

O GARANTISMO PENAL E O ADITAMENTO À DENÚNCIA

PAULO RANGEL

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Cândido Mendes.

I. A FUNÇÃO GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

É cediço por todos que a função do processo penal é de assegurar ao indivíduo que o fato praticado por ele e que lhe foi imputado se subsume ou não a determinado modelo descrito na lei e, conseqüentemente, que a privação (ou não) de sua liberdade é conseqüitário lógico da imposição normativa proibitiva. Em outras palavras: na medida em que o indivíduo desafia o Estado com o seu comportamento violador de bens jurídicos penalmente tutelados, o processo penal surge a fim de restabelecer a paz juridicamente perturbada. Nesse caso, como acentua **Vázquez Rossi**¹, dentro de um moderno Estado de Direito democrático, de base constitucional, onde o poder se encontra limitado por sua mesma regulamentação e legitimado pelo respeito de direitos fundamentais, a finalidade do ordenamento punitivo não pode ser outra se não a proteção dos direitos humanos e dos bens jurídicos imprescindíveis a sua coexistência.

O devido processo penal justo é a garantia constitucional que todo e qualquer indivíduo, residente ou não no país, nacional ou estrangeiro, tem de que, só em casos excepcionais, será privado de sua liberdade de locomoção. O fracasso do Direito Penal, com suas normas proibitivas, de impedir a agressão do indivíduo à sociedade, bem como, a impossibilidade do Estado-administrador de auto-executar suas normas de conduta, exercendo seu poder de polícia, impedindo a lesão de bens jurídicos penalmente protegidos, faz nascer a pretensão processual penal com o escopo não só de aplicar as sanções descritas nas normas penais violadas, mas, primordialmente, assegurar ao indivíduo-acusado os direitos previstos na Constituição de seu País.

¹ **Derecho Procesal Penal**, Argentina, Rubinzal Culzoni, p. 106, Tomo I.

Destarte, há a necessidade de o Estado recompor a ordem jurídica violada, mas ao mesmo tempo, o dever de conceder ao agressor da norma os direitos previstos na Lei Fundamental que lhe serve de garantia contra os possíveis abusos do poder estatal.

Claus Roxin² assevera que “*com a aparição de um direito de persecução penal estatal, surgiu também, a sua vez, a necessidade de erigir barreiras contra a possibilidade de abuso do poder estatal. O alcance desses limites é, por certo, uma questão da respectiva Constituição do Estado*”.

O processo penal assim tem uma função de garantia dada ao cidadão de que todos os direitos previstos na Constituição lhe serão assegurados, pois de nada adianta, v.g., assegurar-lhe o direito de ampla defesa como todos os meios e recursos a ela inerentes (cf. art. 5º, LV) se a sanção penal lhe foi aplicada sem que pudesse se defender dos fatos que lhe foram imputados; se sequer foi citado para responder a acusação; ou, por último, se foi condenado por fato diverso do que constava na denúncia.

Daríamos o direito, mas não garantiríamos seu exercício. De nada adiantaria uma Constituição assim. Temos que tornar a Constituição escrita na Constituição real e efetiva, sob pena de a transformarmos no que **Ferdinand Lassalle** chamava de uma simples “*folha de papel*”. Deve haver uma perfeita compatibilidade entre a Constituição real e a Constituição jurídica.

Dizia **Lassalle**³:

“Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.”

Nesse caso, como asseguram Amilton Bueno e Salo de Carvalho⁴, “*Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – ad-*

² **Derecho Procesal Penal**, 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000, p. 2

³ **A Essência da Constituição**, 4 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, p. 37

⁴ **Aplicação da Pena e Garantismo**. 1 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 17.

quidem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas”.

II. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Não é nosso objetivo adentrar na análise profunda dos sistemas processuais penais, mas sim, estabelecer a principal diferença entre os existentes, hodiernamente, em especial no que toca ao direito brasileiro, voltando sempre para o objeto deste trabalho.

A sociedade tem, hoje, a garantia de que o órgão que exerce a persecução penal é distinto do órgão que irá julgar fazendo nascer a imparcialidade do órgão julgador. Não há mais espaço, dentro de um Estado constitucional Democrático de Direito, para a figura do juiz inquisidor, ou seja, aquele que ao mesmo tempo que acusa, também, julga. Trata-se de uma garantia constitucional de todo e qualquer acusado ser levado ao banco dos réus somente pelo Promotor natural, o que significa dizer: aquele, previamente, com atribuição delimitada em lei e independente no exercício de suas funções e que goze do atributo da inamovibilidade⁵.

