responsabilização*.³⁰

28. Atribuir a alguém a prática de um fato concreto, com relevância penal, significa imputar-lhe um crime, na exata lição de José Frederico Marques: “Consiste a imputação em atribuir-se ao réu a prática de determinados atos que a ordem jurídica considera delituoso, com a qualificação provisória desses atos, consistentes no enquadramento na descrição típica contida em norma penal incriminadora. São elementos da imputação: a) descrição de atos ou fatos; b) qualificação jurídico-penal desses atos ou fatos; c) a atribuição a alguém dos atos ou fatos descritos” (*Elementos*, ob. cit., v. I, p. 204).

29. Gilberto Callado de Oliveira. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 172-173.

30. Nesse ponto discordamos da conclusão de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, ao entender *acusação* como sinônimo de *imputação*, mais usual. (*Correlação entre acusação e sentença*, op. cit. p. 110, nota de rodapé n.º 2). Para nós, a *imputação* é um dos elementos da *acusação*.

Não há sinonímia absoluta. Qualquer dicionário assenta: acusação é o mesmo – ou quase o mesmo – que criminação, incriminação, imputação, inculpação, increpação, acoimamento e outras mais vozes. A evidência de os autores tratarem a denúncia e queixa como acusação jamais obsta o uso mais amplo da palavra; nem impede a utilização restrita de outras; mas, sempre na procura do melhor entendimento no processo penal de natureza condenatória. A preocupação de clarear o significado das palavras, em Direito, nunca foi tida por inútil.³¹

2.2.1. Imputação: Fato de relevância penal

Imputar é verbo bitransitivo, pois, se imputa um fato a alguém. Por antecedente lógico, começa-se o estudo pelo primeiro elemento da acusação, o *fato penal relevante* atribuído; posto que, impossível acusar alguém sem que, antes, tenha ocorrido um comportamento com valoração humana, visto que, como ensina Miguel Reale: “O Direito se origina do fato, porque, sem que haja um acontecimento

31. Estamos com Irineu Strenger, quando afirma: “Uma palavra não tem o mesmo sentido em tempos diferentes. Este postulado encontra aplicação, em certas ocasiões, por meio do dispositivo semântico de assimilar a data correspondente. Assim, contrato de 1900 não é o mesmo que contrato de 1960, e nenhum dos dois é o mesmo que contrato de 1998. Também é evidente a utilidade desse princípio com sua correspondente disposição aplicada ao campo do Direito. Apesar da semelhança que possa existir nas palavras do juiz que prolatou sentença há um século ou ainda mais, e as palavras atualmente empregadas para descrever certas situações jurídicas, a natureza das coisas não permite crer que tais palavras, como categorias lógicas, possam ter idêntico significado. A semelhança de linguagem pode, evidentemente, sugerir semelhança de sentido. Sem embargo, antes de tentar construir uma analogia sobre uma semelhança de sentido, assim suposta, a lógica exige que investiguemos e concretizemos tanto as diferenças como as semelhanças de sentido (*Lógica jurídica*. São Paulo: LTr, 1999, p. 12). Ver também: Luiz Alberto Warat. *A definição jurídica: suas técnicas*, texto programado, trad. Alcione Niederauer Correa. Porto Alegre: Editora Atrium, 1977; Eduardo J. Couture. *Interpretação das leis processuais*, trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 179-186; Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 16.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 140, n.º 147, “a”. José de Oliveira Ascensão. *O direito: introdução e teoria geral*, uma perspectiva luso-brasileira. 7.^a ed., rev., Coimbra: 1993, p. 384-386.

ou evento, não há base para que se estabeleça um vínculo de significação jurídica".³² Além disso, no plano do processo penal, o fato antecede a autoria.

E continua: "O fato, em suma, figura, primeiro, como *espécie de fato previsto na norma (Fattispecie, Tatbestand)* e, depois, como *efeito* juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo, genericamente modelado na regra de direito: desse modo, o *fato* está no início e no fim do processo normativo, como *fato-típico*, previsto na regra, e como *fato concreto*, no momento de sua aplicação. O fato, por conseguinte, pode ser visto como *elemento de mediação* entre os dois elementos que compõem a regra de direito: entre a previsão que há nesta de um *fato tipo*, e o *efeito* que ela atribui à ocorrência ou não do fato genericamente previsto".³³

O conceito de *fato*, para o direito, não é único. Diversifica-se segundo o enfoque do estudo, interessando, agora, seus conceitos para o direito penal e processual penal.

Fato penal é o acontecimento humano, positivo ou negativo, descrito, modelado abstratamente, em tipo penal, ou seja, hipótese de conduta com prévia reprovação legal, decorrente do *princípio da legalidade*; enquanto *fato processual penal* constitui-se na ocorrência histórica, concreta, destacada da realidade, objeto do processo penal, atribuído ao acusado, para comprovação de sua realidade, sobre o qual incidirá a apreciação judicial.³⁴

32. *Lições preliminares de direito*. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 198.

33. *Idem*, p. 198-199.

34. Romeu Pires de Campos Barros, resumindo o pensamento de Luigi Sanzò, esclarece: "Afirma que para fins substanciais, vem à consideração o *fato típico* do crime, isto é, tipificado, criado por um modelo jurídico, isolado do mundo da realidade naturalística, visto que esse modelo cria o fato em sentido técnico, precisando e cristalizando certo conteúdo humano; e, ainda, certos resultados que aqueles se ligam casualmente; transfunde e transmuda em *fato* aquela parte da conduta humana que relevante para o direito. Por isso, não é fato em sentido técnico aquele que não é levado em consideração pelo direito, não é confeccionado por um modelo, não é juridicamente tipificado. Por outro lado, o *fato processual* é um *fato concreto*, praticado por uma determinada pessoa; enquanto o *fato-crime* é um fato jurídico, tipificado, por uma norma jurídica" (*Direito processual penal brasileiro*. 1.^a ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971, v. II, p. 531).

O fato penal decorre do mandamento, inserto na Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5.º, XXXIX, de que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; repetido pelo Código Penal, artigo 1.º, ao fixar que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”; porque só poderá ser punido alguém por fato definido em lei penal, anteriormente, como infração penal, ou seja, que tal conduta possa subsumir-se a um tipo penal.³⁵⁻³⁶

Lembre-se, com Aníbal Bruno: “Esta é a função do tipo: definir cada espécie de fato punível, cada uma das ações violadoras de bens jurídicos especialmente tutelados, que a ordem de direito veta sob a ameaça da sanção penal. Essa definição precisa, em termos que têm de ser totalmente reproduzidos pela ação na vida real, para se constituir crime, foi uma necessidade que se impôs à consciência dos juristas diante da severidade da norma punitiva. Fato penal é só a ação que se ajusta precisamente a esses termos da definição legal. A precisão desse ajustamento é o tempo inicial de toda consideração sobre o fato suposto punível”.³⁷

Isso é a tipicidade, a verificação da relevância jurídico-penal do fato, objeto da imputação – concretamente atribuído ao acusado –, que deve guardar correspondência com a exata definição, contida na lei penal, pois, o fato atípico é irrelevante para o direito e processo penal. Não basta atribuir-se um fato ao autor. É necessário que tal fato tenha relevância jurídico-penal, ou seja, que encontre exata conformação com um tipo, previsto no ordenamento jurídico positivo, pois, prevalece a regra primeira de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

35. Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli esclarecem que: “O tipo penal é um instrumento *legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes por estarem penalmente proibidas*” (*Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 445). Ressalve-se, contudo, que pode haver tipicidade em preceitos não incriminadores, à evidência.

36. Regras básicas, de legalidade, que escoaram na Lei de Execução Penal, artigo 45: “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”.

37. Sobre o tipo no direito penal. In: *Revista dos Tribunais* 755/797.

Se para o direito penal interessa o fato, enquanto exata descrição hipotética e abstrata, contida em lei anterior, de conduta reprovada e sancionável, para o processo penal importa o real acontecimento, concreto e histórico, praticado por alguém, em todos seus elementos e circunstâncias.

Não é um instantâneo, mas uma série de ocorrências, que concretiza o fato penal em sua inteireza, porque: "O fato processual, como acontecimento ou pedaço de vida, não corresponde, do ponto de vista ontológico, a um único fato, mas a uma pluralidade de fatos singulares que se aglutinam em torno de certos elementos polarizadores que permitem a sua compreensão, de um ponto de vista social, como um comportamento que encerre em si um conjunto de elementos que tornam possível identificá-lo e individualizá-lo como um autônomo pedaço da vida, i.e., uma fração destacável do contínuo comportamento de um sujeito, capaz de ser analisado em si e por si e nessa medida, susceptível de um juízo de subsunção jurídico-penal".³⁸

Isso acontece porque: "Enquanto o direito penal tem que ver diretamente com a ordenação da vida em sociedade, qualificando, por forma geral e abstrata, os comportamentos humanos em função dos bens jurídicos que considera valioso e prescrevendo sanções para os comportamentos lesivos destes bens, o direito processual penal visa a disciplinar o procedimento para averiguação e decisão sobre a ocorrência dum fato histórico qualificado como crime e a aplicação da sanção penal aos responsáveis pela sua prática".³⁹

Mais outra vez, na precisa conclusão de Frederico Isasca: "... o fato numa perspectiva meramente normativa é apenas uma pura abstração juridicizada e portanto sempre referenciado e só compreendido do ponto de vista da sua valoração jurídico-social. Mas, exatamente essa abstração, que caracteriza o facto penal substantivo, só é realizável ou melhor concretizável, por via adjectiva. É esta que serve, por via da relação de complementariedade funcional que

38. Frederico Isasca. *Alteração substancial dos fatos e sua relevância no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 96.

39. Germano Marques da Silva. *Curso de Processo Penal*. 3.ª ed. rev. e atual. Lisboa: Verbo, 1996, p. 16.

liga o Direito Penal com o Processual, à concretização e aplicação do discurso punitivo. Por isso, enquanto que o discurso da lei penal substantiva é um discurso de abstração, o discurso da lei processual é um discurso de concretização. E tanto assim que, enquanto a formação dos tipos penais, portanto das normas incriminadoras, é necessariamente um antecedente lógico do facto – princípio da legalidade e da tipicidade – pelo contrário, o processo penal precede necessariamente o facto. Enquanto que naquele o facto é uma pura abstração intelectual erigida em comando, neste ele é o próprio comportamento, é o pedaço de vida destacável e individualizado porque delimitado no espaço e no tempo”.⁴⁰

E, conclui o autor, demonstrando a importância da distinção dos fatos penal e processual, ante a relação de complementariedade entre o direito penal e o processo penal, pois, esse é que concretiza aquele. Exemplificando, afirma que toda morte é um fato naturalístico e concreto, mas, nem toda morte, por si só, pode ser considerada homicídio, porque esse é um conceito jurídico-valorativo e abstrato do direito penal, que só pode ser afirmado, quando verificados todos seus elementos constitutivos.⁴¹

Essa a função do processo penal: verificar se os fatos imputados são subsumíveis a um conceito abstrato do direito penal e, portanto, constituem crime, pois, embora, quando da propositura da ação penal se faça um prévio juízo de valoração jurídico-material acerca do fato, não se pode afirmá-lo, declará-lo, como crime; o que só acontecerá na sentença penal trânsita em julgado, após a qual “... ninguém poderá negar que aquela morte, portanto aquele fato ou acontecimento, foi objeto daquele processo, independentemente de se concluir se se tratou de um homicídio e portanto de um fato jurídico-penal (um crime), ou não”.⁴²

Toda essa análise faz-se necessária porque o fato é o objeto do processo penal – ainda que se lhe dê o nome de caso penal, causa ou questão penal e outros – e irá delimitar o poder de cognição

40. *Alteração substancial...*, ob. cit., p. 74.

41. *Idem*, p. 75-76.

42. *Idem*, *ibidem*.

do julgador, que não poderá conhecer daqueles não constantes da acusação formal, cuidando da manutenção de identidade dos fatos, durante todo o curso do processo penal, de natureza condenatória, mormente, para constatação da coisa julgada, a impedir o duplo julgamento,⁴³ por fato objeto de decisão judicial anterior.

A identidade dos fatos é necessária, durante todo o processo, impedindo-se violação ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à busca da verdade material. Importa diferenciar, portanto, o fato imputado, provado e conhecido, para, então, perceber a ocorrência de eventual alteração desses fatos, com evidente e notório prejuízo ao acusado.

É mantida a identidade dos fatos, “quando a porção de atividade que corresponde aos atos de execução do ‘tipo’ que haja sido afirmado na qualificação da acusação ou na sentença, volte a encontrar-se compreendida, ao menos em parte, no acontecimento natural que se traga de novo a juízo”.⁴⁴

A partir do conceito é que se poderá controlar, no desenvolver do processo, a constância da acusação, até final julgamento, porque

43. Vicente Greco Filho, tratando da coisa julgada, a impedir nova atuação jurisdicional em ações idênticas, afirma: “Para a identificação das ações, é muito importante o fundamento jurídico do pedido que se apresenta diferentemente no processo civil e no processo penal. No primeiro, adotou-se o princípio da substanciação quanto ao fundamento jurídico da ação: o juiz decidirá sobre o fato descrito na inicial como fundamento da pretensão, não ficando, portanto, proibida a repetição do pedido se novo fato o justificar. No processo penal, porém, adotou o sistema da individuação, isto é, a descrição do fato feita na denúncia tem por fim simplesmente individuá-lo (e, é lógico, possibilitar a defesa), mas a atuação da justiça penal não fica limitada a ele, existindo, no Código de Processo Penal, o mecanismo de adaptação da denúncia à realidade, que poderá aparecer no curso da demanda (arts. 383 e 384). Em contrapartida, a coisa julgada atingirá não só o fato descrito na denúncia, mas o fato da natureza, o que verdadeiramente ocorreu, ainda que alguma de suas circunstâncias permaneça desconhecida pelo juiz. Assim, se alguém é processado por estupro e é absolvido, não poderá sê-lo, posteriormente, quanto ao mesmo fato, por sedução ou corrupção de menores”, variando, pois, na tipificação hipotética (*Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 122-123).

44. Emilio Gomes Orbaneja, *Comentários a la ley de enjuiciamiento criminal, de 14 de septiembre de 1882, con la legislación orgánica y procesal complementaria*. Barcelona: Ed. Bosch, tomo II, p. 304, tradução livre, nossa.

há de manter-se essa identidade não só entre a acusação e sentença, mas antes com a própria defesa, ou seja, os fatos objeto da acusação, por necessário e em sua totalidade, devem ser contrariados pela defesa.

2.2.2. Imputação: Indicação do autor

Como afirma Gilberto Callado de Oliveira: "Há um fato de proceder que se reproduz na história desde os alvares das instituições jurídicas e se apresenta como uma constante tradição na sociedade humana: a acusação, pela qual o homem, impulsionado por razões de justiça vindicativa, submete seu semelhante à eficácia de uma inculpação, quando este se há convertido em autor de um fato delituoso, para exigir-lhe uma satisfação penal".⁴⁵

A punição do verdadeiro autor da infração penal, por atentar contra a ordem social, nela entendido o conceito de segurança pública, mais que direito de punir, constitui dever para o Estado-Administração, cujos servidores, envolvidos na persecução penal, buscam demonstrar a existência material do delito e de sua autoria, co-autoria ou participação. Essa atividade investigatória tem início com a notícia da infração e com a indicação do suposto autor.

Esse poder-dever de punir estatal é de coação indireta,⁴⁶ corolário da regra de *nulla poena sine iudicio*. Não pode o Estado-Admi-

45. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 22.

46. Miguel Reale ensina: "É preciso entender bem os significados que a palavra 'coação' comporta. Coação é um termo técnico, empregado pelos juristas, em duas acepções bastantes diferentes. Em um primeiro sentido, coação significa apenas a violência física ou psíquica, que pode ser feita contra uma pessoa ou um grupo de pessoas. A mera violência não é uma figura jurídica, mas quando se contrapõe ao Direito, torna anuláveis os atos jurídicos. Nesta acepção genérica, a palavra coação é, de certa maneira, sinônimo de violência praticada contra alguém. (...) O Direito, como já dissemos várias vezes, é de tal natureza que implica uma organização do poder, a fim de que sejam cumpridos os seus preceitos. Como as normas jurídicas visam a preservar o que há de essencial na convivência humana, elas não podem ficar à mercê da simples boa vontade, da adesão espontânea dos obrigados. É necessário prever a possibilidade do seu cumprimento obrigatório. Quando a força se organiza em defesa do cumprimento do Direito mesmo é que

nistração, direta e imediatamente, impor a sanção que entende adequada, ao suposto autor da infração penal. Deverá requerê-la ao Estado-Jurisdição, Poder Judiciário, com competência para, observado o devido processo penal, aplicar a punição, previamente, cominada para aquela conduta.

O processo penal provoca inúmeras restrições à liberdade jurídica do acusado. Descabida, portanto, qualquer acusação desprovida de lastro fático. Para evitar constrangimento, antes da propositura da ação penal, deve ocorrer preliminar investigação acerca dos acontecimentos e autoria. Aliás, na exata lição de José Frederico Marques, ressalvada a inexistência da pretensão punitiva:⁴⁷ “O ‘processo penal’ só se instaura com a propositura da ação. Esta, no entanto, é precedida de uma fase de pesquisas, ou *informatio delicti*, em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena. Verifica-se, portanto, que a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da *investigação* e o da *ação penal*. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto que a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*”.⁴⁸

O Estado, para desencadear a persecução criminal (*persecutio criminis*), tem órgãos especializados, encarregados das diligências

nós temos a segunda acepção da palavra coação. Coação, portanto, significa duas coisas: de maneira genérica, tal como aquela configurada no artigo 98 do Código Civil, corresponde à violência, à força que, interferindo, vicia o ato jurídico; em sua segunda acepção, não é o contraposto do Direito, mas é, ao contrário, o próprio Direito enquanto se arma da força para garantir o seu cumprimento. A astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para impedir que ela triunfe...” (*Lições preliminares de direito*, ob. cit., p. 69-72).

47. Rogério Lauria Tucci esclarece: “Parece oportuno, a esta altura, justificar o deliberado emprego da locução *intenção* punitiva, no lugar de *pretensão* punitiva. É que, segundo nosso entendimento, o conceito de *pretensão*, como formulado pela doutrina processual, no sentido de *exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio* (cf. a propósito, Francesco Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Cedam, Padua, 1936, vol. I, pág. 40), não pode encontrar guarida no âmbito do processo penal, em que há, somente, *interesse* em punir e, uma vez concretizada relação jurídica penal, o exercício do *poder-dever de punir* e a correlata manifestação de *intenção punitiva*, perante órgão jurisdicional” (*Princípio e regras...*, ob. cit., p. 81).

48. *Elementos...*, ob. cit., v. 1, p. 130.

para comprovação da existência material do crime e indícios de autoria, sempre lembrando de que: “O corpo de delito somente prova o delito, porém não mostra o delinquente. É preciso que alguém seja legitimamente indiciado para ser pronunciado réu”.⁴⁹

Como precisa Fernando da Costa Tourinho: “É com a *notitia criminis* que a Autoridade Policial dá início às investigações. Essa notícia do crime pode ser de ‘cognição imediata’, de ‘cognição mediata’ e até mesmo de ‘cognição coercitiva’. A primeira ocorre quando a Autoridade Policial toma conhecimento do fato infrigente da norma por meio das suas atividades rotineiras: ou porque o jornal publicou a respeito, ou porque um dos seus agentes lha levou ao conhecimento, ou porque soube por intermédio da vítima etc. Diz-se que há *notitia criminis* de cognição mediata, quando a Autoridade Policial sabe do fato por meio de requerimento da vítima ou de quem possa representá-la, requisição da Autoridade Judiciária ou do órgão do Ministério Público ou mediante representação. Ela será de cognição coercitiva, no caso de prisão em flagrante, pois, nesse caso, junto com a *notitia criminis*, é apresentado à Autoridade Policial o autor do fato”.⁵⁰

Ao tomar conhecimento da prática de uma infração penal, por qualquer das formas da *notitia criminis*, deverá a autoridade policial desencadear as investigações para, essencialmente, colher todas as provas para o esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias e *indiciamento* do possível autor, ou não.

Embora em alguns casos não se tenham, desde o início, indicações da autoria da infração penal,⁵¹ em determinado momento das investigações, a autoridade policial perceberá a indicação, pelas provas colhidas, de alguém como o autor do delito. Se antes não existia acusação, porque ninguém era apontado como provável autor do delito, agora deverá ser cientificado do *indiciamento*, assegaran-

49. Joaquim José Caetano Pereira e Souza. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 4.^a ed. emend. e acresc. Lisboa: Imprensa Régia, 1831, § LIV, p. 52.

50. *Processo Penal*, ob. cit., v. 1, p. 195.

51. Como acontece, de regra, com o encontro de cadáver, da vítima de homicídio, abandonado em lugares ermos; na localização de veículo, antes furtado, estacionado em via pública. Nada indica o provável autor dos crimes.

do-lhe a ampla defesa, com todos os meios ela inerentes. É o que espera seja praticado.

O indiciamento não tem previsão legal, mas constitui ato de formal notificação ao acusado, de que foram colhidos, durante a instrução preliminar, elementos indicativos suficientes para atribuir-lhe a autoria daquela infração penal, passando, daí por diante, a ser sujeito das investigações desenvolvidas.

Desnecessário lembrar a gravidade desse ato, com forte ingerência na liberdade jurídica do acusado, tanto que Sérgio Marcos de Moraes Pitombo adverte: "O indiciamento, que se leva a efeito no inquérito policial, deve ser resultado concreto da aludida convergência de indícios, que assinalam incriminando certa pessoa, ou determinadas pessoas, qual praticante de ato, ou de atos, havidos pela legislação penal como típicos, antijurídicos e culpáveis. Mais que pressupõe, o *indiciamento* necessita, em consequência, de suporte fático positivo da culpa penal, *lato sensu*. Contém uma *proposição*, no sentido de guardar função declarativa de autoria provável. Suscetível, é certo, de avaliar-se, depois, como verdadeira, ou logicamente falsa. Consiste, pois, em rascunho de eventual acusação (formal); do mesmo modo que as denúncias e queixas, também, se manifestam quais esboços da sentença penal (de mérito)".⁵²

Em trabalho mais recente, com a mesma preocupação, recomenda: "Três melhorias precisa o *indiciamento*: nascer em ato fundamentado da autoridade policial; ser momento de cientificação do *indiciado* de seus direitos constitucionais, nomeadamente, o de defender-se; e se cobrir de relativo sigilo, em favor do *indiciado*".⁵³

2.2.3. Responsabilização

A vida em comum exige adequação comportamental, em prol da segurança social e, por isso: "O direito ou lei, princípio de ordem,

52. O indiciamento como ato de polícia judiciária. In: *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1987, p. 38.

53. *Breves notas sobre o Anteprojeto de Lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação policial*. In: Revista CEJAP. Ano I, n.º 2, setembro de 2000, p. 12.

cria mandamentos e deveres, que *sanciona* como garantia de autoridade. As sanções visam, sobretudo pela ameaça de sua cominação, à permanência da ordem jurídica. Expressam-se em várias modalidades como restituição, indenização, ressarcimento do dano, reparação, pena ou castigo. Todas as leis, indistintamente, buscam o bem comum, são de interesse geral".⁵⁴

O Estado, mediante o direito penal,⁵⁵ elege as condutas atentatórias a bens jurídicos que tutela, descrevendo-as, de forma abstrata, nos tipos penais, com expressa e prévia cominação da correspondente sanção. Cometido um fato penal relevante, ou seja, tipificável como infração penal, desponta para o Estado o poder-dever de punir o autor;⁵⁶ todavia, a punição penal só poderá ser imposta pelo processo penal, necessário instrumento do exercício da jurisdição penal.

54. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Ação Penal*. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 17.

55. Francisco de Assis Toledo assevera: "Quando se fala em direito penal pensa-se logo em fatos humanos classificados como delitos; pensa-se igualmente, nos responsáveis por esses fatos – os criminosos – e, ainda, na especial forma de consequências jurídicas que lhe estão reservadas – a pena criminal e a medida de segurança. Sob esse ângulo, o direito penal é realmente aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o *fato-crime*, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas" (*Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n.º 7.209, de 11-7-1984 e a Constituição de 1988. 4.ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1).

56. Como bem explica Gilberto Callado de Oliveira: "... o acusador torna efetiva a responsabilidade ao acusado, obrigando-o a dar contas de seu crime com o pedido formal de condenação – o que implica antes de tudo deva ser ele punido –, e o faz no momento considerado culminante da acusação, no momento em que se concretiza a exigibilidade inamovível do direito de punir. Seja na fase inicial do processo, onde com base nas investigações preliminares o acusador requer de antemão a condenação do réu, seja nas últimas alegações, em que com maior convicção das provas solicita um decreto condenatório, seja ainda na fase recursal, quando pretende ver prevalecida no juízo *ad quem* sua instância condenatória, em todos esses momentos acusatórios está evidenciado o fato de responsabilizar o fato de pedir seja o réu castigado pelo delito cometido, em definitivo, a exigência penal. É, pois, no próprio ato de responsabilizar que a acusação concretiza a exigibilidade penal, esgotando aí toda a sua força vindicativa" (*O conceito de acusação*, ob. cit., p. 173).

Se para o direito penal, a regra da legalidade é exprimida pela máxima *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, para o processo penal consubstancia-se em *nulla poena sine iudicio*.

Incoada a persecução penal, desvendadas provas suficientes para a acusação, busca-se a responsabilização do suposto agente do fato antijurídico, típico e culpável. Afinal, o processo penal, de índole condenatória, tem como finalidade, a declaração de inocência do acusado ou a imposição de pena ao verdadeiro culpado.

A acusação consolida-se aos poucos, a cada prova colhida, desde a *notitia criminis* até final julgamento, quando será afirmada ou negada, o que não impede a verificação de seus elementos, durante toda a persecução criminal, extrajudicial ou judicial. Evitam-se prejuízos ao acusado, pela infidelidade na provisória classificação da conduta imputada, impedindo-se direitos processuais subjetivos, segundo a qualidade e quantidade da pena cominada. Assegura-lhe a possibilidade de livrar-se solto, obter liberdade provisória, com ou sem fiança e, ainda, a suspensão do processo.

Ao final, provadas a materialidade da conduta imputada, autoria e culpabilidade normativa, caberá ao julgador aplicar a sanção correspondente, adequada e suficiente para a prevenção do crime, como consequência jurídico-penal, pela prática do fato com relevância penal.

A pena ou a medida de segurança são as possíveis sanções negativas do Estado, pela prática de ato considerado indesejado, pela sociedade. Resultam do poder de coerção estatal, como forma de responsabilizar alguém, pelo ato reprovável. Com a responsabilização, alcançada mediante o processo penal, o Estado demonstra, ao agente e demais membros da sociedade, a rejeição àquela conduta que, de alguma forma, quebra a harmonia da convivência grupal.

Como a imputação, objetiva e subjetiva, a *responsabilização* buscada no processo penal, integra a acusação. É um de seus elementos constitutivos. Descabido seria apontar alguém como possível autor de conduta reprovável, sem desejar uma consequência socialmente proveitosa. Com a acusação pretende-se responsabilizar o faltoso, com a imposição da sanção, previamente cominada e na medida correspondente à falta e reprovabilidade da conduta. Afinal,

“a acusação define o comportamento delitivo do réu para reclamar-lhe as conseqüências penais de que é devedor”.⁵⁷

A *responsabilização*, materializada na punição (resposta penal), imposta na sentença, deverá guardar simetria com a imputação, objetiva e subjetiva. Pune-se o acusado, pelos fatos imputados, na exata medida da reprovabilidade da conduta, praticada pelo autor. Nem mais, nem menos; na correlata *responsabilização* pela imputação.

2.3. ACUSAÇÃO DURANTE A PERSECUÇÃO PENAL

Como tanto asseverado, repita-se, cometido um fato penal relevante, desponta para o Estado o poder-dever de punir seu autor, com a aplicação da sanção penal cominada. Frisamos, embora exclusivo titular do direito de punir, nem mesmo o Estado pode, imediata e diretamente, impor a punição, que entende adequada, porque esse direito é de coação ou coerção indireta, subordinado às regras do *nulla poena sine praevia lege e nulla poena sine iudicio*. Vale dizer: a sanção penal, previamente estabelecida só pode ser imposta mediante o processo penal.⁵⁸

O *jus puniendi*, antes abstrato, surge concreto com a prática do fato com relevância penal. Instrumentaliza-se no *jus perseguendi*, ou seja, no dever ou direito – sendo a ação de iniciativa privada – de perseguir o suposto autor daquele fato, para, ao final, materializar-se na sentença penal. No exercício desse poder-dever de punir, o Estado-Administração precisa ser dotado, também, do direito de acusar, para o qual necessita investigar e indicar, ao Poder Judiciário, aquele sobre quem recaem os indícios de autoria do fato concreto e deve, por isso, suportar a sanção penal correspondente e na medida da culpa.

Mas, o respeito a liberdade jurídica dos indivíduos, conquista dos Estados democráticos, faz do processo penal instrumento de

57. Gilberto Callado de Oliveira. *O conceito de acusação*, ob. cit., p. 175.

58. Cf. Rogério Lauria Tucci. *Persecução penal...*, ob. cit., p. 18-19.

defesa, porque não se pode olvidar de que: "Se a história das penas é uma história de horrores, a história dos julgamentos é uma história de erros; e não só de erros, senão também de sofrimentos e vexames, cada vez que no processo penal se usou de medidas instrutórias, diretamente, aflitivas, desde a tortura até o abuso moderno da prisão preventiva".⁵⁹

Tal ocorre porque, como observa Joaquim Canuto Mendes de Almeida: "A função de justiça penal põe nas mãos dos governos um instrumento de compressão das liberdades dos indivíduos, não só pelas conseqüências condenatórias, como, já no procedimento, pelas medidas preventivas a que sujeita os imputados. Estes não teriam meios de evitá-las, quando, obra de erro, facciosismo, despotismo, tirania, maldade, não lhes fossem dadas *garantias de defesa*. São garantias não de defesa do interesse estritamente penal, mas dos direitos individuais contra os possíveis abusos de poder".⁶⁰

No mesmo sentido é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, ao destacar que: "O problema nevrálgico do processo penal é o das relações entre o Estado e o indivíduo, devendo encontrar-se em sua esfera a solução do conflito entre as exigências comunitárias da repressão do crime e a proteção da esfera de liberdades fundamentais. Já se disse, em páginas antológicas, que o processo penal deve ser concebido como uma conseqüência do aparecimento e da consolidação do Estado de direito, como idéia de garantia para as liberdades do cidadão e de limitação da intervenção estatal, no pressuposto de que o Estado deve reconhecer os direitos invioláveis da pessoa".⁶¹

O processo penal não pode ser considerado, apenas, instrumento necessário à aplicação do direito penal; mas, também e principalmente, como instrumento de defesa do acusado, limitador da atividade punitiva estatal, porque: "Sob o ângulo moral, o processo penal se revela como a máxima garantia da verdade e da justiça para os cidadãos, pois se propõe, acima de tudo, a impedir que,

59. Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 603, tradução livre, nossa.

60. *Princípios fundamentais...*, ob. cit., p. 101.

61. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 16.

a título de prevenção ou punição de crimes, se cometam violências contra a liberdade, a honra e o patrimônio das pessoas".⁶²

Para efetivar essa proteção aos direitos individuais, o sistema processual penal, formado por todas as normas pertinentes (constitucional, penal e processual), estabelece mecanismos de controle da atividade coercitiva, imposta na persecução, da investigação ou da ação penal, com o escopo de impedir possíveis excessos por acusações infundadas, levianas e, até, caluniosas.⁶³

Além do controle, ultimado pelo próprio acusado, outros são estabelecidos, no ordenamento processual penal, aos juízes criminais competentes para o caso penal. A inobservância a esse poder-dever de controle rompe o sistema e, como sempre acontece, resulta em violação de direitos individuais. Afinal, o Estado dispõe de maiores recursos em relação ao indivíduo que, muitas vezes, encontra-se preso e a preponderância do poder punitivo subjuga o direito de liberdade jurídica.

Considerada a acusação penal como ato de indicar alguém como provável autor de fato penal relevante, para sua responsabilização, em procedimento extrajudicial ou judicial, no curso de toda a persecução penal, diversos são os instrumentos de exercício.

Na fase investigativa, para instauração do inquérito policial, destacamos: a nota de culpa, da prisão em flagrante delito; a portaria da autoridade policial, quando desde o início indique o acusado ou o ato fundamentado de indiciamento; e, ainda, a requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público e o requerimento do ofendido; sem esquecer a requisição do Ministro da Justiça.

Para propositura da ação penal, como peças de acusação, podemos distinguir: a denúncia ou queixa, as alegações finais do

62. Fernando de Albuquerque Prado. *Estudos e questões de processo penal*. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 21.

63. A crescente preocupação com o abuso acusatório provocou alargamento da *denúncia caluniosa*. Recentemente, a Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000, no artigo 1.º, alterou o disposto no artigo 339, do Código Penal. Com a nova redação, consta agora: "Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente".

acusador, o libelo-crime e a sustentação oral em plenário, nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri.

A acusação exposta nessas peças iniciais poderá, ou não, ser confirmada, durante a instrução do processo. De qualquer modo, será ultimada nas alegações finais. Quando requerer a condenação, o acusador deverá demonstrar a certeza processual da imputação. Nos crimes dolosos contra a vida, esse ato acontece por ocasião da sustentação do libelo-crime e na réplica.

O Poder Judiciário, pelo juiz competente, controla a prisão em flagrante delito, quando da imediata comunicação, momento de verificação da existência de simetria entre os fatos, afirmados pelo condutor e testemunhas, com a provisória classificação formulada pela autoridade policial, adequando-se, inclusive, para verificação da possibilidade de libertação do preso, como determina o Código de Processo Penal, artigo 310.

As restrições, decorrentes da instauração de inquérito policial, são inúmeras, apesar da constante afirmação de que se presta, apenas, para formação da *opinio delicti*. As medidas cautelares, por si só, indicam o quanto é atingida a liberdade jurídica do acusado. O Poder Judiciário não deve, assim, ficar inerte diante da atividade policial. É dever do juiz impedir qualquer coação ilegal, seja porque fora dos limites das provas colhidas, ou porque desguarnecida de fundamento jurídico. É ele, em nosso sistema jurídico, o guardião das liberdades públicas.

A ação penal, também, exige intenso exame desde a propositura, com o oferecimento da denúncia ou queixa, sujeitas a acurado controle judicial, realizado quando da decisão de recebimento – que não pode se cingir a mero ato estereotipado, servível a todos os feitos, sem qualquer conteúdo individualizador –, evitando-se prejuízos à defesa e à própria jurisdição penal.

Da mesma forma ocorrerá, quando do oferecimento do libelo, nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, apreciando-se, na decisão de recebimento, a simetria existente entre a acusação, admitida na pronúncia, com aquela a ser desenvolvida em plenário. Em caso de descompasso, deverá ser corrigida antes de aceita, para que não ocorra qualquer surpresa ao acusado.

Por isso, durante as fases da persecução penal, deve-se estabelecer rigoroso e completo controle da acusação, em todos seus elementos, assegurando ao acusado os direitos subjetivos constitucionais, penais e processuais, permitindo-lhe o prévio conhecimento de cada prova a produzir ou produzida, para que, de forma efetiva, possa rebatê-la, defendendo-se.⁶⁴

2.3.1. Acusação durante a fase investigativa

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo lembra que: “A longa experiência jurídica demonstrou a necessidade de alguma apuração preparatória ou prévia, demonstrativa da existência material de fato, que se desenha ilícito e típico; e, ao menos, indícios de autoria, co-autoria ou participação. Verificou-se que o acusado sofre o processo – da imputação subjetiva ao julgamento final – da ação penal condenatória, ainda que termine absolvido. Padece a desestima social. Suporta a carga da infâmia de ser argüido, em processo penal. Tal pesquisa, a inquirição prévia – cuja forma procedimental varia, consoante os diversos sistemas processuais – volta-se, assim, a duplo objetivo. Diminuir, minimizar, antes de tudo, o risco das acusações infundadas, temerárias e, até, caluniosas. Depois, evitar o custo, sem benefício, que tais inculpações desúteis trazem para a justiça penal”.⁶⁵⁻⁶⁶

64. Na exata advertência de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: “A primeira nota processual do contraditório, podemos identificá-la na ciência que a cada litigante deve ser dada, dos atos praticados pelo contendor. Estimulado pela notícia desses atos é que, conhecendo-os, o interessado em contrariá-los pode efetivar essa contrariedade. Quando os ignore, é flagrante a impossibilidade de contrariá-los a tempo de lhes tolher os efeitos”. (*Princípios fundamentais...*, ob. cit., p. 79-80). Com a observação de que, ao processo penal, não tem mais lugar a palavra “litigante”, porque irrelevante o conceito de lide.

65. Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial: perspectiva para o futuro. “Palestra preferida no VII Congresso Nacional dos Delegados de Polícia de Carreira”. In: *Revista da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo*, n.º 25, p. 9-10 março/1998.

66. Aury Celso Lima. Lopes Júnior, após chamar a investigação/instrução preliminar como “o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgão do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza

A persecução penal na fase investigativa, denominada *informatio delicti*, tem início com *noticia criminis* e se formaliza no inquérito policial,⁶⁷ “procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”,⁶⁸ a ser instaurado, nos crimes da ação penal de iniciativa pública, com a prisão em flagrante, de ofício, por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou requerimento do ofendido ou seu representante; e, nos crimes da ação de iniciativa privada, pelo requerimento daquele que tenha legitimação para intentá-la (CPP, art. 5.º, inc. I e II e § 5.º).

Nessa fase, destinada à demonstração da existência material do crime e indícios de autoria, a acusação não pode ser bitolada – como ocorrerá com maior exigência na *ação penal* –, porque as diligências, desenvolvidas pelos órgãos da persecução penal, têm por escopo colher provas, desvendando, a cada uma delas, as circunstâncias, que envolveram o fato praticado, o que impossibilita a fixação dos limites da imputação. Afinal, objetiva a produção e colheita de elementos, para a propositura da ação penal condenatória, ou não.

preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não-processo”, extrai “as três razões que fundamentam a instrução preliminar: a) Buscar o fato oculto: esclarecendo em grau de probabilidade a autoria e a materialidade; b) Salvar a sociedade: ao assegurar a paz e a tranquilidade social pela certeza de que todas as condutas possivelmente delitivas serão objeto de investigação. Essa garantia de que não existirá impunidade manifesta-se também através da imediata atividade persecutória estatal; c) Evitar acusações infundadas: é a função do filtro processual, evitando que acusações sem um mínimo de verossimilhança prosperem. Além de evitar para o Estado um custo desnecessário, é especialmente importante para o sujeito passivo, pois impede que se produza toda gama de *penas processuais* (como a estigmatização social, o *stato di prolungata ansia*, etc.). (“A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal”. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Publicação de Estudos Ibero-americano, n.º 0, maio-agosto 2000, p. 59-61).

67. Não se esquece da existência de outros procedimentos investigativos, que podem conter notícias de crimes, suficientes para a formação da *opinio delicti* do órgão do Ministério Público, conforme se infere do Código de Processo Penal, artigo 4.º, parágrafo único.