A separação das funções de acusar e julgar é vista por **Luigi Ferrajoli** como a mais importante do modelo acusatório.

Diz **Ferrajoli**⁶:

“A separação de juiz e acusação é a mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais. (...) A garantia da separação, assim entendida, representa por uma parte, uma condição essencial da imparcialidade do juiz em respeito as partes da causa.”

⁵ O autor em sua obra **Direito Processual Penal** (3 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 31) assim se manifesta quanto ao princípio do Promotor Natural: *O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) a ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado Promotor de encomenda para esse ou aquele caso. O princípio existe muito mais em nome da sociedade do que propriamente da pessoa física do Promotor de Justiça, pois, na verdade, exige-se, dentro de um Estado Democrático de Direito, que a atuação dos órgãos do Estado seja pautada pelos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade (cf. art. 37, caput, da CRFB) não sendo admissível que os atos sejam praticados pelo Ministério Público com interferência de terceiros em afronta ao Devido Processo Legal.*

⁶ **Derecho y Razón**, 3 edição, Madrid, Trotta, 1998, p. 567.

Nesse caso, é vedado ao juiz agir *ex officio* sendo um postulado constitucional o axioma *nullum iudicium sine accusatione*. A acusação penal é reservada ao Ministério Público, sendo vedado ao juiz fazer qualquer acréscimo ao perímetro já traçado pelo órgão acusador e, antes de tudo, fiscal da lei, ao objeto do processo. A acusação, formada pelo binômio imputação + pedido, traça a esfera dentro da qual o órgão julgador irá decidir o conflito de interesses, sendo-lhe vedado julgar *ultra, extra e citra petita*. Qualquer decisão judicial proferida fora dos limites, previamente, delimitados pelo Ministério Público, é nula de pleno direito, esteja ela aplicando sanção mais grave, menor ou igual a que se pediu. É o fato que determina os limites da pena e não a sua qualificação jurídica. Neste caso respeitaremos o direito de defesa.

Frederico Isasca⁷, analisando a questão à luz do direito português perfeitamente aplicável ao nosso direito, assim se manifesta:

“O facto de a pena eventualmente aplicável poder ser menor, não significa que possa e deva sempre considerar-se como não substancial a alteração dos fatos, visto que não só a imagem ou a valoração sociais podem ser completamente diferentes, como comprometer seriamente a defesa.”

O sistema processual penal acusatório vem assim ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório, do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e da característica *mor* da jurisdição que é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Razão pela qual, qualquer modificação, substancial ou não, do fato, objeto do processo, deve ser acrescida pelo titular da ação penal, sob pena do réu não poder ser condenado por fato que não conste, por inteiro, da acusação.

Não aceitamos o entendimento de que a alteração tenha que ser só do fato-crime, em si, mas sim, também, dos elementos agregadores desse mesmo fato, como nas palavras de **Frederico Isasca**⁸, *o tempo, o lugar, o modo de execução, o nexa de causalidade, a forma de participação, o resultado* etc. Tal acréscimo (aditamento) deve ser feito pelo titular da ação.

⁷ **Alteração Substancial dos Fatos e sua Relevância no Processo Penal Português**, 2 edição, Coimbra, Almedina, 1999, p. 144.

⁸ *Idem*, p. 145.

III. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe de forma clara que enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória não pode o réu ser considerado culpado (*cf.* art. 5º, LVII), significando a transferência do ônus da prova todo para a acusação, ou seja, o Ministério Público assume o encargo de provar os fatos descritos na denúncia, não sendo mais lícito ao Estado exigir do réu a comprovação de sua inocência.

Desta forma, claro nos parece que, se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias (*cf.* art. 41 do CPP), o ônus de provar que este fato é *típico* (encontra perfeita adequação na lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida); é *ilícito* (contrário ao direito e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude) e que seu autor é *culpável*, ou seja, se possui as condições mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato, o que significa dizer, se está mentalmente sã ou conhece a antijuridicidade do fato, pertence-lhe. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito, e, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), o ônus de provar sua inocência.

O juiz é um sujeito processual e não parte na relação jurídica. O Ministério Público é parte instrumental, mas também fiscal da lei, pois uma posição não exclui a outra, mas se completam entre si.

A imputação penal é que vai delimitar o espaço dentro do qual o réu irá exercer seu direito de ampla defesa, pois é cediço que o mesmo defende-se dos fatos narrados na denúncia e não do artigo de lei mencionado no pedido de condenação. A comprovação, *in totum*, desse fato compete, hodierna e constitucionalmente, ao Ministério Público.