68. José Frederico Marques. *Elementos*, ob. cit., v. 1, p. 153.

Pode ocorrer, inclusive, inexistir acusação ao início, porque conhecido, tão-só, o fato penal naturalístico, como o encontro do corpo da vítima do homicídio, sem identificação do possível autor, determinante de diligências pela autoridade policial e seus agentes, na busca de provas da autoria.

Mas, com o desenvolver das investigações, a descoberta de indícios poderá convergir para determinado indivíduo, delineando a acusação, com possibilidade de limitações a liberdade jurídica do indiciado, como a decretação de prisão temporária ou preventiva, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, seqüestro ou arresto de bens e outras providências cautelares.

O conhecimento da acusação informal não pode ser subtraído ao acusado, para que possa, com plenitude, exercer a ampla defesa, evitando suportar maior sofrimento do que o imposto pela própria persecução penal preliminar. Nem ao juiz, competente para o caso penal, garantidor da liberdade individual do acusado, porque, a cada ato de acusação existe mecanismo de controle judicial da intensidade da coerção estatal, sujeita a correções e limitações. Não podem ambos ser tratados como estranhos, na primeira fase *persecutio criminis*; alheios aos atos e fatos do procedimento, que lhes tenham pertinência.

Afinal, o inquérito policial não pode ser considerado mero procedimento administrativo informativo, destinado a só fornecer elementos para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, no qual não incidem regras constitucionais,⁶⁹ pois, como, mais uma vez, adverte Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: "Dizer-se, por isso, que o inquérito policial consiste em mero procedimento administrativo e encerra investigação administrativa, é simplificar, ao excesso, a realidade sensível. Resta-se na necessidade esforçada de asseverar, em seguida, que a decisão judicial, que recebe a denúncia ou queixa, embasada em inquérito, volta no tempo e no espaço, judicializando alguns atos de procedimento. As buscas e apreensões, bem como todas as perícias (exames, vistorias e avaliações), emergem quais modelos de tal operação. Espécie de banho lustral

69. Cf. Júlio Fabbrini Mirabete. *Processo Penal*, ob. cit., p. 77.

sobre os meios de prova, encontráveis no inquérito. Preferível reconhecer, com singeleza, que no inquérito policial há atos processuais, praticados por delegação, e nele existe contingente instrução criminal definitiva".⁷⁰ Acrescente-se a juntada de documentos e papéis.

E, porque contém atos de instrução, com reflexos na fase judicial da persecução penal, alguns sem possibilidade de repetição, deverá, no inquérito policial, iniciado mediante quaisquer das formas marcadas, ser assegurada a ampla defesa.⁷¹

2.3.1.1. Acusação no inquérito policial

O inquérito policial poderá ser instaurado, pela prisão em flagrante, de ofício, por via de requisição da autoridade judiciária, do representante do Ministério Público ou do Ministro da Justiça, a requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para apresentá-lo, ou, ainda, nos crimes de ação de iniciativa privada, a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

A instauração *de ofício* deverá ocorrer, por dever funcional, sempre que a autoridade policial, durante suas atividades, tomar ciência do cometimento de fato que se desenha crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada, mediante portaria;⁷² peça

70. Arquivamento do inquérito policial: sua força e efeitos. In: *Inquérito policial: novas tendências*, ob. cit., p. 21.

71. Cabe aqui a pontual anotação de Michel Foucault: "O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder." (*A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 78).

72. Para Hely Lopes Meirelles, "Portarias são atos administrativos internos, pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços, expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Em tais casos a portaria tem função assemelhada à da denúncia do processo penal" (*Direito administrativo brasileiro*. 14.^a ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Editora Rev. dos Tribunais, 1989, p. 160).

inaugural do inquérito policial, contendo elementos indicativos da infração a investigar, com determinação das diligências a serem realizadas para a verificação da sua existência material, das circunstâncias que a envolvem e necessárias à identificação da autoria.⁷³

✓ Poderá a autoridade policial, desde o início, conhecer a autoria do crime, sem que tenha ocorrido a prisão em flagrante – porque ciente dos fatos, somente, quando não mais se encontre em qualquer das situações, elencadas no artigo 302, do Código de Processo Penal –, caso em que a portaria deverá conter a imputação inicial, referente aos fatos já conhecidos, em todas circunstâncias, assegurando, ao acusado, a ampla defesa.⁷⁴⁻⁷⁵

De outra forma, a autoridade policial poderá tomar conhecimento do crime – como, repetindo o exemplo, a localização do cadáver da vítima de homicídio –, sem identificação do autor, o que impos-

73. Para o processo administrativo disciplinar, Maria Sylvia Zanella di Pietro esclarece: “Determinada a instauração e já autuado o processo, é este encaminhado à comissão processante, que o instaura, por meio de *portaria* em que conste o nome dos servidores envolvidos, a infração de que são acusados, com descrição sucinta dos fatos e indicação dos dispositivos legais infringidos. A portaria bem elaborada é essencial à legalidade do processo, pois equivale à denúncia do processo penal e, se não contiver dados suficientes, poderá prejudicar a defesa; é indispensável que ela contenha todos os elementos que permitam aos servidores conhecer os ilícitos de que são acusados” (*Direito administrativo*, ob. cit., p. 351).

74. Disciplinando a instauração do inquérito policial por portaria, o Delegado Geral de Polícia, do Estado de São Paulo, na Portaria DGP, n.º 18, de 25.11.1998, determinou: “Art. 1.º – A instauração de inquérito policial quando legalmente possível, dependerá, sempre, de prévia e pertinente decisão da autoridade policial que, com essa finalidade, expedirá em ato fundamentado, portaria na qual fará constar descrição objetiva do fato considerado ilícito, com a preliminar indicação de autoria ou da momentânea impossibilidade de apontá-la, e, ainda a classificação provisória do tipo penal alusivo aos fatos, consignando, por último, as providências preliminarmente necessárias para a eficiente apuração do caso”.

75. Improcede a afirmação de que: “Não é de acolher-se a alegação de maltrato à garantia constitucional da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF) sob o fundamento de que é inepta a portaria que determinou a abertura de inquérito para apuração de crime de acidente de trânsito, se a deficiência porventura havida no seu teor não trouxe qualquer prejuízo à defesa” (AI 135.181-1 – SC – 2.ª T. – 2.10.90 – rel. Min. Aldir Passarinho). Adotar esse entendimento significa olvidar de que a ação penal condenatória terá por lastro o próprio inquérito policial. Aceitar a violação é impedir ao acusado que mostre razões para a rejeição da denúncia ou queixa.

sibilitará a imputação do fato a alguém, de pronto. Neste caso, basta que a portaria contenha a exposição sucinta do corpo de delito, em todas circunstâncias, e diligências para identificação do autor, o que ocorrerá durante as investigações. Não se pode afirmar a existência de acusação, nesse instante inicial de desconhecimento da autoria, pela impossibilidade de imputação do fato penal relevante a alguém.

Bem por isso a portaria de instauração do inquérito policial não conterà a imputação, mas, será mero relato conciso dos fatos, sem atribuir autoria a quem quer que seja, motivo pelo qual, não existindo acusação ou acusado, não se há de exigir a ampla defesa, embora recomendada a designação de advogado dativo para acompanhamento das perícias, repudiado o repetido argumento das dificuldades que irá proporcionar à atividade policial, ou pela ausência de recursos para tanto. Devem prevalecer, sempre, os mandamentos constitucionais, garantidores do direito de defesa.⁷⁶

Todavia, quando das diligências encetadas forem colhidos indícios convergentes sobre determinado indivíduo, agravando sua condição para além de mero suspeito,⁷⁷ deverá a autoridade, proceder

76. Oportuna a recomendação de Alexandre Bizzotto e de Andreia de Brito Rodrigues, a impulsionar a reformulação da atividade defensiva durante a fase investigativa: "... Retirar o indiciado do contraditório do ato do perito é macular a ampla defesa. É preciso compreender que a atividade exercida pelo perito pode vir a prejudicar o indiciado ou mesmo deixar de colher impressão importante para a defesa. Para atender ao clamor constitucional, a sugestão perfeitamente em sintonia com a Constituição seria a presença obrigatória de um advogado acompanhando os trabalhos. Este pode ser um profissional constituído. No caso de ausência de defesa constituída, em sendo necessária a presença da defesa, o perito comunicará a um advogado previamente nomeado pelo juiz, que funcionará pelo seu compromisso de grau" (*Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências*. Goiânia, AB, 1998, p. 48). Observe-se, tão-só, que no inquérito policial não se cuida de contraditório, mas, de exercício do direito de defesa.

77. Interessante a distinção oferecida por Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: "O suspeito, sobre o qual se reunir prova da autoria da infração, tem que ser indiciado. Já aquele que, contra si, possuir frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito. A mera suspeita não vai além da conjectura, fundada em entendimento desfavorável a respeito de alguém. As suspeitas, por si sós, não são mais que sombras; não possuem estrutura, para dar corpo à prova da autoria. Nada aproveitam para a instrução criminal; apenas importam à simples investigação policial. Suspeita-se de pessoas, de coisas,

seu *indiciamento*, que representa, segundo Rogério Lauria Tucci, "... no âmbito do inquérito policial, o resultado concreto da convergência de indícios que apontam determinada pessoa ou determinadas pessoas como praticantes de ato ou atos tidos pela legislação penal em vigor como típicos, antijurídicos e culpáveis".⁷⁸

A partir desse ato formal, tem-se a *acusação informal*, motivo pelo que o indiciamento deve ser ordenado por ato fundamentado da autoridade policial, no qual há de expor os motivos determinantes da sua convicção, propiciando, ao acusado, pleno conhecimento das provas, mesmo as indiciárias, que o apontam como suposto autor do fato investigado.⁷⁹

de fatos. Suspeita-se com vistas à circunstâncias. O suspeitador olha do alto, conjectura, desconfia, possui leve opinião subjetiva a respeito do objeto. Suspeitar é supondo, tachar de duvidosa a pessoa, a coisa, ou o fato. Diferem, segundo a razão, as figuras do suspeito e do indiciado. Com efeito, existem dois juízos, quanto à autoria, na fase procedimental da *persecutio criminis*, a saber: do *possível* e do *provável*. *Juízo possível* consiste naquele que, logicamente, não é contraditório. Inexistem motivos fortes pró ou contra. Emerge *neutral*, assim: é possível que o homem seja o homicida, mas é possível que não seja. Aflora como suspeito. *Juízo provável* é o verossímil. Aproxima-se da verdade, sem necessariamente ser verdadeiro. Parte de razões robustas, porém, ainda não decisivas. Não bastante suficiente, senão para imputar. Surge *aneutral*, assim: é provável que o homem seja o homicida, por causa dos meios de prova colhidos, mas talvez não seja. Deve, portanto, ser indiciado. Indiciado, assim, é aquele sobre quem recaiam, no correr do inquérito policial, os indícios, ou outros meios de prova, bastantes para acusar em juízo, de haver perpetrado uma infração penal, cuja existência se acha suficientemente evidenciada" ("O indiciamento como ato de polícia judiciária". In: *Inquérito policial*, ob. cit., p. 38-40)

78. "Indiciamento e qualificação indireta: fase de investigação criminal – distinção". In: *Revista dos Tribunais*, 571/291-294.

79. Na Portaria DGP N.º 18/98 está determinado: "Art. 5.º. Logo que reúna, no curso das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, a autoridade policial procederá o formal indiciamento do suspeito, decidindo, outrossim, em sendo o caso, pela realização de sua identificação pelo processo datiloscópico. Parágrafo único. O ato aludido neste artigo deverá ser precedido de despacho fundamentado, no qual a autoridade pormenorizará com base nos elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto a autoria delitiva e a classificação infracional atribuída ao fato, bem assim, com relação à identificação referida, acerca da indispensabilidade de sua promoção, com a demonstração de insuficiência de identificação civil, nos termos da Portaria DGP-18, de 31 de janeiro de 1992". Não é nova essa exigência, já existia, no artigo 37 e parágrafo único, da Lei 6.368/76.

Marco inicial da acusação, ato indispensável à ampla defesa nos atos posteriores, no qual o increpado encontrará a imputação e poderá preparar a defesa, inclusive para demonstração de inocência, também uma das metas do inquérito policial, o *indiciamento*, quando efetuado com base em fundamentos fáticos e legais, constitui, para além do constrangimento, uma garantia do *devido processo penal*. Entenda-se: conhecer a criminalização é poder defender-se.

Projeto de eventual denúncia ou queixa, o *indiciamento* será rejeitado ou suspenso, quando constituir abuso de acusação, tão-somente. A falta constitui, de forma inegável, prejuízo à defesa, porque transforma o possível acusado em objeto das investigações, as quais desconhece por completo.⁸⁰

Afinal, o inquérito policial, como toda a persecução penal, tem por objetivo não só a responsabilização do verdadeiro culpado, mas, também, a proteção ao inocente, porque: "O devido processo penal implica um início, um meio e um fim, com a obediência às garantias constitucionais. O inquérito pode fundamentar o início de um processo; logo, este início deve ser adequado".⁸¹

Da mesma forma, as requisições, judiciais ou do órgão do Ministério Público, sempre que possível, precisam conter a completa acusação, porque, "ordem que não pode ser desobedecida, salvo se manifestamente ilegal",⁸² não permite à autoridade requisitada a realização de juízo, acerca da necessidade de instauração do inquérito policial.

80. O *indiciamento* indevido pode ser evitado mediante *habeas corpus*, o que não lhe retira a qualidade de *garantia* do acusado, inclusive por marcar o início da acusação e permitir a ampla defesa na fase extrajudicial. Proporciona os mesmos dissabores da denúncia ou queixa, mas há de permitir a defesa. Por isso discordamos de Fauzi Hassan Choukr quando afirma que "despregado de qualquer função jurídica (*stricto sensu*), o *indiciamento* sempre assumirá um papel de constrangimento que, se não é propriamente ilegal, é muitas vezes inócuo, pois apenas encontra-se a serviço daquele que tem, no dia-a-dia, a formalização da medida em suas mãos" (*Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 144). É preciso, sempre, não esquecer de que a primeira garantia de defesa acha-se na própria acusação, seja informal ou formal.

81. Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues. *Processo penal garantista*, ob. cit., p. 47.

82. Vicente Greco Filho. *Manual de Processo Penal*, ob. cit., p. 94.

Por isso e para permitir ao acusado completo conhecimento da imputação, a requisição não poderá cingir a mero ofício ordenatório, com menção a determinadas peças de um outro processo ou frágil alusão a determinados fatos. Pelo contrário, há de trazer a imputação inicial, com exposição do fato penal relevante, em todas suas circunstâncias, bem como a indicação do possível autor, porque, não existindo portaria, autuada a requisição, por ela se guiará a autoridade policial e nela é que o acusado tomará ciência da acusação, o que exige sua completa descrição, evitando-se prejuízo à investigação e à defesa.

Não cabe à autoridade policial complementar a acusação, mediante portaria, por fatos que, muitas das vezes, desconhece, apenas porque o requisitante limitou-se a ordenar a instauração do inquérito, despreocupado com as conseqüências à liberdade jurídica o acusado. Deve a requisição, ato formal da acusação, ser completa e permitir total conhecimento da imputação.

Em confirmação, de que a requisição contém a acusação, basta verificar a exigência para instauração do inquérito policial, por via de requerimento do ofendido ou de seu representante, com narração circunstanciada dos fatos, identificação do autor e nomeação e testemunhas.⁸³ Assim, deverá ser a requisição da autoridade judiciária ou de órgão do Ministério Público.

Seja por qual modo for a instauração do inquérito policial, desde que os indícios apontem alguém como suposto autor do fato, objeto das investigações, com possibilidade de grave ingerência na liberdade jurídica do acusado, pela adoção, ainda, de medidas cautelares, indispensável será a explicitação da acusação, a ser exposta nas representações policiais ou do órgão do Ministério Público e, com maior exigência, na motivação da decisão judicial, que as acolhe.

83. Código de Processo Penal, artigo 5.º (...). “§ 1.º. O requerimento a que se refere o n.º II conterá sempre que possível: a) a narração do fato, com todas as circunstâncias; b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer; c) a nomeação de testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.”

Tal ocorre porque, embora o estudo analítico das provas deva acontecer no julgamento final, para a decretação de qualquer medida cautelar (seqüestro, arresto de bens, hipoteca legal, prisão temporária ou preventiva, em razão da pronúncia, bem como de quebra do sigilo bancário ou telefônico, ou busca e apreensão), necessário será ao juiz competente fazer sumária análise da acusação, verificando os pressupostos mínimos: demonstração da existência material do crime e indícios suficientes de autoria.

Essa apreciação inicial não se confunde com a realizada quando da sentença, mais aprofundada. Contudo, ao juiz será indispensável verificar, na decisão de decretação da prisão preventiva, a existência de materialidade e indícios suficientes de autoria, pressupostos dessa medida cautelar, e, em caso de não demonstração, negar a prisão provisória, o que confirma a necessidade de constante controle da acusação, durante toda a persecução penal, com especial atenção na fase investigativa, porque os atos acontecem à distância, com controle *a posteriori*.

2.3.1.2. Acusação na prisão em flagrante delito

Qualquer do povo pode e as autoridades policiais e seus agentes devem prender aquele encontrado em flagrante delito,⁸⁴ apresentando-o à autoridade policial para o interrogatório, lavrando-se, em

84. José Antonio Pimenta Bueno, ensinando sobre a necessidade da prisão em flagrante, esclarece: "Flagrante delito é aquele que na atualidade se está cometendo, ou que interrompeu-se ou acabou de cometer-se, sendo o réu ainda acompanhado pelo clamor público, pessoas que o perseguem, ou estando ainda com as armas e instrumentos ou efeitos do crime em ato sucessivo. Nada é mais lógico e conseqüente com o respeito devido à lei e com os interesses públicos, do que obstar o delito que se está cometendo, que será continuado ou agravado se não for interrompido, e capturar o delinqüente. Para isso, porém, para não deixar escapar o criminoso, apreender os instrumentos do crime, recolher seus vestígios, é de necessidade que o poder da lei opere com celeridade; que não só os agentes da polícia, mas qualquer do povo que esteja presente, receba dela autorização para isso, como interessado na ordem e moral pública" (*Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2.^a ed. cor. e aum. Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857, n.º 154, p. 86).

seguida, o auto. Se das respostas resultar “fundada a suspeita”, a autoridade policial determinará o recolhimento do acusado à prisão, salvo quando livrar-se solto ou prestar fiança, prosseguindo no inquérito policial. Obedece-se ao disposto no Código de Processo Penal, artigos 301 a 310.

Embora não exista expressa previsão da nota de culpa, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5.º, incisos LXII a LXVI, exige a imediata comunicação da prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra ao juiz competente e seus familiares; informação ao preso de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, assegurada a assistência familiar e de um advogado, além da identificação dos responsáveis por sua prisão e interrogatório policial; devendo a prisão ilegal ser, imediatamente, relaxada pela autoridade judicial; e impede ser alguém levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.⁸⁵

85. A nota de culpa teve melhor consideração, anteriormente, aos poucos relegada a mero ato formal, de pouca relevância. Na Constituição Política do Império do Brasil, de 25.03.1824, era entregue pelo Juiz: Art. 179 (...) “n.º 8.º. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do Juiz e, nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o Juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as”. Termo inicial da plena defesa, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24.02.1891, era assinada pela autoridade policial: Art. 72 (...) “§ 17 – Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas”. Não mencionada nas Constituições 1934 e 1937, retorna na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18.09.1946, como instrumento da plena defesa e instrução criminal contraditória, quando prevista no art. 141 (...) § 25. “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”. Sem referência ficou nas Cartas Magnas de 1967 e 1968. O desprestígio, a depreciação da nota de culpa, na prática policial e judiciária, guarda origem no desconhecimento da natureza jurídica. É, por virtude

De toda forma, o Código de Processo Penal exige que seja dada nota de culpa ao preso, dentro de vinte e quatro horas depois da prisão em flagrante, assinada pela autoridade, com motivo da prisão, nomes do condutor e testemunhas. Ao preso temporário, também, deve ser entregue nota de culpa.⁸⁶

A *nota de culpa* pode ser apontada como o primeiro instrumento formal de ciência da acusação, entregue ao acusado, antes da culpa formada, quando preso em flagrante delito ou pela prisão temporária; para, além da ciência dos motivos do encarceramento, possa constatar a legalidade da prisão e adotar medidas para interrupção de qualquer constrangimento ilegal, porque, “a simples necessidade da sua entrega ao preso constitui um anteparo contra os abusos das detenções ilegítimas”.⁸⁷

Indispensável recordar, outra vez, a lição de Pimenta Bueno: “Se a prisão é feita depois da culpa formada, a nota é desnecessária, por isso que o mandado de prisão, de que se deve dar cópia ao réu, e o teor da pronúncia, que desde logo lhe é intimada, substituem essa importante advertência. Esta disposição, filha de suma justiça, desterrou para sempre o antigo segredo, com que se oprimia o indiciado, e se impossibilitava a sua defesa. Parece que, quando for possível, a nota de culpa deverá preceder o interrogatório, afim de que o réu saiba de antemão qual a matéria sobre que tem de responder”.⁸⁸

A *nota de culpa* constitui instrumento de exercício dos direitos e garantias fundamentais – ampla defesa, contraditório e devido

do conhecimento da acusação provisória, que se torna instrumento ensejador do exercício do direito de defesa.

86. “Art. 306 – Dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será dada ao preso nota de culpa assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. Parágrafo único – O preso passará recibo da nota de culpa, o qual será assinado por duas testemunhas, quando ele não souber, não puder ou não quiser assinar”. Com a mesma orientação, a Lei 7.960/89, artigo 2.º, 4.º, ao tratar da prisão temporária, determina a entrega de uma via do mandado de prisão, que servirá como nota de culpa.

87. Basileu Garcia. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. III, p. 124.

88. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, ob. cit., p. 97.

processo legal —, pela ciência dos termos da acusação desde seu início, quando são apresentados os motivos da prisão, nomes do condutor e testemunha, porque, afinal, a prisão em flagrante delito é a uma de duas formas de encarceramento, que não decorrem de *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*. A outra é a ordenada pelo executor do estado de defesa, por crime contra o Estado, na forma prevista na Constituição da República, artigo 136, § 3.º.

Contendo classificação provisória do crime imputado ao preso, deve guardar relação de correspondência com os fatos, apurados pela autoridade policial, evitando-se não só falta de justa causa, para a prisão em flagrante, mas também excessos, que impeçam o preso de livrar-se solto ou obter a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Não pode trazer, apenas, a citação dos artigos de lei, tipificadores da conduta penal relevante, atribuída ao acusado (fato penal), como acontece de costume. Deverá conter, por necessário, a imputação (fato processual), ou seja, a descrição do fato criminoso e suas circunstâncias, permitindo ao increpado preparar a defesa e fazer uso de direitos subjetivos processuais.⁸⁹

João Mendes de Almeida Júnior, tratando do conteúdo da *nota de culpa*, após invocar lição de Pimenta Bueno supracitada, aponta: “1. O motivo da prisão, isto é, a *causa* que moveu o juiz a ordenar a prisão. Esta *causa* deve constar materialmente e formalmente, isto é, o *motivo* que abrange tanto a *causa material* como a *causa formal* da prisão. A *causa material* é o *fato criminoso*; a *causa formal* é a determinação da *forma do livramento* afim de que o preso possa

89. Até a Magna Carta de 1988, quando dos procedimentos denominados judicialiformes, instaurados nos casos de contravenção penal ou homicídios culposos por acidente de trânsito, a *nota de culpa* tinha maior destaque, tanto que no acórdão proferido na Apelação n.º 589.013-5, a 12.ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, tendo como relator o Juiz Gonzaga Franceschini (RT 657/301) afirmou: “*Data venia* de r. entendimento em contrário, a nota de culpa é de importância fundamental nos processos contravencionais iniciados por auto de prisão em flagrante, pois ela não só constitui obstáculo ao abuso de detenções ilegais mas, também, possibilita efetiva e ampla defesa ao acusado. Assim, conveniente é que a nota de culpa contenha a exposição do fato e a exata e correspondente classificação da infração contravencional”.

saber se o crime é afiançável ou inafiançável e, neste último caso, se a prisão preventiva funda-se nos precisos requisitos da lei, caso não tenha o mesmo preso confessado o delito. 2. O *nome do acusador*, como garantia contra as delações ocultas, prescritas no foro de todas as nações civilizadas como incompatíveis com o sentimento da dignidade humana. 3. Os *nomes das testemunhas*, havendo-as. O preso tem de apreciar a intensidade da prova, quer para a *prevenção*, quer para a *acusação*, quer para o *julgamento*; mas, ao menos, as testemunhas suficientes para a prevenção já devem ter sido inquiridas antes da prisão, se a prevenção não foi estabelecida por confissão, ou por documento escrito”.⁹⁰

Somente com a completa explicitação dos motivos, material e formal, da prisão, é que o acusado terá condições de fiscalizar a simetria entre os fatos apurados pela autoridade policial e a classificação provisória de sua conduta, buscando, então, o uso do remédio adequado à defesa e conservação de sua liberdade jurídica.

Hoje relegada a mero cumprimento de um dever formal, porque pouco ou quase nada esclarece ao acusado acerca dos motivos de sua prisão, a nota de culpa – até a Constituição da República de 1988, nos denominados procedimentos policial-judicialiformes, como aqueles destinados a investigação e julgamento das contravenções penais – nos casos prisão em flagrante, deveria conter os mesmos requisitos da denúncia: exposição circunstanciada dos fatos e classificação típica provisória da conduta.

José Frederico Marques, ensinando a necessidade de completa acusação na nota de culpa, asseverava: “Nos procedimentos contravencionais coativos, a fase investigatória tem início com a prisão em flagrante e se desenrola através dos atos investigatórios que se processam no auto lavrado para formalizar e documentar aquela prisão. Não há, desse modo, ato acusatório explícito contra o indiciado preso em flagrante. Ao réu será entregue nota de culpa, dentro em 24 horas, ‘com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas’. (...) Mas se não há, desde logo, peça

90. *O processo criminal brasileiro*, ob. cit., v. 1, p. 437. Outros eram os tempos, mas, os intentos os mesmos.

acusatória completa, indiscutível é a existência de imputação, pois a tanto equivale o conteúdo da nota de culpa, e, com isso, uma parte da acusação já se acha presente e expressa”.⁹¹

Não procedia, nem procede nos dias atuais, a afirmação de que: “Não é a nota de culpa que faz a imputação ao réu para a ação penal iniciada por auto de prisão em flagrante. A imputação é feita pelo auto de prisão em flagrante e é do conteúdo desse auto que o acusado se defende, pois é o auto de prisão em flagrante que substitui a portaria da autoridade policial ou judiciária e a denúncia”,⁹² como se todo preso tivesse cultura e discernimento necessários para entender, desde logo, o que acontece, no momento da prisão; ou, então, acesso ao auto da prisão em flagrante, pois seu interrogatório acontece ao final, quando, sem sua presença, já foram ouvidos condutor, testemunhas e vítimas. É como se a acusação não estivesse exposta na denúncia ou queixa, devesse o acusado descobri-la, nos autos do processo penal. Esse entendimento, por óbvio, impede o exercício do direito de defesa, em sua plenitude.

Tanto é que o Delegado Geral de Polícia do Estado de São Paulo, na mencionada Portaria n.º 18/98, determina no artigo 7.º, “§ 3.º – Na nota de culpa entregue ao preso, a autoridade policial descreverá a conduta incriminada e indicará o tipo penal infringido”. Com isso, determinou a explicitação do comportamento e não só a indicação dos artigos de lei penal, supostamente, violados pelo preso.

Mas, o controle da legalidade da prisão não se faz apenas pela entrega da nota de culpa ao acusado, porque, como assinalado no início, outros mecanismos constitucionais provocam o controle da legalidade da prisão, destacando-se o judicial, com a necessária comunicação da prisão ao *juiz competente*, que deve relaxá-la, caso ilegal, ou impedir a manutenção do acusado no cárcere, quando a lei permitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Não há fixação de prazo, nem forma definida, para a imediata comunicação da prisão ao juiz competente. Todavia, diante do

91. *Elementos...*, ob. cit., v. III, p. 132-133.

92. Acórdão prolatado na Apelação n.º 582.193/9, pela Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (*RJDTacrim* 7/ 131).

escopo da norma constitucional, de permitir o controle judicial da prisão, deverá ser realizada o mais rápido possível e com informações suficientes, para a análise da regularidade, aceitando-se, para tanto, o encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante.

E, com a chegada da notícia de prisão, contida na cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz deverá conferir a existência de fidelidade entre os fatos narrados com a classificação provisória, formulada pela autoridade policial, impedindo-se excessos de acusação.

A grande quantidade de prisões em flagrante delito, o excesso de trabalho, por vezes, impede, aos representantes do Ministério Público e Magistrados, a atenta verificação do auto de prisão em flagrante, consagrando-se atos afirmadores da regularidade formal do auto de prisão, sem qualquer conteúdo decisório.

Tal prática quebra todo um sistema estabelecido, na Constituição da República Federativa do Brasil⁹³ e Código de Processo Penal,⁹⁴ para garantir direitos individuais do acusado, porque, quando não

93. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5.º: "LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...) LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; (...) LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

94. Código de Processo Penal: "Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único – Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)".

verificada a correspondência, entre os fatos narrados e a classificação provisória, o juiz deve fazer a correção, evitando-se desastrosa consequência à liberdade jurídica do preso, como a impossibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança.

Obediente aos mandamentos da Magna Carta e Código de Processo Penal, o juiz – de ofício e sem ficar à espera de pedido –, ao *verificar* pelo auto de prisão em flagrante que o acusado praticou o fato acobertado por qualquer causa excludente de antijuridicidade, ou quando inocorrente os requisitos da prisão preventiva, deverá conceder a liberdade provisória.⁹⁵

A *verificar* significa *investigar, examinar, averiguar, confirmar, comprovar*.⁹⁶ Por isso, inadmissível a decisão judicial, sem conteúdo decisório, que não aprecia, além da regularidade formal do auto de prisão em flagrante, a inexistência de fundamento para a manutenção do acusado no cárcere. Repita-se, é necessária a análise dos fatos apurados no auto de prisão em flagrante delito, confrontando-o com a classificação provisória, realizada pela autoridade policial, bem como da presença dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva; o primeiro representado pela demonstração de existência material do crime e indícios suficiente de autoria; e, o segundo, pela necessidade da prisão, caracterizada pelo *periculum libertatis*.

A correlação deverá ser mantida, durante toda a persecução penal, de acordo com as provas produzidas a cada momento, zelando pela justa causa para cada ato processual, assim justificando a necessidade da constrição imposta à liberdade do acusado.

95. Outra vez, na precisa afirmação de Alexandre Bizzotto e de Andreia de Brito Rodrigues: “Exige-se do juiz uma atuação oficiosa tão-somente quando as garantias constitucionais estiverem em perigo. Manifesta-se aqui o ‘juiz-ativista’. O juiz, ao receber a comunicação de um flagrante, tem de imediatamente provocar a atuação do Ministério Público para manifestação sobre a possibilidade de liberdade provisória. Reconhecido qualquer constrangimento ilegal, o *habeas corpus* de ofício é um remédio que se impõe. A liminar em *habeas corpus* é caminho viável. Em suma, frente a juiz garantidor, a celeridade na defesa da Constituição é um norte impostergável” (*Processo penal garantista*, ob. cit., p. 40).

96. Cf. Francisco Fernandes. *Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. 35.^a ed.

A prisão em flagrante – resquício da vingança privada – constitui ato de força, determinado em providência cautelar da autoridade policial, que recolhe ou mantém o acusado na prisão, sem culpa formada. Constitui exceção à prisão por decisão fundamentada da autoridade judiciária competente, o que exige, efetivo e concreto, controle de legalidade, a ser realizado, *a posteriori*, quando da verificação dos autos da prisão.

E, por isso mesmo, com controle posterior, ou diferido, é que o juiz não poderá deixar de realizar a atenta verificação, de imediato da regularidade formal do ato da autoridade policial e, após, da existência de justa causa e necessidade da prisão cautelar, que se consubstanciam, respectivamente, nos pressupostos e requisitos da prisão preventiva.⁹⁷

2.4. ACUSAÇÃO DURANTE A AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA

Frisamos, embora titular do *jus puniendi*, o Estado não poderá exercitá-lo, diretamente, porque: “... somente por obra dos órgãos jurisdicionais pode obter o Estado reconhecimento da prevalência de seu interesse punitivo sobre o interesse penal de liberdade do suposto infrator da norma penal. Ou, por outras palavras, o *jus puniendi* só se efetiva quando o Estado-Administração solicita do Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal material: *nulla poena sine iudicio*”.⁹⁸

Mais que mero instrumento de aplicação da lei penal, o processo penal desponta como garantia de legalidade. Para a máxima do *nullum*

97. Na distinção de Roberto Delmanto Júnior (*As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 67): “Em outras palavras, primeiro há de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são os *pressupostos* da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo *concreto* que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus *requisitos*).”

98. Rogério Lauria Tucci. *Jurisdição, ação e processo penal*. Belém: Cejup, 1984, p. 49.

crime, nulla poena, sine praevia lege, vigente ao direito penal – de que não existe crime ou pena sem lei anterior a defini-los –, ao processo penal corresponde o axioma *nulla poena sine iudicio*, não há pena sem o devido processo penal. Essas máximas, em íntima conexão, se correlacionam. O reconhecimento da primeira só acontece com a observância da segunda, pois estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade se pressupõem reciprocamente, porque, “... enquanto o princípio assegura a prevenção das lesões previstas como delito, o princípio da jurisdicionalidade assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas”.⁹⁹

Para o exercício do *jus puniendi*, quando da ocorrência de fato com relevância penal, desponta para o Estado, o direito de ação, entendido como o correlato direito à jurisdição, única forma de aplicar o direito penal positivo, porque: “O aparelho judiciário é, geralmente, inerte. Seu funcionamento depende de solicitação exterior; a jurisdição só se move mediante esse impulso. Essa solicitação ou impulso, que à lei incumbe determinar, é a *ação*. Uma atividade de pessoas que querem ou que devem garantir pela coação do poder público a efetividade de um direito que, nos termos legais, constitui condição do procedimento jurisdicional. É, em poucas palavras, a promoção da jurisdição”.¹⁰⁰

Conseqüentemente, jurisdição penal¹⁰¹ é essa atividade do Estado, precípua do Poder Judiciário, mediante a qual se procede a aplicação do direito penal positivo, preservando interesses de alta

99. Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 538.

100. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, n.º 6, p. 107.

101. Para Joaquim José Caetano Pereira e Souza, “O poder de conhecer e julgar acerca de crimes é o que se chama jurisdição criminal” (*Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 4.ª ed. em. acr. Lisboa: Impressão Régia, 1831, p. 2, § IV). Rogério Lauria Tucci sintetiza: “Tida a jurisdição como poder-dever de realização da justiça estatal, mediante declaração, satisfação ou assecuração do direito declarado, pelos órgãos do Poder Judiciário, (...) revela-se a *jurisdição penal* na atuação do Estado, por intermédio de categorizados e especializados funcionários (agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais), com a *finalidade de aplicação das normas penais materiais positivas*” (*Jurisdição, ação e processo penal*, ob. cit., p. 26-27).

relevância social, com a declaração de prevalência do direito estatal de punir ou o de liberdade do indivíduo acusado.¹⁰²

Atividade essa que só poderá ser exercida pelo processo penal condenatório,¹⁰³ entendido “como instrumento técnico e público, do exercício da jurisdição criminal, habilmente concebido para o pronunciamento da ocorrência de um fato delituoso ou contravençional, e respectiva autoria, como resultante de uma ordenada investigação e parietária contraditoriedade, cujo desfecho reclama a aplicação do Direito Penal material a um caso concreto”.¹⁰⁴

Assim é que, colhidos os elementos necessários para a formação da *opinio delicti*, durante a fase investigativa da persecução penal, o acusador, público ou privado, dando continuidade à acusação, agora formal, promove a ação penal, mediante oferecimento da denúncia ou queixa, com o pedido de condenações dos acusados, para efetivo exercício do poder-dever de punir, o que deverá ocorrer mediante o processo penal, seu instrumento.

Aliás, oportuno lembrar a lição de Emílio Gomez Orbaneja de que: “Em consequência, para que se possa impor uma pena não só é necessário que haja infração (delito ou falta) como também é necessário que haja processo. A pena não só é um efeito (jurídico) do delito, como um efeito do processo. Certo que poderá haver

102. Não se pode olvidar de que o Poder Legislativo também exerce a jurisdição penal, prevista na Constituição da República: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade”.

103. Oportuna, agora, a distinção trazida por Germano Marques da Silva: “Enquanto o direito penal tem que ver diretamente com a ordenação da vida em sociedade, qualificando, por forma geral e abstrata, os comportamentos humanos em função dos bens jurídicos que considera valiosos e prescrevendo sanções para os comportamentos lesivos destes bens, o direito processual penal visa disciplinar o procedimento para averiguação e decisão sobre a ocorrência dum fato histórico qualificado como crime e a aplicação da sanção penal aos responsáveis pela sua prática” (*Curso de processo penal*, ob. cit., v. 1, p. 16).

104. Rogério Lauria Tucci *et al. Princípio e regras orientadoras...*, ob. cit., p. 110.

processo sem que haja delito nem pena, posto que em definitiva é a mesma atividade processual chamada a comprovar se existiu aquele e se corresponde esta. Por tanto, a possibilidade do processo não pode depender da existência efetiva do delito (o processo não é um efeito do delito), enquanto que tem por finalidade a comprovação e declaração dessa existência. Porém, a possibilidade da pena depende, além de que exista o delito, da existência efetiva e *total* do processo. Total, porque se o processo termina antes de desenvolver-se completamente, mediante um ato distinto da sentença (sobrestamento, suspensão etc), não se pode impor a pena. Não se impõe pena senão em virtude de sentença”.¹⁰⁵

Portanto, se a imposição de uma pena – concretização do *jus puniendi* – somente poderá acontecer pelo processo penal, instrumento da jurisdição penal, após a colheita dos elementos necessários à formação da *opinio delicti*, demonstração da existência material do fato penal relevante e indícios suficientes de autoria, a acusação deverá ser submetida à apreciação dos órgãos jurisdicionais.

A acusação vai consolidando-se aos poucos. Na fase investigativa, diante da possibilidade de descoberta de novos fatos, não sofre rígida limitação. Contudo, na ação penal, além de delimitada pelos fatos e circunstâncias, contidos na *peça acusatória*, deve ser explícita;¹⁰⁶ o que exige formal ato acusatório a cada descoberta de

105. *Comentários a la ley de enjuiciamiento criminal...*, ob. cit., tomo I, p. 27, tradução livre, nossa.

106. Na pontual lição de Paulo Cláudio Tovo: “A garantia da ampla defesa pressupõe, no processo penal condenatório, uma acusação inicial perfeitamente demarcada, pois ninguém pode se defender eficazmente de uma acusação oculta, ignorada ou implícita. É o princípio da ACUSAÇÃO EXPLÍCITA que deflui da LEI MAIOR, como uma das garantias do devido processo legal. Toda atividade processual, aliás, gira em torno da acusação inicial: o acusador buscando comprovar sua procedência; o réu e seu defensor (ou pelo menos este último), ao contrário, procurando demonstrar sua improcedência, total ou parcial; e, finalmente, o juiz perquirindo a verdade para dar razão a quem efetivamente tem. O DEVIDO PROCESSO LEGAL, segue o método dialético: a tese da acusação, a antítese do réu e seu defensor (ou pelo menos deste) e a síntese do juiz. Sem a tese da acusação, não pode haver a antítese da defesa. Eis aí a razão fundamental da necessidade de uma acusação perfeitamente delineada” (*Apontamentos e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 22-23).

novo fato, que não poderá ser conhecido pelo julgador, espontaneamente, decorrência da adoção do *sistema acusatório* pelo Código de Processo Penal.

Assim é que, se na fase investigativa temos acusação na nota de culpa, na portaria, requerimento, requisição, ou ordem, de instauração do inquérito policial, ou no indiciamento quando da descoberta de indícios de autoria, na ação penal a acusação está contida na denúncia ou queixa e, também, no libelo-crime acusatório nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri.

2.4.1. Acusação na denúncia ou queixa

Com o recebimento do inquérito policial, ou outra peça de informação, formada a *opinio delicti*, o acusador, órgão do Ministério Público ou o ofendido, desencadeia a persecução penal na fase judicial, com oferecimento da denúncia ou queixa, instrumentos atuais de propositura da ação penal.¹⁰⁷

Denúncia ou queixa devem trazer todos os elementos da acusação – imputações, objetiva e subjetiva, além de responsabilização penal –, pois, constituem seu instrumento formal. Indicam alguém como provável autor de fato penal relevante, para sua responsabilização pelo Poder Judiciário, ou seja, para a realização do direito penal.¹⁰⁸

107. João Mendes de Almeida Júnior resume o histórico das formas de propositura de ação penal no Brasil, ao lembrar: “Já vimos como, no correr dos tempos, a ação penal, principiando ou pelo *clamor do ofendido*, ou pelo *clamor público*, ou pelas *esquissas* dos próprios juízes, ao *clamores* e as *esquissas* se transformaram nas *querelas*, nas *denúncias* e nas *devassas*; as *querelas*, as *denúncias* e as *devassas* se transformaram nas *queixas*, *denúncias* e *informações ex-officio*” (*O processo criminal brasileiro*, ob. cit., v. 2, p. 174).

108. Como assevera Nuria Torres Rosell: “O denunciante afirma, única e essencialmente, a existência de fatos ou resultados que revestem aparência delitiva ou, em todo caso, participa os dados dos que se deduz essa aparência. Esta informação provoca a investigação jurisdicional, quando se conhecem outros dados ou circunstâncias que interessam aos fins da função jurisdicional penal, que, porém, isoladamente, não revestiam aparência delitiva” (*La denuncia en el proceso penal*, ob. cit., p. 184, tradução livre, nossa).

Os gravames trazidos pela acusação são imensuráveis, como já afirmado, e se acentuam com o transcorrer da persecução penal, com maior força pela propositura da ação penal leviana ou infundada, motivo pelo qual a *opinio delicti* não pode retratar mera suspeita, devendo resultar do convencimento qualificado do acusador, a ser exposto na denúncia ou queixa e nascente nos meios de prova.

Muitas são as definições formuladas pelos doutrinadores;¹⁰⁹ todavia, "atos de iniciativa da formação da culpa, portadores da notícia do crime à autoridade judiciária",¹¹⁰ na sempre atual definição de João Mendes de Almeida Júnior, a denúncia ou queixa: "É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e

109. Para Antonio Luiz da Câmara Leal: "A denúncia é a petição inicial da ação penal pública, na qual o órgão do Ministério Público faz a exposição do fato delituoso com suas circunstâncias, indicando o autor do crime e a classificação deste, e pede que se proceda penalmente contra o acusado, oferecendo o rol de testemunhas" (*Comentários ao Código do Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 189). Raimundo Cândido lembra: "... se a ação é a força motora do mecanismo processual, a denúncia é a energia radial que a anima, pois em torno dela giram as atividades dos vários sujeitos que nele intervêm, para a definição da nascente relação processual, como para a constatação de sua procedência ou improcedência (*Do ingresso no juízo penal*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1952, p. 31). Segundo Romeu Pires de Campos Barros "... a denúncia é o ato pelo qual o órgão do Ministério Público pleiteia em juízo a condenação do indiciado, apresentando a pretensão punitiva do Estado, baseado nos elementos recolhidos na fase investigativa da persecução penal. Enquanto que a queixa é também ato postulatório com idêntica finalidade, exercitado pelo ofendido ou seus sucessores, na qualidade de substituto processual do Estado, nos crimes de ação penal privada" (*Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, v. I, p. 310/311).

110. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Processo Penal: ação e jurisdição*, ob. cit., p. 270.

informantes. É uma exposição de um fato criminoso, porque, se o fato não for daqueles que a lei penal anteriormente tenha qualificado como crime ou contravenção, ainda que seja um malefício, o caso não é de queixa".¹¹¹

Nesse conceito é possível verificar todos os elementos exigidos, para a denúncia, cuja exposição tem por finalidade – além de bitolar a acusação e o alcance do julgamento judicial – permitir ao acusado a ampla defesa e, por isso, exige o Código de Processo Penal, no artigo 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".

Deve, portanto, permitir a imediata identificação da imputação, objetiva e subjetiva, de tal forma que de sua leitura se possa entender quais os fatos reprováveis e a quem são atribuídos, porque, afinal, corolário da ampla defesa é o pleno e inicial conhecimento da própria acusação.

As restrições à liberdade jurídica do acusado são por demais severas. Suporta o ônus da acusação, não só com as limitações, provocadas pelo processo penal, mas, também pelo conhecimento decorrente da publicidade. Rigoroso controle judicial da acusação deve ser realizado, quando do recebimento da denúncia.

Não basta fórmula repetitiva e igual para todos os casos. Necessária a percutiente análise da propositura de cada ação penal, tanto do suporte fático, como legal.¹¹² O juízo de admissibilidade

111. *O processo criminal brasileiro*, ob. cit., v. 2., p. 195.

112. Para ser lembrado, sempre em caráter didático, convém deixar consignado a lição de José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, quando, relator do HC n.º 37.822, em 27.4.72, decidiu: "Em pesados gravames importa o processo penal, e isso não só ao 'status libertatis', como ao 'status dignitatis' do acusado. Assim, seu aforamento sem evidenciação de um mínimo de justa causa, caracteriza ultraje a direito individual, cuja salvaguarda de modo algum pode ser subtraída à imediata apreciação do judiciário. Para ser recebida, não basta que a denúncia se exhiba formalmente escoreita e que a alguém impute um crime em tese: é preciso mais seja autorizada pela presença, nos autos, de algum objetivo elemento de convicção que a lastreie. É que a destinação ontológica da denúncia – instrumento inicial provocador da atuação da lei penal – se não compadece com seu oferecimento

da acusação formal precisa, pois, se mostrar valioso. Ato decisório e jamais despacho, não há de ter a importância técnica diminuída.

2.4.1.1. *Exposição do fato penal relevante, em todas circunstâncias*

Na ação penal condenatória, o pronunciamento judicial terá por objeto os fatos imputados ao acusado e, por isso, sua *exposição* constitui elemento sensível da denúncia ou da queixa; porque, além de permitir a ampla defesa, limita a acusação e o alcance do julgamento e, ainda, possibilita a verificação de identidade dos fatos, tanto no mesmo processo como em outros, assim, lhe impedindo o andamento, se ocorre litispendência ou coisa julgada.

O prévio e completo conhecimento da imputação – tanto no que se refere ao elemento objetivo (fato) como subjetivo (pessoa

contra quem tudo leva a crer seja inocente. Não se pode, pois, negar ao Juiz o direito-dever de, liminarmente, confrontar os fatos constantes da investigação prévia com a narrativa da peça vestibular. Sem controle que tal, teria o Ministério Público o inadmissível arbítrio de, carente qualquer interesse socialmente defensável, sujeita inocentes aos transtornos, sacrifícios e azares da ação penal. Pelo menos no pórtico do procedimento, assim, ao invés de se deferir ao público acusador o ostentoso manto de 'dominus litis', colocando-se, 'pari passu', com uma inconcebível quase restauração do famigerado regime das 'lettres de cachet', o juiz na posição de 'súdito da denúncia' (RT 307/126), melhor será atribuir-lhe o singelo mas dignificante burel de 'servo da ação penal' (CANUTO MENDES DE ALMEIDA), submetendo ao controle do Estado-Juiz o exame inaugural da viabilidade da postulação de abertura do procedimento. No confronto entre a denúncia e o seu suporte fático para repeli-la quando manifestamente decorra da inadvertência, capricho ou prepotência, cumpre ao Juiz efetivar uma 'summária cognitio' que imediatamente deverá ser sobrestada quando encontrado um mínimo embasamento probatório que atribua verossimilhança à manifestada 'opinio delicti', sendo, então, favoravelmente despachada a inicial. Essa pesquisa, todavia, terá que se aprofundar até os derradeiros meandros dos elementos coligidos, para que eventualmente neles se garimpem, como pressupostos de fato da ação penal, pelo menos vestígios objetivos da atuação imputada ao denunciado. E somente quando nem mesmo tais vestígios não lograrem ser bateados, quando a denúncia, se fosse recebida, motivaria obrigatória concessão de 'mandamus' por coação decorrente de procedimento sem justa causa (CPP, art. 648, I), é que a inicial há de ser rejeitada." (*Jurisprudência penal e processual penal*: Tribunal de Alçada e Alçada Criminal de São Paulo, São Paulo: Liv. Ed. Universitária de Direito, 1980, p. 268-9). Ver também Mário Helton Jorge. Denúncia abusiva, reflexos e controles. In: *Boletim do IBCCrim*, n.º 65, p. 9-10;

acusada) – é que permitirá a ampla defesa, porque: “Ciente da imputação fática que em denúncia lhe é feita e sabedor de que a sentença apreciará unicamente o fato que lhe é irrogado, estabelecendo, então, as emanções jurídicas que do mesmo hão de emergir, o acusado encontra, na preambular acusatória do processo, o *punctum pruriens* relevante para a sua defesa, pelo conhecimento que se lhe dá do fato atribuído”.¹¹³

Percebe-se a importância da completa explicitação dos fatos na denúncia ou queixa para que o acusado tenha plena ciência do que lhe é imputado e, então, possa, eficazmente, defender-se, pois, afinal, a primeira exigência para que alguém possa defender-se é o entendimento da acusação.

Aliás, como adverte José do Espírito Santo Domingues Ribeiro: “O réu encontrará no fato descrito na peça acusatória os elementos indispensáveis para preparar sua tese defensiva, por isso que o importante na denúncia ou na queixa é a descrição correta e indubitosa do fato e não a classificação jurídica dada ao fato, pois essa pode ser alterada pelo juiz, porém o fato jamais poderá ser mudado ou alterado. Assim, sabendo o réu, de antemão, que a sentença se aterá exclusivamente no fato, fará com segurança a sua defesa sem medo de ser pego de surpresa. Por isso, o fato narrado de maneira dúbia, inconcisa, acarretará, por certo, prejuízo à defesa”.¹¹⁴⁻¹¹⁵

113. Fernando de Almeida Pedroso. *Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limite*. 2.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 116.

114. *A denúncia e suas nulidades*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 25.

115. Nesse mesmo sentido, mais uma vez, é a lição de Paulo Cláudio Tovo, quando assevera: “A narrativa é o cerne da denúncia. É dela que o réu se defende, pois se constitui na imputação ou *res in judiciam deducta*, dela não se pode afastar o juiz pelo princípio da congruência da condenação com a acusação, sob pena de incorrer na proibição da decisão *ULTRA, EXTRA* ou *CITRA PETITUM*. Tal narrativa, no entanto, não pode ser uma descrição chapada, estereotipada. Há de ser uma narrativa precisa e concreta, que sirva unicamente para aquele fato e para nenhum outro mais, mas concisa, panorâmica dos acontecimentos, sem minúcias desnecessárias nem aspectos dissertativos” (*Apontamentos e guia prático sobre a denúncia*, ob. cit., p. 23.). Enfim, deve ser fiel, pois, aos elementos de convicção, constantes do inquérito policial, ou de peças de informação.

Enfim, na completa síntese de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: "O art. 41 do Código de Processo Penal determina que a inicial postulatória, denúncia ou queixa, conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias. A finalidade dessa exigência acha-se inscrita nos arts. 394 e 395 do mesmo Código de Processo Penal: realizar a plenitude de defesa, mediante *ciência tempestiva* ao acusado dos exatos termos da acusação. É por isso que o juiz, 'ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório (tempestividade), ordenando a citação do réu (ciência) e que o 'réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas'. Nenhum processo penal pode se iniciar sem que o acusado tenha liminar conhecimento 'do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias', fato esse que constitui o conteúdo da acusação. As mesmas considerações, aplicáveis à postulação, aplicam-se também à probação: nenhuma prova de acusação pode ser produzida sem que dela se dê prévio conhecimento ao acusado, não só para que participe de sua produção, mas também para que possa opor contraprovas de defesa. (...) A aplicação prática do princípio constitucional da plenitude de defesa e da contrariedade na instrução criminal manifesta-se, assim, através desta regra, deduzida dos aludidos dispositivos do Código de Processo Penal: ninguém pode ser chamado a defender-se de imputação indeterminada; ou, noutros termos, nenhuma acusação pode ter por objeto fato indeterminado. *A denúncia ou a queixa não podem, pois, incidir em omissão de circunstância de fato*, ao menos essenciais, sob sanção de nulidade: é o que se depreende dos arts. 569 e 384 e do § único do art. 384".¹¹⁶

Se a primeira importância da exposição dos fatos está ligada à necessidade de proporcionar condições à efetiva e real defesa pelo acusado, também é relevante para a limitação do julgamento, que não poderá estender a cognição, para aquilo que não foi acusado, nem contrariado.

A adoção do sistema processual acusatório, com distinção das funções de acusador e julgador, implica vinculação deste aos fatos

116. "O princípio da verdade real". In: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. LII, 1957, p. 119-120.

acusados por aquele, vale dizer, o juiz só poderá conhecer e julgar fatos acusados – ainda que outros tenham sido provados, durante a fase de instrução, mas que não tenham sido objeto da acusação, nem da defesa¹¹⁷ –, o que exige explicitude na exposição, para que nenhuma dubiedade provoque dúvidas, quanto à imputação objetiva ou subjetiva.

Como corolário, em caso de descoberta de novos fatos, durante a instrução, caso o acusador não emende ou corrija a acusação, quando ainda possível, o julgador não poderá proferir condenação por esses acontecimentos desvendados, porque, se o fizesse, estaria se arvorando na função de acusador, o que lhe é vedado, porque, se não há acusação, não há julgamento.¹¹⁸

A vinculação do julgador aos fatos imputados só pode ser constatada na sentença, quando irá expor os fatos, determinantes de seu convencimento, para absolvição ou condenação. É comparando os fatos denunciados – desde o início da propositura da ação penal ou mediante emenda ou correção da acusação, a ser procedida pelo aditamento da denúncia ou queixa – com aqueles julgados, que será verificada a identidade entre ambos.

Por outro lado, quando da propositura de outra ação penal, a nova exposição é que irá permitir a constatação de identidade de fatos de outro processo, em trâmite ou encerrado, evitando-se a repetição ou *bis in idem*, pela alegação da litispendência e exceção da coisa julgada.

Expor o *fato criminoso em todas suas circunstâncias* é narrá-lo em todos os detalhes, tornando públicos os acontecimentos pelos quais o acusador formou sua *opinio delicti* e que pretende provar, no correr da instrução criminal, para que acusado e julgador deles

117. Na síntese de José Barcelos de Souza: “A exposição do fato há de ser feita na peça acusatória, não podendo ser suprida por elementos de convicção, que servem exatamente para orientar a exposição do fato a ser provado. Mesmo porque o réu se defende do fato que lhe é imputado, e a sentença levará em conta o fato alegado, não o fato provado, mas não imputado ao réu” (*Teoria e prática da ação penal*, ob. cit., p. 122).

118. Cf. James Goldschmidt. *Problemas jurídicos y políticos del processo penal*, ob. cit., p. 57.

conheçam na plenitude, porque: “A narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais. (...) A sentença que vier a ser prolatada em processo iniciado por denúncia ou queixa inepta será afetada porque assentada em procedimento viciado desde sua origem”.¹¹⁹

O fato, historiado na denúncia ou queixa, representa a atividade, desenvolvida na execução da conduta prevista em determinado tipo penal, porque, como ensina Roberto Lyra: “O Código de Processo Penal impõe a circunstanciação do fato criminoso. Mas circunstâncias a expor são as que integram um tipo de crime, correspondendo a previsão legal, preenchendo uma das fórmulas descritivas da tipicidade. A denúncia, pois, nada mais carece de que precisar a imputação de modo frisante, vigoroso e nítido. (...) Insistamos: basta fixar os elementos constitutivos do crime, os quais lhe condicionam a existência, permitindo a sua textual identificação e formando o eixo da infração, em torno do qual se agrupam os demais elementos. Sobressai, portanto, sem a má companhia de digressões ou adminículos, o ‘tipus regens’, o chamado ‘quadro legislativo penal dominante’”.¹²⁰

Na lição de Armida Bergamini Miotto: “A expressão *fato criminoso* é usada para designar o fato que, em concreto, reúne todos os elementos estruturais do crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Realmente, se em tese o fato criminoso é o próprio fato típico (o fato descrito, tipificado, como crime), porque em tese se supõe ou subentende a antijuridicidade e a culpabilidade, em concreto não é assim. Em concreto, o fato aparentemente criminoso tem de ser analisado, por meio de sucessivas indagações, só ao cabo das quais se poderá concluir que o fato é realmente criminoso (ou que não o é)”.¹²¹

119. Ada Pellegrini Grinover *et al.* *As nulidades do processo penal*. 6.^a ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da Lei 9.099/95 e das Lei de 1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 95-96.

120. Denúncia. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, por J.M. de Carvalho Santos, coadjuvado por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971., v. II, p. 195-196.

121. Fato criminoso: In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, coordenação do Prof. R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977, v. 24, p. 318.

Afinal, fato com relevância penal refere-se àquela conduta eleita pela sociedade organizada (Estado) como nociva para a convivência em comum e com prévia previsão legal, assim como a respectiva sanção para o caso de violação.

Como, anteriormente, afirmado e importa repetir, fato processual penal é o real acontecimento, concreto e histórico, praticado por alguém, ou seja, “a um pluralidade de fatos singulares que se aglutinam em torno de certos elementos polarizadores que permitem a sua compreensão, de um ponto de vista social, como um comportamento que encerre em si um conjunto tal elementos que tornam possível identificá-lo e individualizá-lo como um autônomo pedaço da vida, i.e., uma fração destacável do contínuo comportamento de um sujeito, capaz de ser analisado em si e por si e nessa medida, susceptível de um juízo de subsunção jurídico-penal”.¹²²

Da fórmula contida no Código de Processo Penal, artigo 41, de *exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*, verifica-se que a denúncia ou queixa deverá conter o fato processual e o penal, vale dizer, a completa narração do acontecimento naturalístico (concreto) e sua perfeita subsunção a todos os elementos do tipo penal (abstrato), para que não ocorra inépcia técnica, por ofensa às regras da ampla defesa e do contraditório.

Asseverou-se também: “Como vimos, a imputação constante do ato acusatório, tendo no fato descrito seu objeto, está inteiramente vinculada ao fato típico, à tipicidade de um fato. Tipos penais, todavia, encontramos que, em razão da necessária complexidade da conduta humana, se enriquecem de dados que ultrapassam seus aspectos meramente objetivos, materiais, requerendo, como explicitação, referência ao momento subjetivo do autor. Aliás, nem há os tipos penais normais, isentos de situação psicológica ou de juízo de valoração, como será visto, a seu tempo. A peça acusatória, vestibular do processo, nos tipos com elementos subjetivos, implícitos ou explícitos, será inepta, ensejando o despacho liminar negativo à pretensão de ajuizamento, se não os descreve como convém”.¹²³

122. Frederico Isasca, *Alteração substancial...*, ob. cit., p. 96.

123. Geraldo Batista Siqueira *et al.* Denúncia: a imputação na perspectiva do tipo penal. In: *Revista Jurídica*, v. 246, p. 36. Com a ressalva de que não se cuida de despacho, mas, de decisão.

A imputação tem por objeto – além do fato processual, entendido como o acontecimento concreto – a conduta descrita, abstratamente, no tipo penal e, por isso a denúncia ou queixa devem conter a exposição de todos seus elementos. Como veremos à frente, para guardar correlação com a acusação, a sentença deverá julgar cada elemento, inclusive o subjetivo.

Assim, para verificação da tipicidade, ao imputar a prática de furto a alguém, indicar o ânimo de subtração *para si ou para outrem* (elemento subjetivo, explícito ou implícito); da mesma forma, deverá, no caso de acusação de violação ao artigo 300, do Código Penal, há de apontar o dolo, porque o crime de reconhecimento falso de firma ou letra não existe na modalidade culposa; quando de imputação do crime de violação de correspondência, indispensável será indicar no que consiste o *indevidamente* (elemento normativo, de natureza jurídica ou conotação cultural); porque integrante do tipo penal, o perigo *concreto* deve ser indicado na denúncia ou queixa, diferentemente do *presumido*, que decorrer da própria lei.¹²⁴

Nos *crimes materiais*, devem estar apontados a conduta e o resultado e, quando o tipo penal exigir, o dissenso da vítima, como ocorre no crime de estupro. Em casos de *crimes formais*, basta a indicação da conduta, pois, embora descrito no tipo penal, a ocorrência do resultado não é imprescindível. Do mesmo modo, acontece para os *crimes de mera conduta*, cuja descrição do tipo penal cinge-se apenas à conduta, bastando sua exposição.¹²⁵

Na *tentativa de crime*, será indispensável a explicitação das circunstâncias alheias à vontade do agente, que impediram a consumação, ou seja, os acontecimentos externos, que evitaram chegasse o autor à consumação do crime. Nos crimes culposos, é necessária a menção aos fatos, que correspondam à negligência, imperícia ou imprudência, não bastando a genérica referência a essas modalidades da culpa.¹²⁶

O *concurso material de crimes* exige que conste, da denúncia ou queixa, a narração das diversas condutas, com todas suas

124. *Idem*, p. 36-39.

125. *Idem*, p. 40-41.

126. *Idem*, p. 41-42.

circunstâncias, das quais decorram os crimes diversos; no concurso formal será indispensável a exposição de uma só conduta, da qual resultam os eventos, e, caso necessário, também a descrição da pluralidade de desígnios. E, no crime continuado será conveniente a indicação, além das diversas ações e respectivos resultados, da relação de tempo, lugar e forma de execução, entre os diversos crimes. Por fim, nos crimes permanentes, exige-se a explicitação da conduta do agente no controle da prolongação do momento consumativo, elemento do próprio tipo penal, como acontece no seqüestro. Da mesma forma, a imputação, nos casos de crime habitual, será imprescindível a demonstração da habitualidade, ou seja, da reiteração da mesma conduta.¹²⁷

Ademais, a acusação não comporta imprecisões, nem imputações vagas, pois, como afirma Luiz Flávio Gomes: “No âmbito do ‘dever ser normativo’, impõe-se concluir, não existe o menor espaço para ‘acusações genéricas’, ainda quando se trata de co-autoria ou crime coletivo (ou societário). Uma garantia fundamental (como a de ser informado dos motivos da acusação) não perde eficácia nem importância pelo fato de estarmos diante de um crime coletivo. Cada acusado, individualmente considerado, tem o pleno direito de saber, previamente, os ‘motivos’ da acusação, isto é, os fatos ensejadores do pedido de sua condenação penal”.¹²⁸ E, as provas em que se arrima.

Nos *crimes de autoria coletiva*, o acusador deverá descrever a conduta de cada um dos acusados, estabelecendo, na imputação, verdadeira correlação entre a conduta imputada ao respectivo acusado, bem como demonstre os elementos indicativos do liame subjetivo que os uniu, porque: “Exigindo a co-autoria, para sua tipificação legal pela norma de extensão do art. 29, do CP, não somente a perpetração – pelo *extraneus* – de uma conduta causalmente relevante, mas, ainda uma vinculação psicológica com a empreitada delituosa (que se concretiza não apenas com o prévio acordo de vontades – o *pactum sceleris* –, como também pela

127. *Idem*, p. 43-44.

128. “Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.º 11, jul/set 1995, p. 246.

simples adesão – a *scientia maleficii*), há mister aponte a peça introdutória e vestibular do processo penal o modo pelo qual cada partícipe causalmente concorreu para o crime e, ainda, o elemento subjetivo que manifestou para a formação do delito societário (conluio, com agentes mancomunados, ou mera adesão, com partícipes anuentes)”.¹²⁹

Essa necessidade de explicitação dos fatos concretos, que constituam o acontecimento histórico, com a demonstração dos elementos do tipo penal, impede o reconhecimento da possibilidade da chamada imputação alternativa, que Afrânio Silva Jardim diz acontecer “quando a peça acusatória vestibular atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado, embora todas se apresentem como prováveis, em face da prova do inquérito. Desta forma, fica expresso, na denúncia ou queixa, que a pretensão punitiva se lastreia nesta *ou* naquela ação narrada”.¹³⁰

O processo penal serve ao exercício da jurisdição, mas, também e principalmente, é instrumento de defesa, porque eventual sanção a ser imposta no imputado, só será válida quando asseguradas todas as garantias individuais. Por isso, rejeita surpresas ao acusado e deve permitir o conhecimento e contrariedade da imputação, que poderá, ou não, resultar em condenação.

A ampla defesa e o contraditório exigem acusação certa e definida, com completa exposição dos fatos imputados, em todas suas circunstâncias. Em caso de descoberta de outros acontecimentos, que se renove a acusação, emendando ou corrigindo a anterior, mediante aditamento da denúncia ou queixa. Mas, de toda forma, inaceitável acusar alguém por furto ou receptação, apenas porque encontrado na posse de um bem furtado.

Ademais, a imputação alternativa, além de trazer prejuízo à vinculação do julgador à acusação – composta também pela *imputação legal* –, impediria o necessário confronto dos fatos

129. Fernando de Almeida Pedroso. *Processo penal...*, ob. cit., p. 122.

130. *Direito processual penal*. 6.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 153.

acusados com os julgados, aferindo-se sua identidade, inclusive no caso de propositura de nova ação penal. Se diversas as imputações, com possibilidade de condenação por uma ou outra, o acusado estaria limitado nas alegações de eventual litispendência ou coisa julgada.

2.4.1.2. *Individuação do acusado*

O estudo da *individuação do acusado* na denúncia ou queixa, cada vez mais, apresenta-se de maior interesse, mormente diante da necessidade de conciliação, com o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5.º, inciso LVIII, de que *o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*.

Inúmeros são os casos em que alguém é preso em flagrante delito, portando documentos identificadores de outrem e, por isso, não é submetido à identificação datiloscópica criminal. Nesse caso não haverá dúvida, quanto a estar preso aquele surpreendido em situação caracterizadora do flagrante delito. Contudo, ao final, sem descoberta da falsidade, o condenado será aquele que, por equívoco, consta como acusado e que terá inúmeros prejuízos em sua liberdade jurídica, em especial em caso de fuga daquele que foi preso.

Não ser submetido a identificação criminal é direito constitucional do acusado, que também assegura a ampla defesa.¹³¹ Entretanto, para que outrem não suporte coação ilegal – como afirmamos –, ao disciplinar a ressalva prevista na Constituição da República, no mencionado artigo 5.º, inciso LVIII, a Lei n.º 10.054, de 07 de dezembro de 2000, determinou a identificação criminal, inclusive pelo processo datiloscópico e fotográfico, nas seguintes hipóteses: daquele a quem é imputada a prática de homicídio doloso, crimes contra patrimônio praticado mediante violência ou grave ameaça, receptação qualificada, crimes contra liberdade sexual ou falsificação

131. Cf. Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional...*, ob. cit., p. 261.

de documentos públicos; quando existir fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade, ou seu estado de conservação não permita a completa identificação dos caracteres essenciais; constar dos registros policiais o uso de outros nomes, diferentes qualificações ou extravio do documento de identidade; e, o indiciado não comprovar a identificação civil em 48 horas.

Não temos o propósito de estudo da presente lei; mas, apesar de eventuais defeitos que poderão ser percebidos no cotidiano, essa lei representa um avanço, não só para o exercício do direito de defesa do imputado, como mecanismo impeditivo de prisões indevidas, nos casos antes afirmados.

De toda forma é bom não olvidar da lição de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo que – após distinguir qualificação de identificação: a primeira, como o indicativo de qualidades pessoais; essa, a identificação, no verificar a identidade de alguém –, preocupado com as confusões acontecidas, ensina: “As ações penais de conhecimento, de natureza condenatória, exigem réus *certos, individuados*. Reclamam pessoa humana, considerada em suas *características próprias e físicas*, ainda que lhe desconheça o nome e não tenha a identificação digital (art. 259 do CPP). Há aqui, dois interesses prevaletentes em jogo. O da *Justiça Penal*, no perseguir em juízo só pessoa física *determinada*, seja para lhe saber dos *antecedentes criminais*, seja para evitar o risco de *erro judiciário*. E da *sociedade*, em não ver nenhum dos seus membros acusados senão aquele *provável autor* do fato típico, por mínima garantia contra o eventual arbítrio estatal. A *certeza jurídica* precisa funcionar, então duplamente: estabelecendo estado de razoável conhecimento e informação sobre o inculminado (*quis*) e lhe protegendo os direitos fundamentais, bem assim os dos outros membros da comunhão social, perante o poder do Estado”.¹³²

Imputar, como afirmado, é verbo bitransitivo, consiste em atribuir a prática de um fato a alguém. Por isso, é pouco afirmar a vinculação do julgador aos fatos, que não poderá conhecer de

132. “A identificação processual penal e a Constituição de 1988”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1988, v. 635/172-183.

outros não constantes da imputação objetiva (referente aos fatos); está vinculado, não só aos fatos, mas também ao próprio imputado, porque inimaginável venha impor pena a quem não foi acusado.

Afinal, como assevera Júlio Fabbrini Mirabete: “Qualificar é apontar o conjunto de qualidades que individuam a pessoa, nela se incluindo o nome, o cognome, nome de família ou apelido, pseudônimo, estado civil, filiação, cidadania, idade, sexo, estado físico. Não impede a denúncia a ignorância a respeito de algumas dessas qualidades e mesmo do nome do imputado se é possível reproduzir na peça vestibular elementos que possam individuar a pessoa do imputado (idade, sexo, características físicas, dados particulares, sinais de nascença, alcunhas etc.)”.¹³³

Por isso, “não se pode denunciar o ‘homem da capa preta’ ou a ‘dama de vermelho’”¹³⁴ ou “mencionar na denúncia que o réu é pessoa conhecida pela alcunha de ‘Negão’ em nada o diferenciará de milhares de indivíduos conhecidos por ‘Negão’, caso em que a peça acusatória é de ser anulada”.¹³⁵ Contudo, importa não olvidar: “No que tange a qualificação do acusado, não impede a instauração da ação penal o fato de ser desconhecida a sua identificação completa; desde que se possam mencionar traços característicos, pelos quais se lhe faculte a individuação futura, permitindo distingui-lo dos outros homens, a queixa ou denúncia é de ser recebida”.¹³⁶

Deve haver identidade entre aquele apontado – pelas provas constante dos autos do inquérito policial ou outra peça de informação – como provável autor do fato penal relevante, e o acusado na denúncia ou queixa, até final julgamento, sob pena de nulidade, pela extensão dos efeitos da sentença a quem não foi parte no processo, o que autoriza a conclusão da necessidade, também, de correlação entre a sentença e a imputação subjetiva.

133. *Processo penal*, ob. cit., p. 127.

134. Paulo Cláudio Tovo. *Apointamento e guia prático sobre a denúncia...*, ob. cit., p. 24.

135. José do Espírito Santo Domingues Ribeiro. *A denúncia...*, op. cit., p. 31.

136. Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal brasileiro*. 2.^a ed. com aditamentos de jurisprudência. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 386.

2.4.1.3. *Classificação do crime*

Para o direito processual penal, classificar é apontar, na peça inicial da acusação, o tipo legal em que se subsumem, pretensamente, os fatos nela descritos, em todos elementos e circunstâncias, para determinar a pena a ser imposta ao autor.¹³⁷ Em outras palavras: “A classificação do crime, exigida pelo art. 41 do CPP, nada mais é senão a indicação do dispositivo legal que descreve o fato criminoso. Classificando o crime na denúncia, o Ministério Público está, apenas, indicando o dispositivo legal em cuja pena se encontra incurso o acusado”.¹³⁸

A denúncia ou queixa, como afirmado antes, deve indicar, além do fato processual, o fato penal com a provisória *classificação do crime*, para preliminar demonstração da tipicidade, vale dizer, da relevância penal do acontecimento considerado criminoso, atribuído ao acusado. Quando o fato não for subsumível a qualquer tipo penal – com expressa previsão de ilicitude pelo ordenamento jurídico –, faltarão justa causa para a propositura da ação penal condenatória, determinante da rejeição da denúncia ou queixa (Código de Processo Penal, artigo 43, inciso I).

Muito se tem afirmado sobre a irrelevância dessa classificação provisória e que deve ser corrigida pelo juiz, se errônea, porque o acusado se defende dos fatos imputados e não da capitulação.¹³⁹ Todavia, tal assertiva, tanto repetida, deve ser melhor analisada, pois há casos em que o tipo penal traz inúmeros verbos núcleos, como

137. Cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo Aurélio Século XXI*: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 3.^a ed. 1999, p. 484.

138. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. 15.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 347.

139. Como assevera José do Espírito Santo Domingues Rodrigues: “Nunca é demais repetir que o réu defende-se do fato delituoso contra si imputado na denúncia ou queixa, daí a irrelevância da classificação legal do crime, mesmo porque o julgador não fica vinculado à classificação dada na denúncia, pois a este é que cabe dar a capitulação correta ao crime correspondente ao fato delituoso narrado na peça exordial acusatória” (A *denúncia*, ob. cit., p. 31). No mesmo sentido: Fernando de Almeida Pedrosa, *Processo penal*, ob. cit., p. 130; Júlio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*, ob. cit., p. 127-128.

acontece com os artigos 12 e 16, da Lei 6.368/76, ambos tipificando as condutas de *guardar e trazer consigo* e que provocam prejuízos não só à liberdade jurídica do acusado, mas também à efetividade da defesa no processo, o que será melhor apreciado quando do estudo do *emendatio libelli*. Afinal, o julgador não se vincula, tão-só, à imputação fática. Está adstrito, também, à imputação legal.

2.4.2. Acusação no libelo-crime acusatório

Nos crimes dolosos contra a vida, cometidos ou tentados, cujo julgamento compete ao Tribunal do Júri, a denúncia não tem por escopo a condenação do acusado; mas, demonstrar a existência material do crime e indícios suficientes de autoria, para que seja ele pronunciado, com a declaração de admissibilidade da acusação, ficando a intenção punitiva para ser submetida à apreciação pelo juízo popular.

Assim como a nota de culpa e portaria, além de outras, consistem em peças de acusação na fase da investigação, e denúncia e queixa constituem a da ação penal e o libelo é o instrumento de acusação da fase do *judicium causae*,¹⁴⁰ oferecido após admitida a acusação inicial. Pode-se afirmar que “libelo é a exposição do fato criminoso reconhecido na pronúncia, com as circunstâncias agravantes, o pedido de condenação à pena correspondente e aplicação de medida segurança. É instrumento da acusação, é quem a regerá e delimitará no plenário do júri. Compõe-se de três partes: a introdução, o articulado e o pedido”.¹⁴¹

140. Paulo Cláudio Tovo, com a ressalva da nossa discordância de existência da pretensão punitiva, demonstra a diferença entre esses dois últimos: “Daí a afirmação de que a acusação inicial, nos crimes dolosos contra a vida, se desdobra em dois atos fundamentais: a denúncia e o libelo, aquela oferecida ao juiz sumariante, o da pronúncia; este oferecido ao Colégio julgador, através de seu Presidente. Nas demais espécies delitivas a denúncia já é denúncia-libelo, não há necessidade de desdobramento da acusação inicial, pois o juiz da instrução é o que, em princípio, vai julgar da procedência ou improcedência da pretensão punitiva, antecipadamente ou a final” (*Apontamentos sobre a denúncia...*, op. cit. p. 12-13).

141. Edgard Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*. 19.^a ed. atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 255.

A pronúncia não condena, limita-se a reconhecer provável a acusação e, por isso, pode-se afirmar, também, com Sérgio Moraes Pitombo que: "O ato decisório de pronúncia não possui nem pode ter essência acusatória. Dá por provável a acusação e, por isso, a admite, enviando o acusado a julgamento, pelo Tribunal do Júri. Advém, daí, a precisão de acusar, por escrito, dividindo o fato imputado; assim, com simplicidade, lhe destacando os pontos relevantes, para sua definição jurídico-penal; e pedindo a aplicação de sanção penal negativa, adequada ao apontado autor".¹⁴²

Em oposição aos que pretendem sua supressão, conclui Pitombo: "A eliminação do libelo-crime e respectivo instante procedimental termina com o efetivo controle judicial da acusação. Isso é gravíssimo. Não se vai distinguir acusação inepta da improcedente, visto não mais haverá juízo de admissibilidade, ou recebimento da acusação (arts. 417 e 418, do Código de Processo Penal). Irromperá muito dificultoso, no momento dos debates, o juiz-presidente verificar a fidelidade e a pontualidade da acusação oral. Inconservado o libelo, some a contrariedade, com enfraquecimento do direito de defesa. Imaginem-se as hipóteses de autoria e de concurso de pessoas, mostrando-se, ainda, diversas as infrações penais imputadas. Exsurge necessário repetir, mais uma vez, que a maior garantia da defesa do inculcado acha-se na própria acusação".¹⁴³

Mas, não basta a manutenção do libelo-crime, mediante o qual o acusado conhecerá os limites concretos da imputação. Assim como ocorre, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante e da denúncia, o julgador deve mostrar-se atento ao libelo oferecido, inclusive quanto ao conteúdo. Se necessário, determinará sua adequação, pela apresentação de outro, em observância dos limites traçados pela pronúncia, sua fonte e com a qual deve guardar estreita correspondência, sem exceder ou modificar a acusação admitida, acerca da qual os jurados irão preferir o julgamento. Assim, restando nulo aquele que dela se distancia.

142. Supressão do libelo. In: *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. Coordenação de Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 134.

143. *Idem*, p. 141-142.

Oportuno o estudo dessa simetria, impedindo-se a elaboração do libelo mediante uso de expressões legais, que dificultam o conhecimento dos fatos imputados, como acontece, por exemplo no caso de concurso de pessoas, quando o libelo afirma ter o acusado participado, de qualquer modo, para o crime, sem descrever qual a conduta imputada.

2.4.3. Acusação nas alegações finais

Após a instrução processual, colhidas todas as provas, as partes devem apresentar alegações finais; acrescentando-se, aos processos dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a sustentação do libelo-crime em plenário, quando sintetizam a acusação, buscando influenciar o convencimento do julgador (CPP, art. 471 e 500).

Essa é a lição de Magalhães Gomes Filho: “Mas, embora só ao julgador caiba a palavra final, não se pode desconhecer que semelhante tarefa esteja sujeita à interferência das partes: em primeiro lugar pela ampla possibilidade que têm de oferecer alegações destinadas a influenciar o convencimento do julgador acerca da eficácia das provas existentes; é o que Lessona denominou *iluminar* o juiz nessa importante e delicada operação”.¹⁴⁴

Entretanto, não se pode deixar de reconhecê-las também como um ato de acusação – por óbvio, excluídas aquelas apresentadas pela defesa –, porque, embora o acusador público, após análise das provas, possa requerer a absolvição, o mesmo não acontece com o querelante nas ações de exclusiva iniciativa privada. Se não pugnar, explicitamente, pela condenação, estará consumada a perempção, causa de extinção da punibilidade.¹⁴⁵

A reafirmar essa assertiva, de que as alegações finais do Ministério Público ou do querelante constituem atos de acusação, está o fato de que a ausência daquelas a serem apresentadas pela

144. *Direito à prova no processo penal*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 160.

145. Cf. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*, ob. cit., v. 4, p. 40.

defesa, ou sua deficiência, implica nulidade do processo, pela inobservância do contraditório indisponível, pois, esse é o momento último de contrariedade dos argumentos acusatórios.¹⁴⁶

Nos processos por crimes de competência do Tribunal do Júri, ao fim do sumário de culpa, o acusador pedirá, não a condenação, mas a pronúncia do acusado, vale dizer, que seja admitida a acusação, para ser sustentada em plenário, durante os debates, quando então irá pleitear a condenação, com imposição da sanção penal adequada.

2.5. CONTROLE JUDICIAL DA ACUSAÇÃO

A adoção do sistema acusatório implica distinção das atuações do acusador e do julgador. Esse, embora deva procurar conhecer a verdade dos fatos, não mais pode acusar; todavia, ficou com a incumbência de fiscalizar a atividade daquele que, sujeito parcial – assim como o próprio acusado –, tem interesse no acolhimento da postulação e pode exceder-se, até com a melhor das intenções.

O processo penal é instrumento de aplicação do direito penal. Mas também da liberdade jurídica do acusado, porque nenhuma

146. Jorge Alberto Mancilla Ovando, tratando do processo penal mexicano, onde *alegações finais* são denominadas *conclusões*, esclarece: "Ao terminar o período de instrução do processo penal, se inicia a etapa em que as partes vão alegar a validade da pretensão jurídica que sustentaram em juízo; a esta figura se denomina *conclusões*. As conclusões formuladas pelo Ministério Público são uma extensão do exercício do direito de ação penal e podem ser: a) Acusatórias, e b) Não acusatórias. a) *As conclusões acusatórias*, apontam a acusação e contêm a resenha dos fatos delitivos pelos quais se julgam, as provas colhidas, relacionando-os para demonstrar que a ação exercida é fundada. Nelas, serão assinaladas, com precisão, o delito e as modalidades pelas quais se deve proferir a sentença no processo. b) *As conclusões não acusatórias* produzem efeito jurídico de cessar o julgamento, absolvendo-se o inculpaado. Este ato de autoridade equivale à desistência da ação. As acusações formuladas pelo acusado ou seu defensor, sempre serão de isenção de culpa. Têm por objeto demonstrar que as defesas e exceções produzidas têm transcendência jurídica e que se provou a inocência do processado" (*Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*: estudio constitucional do processo penal. 7.ª ed., México, D.F.: Editorial Porrúa, 1997, p. 219).

sanção penal poderá ser imposta senão por processo penal existente e válido. Cabe ao juiz a tarefa de controlar a acusação, limitada pelos direitos individuais daquele que a sofre, adequando-a ao limite da necessidade para aquele instante da persecução penal.

Intolerável a acusação infundada, temerária, leviana ou caluniosa. Cada ato com conteúdo acusatório, pela coação imposta à liberdade jurídica do indivíduo, deve firmar-se em questões de fatos e de direito, que lhe demonstrem a necessidade, pouco importando o momento procedimental em que se encontre.

Não se olvide da afirmação, orientadora do presente trabalho, de que acusação existe desde o momento em que se busca a responsabilização de alguém, a quem foi atribuída a prática de fato de relevância penal; e, por isso, aplicável, sempre e não só por ocasião do recebimento da denúncia ou queixa. O atento acompanhamento da acusação deverá ser realizado pelo juiz, com a necessária adequação aos limites das questões de direito e dos fatos, impedindo os possíveis excessos, em garantia aos direitos individuais do imputado, como passaremos a demonstrar.

Na fase de investigação, temos como instrumentos de acusação, a nota de culpa, a portaria de instauração do inquérito policial, o requerimento do ofendido ou requisição, da autoridade judiciária, órgão do Ministério Público, ou Ministro da Justiça e o ato formal de *indiciamento*. Na ação penal condenatória, encontramos, como peças de acusação, a denúncia ou queixa e as alegações finais; e, no procedimento de competência do Tribunal do Júri, também o libelo-crime acusatório e sua sustentação, em plenário.

Durante a investigação penal, a *autoridade policial* – com dupla atividade, desenvolvida, ora como órgão de segurança pública, para contenção da criminalidade, e ora de polícia judiciária com incumbência na colheita de provas, inclusive para absolvição do acusado – poderá, pela preocupação em manter a ordem pública ou equivocada interpretação dos fatos, que lhes são apresentados, adotar excessivas medidas coercitivas, com efetivo prejuízo à liberdade jurídica do acusado.

Assim, quando da prisão em flagrante, poderá proceder a classificação provisória mais gravosa, que não permita ao preso livrar-se solto ou obter a liberdade provisória, com ou sem fiança;

o que exige imediata providência judicial para a correção, garantindo-se o direito do acusado.

Aliás, o recebimento da comunicação da prisão em flagrante, providência cautelar policial, com controle jurisdicional posterior, exige do juiz ato decisório de manutenção, ou não; porque, se no momento da prisão, a autoridade policial apreciou as circunstâncias de ter sido, o acusado, encontrado em uma das situações indicativas de flagrância, previstas no artigo 302, do Código de Processo Penal, deverá o juiz decidir acerca da legalidade e necessidade da manutenção da prisão cautelar.

Esse dever decorre da interpretação do artigo 310 e parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao determinar a concessão de liberdade provisória, quando o acusado tiver praticado a conduta, acobertado por qualquer causa excludente de criminalidade, ou pela inocorrência de hipótese autorizadora da prisão preventiva, em senso estrito.

Como dissemos antes, deve-se analisar os autos para verificar da possibilidade de concessão da liberdade provisória. O Código de Processo Penal, na verdade, está a exigir decisão que mantenha a prisão em flagrante, ou não. De toda forma, não basta a singela e descomprometida afirmação da regularidade formal da prisão; pelo contrário, indispensável será a decisão fundamentada acerca do relaxamento, concessão da liberdade provisória ou de manutenção da prisão em flagrante.

Da mesma forma, existirá excesso na acusação no ato de indiciamento do acusado, entendido como o ato fundamentado da autoridade policial, narrativo dos fatos imputados e dos motivos determinantes do convencimento ao atribuí-los a certo acusado. Indiscutíveis os males trazidos pelo indiciamento, inclusive pela menção nos registros policiais como *indiciado*.

Quando do recebimento do inquérito policial, percebendo a falta de *justa causa*,¹⁴⁷ por questão de direito (atipicidade, falta de representação, quando necessária, e outras); ou fática, por ausência

147. Ensina Maria Thereza da Rocha Assis Moura: "Em síntese: a justa causa para o recebimento da acusação não sobressai apenas de seus elementos formais,

de lastro nas provas colhidas, deverá a autoridade judicial determinar o trancamento do inquérito em relação àquele acusado, independentemente da impetração de *habeas corpus*, sempre possível por quem suporta coação ilegal.

Nos casos de instauração do inquérito policial por requisição judicial ou do órgão do Ministério Público ou Ministro da Justiça, a autoridade policial não tem necessidade de elaborar *portaria*, até mesmo porque a persecução penal é incoada pelo convencimento de outrem, o requisitante. Por isso, a peça requisitória não poderá, apenas e tão-somente, cingir-se ao ato requisitório. Com instrumento de acusação, deverá descrever os fatos e indicar a classificação provisória, para permitir a defesa e controle pelo juiz competente acerca da justa causa.¹⁴⁸

Essa verificação deve ser efetuada pela autoridade policial nos casos de instauração do inquérito policial por requerimento da vítima ou representação do ofendido, se e quando a lei a exige. Peças acusatórias, devem expor os fatos e as questões de direito, que justifiquem o desencadeamento da persecução penal.

Encerrada a fase investigativa, o controle judicial da acusação deve acentuar-se, porque o acusador, mesmo o público, órgão do Ministério Público, não está infenso aos exageros causados, por vezes, pela equivocada avaliação das provas, ou por acreditar na necessidade de mais forte atuação estatal, no combate à criminalidade. Quando incoada pelo ofendido, mais razões de parcialidade existirão para a busca de maior cerceamento à liberdade jurídica do acusado.

mas, mormente, da sua fidelidade à prova que demonstre a legitimidade da imputação. Segue-se que a necessidade de inexistência de justa causa funciona como mecanismos para impedir, em hipótese, a ocorrência de imputação infundada, temerária, leviana, caluniosa e profundamente imoral" (*Justa causa para ação penal condenatória no direito brasileiro*, tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997, p. 232).

148. O Superior Tribunal de Justiça, julgando o *habeas corpus*, decidiu: "Se a requisição do Ministério Público, limitando-se a dizer que há crime em tese mas sem descrever a conduta típica e sem apontar objetivamente o dispositivo legal que a conduta dos agentes teria violado, há que trancar-se o Inquérito Policial por falta de justa causa" (HC 3.891 - DF - 5.^a T. - j. 06.11.1995 - Rel. Min. Edson Vidigal - RT 727/439).

2.6. CONCLUSÃO

A acusação existe em todas as formas de relações humanas. É o ato de indicar alguém como agente de fato reprovável, sujeito à sanção. Não é instituto exclusivo do processo penal, nem há, tão-só, após a propositura da ação penal. É verificada, também, na fase extrajudicial ou na execução penal, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No processo penal, é o ato de indicar alguém como provável agente de fato penal relevante, para sua responsabilização, em procedimento extrajudicial ou judicial, no curso de toda a persecução penal. Compõe-se da imputação subjetiva e objetiva, bem como responsabilização penal.

Os gravames, que provoca, são notórios e inúmeros, pois, o acusado é submetido, não só à coação inerente à persecução penal, mas também, à desconsideração pública. Estigmatizado, para sempre, levará consigo o rótulo de acusado, possível culpado.

Para evitar ou diminuir os prejuízos, a acusação há de ter suporte fático e legal. Só é admissível, quando demonstrada a existência de determinado fato com relevância penal e suficientes indícios a atribuir autoria ao acusado. Faltante qualquer desses pressupostos, o ato de acusar deve ser adiado para momento de maior convicção.

Tal ocorre porque, decorrente do *jus puniendi*, ao Estado é assegurado o direito de acusar, visando à responsabilização do suposto autor daquele fato. Por correspondência, ao acusado, pelo *jus libertatis*, é assegurado o direito à ampla defesa, o que só será possível quando tenha plena ciência dos fatos, que lhe são imputados, dos quais poderão resultar-lhe restrições à liberdade jurídica.¹⁴⁹

149. Como anotam Jaime Bernal Cuéllar e Eduardo Montealegre Lynett: "O direito de defesa surge a partir do momento em que se atribui a alguém um comportamento delitivo e se exerce durante todas as etapas processuais. Por esta razão, é indispensável que o imputado tenha conhecimento oportuno da investigação, que se inicia, para que possa discutir todos os elementos probatórios que se aduzem contra si. Os princípios da publicidade e do contraditório fazem parte do devido processo legal e portanto são elementos essenciais para a validade da prova. Só se pode desenvolver esses postulados, quando o imputado tenha o direito

A acusação surge tênue, fortalece durante a persecução penal e se concretiza na sentença penal condenatória. Quanto mais robusta, maior constrição impõe ao acusado, em cada fase processual, desde mera suspeita até final condenação. Delimitada na denúncia ou queixa, para garantia da ampla defesa, deverá permitir completo conhecimento de todos os elementos constitutivos. Sempre provisória, pela possibilidade de descobrimentos de novos fatos ou circunstâncias, só será definida na sentença penal.¹⁵⁰

Direito de acusação e direito de defesa são inseparáveis e, pela própria importância, reclamam verificação judicial, porque o julgamento incidirá sobre a imputação, fática e legal, da qual não poderá se afastar o julgador.

Inconcebível alguém ser acusado por um fato e condenado por outro. A simetria entre a acusação e sentença é reclamada como garantia da fidelidade do julgamento judicial, ao fato concreto. Pelo confronto, entre uma e outra, resulta possível a apuração da correspondência. Indispensável, portanto, conhecer cada elemento formador da acusação, para constatar-los na sentença.

de intervir, efetivamente, na produção das provas. Se o Estado inicia uma investigação penal e não comunica, a tempo, sua existência aos sujeitos processuais, viola o princípio da igualdade, pois, enquanto exerce com plenitude seu poder investigativo, o imputado não participa na produção dos meios de provas, que depois poderão usar contra si" (*El proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 45, tradução nossa).

150. Vale, para nosso conceito de acusação, as afirmações de Luigi Sansò, de que a imputação é progressiva (*La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 269).

SENTENÇA

SUMÁRIO: 3.1. Introdução – 3.2. Conceito e elementos da sentença – 3.2.1. Relatório – 3.2.2. Motivação – 3.2.3. Dispositivo – 3.3. Definição jurídico-penal do fato imputado – 3.4. Vinculação do juiz ao fato imputado – 3.5. Conclusão.

3.1. INTRODUÇÃO

Não é correto afirmar que o juiz julgue, tão-só, no momento da sentença. Valora as provas a quase toda decisão, emergente no curso da persecução penal. Julga, quando ratifica ou não a prisão em flagrante; decreta medida cautelar; recebe a denúncia; determina a produção de prova; pronuncia o acusado; aceita o libelo; elabora o questionário ou quando sentencia. Em todas essas decisões, é inevitável análise das provas produzidas. Necessita verificar o suporte fático e legal de seu pronunciamento; encontrar a justa causa para aquela decisão.

Nesse momento, a atenção está voltada para a sentença, enquanto síntese e finalização do procedimento, em primeiro grau de jurisdição. Nela se constata a observância, ou não, do devido processo penal e a confirmação da acusação, ou não, pelas provas, colhidas ou produzidas. Todas as teses argüidas pelas partes, ocorrências do processo e motivos ensejadores da decisão adotada devem ficar consignadas na sentença, permitindo-se a todos, partes e sociedade, conhecer o desfecho da acusação, como decorrência da publicidade dos atos judiciais (CR, art. 93, inc. IX).

Não pretendemos nos alongar no estudo da sentença, até porque não é a proposta. Entretanto, como resumo do processo, é interessante conhecê-la melhor, inclusive para confrontar a acusação com a decisão judicial. Do cotejo de ambas será possível verificar a necessária simetria entre *acusação e sentença*.

Indispensável, pois, à análise da sentença, em especial, para controle da identidade dos fatos – imputados, conhecidos, provados e julgados –, durante as diversas fases do procedimento.

3.2. CONCEITO E ELEMENTOS DA SENTENÇA

Muitos surgem os conceitos, formulados para *sentença*.¹ Para os fins do presente estudo, entende-se *sentença* como a decisão² judicial, que aplica a norma penal ao caso concreto,³

1. Dentre outras definições, podemos destacar, sempre com nossa ressalva de inexistência de lide no processo penal: Cf. Joaquim José Caetano Pereira e Souza: “É a sentença a legítima decisão da causa criminal feita por juiz competente, segundo a lei e aos autos” (*Primeiras linhas sobre o processo criminal*, ob. cit., § CCXLI, p. 169); Eduardo Espínola Filho: “A sentença é a decisão, proferida, afinal, pelo juiz, dando, diretamente, solução à causa” (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 2.^a ed., com aditamento de jurisprudência, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. IV, p. 11); José Frederico Marques: “... a sentença, como instante jurisdicional básico da fase de cognição do processo penal condenatório, é o ato de composição do litígio ou causa penal, em que o preceito normativo abstrato, imposto pela ordem jurídica, se transforma em preceito concreto e específico” (*Elementos...*, ob. cit., v. III, p. 19); Hélio Tornaghi: “Com a palavra *sententia* os romanos designavam exclusivamente o que o juiz *sentia* acerca da questão proposta pelo autor, nos limites de seu pedido e da contestação do réu” (*Instituições...*, ob. cit., v. 4, p. 351); e, Fernando da Costa Tourinho Filho: “... aquele ato processual, momento culminante do processo, em que o Juiz define o fundo da questão, solucionando a lide, decidindo o mérito da causa” (*Processo penal*, ob. cit., v. 4, p. 185).

2. Decisão entendida como a seleção de determinada deliberação, entre outras possíveis, ou seja: “Em termos simples, pode dizer-se que *decisão* é o processo pelo qual um ou mais indivíduos selecionam uma ação entre um conjunto de alternativas para, de acordo com certos critérios, atingir objetivos preestabelecidos” (Polis. Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado: antropologia, direito, economia e ciência política. 2.^a ed. Lisboa: Verbo, 1984, p. 11).

3. Cf. Edgard Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*, ob. cit., p. 213.

absolvendo ou condenando o acusado.⁴ Cogita-se, tão-só, da ação penal de conhecimento, de índole condenatória, resultando decisão definitiva.

Aos requisitos da denúncia ou queixa como peças formais da acusação, correspondem os da sentença.⁵ Nesses devem estar identificados aqueles. A sentença precisa alvejar a acusação, em todos elementos (fáticos e legais), ofertando os motivos de rejeição ou acolhimento.

A identificação das partes e a síntese da acusação e defesa, na sentença penal, retratam a imputação, subjetiva e objetiva. A indicação dos fundamentos fáticos e legais, permite entender o porquê do dispositivo. Da análise global da sentença é que se irá perceber a fidelidade, ou eventual desvio, das questões, submetidas à apreciação, mediante a acusação formal.

Cada elemento importa para conferência da *correlação entre acusação e sentença*. Do atento estudo da sentença serão desvendados todos os acontecimentos processuais relevantes, que lhe dão validade, ou lhes provocam nulidade.

O *relatório*, contendo identificação das partes e resumo da acusação e defesa, pode ser sintético; mas, não a omitir atos e fatos importantes, da acusação e defesa, porque "... é a exposição, que o juiz faz, de todos os fatos e razões de direito que as partes alegaram, e da história relevante do processo. É a representação material de que há de partir a convicção, mas do material tal como o juiz o encontrou antes, durante e depois da instrução. Há de ser

4. Cf. Ney Fayet. *A sentença criminal e suas nulidades*: lei, doutrina e jurisprudência. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 20.

5. Código de Processo Penal: "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." e "Art. 381 - A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz."

resumo, com a indicação dos pontos necessários e suficientes aos fundamentos de fato e de direito que terão de ser examinados".⁶

A *motivação*, exposição das razões fáticas e legais da decisão, melhor estudada no item seguinte, necessita ser a mais explícita possível, para permitir a verificação, no mínimo, de eventual subjetivismo do julgador, ao decidir. O *dispositivo* é a consequência razoável da imputação, pelos motivos antes acolhidos para decidir.

Importa, ao menos por didática, o estudo de cada parte da sentença penal. Entretanto, por óbvio, todo o conjunto interessa, para verificar e evitar obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão, como preceituam os artigos 382 e 620, do Código de Processo Penal.

3.2.1. Relatório

Sempre relegado ao tópico do insignificante, o relatório da sentença não tem merecido, pelos juízes e tribunais, a devida atenção. Simples formalidade para alguns, até descartável e cada vez mais reduzido,⁷ não guarda fidelidade à exigência legal, nem às ocorrências do procedimento.

É natural que as partes procedam a leitura do *dispositivo*, em primeiro lugar. Buscam, de forma rápida, conhecer o desfecho dado à causa penal. Se foram acolhidas, ou não, suas razões. Mas, nem por isso, o relatório deve ser desprezado. Ao contrário, é de muita valia ao interessado, no entendimento da solução judicial.

Pode ser sintético,⁸ porém, completo. Sem omissões, deve espelhar todos os acontecimentos valiosos para o processo. Sua

6. Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 5, p. 87.

7. Oportuno destacar que a idéia corrente de suprimir-se o relatório, do ponto de vista histórico, é retrocesso; do técnico à mera temeridade.

8. Aceitável o relatório sucinto, com menção às teses argüidas pelas partes e que serão apreciadas quando da fundamentação. Mas, inadmissível a ausência ou insuficiência do relatório porque: "Não se admite a providência por via da qual o magistrado, ao invés de elaborar o relatório, como era de seu dever, reporta-se ao relatório do órgão acusatório. Esse inusitado procedimento implicou em nulidade da sentença. Outra deverá ser proferida com observância do que determina o art. 381, do CPP" (RT 698/336).

leitura deve proporcionar completa ciência da acusação, defesa e observância ao devido processo penal, em todas questões relevantes. O julgador deve pontuar os lanços, que entende notáveis para o julgamento, permitindo às partes conferir não só eventuais omissões, como também os argumentos não considerados importantes e daí seu afastamento, na fundamentação.

Principia com a ordenada narração da acusação. Resume-se a exposição contida na denúncia ou queixa. Procede-se da mesma forma com a defesa prévia, quando traga argumentos importantes, além de mera afirmação de inocência. Consignam-se as exigências legais, que asseguram a ampla defesa e o contraditório, indispensáveis a cada fase processual. Assinalam-se as teses, argüidas pelas partes, nas alegações finais.

O relatório não contém decisões. Como historiador do procedimento, o julgador, por óbvio, irá expor os acontecimentos, que entende importantes para a decisão que irá proferir. Desde logo, fundamenta os motivos da opção por essa ou aquela tese, entendida como mais relevantes e, por isso, merece reforçada menção. Enfim, o julgador expõe aquilo que sente. Anuncia as questões percebidas e que irá decidir. Ao final, todos que tiverem acesso ao ato decisório final, assim, ficam sabendo como foi tratada, em juízo, a causa penal.

Constitui elemento de conexão entre acusação e o dispositivo, porque, "... por ambos se determinam, jurisdicionalmente, os elementos objetivos e subjetivos da imputação, conforme se concretizaram na acusação, e ao mesmo tempo os fixa para limitar, quanto a eles, o alcance da fundamentação e o alargamento da condenação ou absolvição. (...) Para o futuro, funciona como elemento determinante do *non bis in idem* em sua identidade de objeto; e, enquanto ao presente, para obter a devida correlação entre acusação e sentença..."⁹

O atento estudo do relatório é indispensável para verificação da *correlação entre acusação e sentença*. Basta a leitura da acusação, contida na denúncia ou queixa, e eventuais aditamentos, para que

9. Jorge A. Clariá Olmedo. *Tratado de derecho procesal penal: la actividad procesal*. Buenos Aires: Ediar, 1964, v. IV, p. 294, tradução livre, nossa.

o leitor alcance o conhecimento da imputação, fática e legal, formulada. Após, compara com a narração do relatório e verifica a simetria entre ambos. Percebe contingentes equívocos do juiz, no conhecer a imputação, bem como a dissonância provocada entre os fatos increpados e julgados.

3.2.2. Motivação

Muito se tem afirmado acerca dos direitos fundamentais do acusado, no processo penal. Nenhuma valia terão, se não concretizados. De nada serve o reconhecimento dos direitos do homem, se não efetivados. Por isso, como instrumento de controle, o devido processo penal exige a motivação das decisões judiciais.

Afastando qualquer dúvida, a Constituição da República Federativa do Brasil exige sejam *fundamentadas*¹⁰ todas as decisões judiciais. Nenhuma, com caráter decisório, será desprovida da fundamentação, sob pena de nulidade absoluta.

A fundamentação é exigida para que as partes e a comunidade tenham como conferir, além da imparcialidade do julgador, a legalidade da decisão. É dever do juiz dar publicidade ao raciocínio desenvolvido, para permitir a conferência da decisão, pelas partes e sociedade, ambas com interesse no correto e justo desfecho do processo penal.¹¹

O acolhimento, ou rejeição, da acusação e defesa precisa estar explicitado na sentença, cuja leitura propiciará o conhecimento de

10. Determina a Constituição da República Federativa do Brasil: "Art. 93 (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;"

11. Como anota Teresa Arruda Alvim Pinto: "O Estado de Direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que *se justifica*, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: materialmente, pois a intromissão tem fundamento, e formalmente, pois o fundamento é *declarado, exposto, demonstrado*" (*Nulidades da sentença*. 1.^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 137).

todo o desenrolar do processo penal. O aclamado *livre convencimento* do juiz não é ilimitado. É livre na escolha e valoração das provas, mas está vinculado à fundamentação. Precisa consignar os motivos (razões) determinantes da decisão, “justificar a escolha da regra jurídica aplicável (...) por que considerou mais relevantes determinados elementos da prova e desprezou outros”.¹²⁻¹³ Daí, falar-se em convencimento racional.

Do confronto dos fatos, deduzidos na denúncia ou queixa, com aqueles acolhidos na sentença, será possível o controle de identidade fática e legal. Devem ser os mesmos acontecimentos: imputados, provados e julgados na classificação jurídico-penal apresentada. A eles está vinculado o juiz, que não poderá julgar ocorrências não acusadas.

Na motivação, será descoberto qualquer excesso do juiz, a causar nulidade da sentença, porque, elemento eminentemente intelectual, de conteúdo crítico, valorativo e lógico, concernente aos aspectos fáticos e jurídicos,¹⁴ deve anunciar as razões da solução, de todas as questões processuais e de mérito, de direito e de fato, que atacou para chegar ao dispositivo adotado.¹⁵

Não se admite o *bis in idem*, repudiado pela necessidade de segurança jurídica. O julgamento deve ser completo, versar sobre todos os fatos e circunstâncias, apurados na instrução penal.¹⁶

12. Ada Pellegrini Grinover *et al.* *As nulidades...*, ob. cit., p. 210-211.

13. A fundamentação, como explica Nilo Bairros de Brum, é o requisito mais difícil e importante da decisão, porque: “Aqui reside o núcleo retórico da decisão, onde o juiz precisa convencer de que decide de forma legítima, válida e justa. Cotejando e avaliando as provas dos autos, necessita ele demonstrar que o fato ocorreu de determinada forma e não de outra. Precisa, por outro lado, dizer qual o direito a ser aplicado e os porquês de tal aplicação. Enfim, é aqui que o juiz reconstrói discursivamente o fato *sub judice*, procede à sua consunção o direito que entende aplicável, acolhendo ou rejeitando os argumentos das partes e explicando os mecanismos racionais pelos quais decide.” (*Requisitos formais da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 5).

14. Jorge A. Clariá Olmedo. *Tratado de derecho procesal penal...*, ob. cit., v. IV, p. 295.

15. Metelo Scaparone. *Elementi di procedura penal: i principi costituzionali*. Milão: Giuffrè Editore, 1999, p. 156.

16. Cf. Jorge Henrique Schaefer Martins, com nossa concordância, assevera: “O ato decisório prolatado pelo juiz na conclusão da ação penal, portanto,

Incabível acolher acontecimento que não foi objeto da acusação formal, ou ignorados pela defesa do acusado. Do estudo da *motivação*, contida na sentença, mostra-se possível perceber o afastamento do juiz, da questão penal – fática e jurídica –, levada a julgamento.¹⁷

Por isso, sentença sem motivação é simples ato material, do procedimento; assim carente de força e efeito jurídico.

3.2.3. Dispositivo

Após análise das questões de fato e de direito, o juiz expressa a conclusão no dispositivo. É o núcleo da sentença “... formalmente é o pronunciamento coativo ou liberatório, obtido como síntese definitiva das conclusões alcançadas na motivação; substancialmente é a decisão pela qual se aplica o direito positivo vigente ao caso

consubstancia-se em peça que deve observar regras previamente estabelecidas pelas normas processuais penais, não se olvidando a autoridade por ele responsável, dos princípios constitucionais que igualmente o regulam. (...) As teses defensivas devem ser rigorosamente observadas, não se podendo subtrair do acusado o direito de ver analisadas suas pretensões. Deverão elas sofrer percuente estudo, tanto para o acatamento como para sua não aceitação, por se tratar o direito constitucional de ampla defesa de um dos suportes de nosso sistema processual.” (“Sentença criminal: correlação da sentença com a acusação – obrigatoriedade de análise das teses defensivas – individualização da pena”. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Editora Síntese, 1996, n.º 223, p. 34-43).

17. Como destaca Vicente Greco Filho: “A preocupação da possibilidade de conferência do raciocínio do juiz não é nova, mas não deixa de ter atualidade, especialmente em época de confusão de conceitos e insegurança em que vivemos. (...) A motivação, em suma, é uma das garantias fundamentais da atuação da Justiça, em qualquer dos ramos do Direito, porque é o instrumento que torna possível controlar a fidelidade do juiz à lei no trabalho de atuação das prescrições normativas, em que se exprime a jurisdição, havendo um liame indissolúvel entre a motivação e jurisdição. Mas a garantia constitucional da motivação das decisões não se refere, apenas, à fundamentação no plano jurídico, mas também no plano dos fatos, porque a exclusão da valoração das provas como componente essencial da exigência de motivação esvaziaria o dever de motivar de qualquer significado de garantia. O dever de motivar apenas quanto às fontes normativas perde todo valor quando o juiz pode manipular o resultado processual e adaptar, se temer qualquer controle, o fato à norma, mascarando, assim, a arbitrária aplicação da lei” (*A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 21-25).

concreto, questionado nos autos, declarando-se a vontade concreta da lei e impondo o que em sua consequência corresponde.”¹⁸⁻¹⁹

A necessidade de simetria, entre acusação e sentença, persiste no dispositivo. Aliás, todos os elementos da acusação devem guardar correspondência com os da sentença, já afirmamos e repetimos. Acusar é atribuir a alguém a prática de fato reprovável, para responsabilização do suposto agente. Eis, o porquê da indispensabilidade de correlação entre a acusação, no elemento *responsabilização*, com a sanção a ser imposta.

Procedente o intento de punir do Estado, porque o acusado é autor daquele fato penal relevante, passa o juiz a aplicar a sanção correspondente e na medida da culpa. Por exigência da *motivação*, indica qual a sanção penal, dentre as cominadas, e em que intensidade será aplicada e executada. Opta pela qualidade, quantidade e intensidade da resposta penal, indicando os motivos de convencimento e da escolha.

O critério de escolha, dosagem e execução serão norteados pela *necessidade*, adotada como indicador da justeza da resposta penal. Fixa a pena na medida suficiente à prevenção criminal: nem mais, nem menos. Na exata necessidade da coação, para desencorajar o autor e demais membros da sociedade na prática do ato indesejado.

O juiz julga – afirma-se – adotando um silogismo. Premissa menor e maior são representadas pelo fato processual e lei penal. No dispositivo, declara a conclusão do raciocínio realizado no julgamento. Afirmo o resultado da operação mental para a questão, que lhe é posta e anuncia a decisão.²⁰

18. Jorge A. Clariá Olmedo. *Tratado de derecho procesal penal...*, ob. cit., v. IV, p. 298, tradução livre, nossa.

19. Na lição de Eduardo Espínola Filho: “... é o que constitui, propriamente, o julgado, concretizando na subsunção do caso concreto ao preceito de direito objetivo, que o disciplina, pelo que tem de ser baseada na aplicação, à espécie de fato, de dispositivos aplicáveis... Essa conclusão, solucionando a ação penal, dará, no processo criminal, o resultado de submeter o réu a uma pena, restritiva, ou não, de liberdade, ou de isentá-lo de qualquer pena” (*Código de Processo Penal...*, ob. cit., v. IV, p. 16/18). Recorde-se que se está a cuidar da sentença de mérito.

20. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.^a ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 315-316.

O dispositivo não deve ser o resultado lógico, único possível, decorrente do relatório e fundamentação. Mas, deve ser razoável para a questão submetida a julgamento. Não pode a fundamentação distanciar do que foi relatado; nem o dispositivo ser incompatível com a fundamentação. A sentença deve guardar coerência lógica, para persuadir.²¹

3.3. DEFINIÇÃO JURÍDICO-PENAL DO FATO IMPUTADO

O acusador, na denúncia ou queixa, após expor o “fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-los”, deverá, também, proceder a *classificação do crime*, ou seja, realizar a “subsunção do fato à descrição abstrata em determinado dispositivo legal, inclusive quanto às circunstâncias de infração penal”.²²

É o que exige o Código de Processo Penal, no artigo 41, enquanto que, no artigo 408, § 4.º, libera o juiz da *classificação*

21. Em voto vencido, Sérgio Marcos de Mores Pitombo, quando Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, declarou: “Nula surge a sentença se e quando, na motivação: consumou, ou restou na tentativa (art. 381, III, do CPP). Não é só. No dispositivo, apesar da suposta *emendatio libelli*, os argüidos terminaram condenados, por furto biqualeficado consumado; omitindo-se o preceito pertinente à tentativa, como visto (art. 381, IV e V, do CPP). Aceitasse, muitas vezes, a omissão, na parte dispositiva da sentença, se o conjunto, emergente na fundamentação, desponta claro. Não foi o que sucedeu no caso. Tanto é verdade que, nas r. informações, os increpados aparecem como condenados por delito consumado (fls. 52). O erro material cifra-se na disfunção entre a vontade declarada – ou escrita – pelo Juiz, no ato decisório e sua vontade real – ou pensada. A discrepância precisa irromper evidente e nos elementos da própria decisão judicial. O lapso – ou *‘inexactidão material’* (art. 463, I, do CPC c/c art. 3.º do CPP) – necessita exibir-se objetivo e vistoso, nada se permitindo presumir. O conceito processual de erro material não se permite alargar a risco e dano da segurança e certeza do direito, cuja definição se pleiteou. Ainda – e, sempre, com o maior acatamento – exsurge duvidoso que se possa, de ofício, corrigir erro sentencial, após o trânsito em julgado, em face do rigor formal do diploma processual penal (art. 381, I a VI, e 387, I a VI). Ousando divergir, concedia-se a ordem, para anular a r. sentença definitiva.” (TACRIM-SP – 10.ª Câm – HC 271.656/2 – j. 3.3.95 – Rel. José Santana – Voto vencido: Sérgio Pitombo).

22. Júlio Fabbrini. Mirabete. *Processo Penal*, ob. cit., p. 453.

do crime, feita na denúncia ou queixa. Pressupõe, no limiar do processo penal, a existência de fato criminoso, de infração penal.

Essa assertiva exhibe imprecisão técnica, sujeita a críticas. Frisamos: classificar significa subsumir os fatos expostos, na peça acusatória, ao tipo penal, em que se enquadram, para determinação da pena a ser aplicada. O acusador expõe os fatos, imputados a alguém, propondo-se a prová-los, para a imposição da sanção penal correspondente. Afirma prováveis aqueles sucessos que, se confirmados, poderão constituir crime. Mas, denúncia ou queixa não trazem certeza dos fatos, nem do acusado. Melhor seria ter exigido a exposição e classificação jurídico-penal do *fato imputado*.

Entretanto, apesar dessa falta de rigor, de forma sábia, o Código de Processo Penal, nos artigos 383 e 384 e parágrafo único, determina ao juiz que proceda a *diversa* ou *nova* definição jurídica do fato, decorrente, por óbvio, da classificação, realizada na denúncia ou queixa. Pode ser *diversa* ou *nova*, em relação ao constante da acusação formal, mas, com finalidades distintas.

A *classificação* tem caráter provisório,²³ pode ser alterada, enquanto a *definição* tende à concretude e precisão.²⁴ Na *classificação*, o acusador indica o enquadramento jurídico-penal provável;

23. A análise da classificação comporta um passo atrás, antes do oferecimento da denúncia, porque a autoridade policial também busca o enquadramento de determinada conduta, tida como delituosa, ao correspondente tipo penal, o que acontece, mais amiúde, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante delito. Todas essas classificações, quer a do inquérito policial, da denúncia ou queixa, bem como da própria sentença, enquanto não transitada em julgado, devem ser consideradas provisórias e podem ser modificadas pela decisão posterior. Afinal, resultam das provas colhidas ou produzidas, durante a investigação dos fatos. Até mesmo a definição jurídico-penal, contida na sentença transitada em julgado, poderá ser modificada pela revisão criminal.

24. *Classificação*: "É o agrupamento de coisas de mesma espécie, de modo a determinar a formação de um conjunto ou esclarecer a respectiva composição" (Comissão de Redação. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 14, p. 508, verbete "classificação"); e, *Definição*: "Do latim *definitio*, grego *óros*, *orismós* = declaração da essência, determinação do ser, determinação do conceito, determinação do significado"; portanto, *definir* é dizer o que a coisa é essencialmente (...) é uma operação lógica de rigor, em que se determina o *genus* e as *species*." (Cf. Sílvio de Macedo. *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 23, p. 107-8, verbetes "definição" e "definir").

na *definição*, o julgador determina a relevância penal do fato imputado. Por isso não é correto afirmar a existência de *fato criminoso* ou *crime* na denúncia ou queixa.

Somente na sentença penal, após provadas a existência material do fato imputado, autoria e culpabilidade ou periculosidade, é que se pode asseverar a existência de crime, ressaltando-se, sempre, a possibilidade de alteração, em sede de revisão criminal.²⁵ Ao final é que será oferecida a definição jurídico-penal ao fato imputado. Se positiva a definição, o julgador imporá pena ou medida de segurança ao acusado; e, se negativa, lhe declarará a absolvição.

Pode-se afirmar que definição jurídica, assim como a classificação, consiste na atividade de subsumir determinado comportamento a uma descrição abstrata, previamente prevista na norma penal material, que destaca sua relevância. Mas, tão-só, o julgador procede a *definição jurídica* do fato imputado, quando confirma seu enquadramento a determinado tipo penal, com a certeza das provas produzidas, porque, somente: "A sentença deve tornar certo o que antes era incerto".²⁶

Definir para o processo penal, nesse sentido, é *subsumir* a conduta imputada a um tipo penal e, afirmar, ou não, sua ocorrência e circunstâncias, vale dizer, nas palavras de Frederico Iasca: "Qualificar um determinado fato do ponto de vista jurídico-penal é subsumir um determinado acontecimento na descrição abstrata de uma proposição penal, i.e., verificar se aquele comportamento concreto daquele agente, corresponde ou não, ao comportamento abstratamente descrito numa dada lei penal como constituindo um crime. Nisto e só nisto, consiste a qualificação jurídico-penal".²⁷

25. Não se olvide de que a afirmação de crime, antes da sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, ofende à presunção de não-culpabilidade, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5.º, inciso LVII. Antecipa o reconhecimento da materialidade, autoria e culpabilidade ou periculosidade, em inadmissível afronta à norma constitucional.

26. Cf. Hélio Tornaghi. *Instituições...*, ob. cit., v. 4, p. 364.

27. *Alteração substancial...*, ob. cit., p. 100.

3.4. VINCULAÇÃO DO JUIZ AO FATO IMPUTADO

No processo penal, como afirmamos, podemos identificar o fato imputado, o conhecido e o julgado. Para que ocorra observância do sistema acusatório misto, da busca a verdade, bem como do contraditório e ampla defesa, esses fatos devem, necessariamente, ser os mesmos. Vale dizer, o fato contido na acusação foi provado e julgado, alcançando-se a legitimidade e validade da sentença e, consequentemente, do processo penal.²⁸

Formulada a acusação, contendo a imputação, objetiva e subjetiva, referente aos fatos e circunstâncias atribuídas ao acusado, das

28. Esse entendimento é ensinado por Jorge de Figueiredo Dias, quando afirma: "A acusação define e fixa, perante o tribunal, o *objeto do processo*. Num processo de tipo inquisitório puro, a acusação, mesmo quando existisse, condicionaria apenas o *se* da investigação judicial, não o seu *como* nem o seu *quanto*: poderíamos ter aqui de novo uma 'forma acusatória' mas não um 'princípio de acusação', pois que a cognição do tribunal se poderia dirigir indiscriminadamente (inquisitoriamente) a qualquer suspeita de infração ou de infrator, mesmo que aquela não tivesse nenhum reflexo no contexto de acusação. Segundo o princípio da acusação, pelo contrário – e é esta sem dúvida a sua implicação mais relevante –, a atividade cognitória e decisória do tribunal está estritamente limitada pelo *objeto da acusação*. Deve pois firmar-se que *objeto do processo penal* é o *objeto da acusação*, sendo este que, por sua vez, delimita e fixa os *poderes de cognição do tribunal* (atividade cognitória: Código de Processo Penal, art. 446 e seguinte) e a *extensão do caso julgado* (atividade decisória: Código de Processo Penal, art. 148 e seguinte). É a este efeito que se chama *vinculação temática do tribunal* e é nele que se consubstanciam os princípios da *identidade*, da *unidade ou indivisibilidade* e da *consunção* do objeto do processo penal; os princípios, isto é, segundo os quais o objeto do processo deve manter-se o *mesmo* da acusação ao trânsito em julgado da sentença, deve ser conhecido e julgado na sua *totalidade* (unitária e indivisivelmente) e – mesmo quando o não tenha sido – deve considerar-se *irrepetivelmente* decidido. Os valores e interesses subjacentes a esta vinculação temática do tribunal, implicada no princípio da acusação, facilmente se apreendem quando se pense que ela constitui a pedra angular de um efetivo e consistente *direito de defesa do argüido* – sem o qual o fim do processo penal é inalcançável –, que assim se vê protegido contra arbitrários alargamentos da atividade cognitória e decisória do tribunal e assegura os seus direitos de contraditoriedade e audiência; e quando se pense também que só assim o Estado pode ter a esperança de realizar os seus interesses de punir *só* os verdadeiros culpados e de economia processual, perante processos que (pressuposto um real direito de defesa do argüido) deveriam conduzir a absolvições maciças" (*Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v. I, p. 144-5).

provas produzidas, pelas partes ou determinadas pelo julgador, na atividade complementar em busca da verdade dos acontecimentos, poderão despontar outros fatos ou circunstâncias, não contidas na peça acusatória inicial – *notícia crime qualificada*²⁹ –, pois, a “sentença levará em conta o fato alegado, não o fato provado, mas não imputado ao réu”,³⁰ porque acerca deles não existe increpação, nem se permitiu a ampla defesa e contraditório.

Tal ocorre porque, na lição de José Frederico Marques: “A área de incidência do *judicium* é demarcada, nas ações penais condenatórias, pelo fato descrito na imputação. O juiz deve ter em conta, para dar a definição jurídica adequada aos fatos imputados ao réu, não só ao *fato principal*, como ainda às circunstâncias descritas na imputação e dele separáveis. O fato imputado acha-se constituído pelo substrato nuclear da acusação (o fato principal) e pelos elementos essenciais que se lhe agregam. O julgador, assim, pode dar, ao fato imputado, a definição jurídico-penal que entender acertada; mas lhe não é lícito, para isso, acrescer, ao fato principal, outras circunstâncias ou acidentes não descritos na acusação que a denúncia contém. (...) O juízo de valor que se contém na sentença, para a qualificação jurídica do crime, tem de recair sempre sobre os fatos imputados ao acusado. O réu defende-se contra a acusação deduzida e descrita na denúncia. Para esse fim é ele citado e chamado a figurar no processo. O que ultrapassar dos limites da acusação constitui julgamento além do pedido”.³¹

29. No sentido anotado por Nuria Torres Rosell: “... a denúncia entende-se como o ato que permite aos órgãos jurisdicionais conhecer a notícia do crime; notícia que constitui o pressuposto indispensável para a incoação do processo penal; e, uma vez recebida pelo órgão jurisdicional, se procede a comprovação dos fatos, o que requer por em prática as atividades, que integram a denominada fase de instrução do processo penal...” (*La denuncia en el proceso penal*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1991, p. 29, tradução livre, nossa).

30. José Barcelos de Souza. *Teoria e prática da ação penal*, ob. cit., p. 122.

31. *Elementos de direito processual penal*. ob. cit., v. II, p. 252-3. *Nesse mesmo sentido* é o ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho: “Se deve haver correlação entre sentença e fato contestado e se este é o descrito na peça acusatória, pois a contestação versou sobre ele, seria profundamente estranho que, no curso da demanda, surgisse prova a respeito de uma *elementar* sobre a qual não houve contestação (nem podia haver, pois a denúncia ou queixa a omitiu) e o Juiz pudesse

Lembre-se de que o *fato imputado*, consistente nas modificações do mundo exterior, descritas na peça acusatória, é composto pelo *fato principal*, ao qual são adicionados os *elementos e circunstâncias acidentais*,³² que servem para individualizar o caso concreto e graduar a maior ou menor gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado.³³

Em síntese, pode-se afirmar a existência de simetria entre acusação e sentença, quando o *fato principal*, adicionado das circunstâncias e elementos acidentais, descritos na peça acusatória e aditamento, seja o mesmo *fato principal*, com as mesmas circunstâncias e elementos acidentais, julgados na sentença. Ocorrerá identidade de ações – pela repetição de fatos – “quando ambas descreverem a mesma conduta delituosa, por conterem elas a imputação de condutas iguais atingindo o mesmo bem jurídico penalmente tutelado, muito embora apresentem mutações parciais no tocante a circunstâncias daquela conduta”.³⁴

Em outras palavras, é mantida a identidade dos fatos, “quando a porção de atividade que corresponde aos atos de execução do ‘tipo’ que haja sido afirmado na qualificação da acusação ou na sentença, volte a encontrar-se compreendido, ao menos em parte, no acon-

condenar o réu por esse fato, já agora profundamente alterado. Estaria ele saindo daquele ‘perímetro traçado pela imputação contida no pedido acusatório’. O julgamento, à evidência, seria *ultra petitum*” (*Processo penal*, ob. cit., v. 4, p. 199).

32. Após esclarecer que *circunstância* deriva de *circum stare*, aquilo que está em redor, e elemento é componente do crime, Damásio Evangelista de Jesus distingue ambas, por critério de exclusão: “... quando, diante da figura típica, excluindo-se determinado elemento, o crime desaparece ou surge outro, estamos em face de uma elementar. (...) quando excluindo-se certo dado, não desaparece o crime considerando, não surgindo outro, estamos em face de uma circunstância. Se esta tem função de aumentar ou de diminuir a pena, a sua ausência não exclui o delito e nem faz surgir outro, permanecendo o crime considerado em sua forma fundamental. (...) As circunstâncias colocam-se entre o crime e a pena, permitindo a graduação dessa. Não pertencem exclusivamente à teoria do crime e nem à teoria da pena. Constituem dados de ligação entre uma e outra, permitindo melhor individualização da pena (*Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1, p. 477-479). Ver também David Teixeira de Azevedo, *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 55.

33. José Frederico Marques. *Elementos...*, ob. cit., v. 2, p. 242.

34. *Idem*, *Ibidem*.

tecimento natural que se traga de novo a juízo",³⁵ ou, então, "para o processo penal, o mesmo fato é presente não só quando permanecer idêntica a atividade concreta exposta na imputação, mas apenas quando, variando, parcial ou totalmente, a forma de tal atividade, há idêntica lesão de um interesse penalmente tutelado. Não a forma, mas a substância do fato é decisiva a fim de estabelecer, processualmente, sua identidade".³⁶

Entretanto, essa proibição ao magistrado, de conhecer fatos não acusados: "Não pode ela ser absoluta, no sentido de que, instaurada contra o inculcado determinada acusação, nenhuma subsequente mudança possa admitir-se nos seus limites e nas suas conseqüências penais. Tão extremada extensão da tendência *favor libertatis* chocar-se-ia a conquistas, hoje inexpugnáveis, do processo penal, entre as quais a da imprescindível pesquisa da verdade efetiva, material, sobrepujando a formal ou convencional, e a do poder inquisitivo do juiz ao desvendá-la. O caráter relativamente inquisitório do processo reclama, em prol do magistrado, certa autonomia. Limita-a, entretanto, o princípio do contraditório, disciplinador da atividade das partes. No assunto que neste momento nos interessa, consiste a limitação em que, não podendo ultrapassar na sua sentença as lindes da acusação, o magistrado não se acha, todavia, impedido de promover o ajustamento do âmbito desta, de modo a facultar-se antes da decisão o pronunciamento da defesa, cuja plenitude é necessária aos fins do processo".³⁷

O processo penal, durante todo o procedimento, é envolto em atividade inquisitiva. Juiz e partes, acusador e acusado, devem estar preparados para os resultados das investigações e os fatos revelados não podem ser ignorados. Corrigem-se as anomalias, adequando o próprio processo, enquanto instrumento da jurisdição, a cada descoberta. Só assim, ao final, chegar-se-á a uma decisão válida.

35. Emílio Gomes Orbaneja. *Comentários a la ley de enjuiciamiento criminal*, ob. cit., tomo II, p. 304, tradução livre, nossa.

36. Giuseppe Bettiol. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1936, p. 72, tradução livre, nossa.

37. Basileu Garcia. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1945, v. III, p. 494-5.

Entretanto, o juiz, no julgamento, encontra-se vinculado aos fatos noticiados na acusação formal. Eventualmente, naqueles emergentes, durante a instrução da causa; por consequência, também, à sua classificação jurídico-penal.

3.5. CONCLUSÃO

Na *sentença*, decisão judicial que julga mérito da questão penal submetida à apreciação do juiz, na qual absolve ou condena o acusado, deverá estar exposta toda a acusação, imputação e responsabilização, para verificação da fidelidade do julgamento, aos fatos acusados, contestados e provados.

Relatadas as teses acusatórias e defensivas, segue-se a fundamentação, ato valorativo concernente às afirmações das partes (em sentido processual), em cotejo com as provas colhidas ou produzidas na instrução penal. Anunciam-se os motivos determinantes da aceitação dessa ou daquela tese, para convencimento do próprio juiz, bem como do acusador, acusado e sociedade. Elemento de conexão, entre o relatório e dispositivo, a fundamentação deve ser explícita e abarcar toda a questão penal, submetida a julgamento.

No dispositivo, o juiz enuncia sua decisão, para aplicação da lei penal. Deve ser correlata à acusação, não só à imputação, mas também no que concerne à responsabilização. A sanção penal, eventualmente, a ser imposta, deve ser a cominada para aquele fato definido no tipo penal ao qual houve a subsunção.

Tal ocorre porque o juiz acha-se adstrito ao fato imputado, à classificação jurídico-penal e à sanção cominada para a responsabilização do agente. Não poderá julgar fato não imputado, nem alterar a classificação jurídico-penal apresentada na denúncia ou queixa. Da mesma forma, definida a relevância penal, vincula-se à sanção cominada, a ser aplicada nos estritos limites da necessidade e suficiência, para preservação da paz pública.

CORRELAÇÃO

SUMÁRIO: 4.1. Introdução – 4.2. *Emendatio libelli*: A definição jurídica diversa – 4.3. *Mutatio libelli* – 4.3.1. Nova definição jurídica do fato imputado – 4.3.2. Nova definição jurídica do fato, que importe aplicação de pena mais grave – 4.3.2.1. Natureza jurídica da decisão judicial que determina a “baixa dos autos” – 4.3.2.2. A situação jurídica do julgador que determina a “baixa dos autos” – 4.3.2.3. Aditamento da denúncia ou queixa, com possibilidade de recusa pelo acusador – 4.4. Correlação nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri – 4.4.1. Correlação entre acusação e decisão de pronúncia – 4.4.2. Correlação entre pronúncia e libelo acusatório – 4.4.3. Correlação entre libelo e acusação em plenário – 4.4.4. Correlação entre acusação em plenário e quesitos – 4.4.5. Correlação entre quesitos e votação – 4.4.6. Correlação entre votação e sentença do juiz-presidente – 4.5. Correlação e a teoria finalista da ação – 4.5.1. Correlação nos crimes culposos – 4.6. Correlação no concurso de crimes e de pessoas – 4.7. Correlação nos procedimentos penais da Lei 9.099/95 – 4.8. Correlação entre acusação e sentença nos processos de competência da Justiça Militar – 4.9. *Emendatio* e *mutatio libelli* em segundo grau de jurisdição.

4.1. INTRODUÇÃO

A exigência da correlação entre acusação e sentença – decorrente da adoção do sistema processual acusatório misto e das regras da busca da verdade, do contraditório e ampla defesa, bem como da observância do devido processo penal – implica a constância da identidade do objeto do processo, em todo o procedimento. Significa: o objeto da imputação – “o que está perante nós, o que nos

consideramos, o que temos em vista”¹ – deverá ser o mesmo, da denúncia ou queixa à sentença.

O objeto para o processo penal condenatório é representado pela *questão penal*, composta pelos elementos fáticos e jurídicos, levados ao seu conhecimento, para aplicação do direito penal.² Em decor-

1. André Lalande. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia...*, ob. cit., p. 754. O termo *objeto* tem múltiplos significados. Como exposto por Nicola Abbagnano: “é o fim a que se tende, a coisa que se deseja, a qualidade ou a realidade percebida, a imagem da fantasia, o significado expresso ou o conceito pensado” (*Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 723). Mas, aqui, convém entendê-lo na lição de Cândido Rangel Dinamarco: “A palavra *objeto* resulta do encontro da preposição latina *ob*, com o verbo *jacio*, dando o verbo composto *objicio*. Ora, *ob* significa *diante*, *defronte*, *à vista*; e *jacio* quer dizer *lançar*, *atirar*, *arremessar*. Daí o significado de *objicio*, que é *propor* (*pro* + *pôr*), ou seja, *pôr diante de*. E *objeto*, que é a forma vernácula do substantivo latino formado a partir desse verbo (*objectus*), serve para designar *algo que se põe diante* de uma pessoa, ou como alvo de alguma atividade sua. (...) Assim é o *objeto do processo*, que se coloca diante do juiz, à espera do provimento que ele proferirá a final. Por *objeto do processo* designa-se o conteúdo deste, posto diante do juiz através do ato de iniciativa. Ele é, afinal, a *res in iudicium deducta*, da linguagem tradicional. É sobre ele que o juiz se considera autorizado e obrigado a pronunciar-se (vedado o *non liquet*: CPC, art. 126) e sua identificação mostra-se relevante não só para a já aludida delimitação do provimento, como também para temas como a litispendência, coisa julgada (v. CPC, art. 301, §§ 1.^o – 3.^o), a prejudicialidade, ação declaratória incidental, alteração e cúmulo de demandas.” (“O conceito de mérito em processo Civil”. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4.^a ed. rev. e atual. Antônio Rulli Neto. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, t. I, p. 238). Ver também: Manuel Cavaleiro de Ferreira. *Curso de processo penal*, Lisboa: Editora Danúbio, 1986, v. 1, p. 18; Joan Verger Grau. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: Bosch Editor, 1994, p. 110; Francisco Soto Nieto, *Correlacion entre acusacion y sentencia*, ob. cit., p. 20; Maria do Carmo Borba Leite de Moraes. *Conteúdo e objeto do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

2. Antonio Scarance Fernandes, ao distinguir *ponto*, *questão* e *causa prejudiciais*, esclarece: “Ponto é então o fundamento da afirmação referente à pretensão. (...) Tudo que possa vir a ser objeto de conhecimento do juiz poderá conter pontos. (...) Assim, aquele fundamento de fato ou de direito contido na afirmação pode, em face da dúvida a seu respeito, vir a se transformar em questão, também de fato ou de direito. (...) Quando se diz que o juiz, de ofício, pode transformar o ponto em questão, é porque ele pode, ante a dúvida existente sobre determinado fundamento de fato ou de direito, conhecê-lo como questão, decidindo a seu respeito, sem que as partes tenham solicitado essa apreciação” (*Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 56-68). Sempre ressalvado que não se aceita a idéia de pretensão punitiva.

rência da necessidade do processo penal, único e inevitável instrumento técnico de aplicação da lei penal, sobre a *questão penal* cairá a prestação jurisdicional, com o reconhecimento, ou não, do poder-dever de punir do Estado.³

Embora inerte a jurisdição – dependente do desencadeamento pelo acusador, com o exercício da demanda –, após proposta a ação penal condenatória, a busca da verdade atingível dos fatos poderá revelar acontecimentos diversos, não contidos na acusação e que não poderão ser considerados na sentença, porque não submetidos ao contraditório, nem sequer permitida a ampla defesa pelo acusado.

A necessária estabilidade das relações do indivíduo com o Estado, evitando-se repetições intermináveis de acusações, exige completa atividade jurisdicional, com maior conhecimento de todos os fatos e suas circunstâncias; e, por isso, quando da descoberta de novos acontecimentos, não apontados na acusação, o juiz nunca poderá ficar inerte. Deverá adotar providências tendentes, à observância das demais regras, determinantes da correlação, quais sejam: submetê-los à acusação e, na sequência, propiciar a ampla defesa e o contraditório, em observância ao devido processo penal.⁴

3. Como bem sustenta Andrés de la Oliva Santos: “O objeto do processo penal, aquilo sobre o que se projeta a atividade jurisdicional penal, não é um afirmado ou pretendido direito a uma tutela jurisdicional concreta (...) Tampouco é uma pretensão punitiva, vale dizer de uma sentença penal condenatória, em virtude de determinados fatos e de umas normas a eles aplicáveis. O processo penal tem sentido ou tem objeto, se diz em linguagem comum, como resposta jurídica ante um concreto fato (conduta humana) de aparência delitiva. Essa é a coisa de que o processo penal trata, da *res de qua agitur, la materia o thema decidendi*. Entender que o fato punível é o objeto do processo penal constitui um importante ponto de partida para enfocar certamente *la realidad jurisdiccional penal en conjunto*” (“La sentencia”. In: *Derecho procesal penal*. Nueva edición, 30 de junio de 1995. Completada y actualizada, con las modificaciones por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, p. 190).

4. Mais precisamente, na afirmação de Eduardo Henrique da Silva Correia: “Na verdade, posta uma questão penal ante um magistrado, deve este necessariamente resolvê-la. E resolvê-la esgotantemente até onde deva e possa. Aquilo, pois, que, devendo tê-lo sido, não se decidiu na sentença diretamente, tem de considerar-se indiretamente resolvido; aquilo que se não resolveu por via expressa deve tomar-se como decidido tacitamente. E nem se diga que o que assim deixou

Mas, agora, importa saber até onde deve o julgador estender sua atividade, cognitiva sobre os fatos imputados e possíveis descobertas de outros, durante a instrução penal.

4.2. *EMENDATIO LIBELLI*: A DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA

Embora vinculado aos fatos, narrados na denúncia ou queixa, o julgador, por vezes, depara com equívocos do acusador, cometidos ao proceder à classificação da infração penal narrada na peça acusatória. O fato, apurado no processo, é o mesmo narrado na denúncia. Diverge, apenas, o enquadramento legal, realizado pelo acusador. A exemplo pode-se citar a denúncia, contendo a exposição de roubo, classificado o fato como furto. Imputa-se ao acusado a subtração de coisa alheia, mediante violência ou grave ameaça, capitulando-se a conduta qual furto, mera subtração sem ameaça ou violência.

Diante dessa situação, a maioria dos doutrinadores, seguidos pelo entendimento dos julgados, acredita desnecessária qualquer providência outra, devendo o julgador proceder a simples correção da classificação, realizada pelo acusador na denúncia, sem que reste atingida a regra da correlação entre acusação e sentença; porque, afinal, o acusado defende-se dos fatos imputados e não de sua classificação jurídico-penal.

Essa compreensão, bastante consagrada, é expressa por Fernando da Costa Tourinho Filho, ao asseverar: “Se a peça acusatória

se ser tomado em consideração deve justamente dar lugar a um novo processo. Efetivamente, isso implicaria um largo prejuízo da economia processual e da bolsa dos próprios interessados, além de fazer depender da maior ou menor diligência do juiz a possibilidade de renovar o vexame para o acusado de ser objeto de novos julgamentos. O juiz tem, pois, de estender a sua atividade cognitiva até onde pode e deve. E pelos limites deste dever de cognição há de medir o âmbito do conteúdo da sentença, e, portanto, os termos da sua força consultiva relativamente a futuras acusações. A esta luz, o problema de saber quais os limites da eficácia do caso julgado em matéria penal está, assim, logicamente condicionado por este outro de determinar até que ponto pode e deve ir a atividade cognitiva do juiz” (*A teoria do concurso em direito criminal: casos julgados e poderes de cognição do juiz*, 2.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996, p. 304-305). Para o processo penal, portanto, *objeto da sentença* deverá guardar identidade com o *objeto da acusação* formal.

descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tenha havido uma errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, e sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento do fato que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória”.⁵

E, encerra: “É que, em todos esses casos, não há surpresa para a defesa. O fato do qual o réu vai se defender está perfeitamente descrito na peça acusatória. O juiz vai apreciar esse fato. Nem teria sentido devesse o Magistrado vincular-se à capitulação feita pelo acusador. Inteira aplicação tem, aqui, o refrão *narra mihi factum dabo tibi jus*. Certo que deve haver correlação entre a sentença e a acusação. Mas esta relação mútua há de verificar-se entre a sentença e o fato contestado e não entre a decisão e a capitulação dada à *causa petendi*, que é o próprio fato”.⁶⁻⁷

Inúmeros julgados adotam esse entendimento, que pode ser sintetizado na decisão do Supremo Tribunal Federal: “A nova classificação jurídica dada aos fatos relatados de modo expresso na denúncia, inobstante a errônea qualificação penal por ela atribuída aos eventos delituosos, não tem o condão de prejudicar a condução da defesa técnica do réu desde que presentes, naquela peça processual, os elementos constitutivos do próprio tipo descrito nos preceitos referidos no ato sentencial. Defende-se o réu do fato delituoso narrado na denúncia, e não da classificação jurídico-penal dela constante. A regra do art. 384 do CPP só teria pertinência e aplicabilidade se nova qualificação jurídica dada aos fatos descritos na peça acusatória do Ministério Público dependesse, para sua configuração, de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia”.⁸

5. *Processo Penal*, ob. cit., v. 4, p. 198.

6. *Idem*, p. 199.

7. Nesse sentido, Júlio Fabbrini Mirabete. *Processo penal*, ob. cit., p. 453; Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*, ob. cit., p. 327-328, dentre outros.

8. *Revista dos Tribunais*, v. 662, dezembro de 1990, p. 364. *No mesmo sentido*: RT 721/474, 678/350, 663/358, 662/364, 663/378 e 595/474.

Essa forma de correção sequer encontra embaraço, quando procedida em segundo grau de jurisdição, porque: "A lei adjetiva penal não impede que a instância superior possa restabelecer o enquadramento jurídico do fato constante da denúncia, em decorrência de apelação do Ministério Público, ainda que importe agravação da pena para o réu. A proibição existiria se somente ele tivesse recorrido, na conformidade do que prescreve o artigo 617 do CPP, que não permite a *reformatio in pejus*".⁹

Mas tal concepção – de que o acusado se defende apenas dos fatos imputados – não é de todo correta. Situações existem em que o erro da classificação do delito, entranhado na denúncia ou queixa, pode provocar prejuízos à defesa e, conseqüentemente, a nulidade absoluta da sentença penal.

A ampla defesa, para ser exercida em toda plenitude, implica permitir ao acusado a livre escolha do seu defensor, podendo eleger aquele que crê mais especializado, na defesa técnica da infração, pelo qual é acusado, por exemplo. A errônea capitulação, com possibilidade de condenação final, por conduta diversa daquela descrita na denúncia ou queixa, poderá causar prejuízo ao acusado, que não pode selecionar o defensor mais preparado.

Mais grave ainda ocorre, quando a acusação, para determinado tipo penal, possibilita meios defensivos não previstos para aquele considerado ao final, na sentença. Assim ocorrerá, quando alguém é acusado do cometimento de *injúria* (artigo 140, do Código Penal), segundo a classificação acusatória; para, depois da instrução, ser condenado pelo crime de *calúnia* ou *difamação* (artigos 138 e 139, do Código Penal), tanto que narrados.

Ninguém poderá negar os danos causados pela simples corrigenda do magistrado na sentença. Ora, se correta fosse a classificação da denúncia ou queixa, imputando-se *calúnia* ou *difamação*, o acusado poderia valer-se da *exceção da verdade*,¹⁰ ou da retratação, previstas

9. *Revista dos Tribunais* 585/401.

10. Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça, do Estado de São Paulo: "Na injúria, lugar não há para a exceção, porque, não há imputação de um fato, mas a opinião que o agente dá a respeito do ofendido, diferente da difamação, onde há irrogação de fato ofensivo à reputação, podendo, portanto, ser atacada pela *exceção*" (RT 682/304).

no Código Penal, artigo 138, § 3.º; artigo 139, parágrafo único; e artigo 143. E, demonstrada a verdade dos fatos imputados à vítima, resultaria na absolvição, ou, com a retratação, poderia alcançar a isenção de pena, que lhe foram impedidas pela capitulação equivocada, restando nulo o processo, por não permitir a ampla defesa.

Weber Martins Batista compartilha dessa idéia, da possibilidade de prejuízo para a defesa, pela simples correção da classificação, contida na denúncia, sem qualquer outra providência, o que expressa com dois exemplos bastante interessantes. No primeiro, afirma a exposição de roubo consumado – autores da subtração mediante ameaça são encontrados logo depois, longe da esfera de vigilância da vítima, por uma patrulha policial, com o veículo roubado; são denunciados por roubo tentado, podendo o juiz, pelos fatos como descritos, condená-los por roubo consumado. Caso semelhante ocorre, quando *trombadinhas*, mediante um *tranco*, derrubam a vítima ao chão, aproveitando-se para subtrair-lhe dinheiro. Acusados por furto, com essa descrição, ao final são condenados por roubo.¹¹

E, ensina: “A verdade, no entanto, é que em muitos casos haverá surpresas para o réu que, por força da interpretação dada ao fato pelo Ministério Público, defendeu-se de um crime e acabou sendo condenado por outro. Nos exemplos dados, se o juiz alertasse o réu para a possibilidade de condenação por roubo consumado, e não apenas tentado – no primeiro exemplo – ou por roubo, não por furto – no segundo –, poderia aquele discutir o problema da consumação, no primeiro caso, ou o da descaracterização da violência, no segundo, e, quem sabe, obter êxito. Não há dúvida de que o réu se defende de *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 de defesa, *simples* defesa, mas *ampla* defesa”.¹²⁻¹³

11. *Direito penal e direito processual penal*. 2.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 162-163.

12. *Idem*, p. 163.

13. Cada vez mais admitem-se correções da denúncia sem observância da ampla defesa, em evidente prejuízo ao acusado, ao menos pela surpresa, como, a exemplo, aconteceu no julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao

É preciso rever tais posicionamentos. Como tanto afirmado, o processo penal é, também, instrumento de defesa e, portanto, incompatível com qualquer surpresa. Verificada a incorreção, na classificação jurídica dos fatos imputados, realizada pelo acusador, deve-se permitir ao acusado contrariá-la, evitando inesperada condenação, pela qual não lhe era possível aguardar.¹⁴

Ademais, fica a indagação, do porquê se exige do acusador proceder a *classificação do crime*, na denúncia ou queixa? Por óbvio, não seria exigência desprovida de finalidade. Nem, somente, para verificação das possíveis medidas cautelares, competência ou da forma procedimental. À evidência, serve para que o acusado prepare defesa e possa rebater a acusação por completo, inclusive quanto ao elemento *classificação jurídica*, porque: "A acusação deve ser fática e jurídica. Não há de versar simplesmente sobre fatos, senão também sobre a classificação provisória dos mesmos, de fácil compreensão para o imputado, porque este não defende só dos fatos, senão dos fatos juridicamente classificados".¹⁵

A acusação deve ser *jurídica*, posto que assim é a defesa, ou calcula-se que seja. Inicia-se com a classificação jurídica provisória, até definir-se na sentença. Porém, na medida em que os fatos são alterados, se é que alteram, e desde que as mudanças tenham conotações jurídicas, as implicações dessas alterações devem ser levadas à ciência do acusado,¹⁶ "... que deve conhecer a ação atribuída e todas as circunstâncias jurídicas relevantes, de forma clara, concreta e precisa, para que entenda a classificação provisória ou definitiva, em termos que, de acordo com seu nível cultural, sejam compreen-

decidir: "Se a denúncia, em delito definido na Lei de Tóxicos, descreveu claramente a ocorrência de concurso de pessoas mas silenciou quanto à incidência da majorante do art. 18, III, da referida lei, o seu reconhecimento, em sentença penal condenatória, não constitui julgamento *extra petita*, mas simples *emendatio libelli*" (RT 677/379).

14. Nesse sentido é a sugestão de Francisco Soto Nieto. *Correlacion entre acusacion y sentencia*, ob. cit., p. 228, n.º 13. Ver também Joan Verger Grau, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, ob. cit., p. 140-141.

15. Alberto Suares Sanches. *El debido proceso penal*. ob. cit., p. 298, tradução livre, nossa.

16. *Idem*, *ibidem*.

síveis, não bastando apontar o nome do delito ou artigo de lei, que contenha a tipicidade do fato punível incriminado".¹⁷

Afinal, a classificação do fato concreto ostenta hipótese legal, que ao acusador cabe demonstrar e não se deve fazer de conta de que todo e qualquer increpado bem reconhece a própria criminalização, com rigor técnico.

Não é exagero afirmar o grande número de nulidades, causadas pela incorreta aplicação da *emendatio libelli*, quando era o caso de *mutatio libelli*. Talvez, no afã de terminar o processo, o julgador aplica aquela no lugar dessa. Deixa de adotar as providências do artigo 384 e parágrafo único, do Código de Processo Penal, em detrimento da defesa do acusado e, em consequência, provocando a nulidade absoluta do processo. Melhor seria a adoção de único procedimento, como temos defendido. Em caso de alteração da acusação – fática ou legal –, quando possível,¹⁸ permite-se o aditamento da acusação, renovando-se a defesa.¹⁹

A verificação, o controle da acusação deve ocorrer sempre, desde o começo da persecução penal, como afirmamos anteriormente.

17. *Idem*, p. 299.

18. Nem sempre o aditamento é possível, como veremos à frente. Permite-se a mudança da acusação, no mesmo processo, apenas quanto à *circunstância elementar*, mas não para acréscimo de fato novo, não contido na denúncia ou queixa, que deverá ser objeto de novo processo ou, ao menos, de nova citação, interrogatório e alegações iniciais.

19. Essa solução foi adotada no projeto do *Código Procesal Penal* modelo para Iberoamérica, apresentado pelos professores Jaime Bernal Cuéllar, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover e Júlio B. J. Maier, ao dispor: "309. *Ampliação da acusação*. Durante os debates, o Ministério Público poderá ampliar a acusação, para inclusão de um novo fato ou circunstância que modifica a classificação legal ou a pena do mesmo fato objeto do debate, ou integra a continuação delitiva, que não houvera sido mencionado na acusação ou no ato de abertura do juízo. Em tal caso, com relação aos novos fatos ou circunstâncias atribuídas, o presidente receberá nova declaração do imputado e informará a todos os intervenientes que têm direito a pedir a suspensão do debate, para oferecer novas provas ou preparar sua intervenção. Quando esse direito for exercido, o tribunal suspenderá o debate por um prazo que fixará, prudentemente, segundo a natureza dos fatos e a necessidade de defesa" (Buenos Aires: Editora Hammurabi S.R.L., 1989, p. 129, tradução livre).

Muitos enganos e nulidades poderiam evitar-se no recebimento da denúncia, determinando-se imediata correção, quando percebida, pelas provas já constantes dos autos, a falta de justa causa.

Não procede o entendimento de que ao juiz é vedado determinar a emenda da denúncia, desde o início, para, de acordo com os fatos expostos, determinar-lhes a correção da *classificação jurídica*.²⁰ Se o próprio representante do Ministério Público pode aditá-la, a qualquer tempo, com mais razão está autorizado o julgador determinar a correção, afastando-se sensíveis prejuízos à defesa e nulidades processuais. Consigne-se, contudo, que, em algumas hipóteses, descabe a emenda da acusação, por se mostrar caso de rejeição, de recusa. O aproveitamento da acusação formal defectiva depende da natureza do engano.

4.3. *MUTATIO LIBELLI*

O juiz penal jamais pode ficar à mercê das partes, nomeadamente no processo penal, de índole condenatória, pois, estão em confronto direitos indisponíveis. Exercida a demanda, pelo titular da ação penal condenatória, o juiz deverá, mediante atividade inquisitiva, buscar a verdade atingível dos fatos; sem, contudo, deixar de proporcionar ao acusado a ampla defesa e o contraditório, tudo em respeito, ainda, ao devido processo penal.²¹

20. "Inadmissível seja a denúncia rejeitada sob fundamento de que o representante do Ministério Público não classificou os fatos de modo conveniente. Se a peça acusatória descreve o fato criminoso em todos os seus elementos, de tal maneira que autoriza juízo de suspeita (e não de certeza), merecer ela ser havida como eficaz ou apta, e não inepta, donde a configuração de justa causa para a acusação. Eventuais falhas existentes podem ser corrigidas até a sentença (art. 569 do CPP), e, outrossim quando da prolação, caso entenda, o magistrado haver possibilidade de se dar nova definição jurídica ao fato, usará do disposto no art. 384 e seu par. ún. do CPP" (RT 651/303).

21. Nem mesmo para o processo civil se admite juiz inativo. Rui Portanova adverte: "A efetividade do processo não admite mais um juiz espectador. A tarefa processual, sendo do Estado, exige para o conseguimento de uma solução justa, de um juiz atuante, participante e juridicamente curioso. Não se quer jurisdição *ex officio*, mas, movimentada a jurisdição, a iniciativa judicial deve ser intensa

A busca da verdade material implica possibilidade de determinar, *ex officio*, a realização de provas, das quais poderão resultar no conhecimento de outros fatos, não acusados e que deverão ser julgados, pois, afinal, o juiz deve conhecer não só os *fatos principais*, narrados na peça acusatória, mas também todas as circunstâncias e elementos acidentais, que agravem ou atenuem a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Os novos e valiosos fatos, circunstâncias ou elementos acidentais revelados, após o oferecimento da denúncia ou queixa, alteram a acusação. Não se trata de mero acerto da imputação; diversamente, houve mudança da própria imputação fática. Insuficiente a correção, tão-somente, da classificação jurídica. Impedido de julgar os fatos não increpados, necessário será corrigir a própria acusação, aditando-se-a, quando necessário e possível, para que o acusado exercite a defesa em toda extensão.

Confirma-se, agora, a complementariedade de todas as regras, antes mencionadas. O sistema processual acusatório misto determina a busca da verdade atingível, sobre os fatos imputados. Da inquisitividade do juiz despontam fatos, antes desconhecidos, a exigir acusação formal para pleno conhecimento do julgador. Aditada a acusação, também nasce para o acusado o direito a renovar a defesa, contrariando os novos termos acusatórios.

Ao contrário do que acontece na *emendatio libelli* – quando o acusador erra na classificação jurídica dos fatos, que se mantêm os mesmos –, as provas poderão desvendar outros acontecimentos, ignorados por ocasião do desencadear do processo penal e, portanto, não narrados, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

Somente as mudanças relevantes limitam o poder de cognição do julgador, por ofensa às regras determinantes da correlação entre acusação e sentença. Aquelas alterações sem importância não exigem qualquer providência, pois, não trazem prejuízo ao acusado.

tanto na tentativa de conciliar as partes como na colheita da prova” (*Motivações ideológicas da sentença*. 3.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 118). No tocante à prova, cabe lembrar do poder instrutório do juiz civil, ou não-penal (art. 130, do Código de Processo Civil).

Determina-se a relevância pelo grau de importância da mudança, para sistema acusatório misto ou ampla defesa e contraditório. Relevante é o fato que se mostra indispensável, para compor o mérito da ação penal condenatória. Surge de tal monta que, sem ele, outra seria a definição jurídico-penal positiva.

O juiz deve conhecer os fatos imputados em sua inteireza, nada podendo-lhe ser subtraído da apreciação. Quando a mudança interessar para a acusação, deve ser considerada notável e incluída mediante o aditamento da imputação, com a conseqüente oportunidade de defesa pelo acusado. Será relevante, também, quando das provas surgir fatos que importem à defesa,²² ainda que obtidas por meios ilícitos,²³ quer para absolvição ou atenuação da própria acusação.

O contraditório e ampla defesa pressupõem o antecipado e pleno conhecimento da acusação, em todos seus termos, o que autoriza afirmar não recepcionada a norma, que desobrigue o aditamento pelo reconhecimento de agravantes da pena, porque sempre será possível contrariá-la, desde que permitido o prévio conhecimento, como veremos adiante (CPP, art. 385).

22. Relevante para acusação é a descoberta de novos fatos ou qualificadoras não incluídas na acusação inicial, como acontece, v.g., pela descoberta de que o roubo foi cometido mediante emprego de arma de fogo ou por mais de uma pessoa. Ao contrário, será relevante para a defesa a descoberta de atenuante ou causa de diminuição da pena, como acontece, por exemplo, quando as provas demonstrem ter sido cometido o homicídio, *logo após injusta provocação da vítima*.

23. Anote-se o entendimento de Vicente Greco Filho, com o qual concordamos: "O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inc. LVI do art. 5.º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam ser imaginadas." (*Manual de processo penal*, ob. cit., p. 200-201). Os direitos individuais, apontados na Lei Maior, são valores, que as garantias, à evidência, não podem restringir, ao ponto de torná-los inermes.

Alteram-se os fatos, quer nas circunstâncias ou elementos acidentais, bem como outros podem ser descobertos. Vale dizer, os acontecimentos narrados na denúncia, durante a instrução penal, podem ser modificados: *substituídos, acrescidos ou excluídos*.²⁴

Entretanto, aceitável apenas o *aditamento*, em relação às *circunstâncias elementares, não contidas, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa*. Desnecessário seria – dizem – quando a *circunstância elementar* estiver contida na denúncia, ao menos implicitamente. Entretanto, para assegurar o contraditório e ampla defesa, inaceitável acusação implícita, subentendida. Vedada a denúncia ou queixa com imputação que não seja explícita, pois o Código de Processo Penal, no artigo 41, exige *exposição do fato, com todas as suas circunstâncias*, ou seja, em toda explicitude. Descrição implícita equivale à *falta de descrição*.²⁵

Inadmissível será o aditamento, quando a alteração substancial ocorrer pela descoberta de fatos novos (não de circunstância elementar), porque vedado o aditamento, nos termos do Código de Processo Penal, artigo 384 e parágrafo único, para a substituição ou acréscimo de *fatos novos*, até então desconhecidos.

Eis, o porquê da expressão *circunstância elementar*. Só podem ser aditadas as circunstâncias ou elementos do mesmo fato, antes exposto na denúncia ou queixa. *Fato novo*, não contido explicitamente, na peça inicial da acusação, deve ser objeto de outro processo ou nova imputação.²⁶ Não é possível, por aditamento, a inclusão

24. Como lembra Weber Martins Batista: “Pode acontecer que a inicial atribua ao réu um fato e a prova colhida na instrução mostre que o fato por ele praticado é diferente do que está descrito naquela peça. Essa diferença pode resultar de ter a inicial atribuído ao réu coisas que a prova mostrou não existirem ou, ao contrário, não ter a inicial imputado ao réu coisas que realmente aconteceram” (*Direito Penal e Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 164).

25. Cf. Luigi Sansò. *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza...*, ob. cit., p. 293. Ver também, James Tubenchlak. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*, 5.ª ed. rev. aut. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 88. Teresa Armentá Deu. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995, p. 90.

26. Nesse sentido é o entendimento de José Frederico Marques: “Ao mencionar o aditamento da denúncia, o art. 384, parág. único, do Cód. de Proc. Penal quis referir-se à *mutatio actionis*, e não ao acréscimo de nova acusação. Se o Juiz

de fato novo, sem que se proceda outra citação e interrogatório do acusado.²⁷ O acusador poderá propor nova ação penal condenatória, pelos fatos desvendados e não integrantes, antes desconhecidos.

Se os fatos increpados forem *substituídos* por outros não constantes da denúncia ou queixa, alterado tão-só por elemento ou circunstância, com a mesma relevância penal, deverá o julgador adotar providências, tendentes à observância do devido processo penal, possibilitando ao acusador corrigir ou emendar a acusação, bem como ao acusado defender-se amplamente.²⁸

A *exclusão* de fato imputado, elemento ou circunstância, não traz qualquer prejuízo, porque o acusado, desde o início dele tinha conhecimento e defendeu-se, o que autoriza o juiz, quando do julgamento, declará-lo não acontecido, sem nenhuma outra providência, porque, inclusive, mais benéfico à defesa.²⁹

entender que o réu praticou outros fatos delituosos, além dos que lhe foram atribuídos na denúncia, 'em consequência de prova existente nos autos', é de seu dever dar a *notitia criminis* a quem dê direito, nos termos do artigo 40 do Cód. de Proc. Penal. O procedimento do art. 384, parágr. único, destina-se a regular a mudança da imputação e, de maneira alguma, a possibilidade de acrescer outro fato delituoso, como nova acusação, ao que constitui objeto da denúncia" (*Elementos...*, ob. cit., v. II, p. 255).

27. O aditamento, por fato novo, exige renovação da instrução, desde a citação. Não basta, tão-só, a baixa dos autos, para complementação da defesa. Esse o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao decidir: "O art. 384, parágrafo único, do CPP não admite seja a acusação ampliada a novos fatos através do aditamento à denúncia. Entre nós a *mutatio actionis* está restrita à nova definição jurídica do fato constante da imputação inicial, não à correção de equívocos na incriminação, à apresentação de nova imputação, providências que são compatíveis apenas com a propositura de nova ação penal" (RT 725/540).

28. Como exemplo, podemos citar o caso de alguém denunciado por tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, que, após a instrução, reste provado tê-la para uso próprio. Não se trata apenas de mera correção do libelo, mas, sim de *emendatio libelli*, pena *circunstância elementar* não contida na denúncia, a serem submetidos ao devido processo penal. Deslocou-se a tipificação penal: indispensável o contraditório e a ampla defesa.

29. É o que acontece, quando a denúncia imputa ao acusado a prática de roubo, praticado mediante grave ameaça, exercida com arma de fogo e, ao final, as provas demonstrem estar, o autor, desarmado. O juiz, sem ofensa a ampla defesa ou contraditório, poderá condenar pelo roubo simples, afastando a qualificadora.

4.3.1. Nova definição jurídica do fato imputado

O atual Código de Processo Penal determina ao juiz, caso vislumbre a possibilidade de *nova definição jurídica do fato*, em consequência do surgimento de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, baixe os autos para que a defesa, no prazo de oito dias, manifeste-se, inclusive com a produção de provas, permitida a ouvida de até três testemunhas.³⁰

Caso a defesa deseje produzir qualquer prova, não só a testemunhal, mas também pericial e documental, a necessidade será avaliada pelo julgador, que poderá determiná-las, quando se exibirem indispensáveis ao esclarecimento da verdade criminal. Mas, encerrada a instrução, com posterior manifestação das partes, acerca das provas produzidas, voltam os autos ao juiz para o julgamento.

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

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

30. Código de Processo Penal: "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 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. Parágrafo único - Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas".

Não andou bem, nessa norma, o legislador processual penal, porque, se é verdade que “baixa dos autos” não implica violação à imparcialidade do julgador, em ofensa ao devido processo penal; também é verídica afirmação de que a falta de acusação formal provoca insanável nulidade do feito, pela grave afronta ao mesmo devido processo penal.

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

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

4.3.2. Nova definição jurídica do fato, que importe aplicação de pena mais grave

O Código de Processo Penal melhor tratou das providências relativas a mudança da acusação, quando a nova definição jurídica importar pena mais grave. Exige-se o aditamento da denúncia. Assim, também deveria ter especificado, para os casos de constância da reprimenda penal.

Ao baixar o processo, para que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa³¹ – no processo em crime de ação penal

31. O Ministério Público adita a denúncia ou a queixa, mas, oferecida na ação penal subsidiária à pública. Jamais a queixa da ação penal de iniciativa privada, que, se necessário, pode ser aditada pelo querelante, quando não tenha ocorrido

de iniciativa pública –, em decorrência da *possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave*, o juiz nada mais estará fazendo senão observar o devido processo penal, ao permitir que órgão distinto proceda a acusação. Na sequência, abre-se oportunidade à defesa, por três dias, para que ofereça prova, arrolando até três testemunhas, propiciando o contraditório e o exercício da ampla defesa.

Nenhum prejuízo existe, para qualquer das partes, ao permitir-se o aditamento da denúncia ou queixa subsidiária, nesse ou no caso anterior, ainda que inalterada a pena cominada.

Será o exato cumprimento das regras determinantes da correlação. Não ofende ao sistema processual acusatório misto, nem macula sua imparcialidade, como veremos a seguir, porque desconhece as provas que serão produzidas.³² Possibilita o exercício da

a decadência. Comungo do entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho de que: "A redação clara do parágrafo único do art. 384 não pode deixar a menor dúvida. O aditamento somente será possível à denúncia ou à queixa, se em virtude desta houver sido instaurado processo em crime de ação pública. (...) seria estranho que o querelante, pelo fato de, inicialmente, não haver apreendido, em toda a sua extensão, a gravidade do fato delituoso, ou, ainda, pelo fato de haver surgido, na instrução, prova pertinente a uma circunstância elementar de molde a agravar a pena, não pudesse fazer o aditamento. E mais estranha ainda seria a atitude do Juiz: não podendo condenar pelo crime realmente verificado (ante a ausência de aditamento) e, muito menos, pelo capitulado na queixa (porque, na verdade, o crime foi outro), teria forçosamente que proferir um decreto absolutório. Por essas razões, estamos que, não tendo havido expressa, mas implícita proibição, há de ser invocada a analogia" (*Processo penal*, ob. cit., v. 4, p. 203-204).

32. Não há comprometimento mesmo no processo civil, porque, como observa José Roberto dos Santos Bedaque: "... quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado. (...) Apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam atuadas corretamente. E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar que vença o autor ou réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função (*Poderes instrutórios do juiz*. 2.^a ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 80).

acusação, por órgão distinto da jurisdição, e assegura, ao inculpado, o direito à acusação formal,³³ com explicitude do suporte fático e jurídico.

Ao contrário, quando não “baixa os autos” para aditamento, cerceia a acusação e a defesa. O acusador é surpreendido por decisão – condenatória ou absolutória – por fatos que não imputou; e, o acusado, por acontecimentos pelos quais não foi criminado, embora tenha tido possibilidade de se defender.

4.3.2.1. *Natureza jurídica da decisão judicial que determina a “baixa dos autos”*

Não se olvida da adoção do sistema processual penal acusatório misto, determinante da inquisitividade da atuação do juiz, em prol da descoberta da verdade atingível dos fatos. Entretanto, a distinção entre os órgãos acusador e julgador não isentou o juiz de determinar providências tendentes a apuração de fatos penais relevantes, cuja notícia chegue ao seu conhecimento.

O juiz não pode acusar, proibição decorrente da regra do *ne procedat judex ex-officio*, o que não o libera da adoção de medidas, provocadoras da atuação do Ministério Público, quando, em autos e papéis, tomar conhecimento de crime de ação pública. Assim, como os tribunais, deverá remeter cópias de documentos e papéis ao Ministério Público, necessários ao oferecimento da denúncia.³⁴⁻³⁵

33. Como corolário do direito ao contraditório e ampla defesa, bem como da necessária publicidade dos atos do processo penal, o acusado, a quem se procura responsabilizar por determinado ato tido como relevante para o direito penal, tem direito à *acusação formal*, que lhe permita conhecer, desde o nascedouro e até o término, a inteira imputação, que lhe é assestada.

34. Determina, o Código de Processo Penal: “Art. 40 – Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”

35. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, acerca da natureza jurídica do artigo 40, do Código de Processo Penal, esclarece: “6. Aflora, portanto, qual norma de ordem pública, dirigida aos juízes e tribunais, que lhes escapando das atribuições

É medida imposta pela regra da *obligatoriedade da processo penal*, porque “consistindo a *ação judiciária penal de conhecimento de caráter condenatório* no *único e necessário* veículo autorizante da aplicação do mandamento sancionador de norma penal, decorrente do poder-dever de punir o Estado, os agentes do Poder Judiciário e demais órgãos estatais integrantes da *persecutio criminis* têm o dever de atuar, sem possibilidade de qualquer ressalva ou justificativa”.³⁶

Obediente a essa regra é que o juiz, quando vislumbrar fato, elemento ou circunstância accidental, não descrito na denúncia, com possibilidade de nova definição jurídica, deverá adotar medidas tendentes ao desencadeamento da persecução penal. Se deve assim agir, quando ainda não proposta a ação penal (CPP, art. 40), com maior razão deverá “baixar os autos”, no momento da sentença, para o aditamento da imputação.

Tem, portanto, a natureza jurídica de decisão interlocutória, tendente a velar pela fidelidade da sentença definitiva, ao estado de fato da causa penal. Zela pela identidade de objeto, imprescindível para correlação entre acusação e sentença de mérito.

4.3.2.2. A situação jurídica do julgador que determina a “baixa dos autos”

Quem entende não recepcionado o parágrafo único, do artigo 384, do Código de Processo Penal, pela Constituição da República Federativa do Brasil, argumenta que, ao “reconhecer a possibilidade de

jurisdicionais estritas, porque de natureza administrativa, encontra conteúdo no poder-dever de noticiar as infrações penais de ação pública incondicionada, conhecidas no exercício da função específica. 7. Trata-se, aqui, de *notitia-criminis* oficial, nascente no princípio de legalidade. Qualquer pessoa do povo, ao Ministério Público, *pode* comunicar um delito (art. 27, do Cód. de Proc. Penal). As autoridades judiciárias *devem* fazê-lo, por vigor do dispositivo escoliado. Descabe-lhes invocar a discricionariedade. A comunicação, para a primeira, consiste em *mera* faculdade. Representa, para as segundas, *obrigação funcional*.” (Do art. 40, do Código de Processo Penal. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Análise Jurisprudencial n.º 3. Editora Resenha dos Tributária. São Paulo, 1977, II, p. 69).

36. Rogério Lauria Tucci *et al.* *Princípio e regras orientadoras* ..., ob. cit., p. 82.

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”, o juiz já formou seu convencimento e, a partir de então, tem viciada a necessária imparcialidade.

Afirma-se, então, que, ao “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...”, o juiz arvora-se na função de acusador e, quando determina a “baixa dos autos”, já tem formado seu convencimento, em relação às provas. Diante da convicção do julgador, nenhuma relevância terá a ausência de acusação ou aditamento da denúncia ou queixa; nem das provas produzidas pelas defesa, que, dificilmente, poderá alterar a decisão já formada.³⁷

Esse posicionamento, decorrente da adoção do sistema acusatório *puro*, é incompatível com a finalidade do processo penal moderno, aplicação do direito penal, com imposição de sanção, somente, ao culpado, a determinar-lhe incansável busca da verdade material dos fatos imputados, com a limitações antes referidas. O sistema acusatório, por isso, é complementado pela atividade inquisitória do juiz.

Não há qualquer eiva no determinar o aditamento da acusação e possibilitar produção de prova pela defesa. Em nada compromete-lhe a imparcialidade, porque, afinal, sequer sabe o resultado das provas a serem produzidas. Ao contrário, essa iniciativa é que permitirá o completo conhecimento dos fatos imputados, em todos elementos e circunstâncias.³⁸

37. Esse entendimento é expresso por Jaques de Camargo Penteadó, ao afirmar: “Primeiramente, esta regra afeta a inércia do julgador e, a seguir, fazendo-o parte, modula seu ato de forma similar à denúncia. Começando por outorgar iniciativa acusatória ao que deveria constitucionalmente permanecer inerte, termina por exigir de seu movimento as mesmas características formais da denúncia. (...) Praticamente, julga com antecipação, motivado que está ao acolhimento da matéria que espontaneamente levantou nos autos. Falta de denúncia, acusa para condenar ou convoca o acusador a delatar para acolher pretensão que ajudou a criar. É parte, não julgador”. (“Imputação por julgador”. In: *Revista dos Tribunais*. v. 705, p. 304-307).

38. Cf. Ada Pellegrini Grinover. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n.º 27, p. 72-79, jul/set 1999.

Desconhecidas as conseqüências das provas a serem produzidas, equivocada a afirmação de vício no julgamento, porque não se cuida de antecipação, porém de verificação de real emergência de fato ou circunstância. O juiz vê a prova produzida ou colhida e, servo da verdade material, mostra-a para a acusação e para a defesa. Nada adianta, exhibe o tanto que encontrou na instrução criminal. Pode, inclusive, rejeitar certo meio de prova, de modo fundamentado. Não se permite, contudo, que deixe abandonado, esquecido, qualquer meio útil de prova.³⁹

Determinar a baixa dos autos, para aditamento da denúncia ou queixa, bem como da complementação da defesa, em nada compromete a imparcialidade do julgador, porque não estará vinculado à manifestação do acusador. Quando do julgamento terá liberdade inclusive para condenar pela infração antes acusada. Ao contrário, assim agindo, está permitindo às partes manter atualizada a acusação e defesa, ante a possibilidade de alteração.⁴⁰

4.3.2.3. Aditamento da denúncia ou queixa, com possibilidade de recusa pelo acusador

O Ministério Público tem por função institucional promover, privativamente, a ação penal de iniciativa pública, da qual resulta

39. Cf. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, mediante ensinamento pessoal e verbal.

40. Esse entendimento não é novo. Eduardo Espínola Filho, há muito afirmava: "A referência a 'possibilidade' muito significativa é de que, para providenciar nesse sentido, não se exige a convicção do julgador, de que, na hipótese, o réu tem de ser condenado e condenado por infração definida de modo diferente do que consta da denúncia; basta que ao magistrado se apresente a possibilidade, naturalmente não muito remota e grandemente improvável, de operar-se a desclassificação. Daí continuar o juiz com a maior liberdade de apreciação final da espécie, quando lhe forem os autos restituídos à conclusão, e, mesmo que tenha sido feita o aditamento da denúncia, ou queixa, sem que a defesa haja aduzido novos argumentos ou produzido outra prova, poderá, não obstante, condenar o réu pela infração como definida na denúncia, ou queixa, e até absolvê-lo. O que se quer é não seja desprezada a possibilidade de desclassificação e que a respectiva efetivação não venha importar numa surpresa para a defesa; mas não é um prejulgamento, que se cogita" (*Código de Processo Penal brasileiro*, ob. cit., p. v. IV, p. 112).

o dever de ajustá-la, sempre que houver alteração. Se ao juiz incumbe "baixar o processo", para o aditamento, ao acusador cabe proceder a acusação, pelos novos fatos, revelados pelas provas produzidas na instrução penal (CR., art. 129, I, e CPP, art. 569).

Questões podem surgir, quando da baixa dos autos para o aditamento, diante da inexistência de qualquer subordinação do acusador, público ou privado, ao julgador. Aliás, a percepção das provas produzidas poderão trazer convicções diferentes a ambos, não vislumbrando, o acusador, a possibilidade de nova definição jurídica, como aconteceu com o juiz.

Nesse caso, o acusador poderá negar-se a aditar a denúncia ou queixa, ou então, aditá-la para outro delito, diverso daquele indicado pelo juiz, quando da "baixa dos autos".

Em caso de negativa do aditamento – por entender o acusador não ser possível a nova definição jurídica, vislumbrada pelo juiz – é pacífico o entendimento doutrinário⁴¹ da aplicação do disposto no Código de Processo Penal, artigo 28, com a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, para, se entender de forma diferente, determinar a outro representante do Ministério Público proceda o aditamento, porque a recusa equivale ao pedido de arquivamento, em relação ao fato ou circunstância descoberta, não contida na denúncia. Caso, também, o Procurador-Geral entenda não aditar, restará ao juiz julgar nos limites da acusação exercida.

Não compartilho desse entendimento, porque o controle do artigo 28, do Código de Processo Penal, refere-se à demanda, podendo o Ministério Público requerer o arquivamento dos autos, com referendo ou não do Procurador-Geral de Justiça. Entretanto, exercida a acusação formal, desde que o juiz deva conhecer os fatos em toda sua amplitude, caso as provas indiquem a presença de outras

41. Assim entendem: Basileu Garcia, *Comentários ao Código de Processo Penal*, ob. cit., v. III, p. 509; Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, ob. cit., v. 4.º, p. 205; Júlio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*, ob. cit., p. 456; Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, ob. cit., p. 332; e, Jaques de Camargo Penteado et al., *O aditamento no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 9-13; Sérgio Seiji Shimura. "Breves considerações sobre a 'emendatio libelli' e a 'mutatio libelli'". In: *Ajuris*, Porto Alegre, n.º 49, p. 103-111.

ocorrências, elementos ou circunstâncias, havendo recusa pelo acusador, em aditar a acusação, o julgamento deverá ser procedido de imediato, sem qualquer outra providência, absolvendo-se o acusado, se as provas não demonstrem ter cometido o crime imputado.⁴²

Acontece que a recusa ao aditamento não implica pedido de arquivamento. Ao contrário, o acusador está a demonstrar sua convicção de que a acusação inicial é a correta e que não poderá haver “nova definição jurídica”. Diante desse entendimento, outro caminho não resta ao juiz senão proceder o julgamento, pelos fatos imputados, desde o início, e que não restaram provados na sua inteireza. Nesse caso, a absolvição será o único desfecho do processo penal.

Entender a recusa de adição, como equivalente ao pedido de arquivamento, não encontra suporte no Código de Processo Penal. O arquivamento representa ausência de *opinio delicti*, vale dizer, não há o convencimento do julgador, para desencadear o processo penal condenatório. A recusa ao aditamento é ato posterior ao exercício da demanda. O acusador acha-se persuadido da probabilidade de cometimento de certo delito pelo increpado e deseja-lhe a punição por tais fatos. Não adere a necessidade de adição, por achar-se certo da ocorrência do primeiro fato imputado, nada mais.⁴³ Afastada, portanto, a afirmação de que, ao recusar, de forma implícita, pediu o arquivamento, solução artificiosa.

O acusador, também, não estará compelido a aditar a acusação, na forma constante do ato decisório, determinante da “baixa dos autos”. Outra poderá ser-lhe a crença acerca das provas, produzidas durante a instrução penal, surgindo terceira possível “definição jurídica”, que poderá ser acolhida, ou não, pelo juiz.

42. Assim, deverá ocorrer, quando denunciado por furto e as provas demonstrem ter ocorrido roubo. Caso o representante do Ministério Público recuse o aditamento, o juiz absolve o acusado do furto, pois, afinal, esse não foi cometido, segundo os elementos de convicção emergentes da instrução.

43. No Código de Processo Penal Militar, artigo 437, vedada a *emendatio libelli*, recusado o aditamento, absolve-se o acusado, pois, v.g., não se pode admitir a condenação por crime doloso, como imputado na denúncia, quando as provas demonstrem ter ocorrido na forma culposa.

Ao não acolher o aditamento, por insistir na possibilidade de “nova definição jurídica”, recomendada na decisão determinante da “baixa dos autos”, restará ao julgador, mais uma vez, absolver o acusado pelos fatos, imputados na adição da acusação, porque não provada, essa ou a primeira increpação.

4.4. CORRELAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

A correlação entre acusação e sentença diverge nos processos de competência do Tribunal do Júri, porque diverso é o procedimento adotado, com alterações nas fases desenvolvidas e também quanto à natureza jurídica e conteúdo das decisões judiciais. Cuida-se de procedimento especial.

Nos demais procedimentos, não obstante uma, a persecução penal é desenvolvida em duas fases: extrajudicial e judicial. A primeira etapa, também denominada de fase policial, tende à formação de culpa, tem por escopo colher provas da existência material do fato de aparência criminoso e indícios de autoria, permitindo a *opinio delicti* do acusador, para propositura da ação penal de índole condenatória. A segunda fase, judicial, é incoada com o oferecimento da denúncia ou queixa, para propositura da ação penal condenatória; tem por escopo absolver ou condenar o acusado, com a imposição da sanção penal correspondente, o que acontece na sentença de mérito do juiz singular.

Difere o procedimento, desenvolvido perante o Tribunal do Júri, porque a fase judicial acontece em duas etapas: *judicium accusationis*, também denominada de sumário de culpa ou juízo de acusação; e *judicium causae* ou juízo da causa. A primeira, perante o juiz singular, verifica a admissibilidade, ou não, da acusação e se encerra com a decisão de pronúncia.⁴⁴ A segunda fase, *judicium causae*, tem início com o oferecimento do libelo, acontece, ao fim,

44. Não só na pronúncia, mas, também, impronúncia, desclassificação e absolvição sumária (CPP, art. 408 a 411).

perante os jurados, julgadores daquele caso, que decidem por votação soberana e sigilosa; termina com a sentença do juiz-presidente, elaborada com lastro na decisão, por maioria, dos jurados.

As diferenças são sensíveis, como podemos observar. Não se trata, apenas, da inclusão de outra etapa, mas difere a forma de instrução e conteúdo das próprias decisões judiciais. Os juízes de direito devem fundamentar seus atos decisórios, o que permite a conferência pelo acusado ou pela sociedade. No entanto, as decisões dos jurados, juízes do fato, são consideradas soberanas, tomadas de forma sigilosa, sem exposição dos motivos, que as determinaram, sem possibilidade de controle da correlação com a acusação, resultando, por vezes, em inesperada absolvição ou condenação.

Equívocos, surpresas e nulidades seriam evitados pelo atento e sério controle da acusação, do início ao desfecho da ação penal condenatória, pois, como bem adverte José Henrique Rodrigues Torres, com nossa concordância, "... se as denúncias não fossem recebidas, como são, mediante a prolação de um mero despacho automatizado e sem as mínimas cautelas que a Constituição Federal e a lei processual exigem, se as pronúncias fossem proferidas de acordo com a sua real finalidade processual e de acordo com a exigências legais, se os libelos fossem recebidos com maior cautela e se os profissionais do Tribunal do Júri olhassem para o seu procedimento bifásico como um todo, visando principalmente à possibilidade de formulação dos quesitos, certamente os problemas relativos à quesitação seriam evitados".⁴⁵

4.4.1. Correlação entre acusação e decisão de pronúncia

Recebida a denúncia ou queixa, por crime doloso contra a vida, cometido ou tentado, tem início a persecução penal judicial, perante

45. José Henrique Rodrigues Torres. "A importância da narrativa do fato na imputação inicial, na pronúncia, no libelo e nos quesitos". In: *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. Coordenação de Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 213.

o Tribunal do Júri, para verificação da admissibilidade da acusação. Após citado e interrogado o acusado, oferecida a chamada defesa prévia, ouvida a vítima, quando possível, testemunhas de acusação e defesa e apresentadas as alegações finais, o juiz prola a decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação.

Não declara o direito de punir, na pronúncia, somente o de acusar. Não absolve,⁴⁶ nem condena;⁴⁷ mas, além de conter todos os requisitos do Código de Processo Penal, artigo 381,⁴⁸ deverá guardar correlação com a acusação, pois, na denúncia ou queixa, o acusador poderá equivocar-se na *classificação do fato criminoso* ou as provas produzidas desvendarem circunstâncias elementares, diversas daquelas narradas.

Os mecanismos de correção não diferem. Aplicam-se a *emendatio* e *mutatio libelli*.

À semelhança do disposto no Código de Processo Penal, artigo 383, o artigo 408, § 4.º, primeira parte, prevê a possibilidade de aplicação da *emendatio libelli*, sem qualquer outra providência, porque o juiz não está vinculado à *classificação do crime*, procedida

46. Não confundir a decisão de pronúncia, com a decisão de absolvição sumária, procedida no mesmo instante processual, quando o juiz se convencer da existência de circunstância, que exclua o crime ou isente de pena o acusado.

47. Na distinção de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: "A *pronúncia* é um *juízo de acusação*, operação jurisdicional diversa do *juízo da causa*. Não declara que o ato examinado é passível de punição, mas decide, no caso, da legitimidade de se instaurar ação penal. Assentando sobre elementos probatórios comuns aos do futuro e possível julgamento criminal propriamente dito, a pronúncia, não lhe esgota, nem lhe diminui o conteúdo. Não determina o fundamento condenatório ou absolutório, mas apenas o fundamento acusatório. Suas premissas são, como o *juízo da causa*, a lei e um fato concreto; mas, enquanto a lei que este aplica exprime o *direito de punir*, a pronúncia declara, tão-só, o *direito de acusar*; e, ao passo que o fato sobre que recai o *juízo da causa* é o *pretenso crime ou contravenção*, o fato que a *pronúncia* aprecia é a *existência de prova* do pretenso crime ou contravenção, quanto baste legalmente para justificar uma ação penal" (*Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 174).

48. Ada Pellegrini Grinover *et. al.* *As nulidades do processo penal*, ob. cit., p. 260.

na denúncia ou queixa subsidiária, mesmo que a desclassificação importe aplicação de pena mais grave.⁴⁹

Na decisão de pronúncia, o juiz deve declarar o dispositivo legal, em cuja sanção julgar incurso o acusado. Caso, por equívoco, o acusador descreva homicídio e classifique os fatos como induzimento ao suicídio, não estará vinculado a esse enquadramento, contido na denúncia ou queixa. A *emendatio libelli* será observada na decisão de pronúncia, assim como para a sentença de mérito, nos demais procedimentos processuais penais.

Da mesma forma, será possível a correção, quando as provas, colhidas durante a instrução penal, demonstrarem elementos ou circunstâncias não explicitadas na denúncia ou queixa. O juiz deve adotar as medidas processuais tendentes à *mutatio libelli*, como determina o Código de Processo Penal, artigo 410.⁵⁰

Acusado alguém de homicídio simples, as provas podem mostrar a ocorrência de homicídio qualificado ou mesmo de latrocínio. Não se trata de mera corrigenda da classificação jurídica, mas, da revelação de novas circunstâncias ou elementos dos fatos inicialmente denunciados, a recomendar aplicação das providências próprias à *mutatio libelli*.⁵¹

49. "Art. 408 ... § 4.º O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo único."

50. Código de Processo Penal: "Art. 410. Quando o juiz se convencer, em discordância com a denúncia ou queixa, da existência de crime diverso dos referidos no art. 74, § 1.º, e não for o competente para julgá-lo, remeterá o processo ao juiz que o seja. Em qualquer caso, será reaberto ao acusado prazo para defesa e indicação de testemunhas, prosseguindo-se, depois de encerrada a inquirição, de acordo com o art. 499 e seguintes. Não se admitirá, entretanto, que sejam arroladas testemunhas já anteriormente ouvidas. Parágrafo único. Tendo o processo de ser remetido a outro juízo, à disposição deste passará o réu, se estiver preso."

51. O Tribunal de Justiça, do Estado de São Paulo, decidiu nesse sentido: "SENTENÇA - Nulidade - Réu denunciado por latrocínio e pronunciado por homicídio - Não observada a regra do art. 384 e parágrafo único do CPP - *Mutatio libelli* caracterizada. Absolutamente nula a sentença, por violar o direito de defesa, se der aos fatos definição jurídica não contida na denúncia ou queixa, sequer implicitamente, sem antes facultar ao acusado oportunidade de se defender nos termos do art. 384, do CPP." (RT 732/621).

As críticas, que antes apresentamos aos procedimentos dos artigos 383 e 384, do Código de Processo Penal, pela mudança jurídica ou fática da acusação, *emendatio* ou *mutatio libelli*, também, são dirigidas aos processos de competência do Tribunal do Júri.

Não se pode alterar a acusação, sem prévio aditamento, que lhe dê explicitude, inclusive quanto à classificação jurídica. Com maior exigência pela alteração da imputação fática. "Ao juiz não é dado pronunciar o acusado por *fato estranho* à acusação, quer dizer, não mencionado na denúncia. É a imputação contida na denúncia o que fixa o alcance da pronúncia. O juiz, para ir além, ao 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 peça vestibular da ação penal, ou que importe na aplicação de pena mais grave, deverá proceder na forma do art. 384 e parágrafo único do CPP, baixando o processo, a fim de que o Ministério Público *adite* a denúncia, abrindo-se vista à defesa que, nos prazos previstos nesse dispositivo legal, fale e, se quiser, produza prova, arrolando até três testemunhas".⁵²

Prevalecem os direitos do acusado, não só à formal acusação, mas também à ampla defesa e ao contraditório. A acusação, como vimos, é composta de imputação fática e jurídica, para a responsabilização do agente do fato, tido como delituoso. Inadmissível alterar a acusação, em qualquer dos elementos, sem prévia manifestação do acusador e do acusado. A denúncia ou queixa subsidiária vinculam o conhecimento do juiz, tanto na decisão, definitiva de mérito, como na decisão de pronúncia.

Diferem, tão-só, na possibilidade de mutação após proferidas, porque, a pronúncia, decisão interlocutória, não produz os efeitos da coisa julgada⁵³ e permite seja alterada, por circunstância super-

52. Adriano Marrey *et al. Teoria e prática do júri: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência*. 6.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 226.

53. A decisão de pronúncia tem efeitos definitivos, apenas, quanto a admissibilidade da acusação, mas não pelos fatos imputados, como pontualmente advertem Adriano Marrey e outros: "Não obstante o art. 416 do CPP aluda ao 'trânsito em julgado da sentença de pronúncia', o que se verifica é mera *preclusão*

veniente, modificadora da classificação jurídica, a exemplo da vítima que, pelas lesões suportadas, venha falecer, após pronunciado o acusado, pelo homicídio tentado.⁵⁴ Depois da manifestação das partes, o juiz proferirá decisão retificando a classificação do fato imputado.⁵⁵⁻⁵⁶

A manifestação das partes deverá ser na forma recomendada pelo Código de Processo Penal, artigo 384, parágrafo único, com prévio aditamento da denúncia ou queixa, possibilidade de renovação da defesa. Em caso de morte da vítima de homicídio tentado, após a denúncia, os autos deverão ser remetidos ao acusador para que adite a denúncia ou queixa. Na seqüência, abre-se oportunidade de defesa ao acusado, procedendo-se nova instrução, se necessário. Somente depois, o juiz proferirá outro ato decisório de pronúncia retificadora.⁵⁷

pro judicato, a qual torna imutável no processo a admissibilidade da acusação, não podendo o juiz nele reexaminar o que foi decidido. Contudo os efeitos preclusivos só se referem ao *juízo*, isto é, à pronúncia como juízo de admissibilidade da acusação. Os fundamentos da pronúncia não são cobertos pela preclusão, pois podem ser alterados, total ou substancialmente, no *judicium causae*". (*Teoria e prática do júri...*, ob. cit., p. 230).

54. Código de Processo Penal: "Art. 416. Passada em julgado a sentença de pronúncia, que especificará todas as circunstâncias qualificativas do crime e somente poderá ser alterada pela verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito, o escrivão imediatamente dará vista dos autos ao órgão do Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, para oferecer o libelo acusatório."

55. Cf. Hermínio Alberto Marques Porto. *Júri: procedimento e aspectos do julgamento, questionários*. 7.ª ed. ampl. e atua. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 89.

56. É preciso não confundir o *fato* ou *circunstância relevante*, já ocorrida, mas só apurada no curso da instrução, com *fato superveniente*, como a morte do ofendido na hipótese de acusação pela prática de homicídio tentado. Aquele deve ser objeto de outra ação penal; esse, por constituir desdobramento do fato originário, é apurado no mesmo processo penal.

57. O acusado poderá demonstrar ausência do nexo de causalidade entre sua conduta, tentativa de homicídio, com o evento morte. Desferiu diversos tiros na vítima, até ser contido com a chegada de policiais. Socorrida, a vítima, dias depois, faleceu em decorrência de infarto, que lhe teria provocado a morte, mesmo sem os tiros desferidos. Por isso, indispensável o aditamento da denúncia, para que o acusador exponha, com todas as circunstâncias, o nexo de causalidade, permitindo, na seqüência, possa o acusado contrariá-lo.

Da mesma forma procederá, se a notícia chegar após o oferecimento do libelo crime acusatório, porque, como veremos, deverá guardar correlação com a pronúncia. Consertada a pronúncia, corrige-se o libelo, para que a acusação na segunda fase, *judicium causae*, se dê nos limites daquela.

Quando o juiz, por entender de forma diversa do acusador, proceder a desclassificação, haverá necessidade de aditamento da denúncia ou queixa. Vale aqui nosso entendimento de que a acusação contém as imputações fáticas e legais. A alteração de qualquer delas implica necessário aditamento da denúncia ou queixa.⁵⁸

O artigo 410, do Código de Processo Penal, contém as mesmas normas dos artigos 383 e 384 e parágrafo único. Refere-se ao procedimento especial do Júri, mas, não exclui as recomendações genéricas para todo o procedimento, emergente nas leis do processo, das ações condenatórias.

4.4.2. Correlação entre pronúncia e libelo acusatório

Com a pronúncia, admitida a acusação, está encerrado o sumário de culpa.⁵⁹ Entretanto, porque "O ato decisório de pronúncia não

58. Mais restrito é o entendimento de James Tubenchlak, para quem nem sempre é necessário o aditamento da acusação, pois: "... se o Juiz entender, em discordância com os termos da peça exordial, que as provas existentes apontam para uma infração cuja pena cominada seja igual ou inferior à do delito inicialmente classificado, determinará o encaminhamento dos autos ao Juiz competente, e por este será ordenada abertura de vista à defesa (art. 384, *caput*). Todavia, se a nova classificação consubstanciar delito de gravidade maior, o Juiz competente, ao receber os autos, baixará o processo a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou queixa" (art. 384, parágrafo único) (*Tribunal do Júri*, ob. cit., p. 88-89).

59. Não pretendemos distanciar do tema. Mas, ao término do estudo da primeira fase do procedimento bifásico do júri, não podemos esquecer de conjugar os ensinamentos de alguns renomados mestres, com os efeitos de precipitada acusação, que podem ser evitados quando da decisão acerca da admissibilidade ou não, da acusação. Partimos da definição de José Antonio Pimenta Bueno que assevera indispensável a *formação de culpa*, parte preliminar do processo criminal, pela qual o juiz competente investiga e comprova a existência do crime e, em caso afirmativo, quem é o autor (*Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2.ª ed., ob. cit.,

possui nem pode ter essência acusatória. Dá por provável a acusação inicial e, por isso, a admite, enviando o acusado a julgamento, pelo Tribunal do Júri", a nova fase procedimental, o *judicium causae*, inicia-se com oferecimento do libelo, "ato processual de postulação da acusação".⁶⁰

Como peça formal de acusação, "... o libelo é a exposição do fato criminoso reconhecido na pronúncia, com suas circunstâncias agravantes, o pedido de condenação à pena correspondente e aplicação da medida de segurança. É o instrumento da acusação, é que a regerá e delimitará no plenário do júri".⁶¹⁻⁶²

p. 72-73). Joaquim Canuto Mendes de Almeida, com esse mesmo entendimento, assevera que: "A formação da culpa, como quer que seja, é instituída para preservar a inocência contra acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam. O mal causado pela ação penal deixada ao arbítrio dos acusadores seria, nos caos de absolvição, uma injustiça. Bens materiais e morais, fama, honra, dignidade, teriam sofrido danos irreparáveis e exclusivamente causados pela faculdade discricionária da calúnia, da mentira, da leviandade da extorsão, docilmente servidas pelo trabalho penoso, inútil aos próprios fins do Poder Judiciário. (...), a *pronúncia* pode ser apontada como a principal garantia da inocência contra os abusos de acusação" (*Processo penal*, ob. cit., p. 177-178). Por tudo, compactuamos do entendimento de Vicente Greco Filho, quando indaga e responde: "Qual a razão de haver uma decisão de admissibilidade da acusação no procedimento do júri? A razão é simples, mas pode surpreender nos seus desdobramentos: a soberania e o julgamento por íntima convicção. Em sendo o veredicto do júri qualificado pela soberania, que se consubstancia em sua irreformalidade em determinadas circunstâncias, e tendo em vista a ausência de fundamentação da decisão, a função, às vezes esquecida, da pronúncia é a de impedir que um inocente seja submetido aos riscos do julgamento social irrestrito e incensurável. É comum dizer-se que a função da pronúncia é a de remeter o réu a júri. Mas rejeitamos, terminantemente, essa impostação. A função da fase de pronúncia é exatamente a contrária. Em outras palavras, a função do juiz togado na fase da pronúncia é a de evitar que alguém que não mereça ser condenado possa sê-lo em virtude de julgamento soberano, em decisão, quiçá, de vingança pessoal ou social. Ou seja, cabe ao juiz na fase de pronúncia excluir do julgamento popular aquele que não deva sofrer a repressão penal" ("Questões polêmicas sobre a pronúncia". In: *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. Coordenação de Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 118-9).

60. Adriano Marrey *et al.* *Teoria e prática do júri...*, ob. cit., p. 252.

61. Edgard Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*, ob. cit., p. 255.

62. Nesse mesmo sentido, José Antonio Pimenta Bueno afirma: "O libelo é a exposição do fato com suas circunstâncias que conclui pedindo a pena

O libelo guarda semelhança com a denúncia ou queixa. São instrumentos de propositura da acusação, para final responsabilização do acusado.⁶³ Com fidelidade às provas, colhidas ou produzidas durante a formação de culpa, devem identificar o acusado e expor os fatos com relevância penal, inclusive para controle judicial.

Denúncia e queixa devem ter apoio no inquérito policial ou outras peças de informações, enquanto o libelo assenta-se na pronúncia, nos limites em que admitida a acusação. Assim como na decisão de recebimento de denúncia, o juiz ao receber o libelo crime acusatório deve exercer rígido controle da acusação, rejeitando aquele que se distancia dos limites permissivos da pronúncia, porque: “O libelo nenhuma força própria tem; todo o seu vigor provém da pronúncia, da qual é ele uma reprodução; é a pronúncia que assiste a função de classificar o crime, caracterizando-o em seus elementos qualificadores, especificando o artigo ou artigos de lei em que está incurso o delinquente, quem seja ele e sua atividade criminosa. A pronúncia fixa a natureza, a extensão e os termos da acusação. Ao libelo compete reproduzi-la, sob o feitio especial que lhe é próprio, desdobrando-se, em preposições simples e distintas, os fatos que a ele se ligam, sem se afastar da pronúncia”.⁶⁴

correspondente. Costuma ser feito por artigos, já por maior precisão, já para melhor prova... é a base da acusação, e tão essencial que sem ele não pode prosseguir; e, por isso mesmo deve ministrar os esclarecimentos necessários e observar as condições legais” (*Apontamento sobre o processo criminal brasileiro*, 2.^a ed., ob. cit., p. 110-1).

63. Compartilhamos o pensamento de Edilson Mougenot Bonfim: “O libelo está para o *judicium causae* – o juízo de mérito, da *causa* propriamente dita –, *in thesi* e formalmente, como a “denúncia” está para os processos não jungidos ao Júri: uma petição acusatória; a postulação da condenação. Enquanto nos processos sujeitos ao Tribunal Popular a *denúncia* é o *petitum* do *judicium accusationis* – peticionante de que se admita pelo juízo da instrução uma formação provisória de culpa a ser proposto ao Júri, para julgamento final –, o *libelo*, por sua vez, resume, em proposições simples, todo o teor postulatório a ser endereçado, diretamente, ao respectivo órgão colegiado. É, pois, o *petitum* do *judicium causae*” (*Júri: do inquérito ao plenário*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 110-111).

64. Múcio Abreu e Lima. *Do libelo crime acusatório*. Belo Horizonte: s/e, 1933, p. 19-21.

O libelo deve, portanto, guardar estreita correlação com a pronúncia, cingindo-se aos seus limites.⁶⁵ Afastando-se da acusação admitida, deve ser rejeitado, para que não ocorram vícios, durante a acusação, perante o Conselho de Sentença, a prejudicar a ampla defesa e contraditório, no momento da quesitação e votação sigilosa.

Deve apontar o nome do acusado, exposição do fato criminoso, por artigos, bem como a indicação das circunstâncias agravantes previstas em feitos e de todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena, além da medida de segurança aplicável.⁶⁶ Enfim, deverá expor a acusação: imputação subjetiva e objetiva, seguidas das causas que influenciam na determinação da responsabilização penal.

O libelo tem como fonte principal a pronúncia, limite da acusação. Nela devem estar os elementos necessários à elaboração do libelo, em todos os requisitos. Entretanto, questão surge concernente a possibilidade de invocação de circunstância agravante, prevista em lei, mas não acolhida, expressamente, na pronúncia.

A nosso ver, constitui intolerável excesso de acusação, para além dos limites da pronúncia, em evidente cerceamento à defesa e contraditório. Não há qualquer impedimento legal para que juiz, na pronúncia, reconheça circunstâncias agravantes ou qualificadoras,

65. Consigne-se a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em caso de morte da vítima, após pronunciado o acusado, por tentativa de homicídio: "A superveniência ao libelo de circunstância elementar do crime - a modificar-lhe a classificação jurídica - não contida na denúncia e, por isso, não contemplada na pronúncia, impõe obrigatoriamente ao Ministério Público requerer o aditamento, cumprindo em seqüência o recomendado no artigo 384 e parágrafo único, do Código de Processo Penal, proferindo-se nova decisão de pronúncia, se for o caso, em cujos termos há de pautar o libelo em substituição" (JTJ 172/ 319).

66. São requisitos do libelo, por exigência do Código de Processo Penal: "Art. 417 - O libelo, assinado pelo promotor, conterá: I - o nome do réu; II - a exposição, deduzida por artigos, do fato criminoso; III - a indicação das circunstâncias agravantes, expressamente definidas na lei penal, e de todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena; IV - a indicação da medida de segurança aplicável. § 1.º - Havendo mais de um réu, haverá um libelo para cada um. § 2.º - Com o libelo poderá o promotor apresentar o rol das testemunhas que devam depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), juntar documentos e requerer diligências."

provadas nos autos, delimitando a acusação. A elaboração de quesito, para cada circunstância agravante articulada no libelo, não desautoriza o reconhecimento dessas na pronúncia.

O reconhecimento das agravantes e qualificadoras na denúncia, quando provadas, resultaria em maior explicitude da acusação, durante os debates. Ora, se não se pode modificar o próprio conteúdo de circunstância qualificadora ou agravante reconhecida,⁶⁷ com maior razão há de ser acolhida, ou não, essa qualificadora ou agravante, sem ter sido reconhecida, previamente, na pronúncia.

A explicitude no libelo, recomendada para afastar equívocos de interpretação no instante da votação, garantirá a correlação entre acusação e sentença, por permitir o efetivo julgamento pelos fatos imputados, acolhidos na pronúncia, expostos no libelo e conhecidos pelos jurados, quando submetidos à votação nos quesitos. O pleno conhecimento é incompatível com o libelo, elaborado por fórmulas legais, sem sustentáculo em fato real. Quando não corrigido, deve ser rejeitado pelo juiz-presidente, antes do julgamento em plenário.

Inaceitável o libelo que, em concurso de pessoas, limita-se a afirmar que, o acusado *concorreu de qualquer forma* para a prática do crime. Da mesma maneira, deve o libelo expor os fatos ensejadores da qualificação do crime, não bastando a afirmação de torpeza ou futilidade; indispensável será expor porquê a conduta é torpe ou fútil.

Mais uma vez desponta a importância da decisão judicial de recebimento do libelo, tal qual a de recebimento da denúncia ou queixa e a de pronúncia, porque: “Pela terceira vez, pois, o juiz deve aferir a admissibilidade da acusação. No recebimento da denúncia, o juiz, no procedimento do Júri, já com os olhos voltados para a possibilidade eventual de quesitação, aferiu a viabilidade da

67. Como exemplo podemos citar o reconhecimento, na pronúncia, de qualificadora da futilidade, porque o acusado teria matado o balconista, por ter-lhe servido cerveja quente. Impedido estará o acusador de elaborar artigo, no libelo, da qualificadora da futilidade, porque o mesmo garçom deixou de cumprimentar o acusado, negando-se a corresponder ao “boa-noite”. Se a qualificadora ou agravante refere-se a determinado fato, não poderá alterá-la para outro, ainda que continue como aquela mesma qualificadora.

acusação, adequando-a às exigências legais e constitucionais, excluindo eventual excesso acusatório e analisando a narrativa da inicial e a sua relação com os elementos de convicção inquisitoriais que a instruíram. Na pronúncia, também com o olhar direcionado para a quesitação, agora bem mais próxima, o juiz aferiu a admissibilidade do prosseguimento da acusação, analisando-o em face do conjunto probatório produzido no *judicium accusationis*, para mais uma vez eliminar eventuais abusos acusatórios, para gizar os limites da acusação, bitolando o libelo e definindo o fato a ser imputado ao réu. E, por fim, no recebimento do libelo, aproximando-se decisivamente da quesitação, e olhando para ela, agora, com maior nitidez, cabe ao juiz, mais uma vez, impedir excessos acusatórios e garantir o prosseguimento da acusação apenas e tão-somente de acordo com a autorização dada ao Ministério Público na pronúncia.”⁶⁸

A acusação não pode ser implícita, nas entrelinhas. Deve ser explícita, única forma compatível com a ampla defesa e contraditório. Assim deverá ser o libelo, desprovido de qualquer afirmação vaga, permitindo o completo conhecimento das proposições acusatórias, porque será a principal fonte de formulação dos quesitos, que serão submetidos a julgamento, por juízes leigos, em votação desprovida de fundamentação.

4.4.3. Correlação entre libelo e acusação em plenário

A persecução penal – no mais das vezes, incoada no inquérito policial – nem sempre é calcada em acusação. Tem início com a notícia de um fato, com aparente relevância penal, sem qualquer indicação de autoria, por exemplo. Das investigações emergem suspeitas que, consolidando, transmudam-se em indícios que, suficientes, apontam a autoria. Surgem acusado e acusação, cujos contornos provisórios recomendam continuidade das pesquisas da verdade acerca dos acontecimentos.

68. Mais uma vez José Henrique Rodrigues Torres. *A importância da narrativa do fato...*, ob. cit., p. 234.

Bastantes para a *opinio delicti*, os indícios fundamentam a propositura da ação penal, agora com acusação formal, a delimitar a área de conhecimento do julgador, vinculando-o à imputação, fática e legal. Nos processos de competência do Tribunal do Júri, após a formação da culpa, *judicium accusationis*, começa o julgamento da causa, com o oferecimento do libelo, cingido aos limites autorizadores da pronúncia.

Instalado o Conselho de Sentença, tem início a audiência de instrução, debate e julgamento em plenário. Instrução com a colheita de provas, interrogatório e ouvida de testemunhas. Passa-se ao debate, momento de apresentação das alegações finais e orais, com valoração das provas colhidas, em cotejo com a acusação admitida na pronúncia.⁶⁹ Após, o caso é submetido ao julgamento secreto pelos jurados e termina com a sentença do juiz-presidente.

No debate, o acusador deve realizar a acusação,⁷⁰ cingido aos limites da pronúncia. Não poderá, por óbvio, pretender a condenação do acusado por fato, circunstância ou elemento não acolhidos na pronúncia, nem explicitado no libelo, "... *substratum* da acusação já exposto nos autos para contrariedade do réu e maior garantia da defesa, não é lícito ao acusador ampliá-lo, ou aos respectivos termos, para inculcar fato novo ou pedir outra pena".⁷¹

Caso o acusador decida inovar em plenário, afastando-se do libelo, o juiz deixará de submeter a nova acusação, não admitida na pronúncia, a julgamento pelo Conselho de Sentença. Aqueles fatos, circunstâncias ou elementos, não serão objeto de quesito, naquele julgamento.

Inadmissível, por tudo, a supressão do libelo crime acusatório, como pretendem alguns. É o instrumento de proposição da acusação

69. Hermínio Alberto Marques Porto. *Júri...*, ob. cit., p. 119.

70. A acusação em plenário é determinada pelo Código de Processo Penal: "Art. 471 – Terminada a inquirição das testemunhas o promotor lerá o libelo e os dispositivos da lei penal em que o réu se achar incurso, e produzirá a acusação. § 1.º – O assistente falará depois do promotor. § 2.º – Sendo o processo promovido pela parte ofendida, o promotor falará depois do acusador particular, tanto na acusação como na réplica."

71. Adriano Marrey *et al.* *Teoria e prática do júri...*, ob. cit., p. 316.

na fase de julgamento da causa. Delimitará a imputação oral, impedindo excessos no último instante da acusação. Sem o libelo não há referencial ou limites à acusação perante o Tribunal Popular, o que, com certeza, permitirá ofensa à ampla defesa e contraditório, porque novos elementos ou circunstâncias, dos fatos imputados, poderão ser atribuídos ao acusado.⁷²

4.4.4. Correlação entre acusação em plenário e quesitos

Nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, a formulação dos quesitos representa causa de nulidades. São as questões formuladas pelo juiz-presidente, "para serem respondidas pelo Conselho de Sentença como forma de julgamento do acusado. Devem versar sobre o *fato criminoso* imputado ao réu e suas circunstâncias".⁷³

Se denúncia e queixa, libelo e alegações finais (entenda-se acusação final em plenário) constituem formas de acusação, o *questionário*, contendo os *quesitos* constitui forma de julgamento, adotada para o Tribunal do Júri. Por respostas, afirmativas ou negativas, a cada indagação, confirmam ou repudiam as questões submetidas a julgamento, sem explicitarem os motivos da opção, impossibilitando o controle da correlação entre acusação e sentença.

A acusação formal iniciada na denúncia ou queixa subsidiária, vai se consolidando, aos poucos. Bitolada na pronúncia, é exposta no libelo, desenvolvida em plenário e submetida a julgamento no

72. A respeito, veja-se a grave advertência de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: "A eliminação do libelo-crime e respectivo instante procedimental termina com o efetivo controle judicial da acusação. Isso é gravíssimo. Não se vai distinguir acusação inepta da improcedente; visto não mais haverá juízo de admissibilidade, ou recebimento da acusação (arts. 417 e 418, do Código de Processo Penal). Irromperá muito dificultoso, no momento dos debates, o juiz-presidente verificar a fidelidade e a pontualidade da acusação oral. Inconservado o libelo, some a contrariedade, com enfraquecimento do direito de defesa" ("Supressão do libelo". In: *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. Coordenação de Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 142-141).

73. Definição oferecida por Adriano Marrey *et al.* *Teoria e prática do júri...*, ob. cit., p. 335.

questionário. Para que ocorra *correlação entre acusação e sentença*, no julgamento afeto ao Tribunal do Júri, a acusação não poderá se afastar dos limites fixados na pronúncia, que a admitiu, nem no libelo que propõe e é sustentado em plenário, ou no questionário que a submete para apreciação do Conselho de Sentença.

Se durante a instrução em plenário, forem desvendados fatos ou circunstâncias novas, não será possível a elaboração de quesitos acerca dessa novidade, porque violaria a ampla defesa e o contraditório, além de resultar em possível condenação, por fatos ou circunstância não imputados. Mesmo que se trate da hipótese prevista no artigo 416, do Código de Processo Penal, de julgamento por tentativa de homicídio e que, em plenário, descubra ter a vítima morrido, em decorrência dos ferimentos suportados, quando da conduta imputada ao acusado, não poderá ser formulado quesito acerca do homicídio consumado.

Entendo ser necessária a dissolução do Conselho de Sentença, para que retificação da pronúncia e libelo, retornando-se, após, para novo julgamento, com suporte acusatório, porque: "A acusação é vinculada à pronúncia e ao libelo acusatório ofertado nos autos e o Ministério Público não tem disponibilidade sobre a imputação que chega ao plenário. Os quesitos devem ser formulados sobre o que restou assentado na pronúncia e libelo acusatório, inobstante possa o representante do Ministério Público exteriorizar seu convencimento pessoal sobre parte do campo acusatório discordando de uma qualificadora. Tal posicionamento do Ministério Público em plenário não impede a formulação de quesitos sobre a qualificadora questionada, nem sua votação, nem o seu reconhecimento pelos Srs. Jurados".⁷⁴

4.4.5. Correlação entre quesitos e votação

Questão intrigante, talvez a característica marcante do Tribunal Popular, envolve o *sigilo da votação* e a *soberania dos veredicto*.

74. Dessa forma decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Ap. 164.858-3/3 - 4.ª Cam. - j. 17.01.1966 - Rel. Des. Pereira da Silva - RT 730/518.

Sigilosa é a decisão do jurado, materializada nas cédulas não identificadas, contendo resposta *sim* ou *não* a cada quesito. O juiz leigo é livre em seu julgamento. Não está vinculado à imputação fática ou legal, às quais poderá afirmar ou negar, contrariando provas incontroversas. Decide-se pela vontade da maioria dos sete julgadores, o que impede o conhecimento de quem decidiu com resposta afirmativa ou negativa.

A decisão do Conselho de Sentença, opte por essa ou aquela decisão, é soberana, significando “a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir o Júri na decisão de uma causa por ele proferida – soberania dos veredictos traduz, *mutatis mutandis*, a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados, ser substituída por outra sentença sem esta base”.⁷⁵

Soberania não absoluta, contudo, porque prevista exceção, quando *for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos*. Possível será a interposição, por uma vez, de apelação que, se acolhida, provocará outro julgamento.

Não se deu total liberdade ao jurado, para decidir como bem lhe aprouvesse. É soberana a decisão, desde que não contrarie, *manifestamente*, as provas dos autos. Nesse caso, vinculado à acusação e provas dos autos, a questão penal será submetida a novo julgamento, perante o Tribunal do Júri, por jurados diversos. Com certeza, essa única apelação representa mais um instrumento de controle da *correlação entre acusação e sentença*, no que tange à decisão do Conselho de Sentença, quanto ao direito de punir do Estado.

O sigilo da votação e a soberania dos veredictos, mais uma vez, recomendam ao juiz o atento controle da acusação, realizado no recebimento da denúncia, na pronúncia e aceitação do libelo, em plenário e na quesitação. Qualquer descuido, ante a impossibilidade de rigor na conferência do julgamento, poderá resultar em injustiça, com condenação de inocente ou absolvição de culpado.

Tal ocorre porque, embora soberano e sigiloso a votação, o Conselho de Sentença poderá distanciar-se das teses levadas a seu

75. José Frederico Marques. *A instituição do júri*, ob. cit., p. 40.

conhecimento, em plenário. Permite-se a soberania na adoção dessa ou daquela versão; mas, a votação precisa acolher uma das teses. Não pode absolver, ou condenar, por decisão divorciada das provas dos autos. A votação há de ser correlata às provas constantes e quando distanciada, deve ser corrigida (CPP, art. 593, inciso III, “d”).

4.4.6. Correlação entre votação e sentença do juiz-presidente

Quem condena ou absolve é o Conselho de Sentença. Em caso de absolvição, compete ao juiz-presidente, tão-somente, declarar a vontade soberana do Tribunal do Júri, o que não exige fundamentação. Sem afirmar o porquê dessa decisão dos julgadores leigos, anuncia o resultado da votação absolutória.

Nenhuma liberdade tem o juiz-presidente, nem mesmo para optar pelo fundamento da absolvição. Negado o primeiro quesito, referente a autoria e materialidade, não poderá declarar, na absolvição, *não existir prova suficiente para a condenação*. Deverá anunciar *não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal*.⁷⁶

O Conselho de Sentença, ao negar a materialidade e autoria (questão indagada no primeiro quesito), não afirma os motivos determinantes daquela decisão; nega pela certeza de não ocorrência do fato ou da autoria, ou pela insuficiência de prova para afirmá-lo. A resposta não traduz a alternativa adotada. Mas, mesmo assim, o juiz-presidente, não poderá optar pela mais gravosa, porque, além de ofender à constitucional presunção de não-culpabilidade, do inadequado enquadramento (insuficiência de prova) poderiam resultar prejuízos, inclusive na esfera cível, ao acusado.

76. “Art. 386 – O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1.º, do Código Penal); VI – não existir prova suficiente para a condenação.”

Diferente ocorrerá, quando resultante em condenação. Por decorrência do sigilo da votação, limita-se expor o resultado da votação, restando a fundamentação para a dosimetria da pena ou medida de segurança, que não poderá divergir do que foi decidido pelo Conselho de Sentença. Enquanto esse tem competência para solucionar, quanto à absolvição ou condenação, ao juiz-presidente compete decidir sobre a aplicação da sanção penal.

Duas incongruências poderá apresentar a sentença do juiz-presidente. Quando contrária à lei, ou decisão dos jurados, ou quando contiver erros ou injustiça na aplicação da pena ou medida de segurança. A primeira situação, refere-se ao distanciamento do quanto decidido pelo Conselho de Sentença; e, a segunda, acontece, quando, embora acolhendo a decisão condenatória dos jurados, o julgador não impõe a sanção penal correspondente aos fatos julgados, definidos.

A fundamentação é indispensável para controle da simetria entre a acusação e julgamento, durante a votação sigilosa e sentença penal condenatória. O juiz-presidente deve indicar, com explicitude, o resultado da votação e o raciocínio, desenvolvido na fixação da justa sanção penal, razoável para a condenação do Conselho de Sentença.

Ambas hipóteses são passíveis de correção pela apelação,⁷⁷ conforme expressa previsão do Código de Processo Penal, artigo 593, inciso III, "b" e "c".

77. Código de Processo Penal: "Art. 593 – Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...) III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. § 1.º – Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal *ad quem* fará a devida retificação. § 2.º – Interposta a apelação com fundamento no n.º III, c, deste artigo, o tribunal *ad quem*, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança. § 3.º – Se a apelação se fundar no n.º III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação".

4.5. CORRELAÇÃO E A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

O crime é uma unidade, que não pode ser fracionada. Para estudá-lo, contudo, é necessário entender cada um de seus elementos, o que recomenda a análise individual de cada um, até para melhor compreensão. Adotada a *teoria finalista da ação*, o crime é o *fato típico* e *antijurídico*. É um fato dotado de tipicidade, contrário ao ordenamento jurídico.

Como afirmamos, anteriormente, fato é o acontecimento provocado pelo homem, composto, por *conduta*, *resultado* e *nexo de causalidade*. Em síntese, o homem pratica a conduta prevista (tipificada) como crime, da qual decorre o resultado ofensivo ao ordenamento jurídico.

A conduta é o ponto crucial para distinção de crimes dolosos e culposos. Sabemos não existir crime sem conduta; nem conduta sem vontade, o que seria mero ato mecânico. Também não há vontade sem finalidade (vontade de nada). Quando o conteúdo da vontade (finalidade) for tipificada, chama-se dolo, ou seja, a vontade consciente de concretizar os elementos do tipo penal, ou de praticar os elementos objetivo, normativo e subjetivo da descrição legal de determinado crime.⁷⁸

Como elemento subjetivo, o *dolo* integra o próprio tipo penal, o que sugere a afirmação de crime doloso ou crime culposos, distinguidos pelo Código Penal.⁷⁹ Afirma que o crime é doloso, quando o agente quis ou assumiu o risco de produzir o resultado e culposos, quando deu causa por imprudência, negligência ou imperícia. Determina, como regra, a punição apenas do agente de crime doloso; por exceção, pune aquele que praticou o crime culposos.

78. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 413-420.

79. Código Penal: "Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".

Como tivemos oportunidade de analisar, para a denúncia ou queixa,⁸⁰ o fato penal é modelo abstrato, enquanto fato processual penal é o acontecimento naturalístico, concreto, atribuído ao acusado. A relevância desse é determinada pelo enquadramento ao desenho legal. A exposição fática, exigida na denúncia ou queixa, deverá subsumir-se tipo penal, em todos seus elementos, inclusive no *subjetivo*.

Não basta a denúncia ou queixa descrevê-lo. Da mesma forma, na sentença, o julgador deverá considerar todos os elementos do tipo penal, inclusive o ânimo do acusado, no momento do crime, para constatação de correspondência, entre uma e outra. Além da exposição da conduta, resultado e nexos de causalidade, ambas – denúncia e sentença – devem constatar e apontar o *dolo* ou *culpa*.

Para verificação da tipicidade – perfeito enquadramento ao tipo penal – e *definição jurídica*, podemos destacar a necessidade de menção na sentença, dentre outros: o desejo de ter a coisa *para si ou para outrem* no furto (elemento subjetivo); ou retardar ou deixar de praticar ato de ofício, *indevidamente* (elemento normativo).

Imprescindível, também, aludir ao perigo concreto indicado na denúncia ou queixa; ao dissenso da vítima nos crimes materiais, dentre eles os sexuais, como o estupro; à conduta nos crimes formais e crimes de mera conduta. Da mesma forma, na tentativa, deve apontar as circunstâncias alheias à vontade do agente, que impediram o resultado.

Sem essas indicações não será possível a verificação da correlação com a acusação, porque, retirado qualquer dos elementos apontados, outro crime poderá ocorrer, que não aquele em julgamento. Repetimos, caso as provas indiquem a presença de uma *circunstância elementar*, provocando, por vezes, o deslocamento do tipo penal, indispensável será o aditamento da denúncia ou queixa.

4.5.1. Correlação nos crimes culposos

O crime culposo ainda não se mostra bem conceituado, pelas diversas teorias do crime, o que tem causado inúmeros enganos, quando da aplicação da *emendatio* ou *mutatio libelli*. Aplica-se um

80. Item 3.4.1.1. Exposição do fato penal relevante, em todas circunstâncias.

instituto, quando correto seria o outro. A confusão só será afastada com a distinção entre crime doloso e culposo, o que procuraremos fazer, de maneira sucinta, por não ser nosso propósito desvendá-lo completamente.

O conceito de crime culposo é incompleto. Pressupõe a inexistência de vontade e finalidade na conduta, tanto que, somente, indica o modo como o autor provoca o resultado, por uma das modalidades da culpa, entendida em *strito sensu*: imprudência, negligência e imperícia. Tais formas de culpa não se confundem. São modos diversos a provocar o resultado, lesivo, por diferentes maneiras de inobservância do dever de cuidado.

A *exposição do fato criminoso* e a *classificação do crime*, exigidos na denúncia, não se referem ao crime na integralidade de seus elementos. Reclama, tão-só, a exposição e classificação do fato típico: conduta, resultado, nexo de causalidade e tipicidade.

Expor e classificar o crime doloso, na denúncia ou queixa, não guarda dificuldade além da normal, bastando subsumir os fatos concretos à descrição abstrata do tipo penal. O mesmo não acontece, todavia, com o crime culposo, porque o tipo penal não traz a exposição; pressupõe a provocação do resultado por uma das modalidades da culpa, resultando, por vezes, confusões.

Deve o acusador, na denúncia ou queixa, ao imputar a alguém a prática de crime culposo, expor a conduta, o resultado, o nexo de causalidade e a forma como aconteceu a inobservância do dever de cuidado: se por imprudência, negligência ou imperícia.

A esses fatos e modalidades de culpa increpados estará vinculado o juiz. Não poderá julgar por fatos, nem em modalidade de culpa não apontada na denúncia. A vinculação temática estende-se à forma de provocação do resultado. Afastar-se na sentença daquela modalidade de culpa, resulta na quebra da simetria, que deve existir entre a acusação e sentença.

Inadmissível alguém ser denunciado por crime doloso e, ao final, pela descoberta de elementos ou circunstâncias diversas, ser condenado por crime culposo.⁸¹ Da mesma forma, haverá nulidade

81. Conduta dolosa e culposa são compostas por elementos diversos. Não permitem singela aplicação da *emendatio libelli*, para correção da acusação. O

absoluta se alguém denunciado por homicídio culposo, porque, com imprudência, dirigia veículo automotor, em velocidade incompatível para a via pública, ser condenado por imperícia, porque não tinha prática suficiente para a condução do carro.⁸²⁻⁸³

Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, bem assentou essa distinção, quando decidiu: "Sem aplicação do art. 384 do CPP é inteiramente inadmissível a condenação a título de receptação culposa a quem fora denunciado por ato que constitui crime de receptação dolosa. Para que possa se defender o réu precisa saber qual a acusação que pesa contra ele. Essa acusação não pode ser modificada sem que se dê ao réu oportunidade para contestar a nova acusação. É inadmissível a afirmação de que a receptação culposa está contida na receptação dolosa e de que aquela seja um simples *minus* desta. Descrevem esses delitos fatos diferentes. Na receptação dolosa deve o réu saber da origem criminosa da coisa. Na receptação culposa admite-se que o réu deva presumir tal origem, devendo a denúncia dizer o motivo por que o réu deve presumir tal circunstância. Não pode o juiz sair do perímetro traçado pela imputação contida no pedido acusatório. Assim decidindo estaria ele julgado *ultra petitum*, pois haveria nova definição jurídica do fato" (RT 572/342-344).

82. "Não pode o réu ser julgado senão nos estritos limites de acusação contra ele irrogada no libelo. Assim, imputando a peça vestibular tão-somente imprudência, inadmissível ser o acusado punido por diversa modalidade culposa" (*JUTACRIM/SP* 30/386).

83. Entendeu, contudo, de forma diversa, o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, quando indeferiu pedido de revisão criminal, no qual era sustentada nulidade da sentença penal condenatória, por adotar fundamentos alternativos, imperícia ou imprudência em acidente de trânsito. Decidiu inexistir nulidade, pela alternatividade da modalidade de culpa, porque: "Primeiro, há de se ter em conta que imprudência e imperícia, tomadas como modalidades de comportamento culposo, em rigor significam a mesma coisa: ausência de diligência necessária na realização da conduta. (...) Portanto, quando se imputa culpa a alguém, tanto faz que seja a título de imprudência, imperícia ou negligência. Em essência, o que se está atribuindo é a forma da diligência necessária à realização da conduta, que dando causa ao resultado, leva à tipificação culposa do fato-crime apontado. Relevante é que se descreva o fato, para que dele se possa inferir a falta de cuidados, que se liga ao evento. A denúncia apontou ausência de cuidados que poderiam decorrer de três motivos: velocidade excessiva para o local e circunstância do fato; falta de domínio dos comandos do utilitário e desatenção ao conduzir o veículo. A sentença admitiu-os como únicas explicações possíveis para causação do resultado danoso no acidente. (...) Embora se pudesse sustentar que a velocidade excessiva não tivesse sido demonstrada na prova oral, como sustenta o ora peticionário, ainda assim restariam os dois outros indícios da culpabilidade" (*Revisão criminal* n.º 427.816/5 – 2.º Grupo de Câmaras – j. 15.12.1998 – rel. Juiz Figueiredo Gonçalves).

Terá havido quebra de simetria entre acusação e sentença. Foi julgado por circunstância não denunciada. Evidente o prejuízo, causado com a surpreendente e inesperada condenação. Defendeu-se da acusação de haver dirigido o carro em alta velocidade; contudo, foi condenado por não saber conduzir o veículo. Não teve oportunidade para provar seu conhecimento para a direção do carro. Nula a sentença, portanto.

4.6. CORRELAÇÃO NO CONCURSO DE CRIMES E DE PESSOAS

No concurso de crimes, cada fato penal constitui distinta *questão penal*. Diversos serão os objetos do mesmo processo penal e, acerca de cada um, incidirá o julgamento, de modo isolado, para, após verificados, influir na responsabilização penal.

O concurso material de crimes não apresenta qualquer dificuldade na apreciação, pois, como asseverado, serão fatos, questões, objetos diversos. Cada qual deverá ser objeto de investigação, na busca da atingível verdade material, assegurado o contraditório e a ampla defesa, com observância do devido processo penal, como se fossem objeto de distintos processos penais. Portanto, a sentença deve ser correlata à acusação, em cada um deles.

No *concurso formal* ou no *crime continuado*, quando diversos fatos (condutas) são considerados, por ficção jurídica, como uma só. Os fatos concretos increpados devem ser contestados, cada um, e o juiz só levará em conta aqueles provados, ainda que outros despontem na instrução criminal, aplicando-se a *mutatio libelli*, caso necessária. A pluralidade será considerada na fixação da sanção penal, na forma e *quantum*, previsto para a multiplicidade, após individualizado cada fato.⁸⁴

84. Em julgado esclarecedor, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul entendeu: "Por força do art. 119 do Código Penal, condenando-se o agente pela prática de mais de um crime, em concurso, tem o juiz, ao prolatar a sentença condenatória, que individualizar a pena de cada um dos delitos para, só depois, fazer incidir as regras do concurso, se forem mais favoráveis ao acusado do que

Não se olvide que a responsabilidade penal é subjetiva. Cada qual responde pelos próprios atos. Nos concurso de pessoas, a denúncia e queixa, devem descrever o fato concreto atribuído a cada acusado, de forma individualizada, permitindo-se a completa identificação da imputação.

Para preservar a simetria, exigida entre acusação e sentença, o juiz deverá, para cada fato e pessoa, julgar como se estivesse diante de um processo distinto. Temos afirmado que *acusação* é composta pela *imputação objetiva*, concernente aos fatos e classificação jurídica, e *subjetiva*, referente à pessoa acusada, a quem será imposta a *responsabilização*. A individualização, objetiva e subjetiva, é indispensável, para que não ocorra quebra da correlação, com nulidade da sentença.⁸⁵

4.7. CORRELAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS PENAIIS DA LEI 9.099/95

Com o advento da Lei 9.099/95, permitindo-se a transação penal e a suspensão condicional do processo, com abreviado procedimento, recomendável a análise de seus efeitos na *correlação entre acusação e sentença*, decorrente de regras próprias ao processo penal condenatório. Não há o propósito de criticar o novo procedimento

o cúmulo material das penas. Esse proceder tem dupla finalidade: a) saber se as regras de apenamento do concurso são mais benéficas que o cúmulo material das penas; b) estabelecer os parâmetros para o futuro exame da ocorrência ou não da prescrição pela pena concretizada para cada crime, segundo a regra do art. 119 do Código Penal." (RT 709/371). Tem por finalidade, também, permitir a conferência da correlação entre acusação e sentença, pois, o juiz para aplicar a pena, antes decidirá quanto à materialidade, autoria e culpabilidade normativa para cada fato (questão penal).

85. Vejamos o julgado do Tribunal de Alçada do Paraná, quando foi decidido: "Ocorrendo concurso de agentes, a pena deve ser aplicada separadamente para cada réu por tratar-se de aspecto pessoal, subjetivo, não se podendo confundir a personalidade dos réus como idênticas, mesmo que a atividade delituosa de cada um corresponda a do outro, ou seja, tenham concorrido de forma igual para a prática do crime. Ante a desatenção à regra inserida no art. 59 do Código Penal, a sentença é nula na parte da fixação da pena..." (RT 706/354).

penal, que, afinal, foi bem aceito; apenas, verificar seus efeitos no tema em estudo.

Como afirmado e tanto repetido, a necessidade de simetria entre a acusação e sentença decorre de regras adotadas pelo ordenamento jurídico, em geral para valorização do indivíduo, a disciplinar e limitar o *jus puniendi* do Estado. Resulta da adoção do sistema processual acusatório, da busca da verdade material, do contraditório e ampla defesa, bem como da indispensável observância do devido processo penal.

O interesse do Estado na paz social outorgou-lhe a *jus puniendi*. Contudo, só poderá impor a pena pelo processo penal, decorrência da regra *nulla poena sine judicio*. A Lei 9.099/95 concedeu a disponibilidade do direito de punir estatal, sob o fundamento “de que o que mais importa ao Estado não é punir, mas integrar ou reintegrar o autor da infração penal e reconduzi-lo à sociedade como parte componente daqueles que respeitam o direito da liberdade alheia”.⁸⁶

Se é verdade que o Estado pode dispor do *jus puniendi*, resta saber se há ofensa ao *jus libertatis* pela aceitação de pena não privativa de liberdade, para transação ou suspensão do processo, “dando-se força à autonomia de vontade, para aceitar uma condenação sem processo, quando sequer a confissão em juízo obriga à condenação, se não corroborada por provas suficientes!”.⁸⁷

Essa compreensão não é pacífica, porque, entendida a Lei 9.099/95, como modelo de justiça consensual, “... a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade, antes mesmo do oferecimento da acusação, não rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine judicio*, como até possibilita a aplicação da pena sem antes discutir a questão da culpabilidade. A aceitação da proposta do Ministério Público não significa reconhecimento da culpabilidade penal, como, de resto, tampouco implica reconhecimento da responsabilidade civil”.⁸⁸

86. Júlio Fabbrini Mirabete. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 143.

87. Miguel Reale Júnior. “Pena sem processo”. In: *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. Organização de Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo. São Paulo, 1997, p. 31.

88. Ada Pellegrini Grinover et al. *Juizados especiais criminais*, ob. cit., p. 35. Nesse mesmo sentido: Eduardo Araújo da Silva, *Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83-84.

Acolhida essa interpretação, de que ao Estado cabe dispor do direito de punir e ao indivíduo acusado será lícito aceitar restrições à sua liberdade jurídica, não se pode afirmar ofensa ao contraditório e ampla defesa, nem ao devido processo penal.

Entretanto, a verdade acerca dos fatos jamais será atingida, na transação ou suspensão do processo se extinta a punibilidade. Sabemos, verdade absoluta não é alcançável, suficiente ao processo penal, tão-só, a verdade processual, atingível pelas provas. Sem a instrução, com produção e valoração das provas, não se poderá conhecer os fatos na integralidade, bastando, para a Lei 9.099/95, as ocorrências como apresentadas pelas partes.

Os fatos verdadeiros são aqueles desvendados pela instrução, até onde podem ser atingidos pela inquisitorialidade, que deve animar o juiz no sistema processual acusatório misto, em busca da verdade material. Só esses fatos, processualmente conhecidos, autorizam a imposição de qualquer reprimenda penal e, caso não demonstrados, o processo penal deverá resultar na absolvição do acusado.

Na Lei 9.099/95, não há propositura de ação penal de índole condenatória, nem processo penal. As partes conflitantes decidem: o Estado-Administração dispõe do direito de punir; o acusado, do direito à liberdade jurídica. O juiz, Estado-Jurisdição, não está autorizado a pesquisar a verdade dos fatos, determinando a produção de provas; e jamais se atingirá a verdade processual acerca dos fatos.

Não há acusação formal, nem sentença penal condenatória. Portanto, nesses novos procedimentos não se pode exigir correlação entre o que não existe. Apenas deverá ocorrer consenso. Contudo, para concordar sua aplicação, com o devido processo penal, somente com aceitação de que no Brasil, hoje, existe o processo civil, o processo penal e o procedimento da Lei 9.099/95.⁸⁹

Só assim é possível harmonizar a existência de processos, com regras próprias e inafastáveis, com as normas, trazidas para os Juizados Especiais Criminais. De outra forma restam incompatíveis.

89. Cf. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, mediante ensinamento pessoal e verbal.

4.8. CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA NOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

A o Código de Processo Penal Militar não passou despercebida a necessidade de vinculação dos juízes à imputação. Vedar a condenação por fatos não imputados, desde o início, ou quando emergente das provas produzidas, representa uma das maiores garantias do imputado. Para evitar assimetria entre a acusação e o julgamento, dispôs:

“Art. 437. O Conselho de justiça poderá: a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da denúncia, ainda que, em consequência, 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; b) Proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido argüida”.

Aglutinou nesse dispositivo a *mutatio* e a *emendatio libelli*, previstas nos artigos 383 e 384, do Código de Processo Penal. Na alínea “a”, acentuou a separação das funções de acusador e julgador, pois, ao Conselho de Justiça, só será permitido dar nova definição jurídico-penal aos fatos imputados, ainda que para imposição de pena mais grave, desde que o Ministério Público tenha apresentado tal definição, na denúncia ou em alegação escrita, e o acusado tenha tido oportunidade de contrariá-la.⁹⁰

Não existe, no processo penal castrense, a liberdade de julgamento prevista no Código de Processo Penal, artigo 383, com espontânea e imediata correção da definição jurídica pelo julgador. Caso o Conselho de Justiça, no julgamento, entenda ser crime doloso, por dolo eventual, e o Ministério Público insista na acusação por crime culposos, deixando de aditar a denúncia, o acusado não

90. José da Silva Loureiro Neto. *Processo penal militar*, 2.^a ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 151.

poderá ser condenado, na forma entendida pelos julgadores. Vedada a *emendatio libelli*, sem o aditamento, ao Conselho de Justiça caberá absolver o acusado, ou condená-lo como quer a acusação.

Dúvidas têm surgido, quanto à interpretação desse dispositivo, nos casos de desclassificação favorável ao acusado. Os julgados, mormente do Supremo Tribunal Federal, inclinam-se por aceitá-la. Seria descabido não aplicar sanção menos grave, tão-só, porque o Ministério Público não desejou aditar a denúncia.

A regra é operar a *emendatio*, tão-só, quando aditada a denúncia;⁹¹ entretanto, é possível limitar a proibição do artigo 437, Código de Processo Penal Militar. Se a desclassificação for favorável, o Conselho de Justiça ou os Tribunais Militares poderão efetuar a, para beneficiar o acusado, independentemente de aditamento da denúncia, pela acusação.⁹²

A *mutatio libelli* não se confunde com a *emendatio libelli*. Nessa, altera-se, somente, a definição jurídica: a classificação da infração, ultimada na denúncia ou queixa. Naquela, *mutatio libelli*, as provas demonstram a existência de outra conduta ou circunstância, não imputadas.

No processo penal militar, caso ocorra equívoco na capitulação da conduta (CPP, art. 383), o Ministério Público deverá aditar a denúncia e a defesa ter oportunidade de refutá-la, se desejar.

91. O Supremo Tribunal Federal decidiu: "O Conselho de Justiça poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da denúncia. Mas é indispensável que a definição jurídica tenha sido formulada pelo Ministério Público, assegurado o direito de defesa do acusado (CPPM, art. 437). Anulação do processo a partir da decisão de 1.º grau. Habeas corpus a que se dá provimento." (RT 593/438).

92. Como expressou em muitos julgados, o Supremo Tribunal Federal decidiu: "Desclassificação a favor do réu. Interpretação do artigo 437, 'a', do Código de Processo Penal Militar – Ainda quando se pretenda que o artigo 437, 'a', do Código de Processo Penal Militar, interpretado sistematicamente, em face de sua letra 'b', não tenha mantido, com outras palavras, as regras tradicionais dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal, não se poderá levar o cerceamento do princípio *iura novit curia* a ponto de impedir que, sem manifestação anterior do Ministério Público e oportunidade de defesa para responder a ela, o Conselho de Justiça dê ao fato definição jurídica mais favorável ao réu. Inexistência de nulidade. Habeas corpus indeferido." (RTJ 88/420).

Permite-se ao acusado a ampla defesa, inclusive quanto à própria classificação da conduta. Da mesma forma, caso as provas colhidas, durante a instrução, demonstrem outro crime ou circunstância diversa, na contida na denúncia (CPP, art. 384), “o órgão da acusação deverá aditar a denúncia através de nova descrição do fato com todas as circunstâncias e nova definição jurídica, abrindo-se vista ao réu para defender-se da nova imputação”.⁹³

De tudo, podemos concluir pela maior rigidez do Código de Processo Penal Militar, quanto à separação de funções. Não cabe aos julgadores modificarem qualquer elemento da acusação; nem mesmo a provisória capitulação, formulada na denúncia. Qualquer alteração, para reconhecer-se, deverá ser precedida de aditamento da denúncia e oportunidade de defesa, pelo acusado. Essa regra comporta exceção, tão-somente, quando mais favorável a desclassificação e, ainda assim, assegurada a oportunidade de ampla defesa ao acusado.

4.9. *EMENDATIO* E *MUTATIO LIBELLI* EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

E *mendatio* e *mutatio libelli* são formas de correção da acusação, para que mantenha identidade com a sentença, entendida como a decisão judicial, que absolve ou condena o acusado. Portanto, compreendida a decisão do tribunal, em segundo grau de jurisdição, proferida em sede de apelação, quando devolvida a questão penal para reapreciação.

A aplicação e resultado de ambos os modos são diversos, dependente do apelante, bem como da matéria devolvida para conhecimento do tribunal *ad quem*, porque “... o sistema brasileiro adota o princípio da proibição da *reformatio in pejus* e do *tantum devolutum quantum appellatum*, especialmente aplicáveis à apelação. Isso quer dizer que o tribunal, quanto à extensão do recurso, fica limitado ao pedido nele contido, não podendo ampliá-lo e, muito

93. José da Silva Loureiro Neto. *Ibidem*.

menos, agravar a situação de quem recorreu como decorrência do próprio recurso".⁹⁴

A *emendatio libelli*, prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal, não encontra grande dificuldade de aplicação, em segundo grau de jurisdição.⁹⁵⁻⁹⁶ Não poderá agravar a pena, quando, somente, o acusado tenha apelado. Caso o acusador, também, tenha recorrido, poderá haver agravamento da pena, se da definição jurídica diversa resultar penalidade mais grave.

O impedimento da imposição de pena mais grave, em recurso só da defesa, decorre da proibição da *reformatio in pejus*; resulta vedada a *emendatio libelli in pejus*, na apelação exclusiva da defesa. Entretanto, autorizada quando o acusador também recorre. Mas, nada impede a *reformatio in melius*, seja de quem for a apelação.⁹⁷

De toda forma, repisamos nossa discordância de qualquer alteração da acusação, pelo julgador – de primeiro ou segundo grau de jurisdição –, sem prévio aditamento da denúncia ou queixa, assegurado o contraditório e ampla defesa ao acusado, porque, mesmo entendida como *simples* correção da imputação legal, poderá resultar em prejuízo para a defesa, impedida de discutir a definição jurídica diversa.

No nosso entendimento, de que a imputação, além de fática, deve ser também jurídica – fato e classificação legal – a *emendatio libelli*, ainda que não agrave a pena, em sede recursal, suprime grau de jurisdição, por não permitir a correção pelo acusador e contrariedade pelo acusado. Ofendido o devido processo penal, nula será a decisão do tribunal.

94. Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal...*, ob. cit., p. 373.

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

96. O Tribunal Regional Federal, da 5.ª Região, deixou assentado: "Nos termos dos arts. 383 e 617 pode o Tribunal desclassificar a infração dando ao fato definição diversa daquela constante da denúncia ou da sentença. (...) Comete o crime e estelionato tentado, e não o crime de falsidade documental previsto nos arts. 297 e 304 do Código Penal, o agente que para sacar fraudulentamente quotas do PIS se utiliza de certidão de casamento falsa" (RT 753/734).

97. Cf. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo Penal*, ob. cit., v. 4, p. 349.

Por essa mesma razão, impossibilidade de aditamento e renovação da defesa, o artigo 617, do CPP, não autoriza a *mutatio libelli*. Esclarecendo, o Supremo Tribunal Federal dispôs na 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.”

Ao apreciar o que foi pedido no recurso, o tribunal tem liberdade para examinar, por completo, todas as questões julgadas em primeiro grau de jurisdição, podendo resultar na verificação de omissão do julgamento, pela não determinação da *emendatio libelli*. Deverá decidir nos estreitos limites das regras da proibição do *reformatio in pejus* e do *tantum devolutum quantum appellatum*.

Caso a acusação tenha recorrido, mesmo que a defesa tenha aderido ao apelo, se o tribunal, apreciando as provas constantes dos autos, verificar omissão do julgador, por não ter determinado a *emendatio libelli*, ainda assim estará vedado de aplicá-la. Resta reconhecer o *error in procedendo* e declarar nula a sentença, tornando a origem, para correção do procedimento.

Solução diversa acontecerá para o caso de haver interposição de apelação, somente, pelo acusado agora condenado, porque o tribunal não poderá declarar nulidade em seu desfavor, pois, como assentou o Supremo Tribunal Federal, na Súmula 160: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso de acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

Diante das duas vedações – aplicação da *emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição e do reconhecimento de nulidade em desfavor do acusado, não pedida pela acusação – o tribunal não terá outra solução, que não seja a absolvição, unicamente.

CONCLUSÃO FINAL

O processo penal é o instrumento público e ético, exclusivo para aplicação da norma penal, pelo qual o Estado exercita o *jus puniendi*. Necessário e inafastável, constitui ferramenta de proteção ao *jus libertatis*, daquele a quem é atribuído o fato, com relevância penal.

Como tal, sujeita-se a regras, decorrentes das conquistas dos direitos individuais, cuja observância se faz necessária, para que não ocorra absolvição de culpado, ou condenação de inocente, que a ninguém deve interessar. Dentre diversas, escolhemos a regra da *correlação entre acusação e sentença*, por permitir amplo conhecimento do processo penal condenatório.

Do quanto estudamos, podemos concluir que ninguém pode ser acusado por um fato e condenado por outro; nem pode ser punido, por sanção não correspondente ao fato imputado. Acusação e sentença devem guardar simetria, determinada por postulados inafastáveis, legitimadores da intervenção estatal, dos quais destacamos:

1. O *devido processo penal*, decorrente do respeito aos direitos fundamentais do acusado. A inobservância, de qualquer direito protetor da liberdade jurídica individual, invalida o processo penal e, em consequência, a sanção penal imposta. Somente pelo rigoroso acatamento a postulados, constitucionais e processuais, será lícito impor qualquer sanção, ao autor da conduta com relevância penal.

1. 2. A *adoção do processo acusatório misto* foi necessária para separação das funções de acusador e julgador. Preserva-se a imparcialidade no julgamento, sem impedir a inquisitividade suple-

tiva do juiz, em busca da verdade possível, acerca dos fatos imputados a alguém. Exercida a demanda pelo acusador, público ou particular, com a proposta da ação penal de índole condenatória, o juiz tem o dever de investigar a imputação.

1.2.1. Ao Estado interessa a punição do agente da conduta tida como relevante para o direito penal, mas, tão-só o verdadeiro responsável, pelos reais fatos cometidos. Jamais, pois, o juiz ficar à mercê das partes, assistente das provas, produzidas pela vontade de acusador, acusado e defensor. Na omissão, em busca da verdade criminal, atua supletivamente às partes conflitantes.

1.3. Buscar a *verdade processual*, relativa aos fatos imputados, é outra finalidade do processo penal. Pela falibilidade do ser humano, a verdade absoluta não é alcançada. Basta a verdade processual, atingível, também, pela inquisitividade do juiz penal, da qual podem emergir novos fatos reprováveis, antes desconhecidos.

1.3.1. A segurança jurídica é incompatível com repetições infundáveis de julgamentos, repudiada pela máxima *ne bis in idem*. Apreciar todas as questões, concernentes ao fato increpado, previne futuras acusações. Os novos fatos, revelados na busca da verdade processual, devem ser levados ao conhecimento do julgador, o que só será possível pela emenda da acusação, dada a separação de funções, antes afirmada.

1.4. O *direito ao contraditório e ampla defesa*, com todos os meios inerentes ao exercício, é assegurado aos acusados em geral. Cada fato increpado, conhecido antes de exercida a demanda ou descoberto na instrução processual, deve ser contestado. O direito a desdizer a acusação e a demonstrar o contrário é inerente à liberdade individual.

2. *Acusação* é o ato de indicar alguém como provável autor de fato penal relevante, para sua responsabilização, em procedimento extrajudicial ou judicial; no curso da persecução penal; portanto, poderá surgir antes da propositura da ação penal condenatória. Compõe-se de imputação, subjetiva e objetiva, e responsabilização penal.

2.1. *Imputação subjetiva* refere-se à pessoa acusada. Deve corresponder à mesma julgada. Não se pode acusar alguém e

condenar outrem. A responsabilidade penal é subjetiva, cada qual responde por seus atos, pessoalmente.

2.2. *Imputação objetiva* concerne ao fato imputado e à relevância penal. Insignificante para direito penal, o fato não pode ser objeto do processo penal. Para a propositura da ação penal condenatória, há de ser indicado o fato e o dispositivo legal, ao qual se enquadra.

2.2.1. *Fato imputado* é o fato concreto, exposto na denúncia ou queixa, composto pelo *fato principal*, ao qual são adicionados *elementos* e *circunstâncias acidentais*. A *classificação do crime*, sempre provisória, refere ao provável enquadramento jurídico-penal, desse mesmo fato.

2.3. *Responsabilização penal* é a consequência jurídica da conduta, contrária à norma penal. Corresponde à sanção cominada no preceito secundário, pelos fatos cometidos e nas condições pessoais do acusado. Nem mais, nem menos; na exata medida prevista, necessária a evitar perturbação à paz social.

2.4. Para atender ao devido processo penal e assegurar o contraditório e ampla defesa, a *acusação* há de ser explícita, em todos os elementos. Somente com a completa exposição dos fatos será possível a plenitude de defesa e controle dos fatos julgados.

3. A *sentença penal*, para o tema proposto, a exigir *correlação*, é a decisão judicial definitiva, de mérito, que *absolve* ou *condena* o acusado; julga a acusação. Para guardar correspondência, cada elemento da acusação – imputação e responsabilização – deve ser julgado: acolhido ou rejeitado. Qualquer alteração surgida reclama ser submetida ao devido processo penal, a nova investigação judicial para constatação da verdade processual, assegurado o contraditório e ampla defesa, ao acusado. Acusar, defender e julgar é regra sequencial, lógica e inafastável, no processo de conhecimento da espécie.

3.1. Vedado ao juiz julgar sem acusação, nem defesa. Vinculado à acusação, não pode alterar a imputação fática ou legal. Mesmo os equívocos de classificação devem ser corrigidos pelo acusador. *Narra nihi factum narro tibi jus: dami facto dabo tibi jus*, em processo penal, pode causar prejuízo à defesa.

3.1.1. O julgador não poderá corrigir a acusação. Não é acusador e, por isso, está vinculado à classificação provisória contida na acusação. A definição jurídico-penal, efetivada na sentença, deve corresponder à *classificação provisória* jurídico-penal constante da imputação. A *emendatio libelli*, pelo julgador, ofende ao devido processo penal. Surpreende acusador e acusado.

3.1.2. Necessárias correções na acusação, por erro na classificação legal ou descoberta de novos fatos, conexos os imputados, devem ser realizadas pelo acusador. Ao julgador cabe possibilitar a emenda e respectivo direito de defesa. Só após conhecerá da nova ou diversa imputação, procedendo a definição jurídico-penal da questão, submetida a julgamento.

3.1.3. O procedimento retificatório deve ser único. Diante da possibilidade de *definição jurídico-penal*, nova ou diversa da constante na denúncia ou queixa, o julgador determina a baixa dos autos, para aditamento, assegurado ao acusado o contraditório e ampla defesa. Depois, conhece da imputação atualizada. Somente, assim, na sentença julgará a acusação.

3.1.3.1. A recusa de aditamento, pela acusador, resolve-se com a absolvição do acusado, pela convicção do julgador, de não ocorrência do fato, como imputado, fática ou juridicamente.

4. *Correlação* traduz relação entre dois termos, correspondência entre dois objetos. No tema proposto, implica conexão, identidade de objeto, entre acusação e sentença. Significa: imputação e responsabilização, constantes da acusação, correspondem àquelas julgadas na sentença.

4.1. Só haverá *correlação entre acusação e sentença* quando o *fato principal*, adicionado das circunstâncias e elementos acidentais, descrito na peça acusatória e aditamento, seja o mesmo *fato principal*, com as mesmas circunstâncias e elementos acidentais, julgado na sentença.

4.2. Se não existir identidade, não só da imputação objetiva e subjetiva, mas também da responsabilização, o julgamento será nulo, por violação ao devido processo penal, pela ofensa ao contraditório e ampla defesa, direitos constitucionais do acusado.

4.3. Nesse sentido, *correlação entre acusação e sentença* significa correspondência da sentença a todos os elementos da acusação – imputação, subjetiva e objetiva, e responsabilização – e não, tão-só, com a imputação.

5. Nulidades podem ser evitadas, com uniforme procedimento corretivo da acusação, para adequar a classificação provisória ou integrar fatos ou circunstâncias novas, descobertas na instrução penal. Acusar, contestar e julgar é seqüência inevitável; qualquer norma que disponha de forma diversa, deve ser tida como não recepcionada, ou inconstitucional.

5.1. Melhor seria, quando da alteração do Código de Processo Penal, determinar, de forma genérica, em todos os procedimentos, comuns ou especiais, fosse aditada a denúncia ou queixa, sempre que necessária a adequação da acusação, às ocorrências desvendadas pelas provas.

5.2. Sem prejuízo às partes ou ao procedimento, excluída qualquer alteração pelo juiz, poder-se-ia dispor sobre a *emendatio* e *mutatio libelli*, em um só dispositivo processual penal, revogando as disposições em contrário.

5.3. Para de *lege ferenda*, sugerimos como nova redação ao Código de Processo Penal:

“Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente no processo, de circunstância elementar, não contida na denúncia ou queixa, baixará os autos, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa subsidiária, em virtude desta haver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 03 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Parágrafo único. Sem observância desse procedimento, é vedada qualquer mudança da acusação, fática ou legal, na sentença.”

BIBLIOGRAFIA ■

- ABREU E LIMA, Múcio. *Do libelo crime acusatório*. Belo Horizonte: s/e, 1933, p. 19-21.
- ABREU E SILVA, Florêncio Carlos de. *Código do Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Typ. Universal de Carlos Echenique, 1909.
- ACKEL FILHO, Diomar. Verdade formal e verdade real. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. v. 111, p. 08-13.
- ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência e organogramas*. 20.^a ed., Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1990.
- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial*. Coimbra: Armênio Amado Editor. 1981, v. I.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico*. Bauru: Edipro, 2000.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral, uma perspectiva luso-brasileira*. 7.^a ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Observações sobre vários artigos do Código de Processo Penal Criminal e outros da Lei de 3.12.1841*. Pernambuco: Tip. Viúva Roma, 1852.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção de estudos do processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 3).
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *Diritto penale degli Stati Uniti d. America*. Milano: Ed. Giuffrè, 1985.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

- BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2.^a ed. rev. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul processo penale*. Milano: Ed. Giuffrè, 1960.
- BENTO DE FARIA, Antonio. *Código de Processo Penal*. 2.^a ed. atual. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960.
- BETTIOL, Giuseppe. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1936.
- BETTIOL, Giuseppe e BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. 5.^a ed. Milano: Giuffrè, 1993.
- BIANCHINI, Alice. Aspectos subjetivos da sentença penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 22/39, abril-junho de 1998.
- BIZZOTTO, Alexandre e RODRIGUES, Andreia de Brito. *Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências*. Goiânia: AB, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10.^a ed., trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1942.
- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- BRUNO, Anibal. Sobre o tipo no direito penal. In: *Revista dos Tribunais* 755/ 797.
- BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2.^a ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1942.
- CÂNDIDO, Raimundo. *Do ingresso no juízo penal*. Belo Horizonte: Imprensa de Minas Gerais, 1952.
- CANOTILHO, Gomes J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.^a ed. rev. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, 3.^a reimp, Bogotá: Temis, 1999.
- CARRIÓ, Alejandro D. *Garantias constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1984.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição*. 2.^a ed. reesc. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CASTELLAR, João Carlos. STF: Desclassificação da imputação em sede de Habeas-Corpus. In: *Boletim do IBCCrim*, n.º 65/Jurisprudência, Abril/1998, p. 243/244.

- CAVALLARI, Vincenzo. Contradittório (direito processual penal). In: *Enciclopedia del diritto*. Varese. Giuffrè: 1961, v. IX, p. 728-738.
- CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material: teoria da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- . *Processo penal à luz da Constituição: temas escolhidos*. 1.^a ed., Bauru: Edipro, 1999.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; *Teoria geral do processo*. 13.^a ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 1997.
- COELHO, Inocêncio Mártires. O acusado e seu defensor – a garantia de ampla defesa e os recursos a ela inerentes. In: *Revista de Informação Legislativa*. v. 122, p- 103-110, abr./jun./1994.
- CORDERO, Franco. *Codice di procedura penale comentato*. 2.^a ed. Roma: Utet, 1991.
- . *Procedura penale*. 2.^a ed. Milano: Giuffrè, 1993.
- CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *Teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1996.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. A verdade material e processo penal. *Revista dos Tribunais*, 678/286, abril de 1992.
- . *Ação penal condenatória*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*, trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério e TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- . *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- CUÉLLAR, Jaime Bernal e LYNETT, Eduardo Montealegre. *El processo penal*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 1997.
- CUNHA, Joaquim Bernardes da. *Primeiras linhas sobre o processo criminal de primeira instância*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1863, t. 1.
- DALLA, Andrea Antonio e FERRAIOLI, Marzia. *Corso de diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1992.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. In: *Revista dos Tribunais*, v. 709, p. 249-255.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º 19, p. 9-20, dez.81/dez.82.

- . *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4.^a ed. Rev. e atual. Antônio Rulli Neto. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, t. I e II.
- . *A instrumentalidade do processo*. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; *Teoria geral do processo*. 13.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 2.^a ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, v I e IV.
- FAYET, Ney. *A sentença criminal e suas nulidades: lei, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.
- FERNANDES, Geórgia Bajer. LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio. *Nulidades no Processo Penal*. 4.^a ed. rev., acrescida e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- . *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- . *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades do processo penal*. 3.^a ed. rev. e ampl. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 3.^a ed., Madri: Ed. Trotta, 1998.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2.^a ed., São Paulo: Atlas, 1996.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro. *Curso e processo penal*. Lisboa: Danubio, 1986. 2 v. 1 e 2.
- FERREIRA, M. Marques. Da alteração dos fatos objeto do processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. 1(2), p. 221-239, abr./jun./1991.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v. 1 e 2.
- FLORIÁN, Eugênio. *De las pruebas penales*, trad. por Jorge Guerrero, t. 1, reimpressão da 3.^a ed., Bogotá: Temis, 1990.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Naud Ed., 1999.
- FORTES BARBOSA, Marcelo. As garantias constitucionais de direito e processo penal na Constituição do Brasil. In: *Justitia*, São Paulo, 44(117), 89-117, abr./jun., 1982.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 10.^a ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90*. 3.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- FRANCO, Alberto Silva; MARREY, Adriano; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência*. 6.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 6.^a ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. 1 e v. 2.
- GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. III.
- GIANTURCO, Vito. Denuncia penale. *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1962, v. XII, p. 189-198.
- GIORDANO, Mário Curtis. *Direito penal romano*. 3.^a ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Conferências dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Boch. 1935.
- GOMES, Luiz Flávio. Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.º 11, jul/set 1995, p. 246.
- GOMES, Luiz Flávio. GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- GRAU, Joan Verger. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: Bosch Editor, 1994.
- GRECO FILHO, Vicente. *Os direitos individuais e o processo judicial: habeas corpus, mandado de segurança, outros instrumentos constitucionais*. São Paulo: Atlas, 1977.
- . *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- . *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- . *Manual de Processo Penal*. 4.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.
- . Questões polêmicas sobre a pronúncia. In: *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. Coordenação de Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 117-126.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

- . *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais e Centro de Estudos da Procuradora Geral do Estado, 1978.
- . *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
- . O princípio da ampla defesa. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º 19, p. 9-20, dez.81/dez.82.
- . *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo, Max Limonad, 1985.
- . O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual: de acordo com a constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.
- . Que juiz inquisidor é esse? In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 30, jun.1995.
- . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 27, p. 71-79, jul./set./1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13.ª ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCA FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3.ª ed. rev. e atual. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- HIRSCHBERG, Max. *La sentencia erronea en el proceso penal*. Trad. de Tomas A. Banzhaf, do alemão para o castelhano. Buenos Aires: Ed. Jurídica Europa-América, 1969.
- ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- JARDIM, Afrânio da Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- . *Direito processual penal*. 6.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JORGE, Mário Helton. Denúncia abusiva, reflexos e controles. In: *Boletim do IBCCrim*. n.º 65, Abril/1998, p. 09-10.
- LARGUIER, Jean. *Procédure pénale*. 15.ª ed. Paris: Dalloz, 1995.
- LEITE, Luciano Marques. O conceito de lide no processo penal – um tema de teoria geral do processo. In: *Justitia*, v. 70, p. 181-195, 3.º trim. 1970.
- LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 4.ª ed. rev., acrescida e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

- LYNETT, Eduardo Montealegre e CUÉLLAR, Jaime Bernal. *El processo penal*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1997.
- LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Publicação de Estudos Ibero-americano, n.º 0, maio-agosto 2000.
- . *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. *Lições de processo penal militar*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- . *Processo penal militar*. 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.
- LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- MACEDO COSTA, Augusto de. A notícia do crime de ação pública. In: *Revista dos Tribunais* RT 435/254-256.
- MAIER, Júlio B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi S.R.L., 1989, tomo 1, v. A e B.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Alexandre Augusto Correia e anot. De Hélio Pereira Bicudo. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di diritto processuale penale*. 7.ª ed. atual., Padova: Cedam, 1937.
- . *Trattato di diritto processuale penale*. 4.ª ed. Torino: Utet, 1952. v. 2.
- MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência. 6.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo, Forense, 1961, v. I, II e III.
- . *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963, v. 1.
- . Devido processo legal. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 19797, v. 24, p. 471-72.
- MARTINS, Ives Gandra e BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Sentença Criminal: correlação da sentença com a acusação – obrigatoriedade de análise das teses defensivas – individualização da pena. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, maio de 1996, v. 223.
- MAXIMIANO, Vitore André Zilio. Nova definição jurídica do fato depois de oferecida a denúncia e a aplicação da Lei n.º 9.099/95. *Boletim do IBCCrim*. n.º 52, Março/1997, p. 02
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Nulidades do Processo Penal*: doutrina, jurisprudência sistemática. Porto Alegre: Editora Síntese, 1982.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14.^a ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Editora Rev. dos Tribunais, 1989.
- MELENDO, Santiago Sentís. *In dubio pro reo*. Buenos Aires: Edições Jurídica Europa-América, 1971.
- MENDES DE ALMEIDA, Cândido. *Código de Processo Penal para o Distrito Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1925.
- MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Ação penal: análises e confrontos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1938.
- . O princípio da verdade real. In: Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, ano LII, 1957.
- . *Princípios fundamentais do processo penal no anteprojeto*. Ciclo de conferência sobre o anteprojeto do Código Penal Brasileiro de autoria do Professor Hélio Tornaghi, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de outubro de 1964 a janeiro de 1965. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1966.
- . *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- . *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
- . A liberdade jurídica no direito e no processo. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.
- MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. *O Processo criminal brasileiro*. 3.^a ed., Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.
- . *Direito Judiciário Brasileiro*. 3.^a ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.
- MENDÉZ, Francisco Ramos. *El proceso penal: lectura constitucional*. 3.^a ed. Barcelona: Bosch, 1993.
- MIOTTO, Armida Bergamini. Fato (direito penal). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1979, v. 36, p. 305-306.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Atlas, 1996.
- . *Processo penal*. 8.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998.
- MIRANDA, Sarah Siqueira de; SIQUEIRA, Geraldo Batista de; SIQUEIRA, Marina da Silva; REZENDE, Paulo Sérgio Prata. Denúncia: a imputação na perspectiva do tipo penal. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.º 246, p. 35-44, abr. 1998.
- MITTERMAYER, Carlos José Antonio. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1971, 2 t.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, 1996, n.º 26, p. 52-59, Janeiro/Março.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*: tese apresentada à Faculdade de Direito

- da Universidade de São Paulo, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor. 1997.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Defesa penal: direito ou garantia. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.º 4, p. 110-125, out./dez./1993.
- MORAES, Maria do Carmo Borba Leite de. *Conteúdo e objeto do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- MOSSIN, Heráclito A. Sentença Penal. In: *Revista Jurídica*. n.º 243/246, jan/abr 1998.
- NAPPI, Aniello. *Guida al Codice di procedura penale*. 6.ª ed. Milão: Guiffre, 1997.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman, v. 39) São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19.ª ed. rev. e atual. Por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 1989.
- OLIVEIRA, Gilberto Callado. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- OLIVEIRA FILHO, João de. *Código do Processo Penal de Minas Gerais: notas*. São Paulo: Casa Duprat, 1927.
- OLIVEIRA LIMA, Maria Rosynete. *Devido processo legal*. Porto Alegre, Fabris, 1999.
- OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Tratado de derecho procesal penal: la actividad procesal*. Buenos Aires: Ediar, 1964, v. IV, p. 294, tradução livre, nossa.
- ORBANEJA, Emílio Gomez. *Comentários a la ley de enjuiciamiento criminal, de 14 de septiembre de 1882, con la legislación orgánica y procesal complementaria*. Barcelona: Bosch, 1947, Tomo I e II.
- OVANDO, Jorge Alberto Mancilla. *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, 7.ª ed. México: Editorial Porrúa, 1997.
- PAGLIARO, Antonio. Fatto (diritto processuale penale). *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, v. XVI, p. 961-966.
- PAULA PESSOA, Vicente Alves de. *Código Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: A.A. da Cruz Coutinho, 1882.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1994.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. Imputação por julgador. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 705, p. 305-307, jul. 1994.
- PENTEADO, Jaques de Camargo; RIBAS, Júlio Cesar; UZEDA, Clovis Almir Vital de. *O Aditamento no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 4.ª. Ed. em e acr. Lisboa: Impressão Régia, 1831.

- PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, Jalovi, 1980.
- . *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, Jalovi, 1983.
- . Conduta: “pedra angular” da teoria do delito. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 573, p. 316-29.
- PIERANGELLI, José Henrique e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, 2.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2.^a ed. corrig. e aum. Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857.
- . *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Ed. anot. Aum. e compl. por José Frederico Marques. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1959.
- PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidade da sentença*. 2.^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Defesa penal: direito ou garantia. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.º 4, p. 110-125, out./dez./1993.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Ainda o direito de ação. In: *Ciência penal*. São Paulo, José Bushatsky, n.º 3, p. 429-435, 1974.
- . *Do art. 40, do Código de Processo Penal*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Análise Jurisprudencial n.º 3. Editora Resenha dos Tributária. São Paulo, 1977, II.
- . *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1987.
- . A identificação processual penal e a Constituição de 1988. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 635, setembro de 1988, p. 172-183.
- . O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: *Processo penal e constituição federal*. São Paulo, Editora Acadêmica, 1993, p. 72-76.
- . Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial: perspectiva para o futuro. Palestra preferida no VII Congresso Nacional dos Delegados de Polícia de Carreira”. In: *Revista da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo*, n.º 25, p. 09-19, março 1998.
- . Supressão do libelo. In: *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. Coordenação de Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 128-145.
- . *Breves notas sobre o Anteprojeto de Lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação policial*. In: Revista CEJAP. Ano I, n.º 2, setembro de 2000, p. 12.
- . *Do fato concreto à sentença*. In: Prefácio ao livro de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. “Correlação entre acusação e sentença” São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 – Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 3, p. 15)

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários a Constituição de 1967*: com a Emenda n.º I, de 1969. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. V.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 5, p. 87.
- . *Democracia, Liberdade, Igualdade*: os três caminhos. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 396.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3.ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 1997.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*: procedimento e aspectos do julgamento – questionários. 7.ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.
- POZZO, Carlos Umberto del. *Correzione delle sentenze (diritto processuale penale)*. *Enciclopedia del diritto*. Varese, Giuffrè, 1962, v. X, p. 728-735.
- PRADO, Fernando de Albuquerque. *Estudos e questões de processo penal*. São Paulo: Max Limonadi, 1954.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 6.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1979.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: *Juizados especiais criminais*: interpretação e crítica. Organização de Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo. São Paulo, 1997.
- REZENDE, Paulo Sérgio Prata; SIQUEIRA, Geraldo Batista de; SIQUEIRA, Marina da Silva; MIRANDA, Sarah Siqueira de. Denúncia: a imputação na perspectiva do tipo penal. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre: n.º 246, p. 35-44, abr. 1998.
- RIBAS, Júlio Cesar; PENTEADO, Jaques de Camargo; UZEDA, Clovis Almir Vital de. *O Aditamento no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- RIBEIRO, José do Espírito Santo Domingues. *A denúncia e suas nulidades*: teoria, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1992.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Da necessidade de motivação da decisão de recebimento da acusação. *Boletim do IBCCrim*, n.º 66, Maio/1998, p. 7-8.
- RODRIGUES, Andreia de Brito e BIZZOTTO, Alexandre. *Processo penal garantista*: visão constitucional e novas tendências. Goiânia: AB, 1998.
- RODRÍGUEZ, Mariano A.. *Los límites de la jurisdicción penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. Algumas reflexões sobre a verdade e a certeza no campo probatório. *Ajuris*, v. 68, p. 50-56.
- ROSELL, Nuria Torres. *La denuncia en el proceso penal*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1991.
- RUIZ, João Álvaro. *Metodologia científica*: guia para eficiência nos estudos. São Paulo: Atlas, 1980.
- SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El debido proceso penal*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1998.

- SANCHES, Sydnei. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. v. 55, p. 13-27, nov./dez./1978.
- SANSÒ, Luigi. *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*. Milano: Giuffrè, 1953.
- SANTOS, Andrés de la Oliva. LA SENTENCIA. In: *Derecho procesal penal*. Nueva edición, 30 de junio de 1995. Completada y atualizada, com las modificaciones por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Madri: Editorial Centro de Estudos Ramón Areces, 1995
- SANTOS, Gil Moreira de. A estabilidade objectiva da lide em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa, 2 (4), p. 593-615, out./dez./1992.
- SCAPARONE, Metelo. *Elementi di procedura penale: i principi costituzionali*. Milão: Giuffrè, 1999.
- SÉRGIO, Marcelo. Nova definição jurídica do fato narrado na denúncia e aplicação da Lei n.º 9.099/95. *Boletim do IBCCrim*, n.º 62, p. 12.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. Breves considerações sobre a “emendatio libelli” e a “mutatio libelli”. *Ajuris*. Porto Alegre, v. 49, p. 103-111, julho 1990.
- SILVA, Eduardo Araujo da. *Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada*. São Paulo: Atlas, 1999.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Lisboa: Verbo, 1996. V. 1, e 1994, v. 3.
- SILVA CORREIA, Eduardo Henrique. *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra, Almedina, 1996.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal: (Due process of law)*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de; REZENDE, Paulo Sérgio Prata; SIQUEIRA, Marina da Silva; MIRANDA, Sarah Siqueira de. Denúncia: a imputação na perspectiva do tipo penal. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.º 246, p. 35-44, abr. 1998.
- SIQUEIRA, Marina da Silva; SIQUEIRA, Geraldo Batista de; REZENDE, Paulo Sérgio Prata; MIRANDA, Sarah Siqueira de. Denúncia: a imputação na perspectiva do tipo penal. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.º 246, p. 35-44, abr. 1998.
- SOTO NIETO, Francisco. *Correlacion entre acusacion y sentencia: la tesis del articulo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1979.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Correlação entre a demanda e a sentença no processo penal e a identificação de seu objeto. In: *Revista de Processo*. São Paulo, n.º 66, p. 67-71, abr./jun./1992.
- SOUZA, José Barcelo de. *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- STOCO, Rui; MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva. *Teoria e prática do júri: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência*. 6.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

- STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 3.^a ed. rev., mod. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- STRENGER, Irineu. *Lógica jurídica*. São Paulo: LTr, 1999.
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- SUPERTI, Héctor Carlos. *Derecho procesal penal: temas conflictivos*. Rosário, Argentina: Editorial Juris, 1998.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n.º 7.209, de 11-7-1984 e a Constituição de 1988*. 4.^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1978.
- . *A relação processual penal*. 2.^a rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1987.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. Quesitação: a importância da narrativa do fato na imputação inicial, na pronúncia, no libelo e nos quesitos. In: *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. Coordenação de Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 211-257.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 13.^a ed. rev. e atual., Baurul: Jalovi, 1989.
- . *Processo Penal*. 16.^a ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOVO, Paulo Cláudio. *Apontamentos e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- . *Nulidades no processo penal brasileiro: novo enfoque e comentário*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- TOVO, Paulo Cláudio e TOVO, João Batista. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança*. 4.^a ed. rev. amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. 5.^a ed. rev. atua. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamento do processo penal romano*. São Paulo, José Bushatsky, 1976.
- . *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- . *Defesa do acusado e julgamento prévio* (direito vigente e direito projetado). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo, Saraiva, 1979, v. 23, p. 63-71.
- . *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo, 1980.
- . Inépcia da denúncia e nulidade do processo. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: 1982, v. 555, p. 302-311.
- . Indiciamento e qualificação indireta: fase de investigação criminal – distinção. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1983, v. 571, p. 291-294

- . *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- . Devido processo penal e atuação dos sujeitos parciais. *Revista de processo*. São Paulo, n.º 69, p. 91-104, jan./mar. 1993.
- . Processo e procedimentos penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 749, p. 485-501, março 1998.
- TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- . *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria e outros. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- UZEDA, Clovis Almir Vital de; PENTEADO, Jaques de Camargo; RIBAS, Júlio Cesar. *O Aditamento no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- VADILLO, Enrique Ruiz. *Estudios de derecho procesal penal*. Granada: Editorial Comares, 1995.
- VIANA, Pedro Antonio Ferreira. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares do processo criminal*. Rio de Janeiro, Tipografia e Litografia Carioca, 1876.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- WARAT, Luís Alberto. *A definição jurídica: sus técnicas; texto programado*. Trad. Alcione Niederauer Correa. Porto Alegre, 1977.

Dicionários e Enciclopédias

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, trad. Alfredo Bosi, 2.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva*. 6.ª ed., São Paulo, Jurídica Brasileira, 1994.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. 15.ª ed., rev. atual. e ampl. por Luís Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires, Heliasta, 1981.
- CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 3.ª ed., Rio de Janeiro, Delta, 1978.
- CINTRA, Geraldo Ulhoa; CRETELA JÚNIOR, José. *Dicionário latino-português*. São Paulo, Anchieta, 1947.
- CUNHA, Antônio Geraldo. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2.ª ed. 6.ª imp., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1994.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, 12.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.

- DIGESTO DO PROCESSO. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- ENCICLOPÉDIA DEL DIRITTO. Varese, Ed. Giuffrè, 1995.
- ENCICLOPÉDIA FILOSÓFICA. Firenze. Sansoni, 1957.
- ENCICLOPÉDIA FORENSE. Milano, Vallardi, 1959/1960.
- ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. São Paulo, Saraiva, 1981, v. 13, 14, 23, 24, 77.
- Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado: antropologia, direito, economia e ciência política. 2.^a ed. Lisboa: Verbo, 1984
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 3.^a ed. 1999
- FERNANDES, Francisco. *Dicionário brasileiro contemporâneo ilustrado*. 2.^a ed., 3.^a imp. Porto Alegre, Globo, 1965.
- . *Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. 35.^a ed., rev. e amp. por Celso Pedro Luft. São Paulo, Globo, 1996.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MENDES DE ALMEIDA, Napoleão. *Dicionário de questões vernáculas*. 4.^a ed. São Paulo: Ática, 1998.
- MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Trad. de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- NOVÍSSIMO DIGESTO ITALIANO. 3.^a ed. Torino, Torinese, 1957.
- ORLANDO, Pedro. *Novíssimo dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo, LEP, 1956, v. 1.
- PARLAGRECO, Carlo. *Dizionario portoghese-italiano, italiano-portoghese*. 6.^a ed. São Paulo, Martins Fontes, 1992.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. *Esboço de um dicionário jurídico, teórico e prático, remissivo as leis compiladas e extravagantes*. Lisboa, Rollandiana, 1825, t. 1.
- REPERTÓRIO ENCICLOPÉDICO DO DIREITO BRASILEIRO. Rio de Janeiro, Borsoi, s.d.
- SIDOU, J.M. Othon. *Dicionário jurídico*. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 3.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- SOIBELMAN, Leib. *Dicionário geral de direito*. São Paulo, Buschatsky, 1974.
- . *Enciclopédia do advogado*. 2.^a ed. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1979.
- ROSA, Eliézer. *Dicionário de processo penal*. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1975.
- TORRINHA, Francisco. *Dicionário português-latino*. Porto, Editorial Domingos Barreira, 1939.