Se o Ministério Público imputa ao réu a prática do homicídio (qualificado ou não) e o réu **alega** legítima defesa, é o Ministério Público que tem o ônus de provar que não houve *agressão injusta*, muito menos *uso moderado dos meios*. Enfim, o ônus de provar a ausência da legítima defesa é do Ministério Público. Não é o réu que tem que provar a excludente de ilicitude. Da mesma forma que se o réu **alega** um *álibi*, ou seja, que não estava naquele lugar descrito na denúncia, naquele dia e hora determinados, compete ao MP provar o que descreveu na denúncia e, conseqüentemente, que o *álibi* é falso. Se não o fizer, o réu deve ser absolvido.

Do contrário, vamos sair de um Estado constitucional Democrático

de Direito para um Estado de opressão, totalitário, em que o réu irá possuir o ônus de provar a sua inocência o que, por si só, constituiria um absurdo incomensurável.

A regra do art. 156 do CPP deve receber uma *interpretação conforme a Constituição*⁹. Regra essa inspirada pela Constituição do Estado Novo de Vargas (10 de novembro de 1937) que, segundo **Boris Fausto**¹⁰, foi o Estado que “*concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da história do Brasil independente. A inclinação centralizadora, revelada desde os primeiros meses após a revolução de 1930, realizou-se plenamente.(...). O Estado Novo perseguiu, prendeu, torturou, forçou ao exílio intelectuais e políticos, sobretudo de esquerda e alguns liberais*”. Trata-se, assim, de dispositivo legal que não pode perdurar nos dias de hoje frente à Constituição democrática que inspira os valores supremos fundamentais de dignidade da pessoa humana. Do contrário, entender que o art. 156 do CPP está em perfeita harmonia com a Constituição de 1988 é fazer irradiar, quase que reprimando, os ideais políticos, econômicos, culturais e sociais da *Era Vargas*.

O aditamento a denúncia é uma medida imperiosa imposta pela Constituição, como consectário lógico dos direitos nela previstos, garantindo ao Ministério Público o pleno exercício de suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, uma garantia dada ao acusado de que só haverá acréscimo do objeto do processo se houver manifestação do titular da ação penal pública que carrega sozinho o ônus da prova.

IV. O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

É cediço por todos que o juiz julgará a lide nos limites entre os quais foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas as quais a lei exige iniciativa das partes¹¹, sendo-lhe vedado julgar *ultra, citra e extra petita*.

⁹ “Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensejar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita” (Luis Roberto Barroso, **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 3 edição, Rio de Janeiro, Saraiva, 1999, p. 182).

¹⁰ **História do Brasil**, 6 edição, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1999, p. 366 e 376.

¹¹ Art. 128 do Código de Processo Civil: - *O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.*

É a correlação que deve existir entre o que se pediu e o que foi concedido. Trata-se de uma garantia processual decorrente do princípio constitucional da ampla defesa visando a impedir surpresas desagradáveis ao réu comprometendo sua dignidade enquanto pessoa humana.

O princípio em epígrafe vem ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório e dos poderes de cognição do juiz (limitado que é pelo objeto do processo). Nesse caso, todos *os pedaços* do fato que não constam do objeto do processo, porém que mudam a acusação e dos quais o réu não se defendeu, somente poderão ser conhecidos pelo juiz, em sua sentença, se houver o aditamento à denúncia e, mesmo assim, se surgirem através de provas, substancialmente, novas a fim de evitar o arquivamento implícito do inquérito policial¹². Do contrário, a sentença será manifestamente nula.

O nosso código de processo penal, sendo ele da *Era Vargas*, dispõe em seu art. 564, III, m, que ocorrerá a nulidade por falta da sentença. Na verdade não é a ausência da sentença que acarreta a nulidade, pois sem ela não há a entrega da prestação jurisdicional, mas sim, a ausência dos requisitos que lhe são essenciais, bem como, se o juiz julgar *ultra, extra e citra petita*¹³. A sanção de nulidade é um corolário lógico do respeito às garantias constitucionais dadas ao acusado, pois as normas jurídicas, como expressão da vontade do Estado, devem ser utilizadas e aplicadas com o fim precípua de se atingir o bem comum. O bem de toda a coletividade com o consequente respeito à dignidade da pessoa humana.

Destarte, salienta o culto Dr. **Marcelo Abelha**¹⁴, a quem devotamos grande carinho e admiração, que:

“Este princípio (o princípio da inalterabilidade da demanda) vem limitar que o autor possa, uma vez proposta a ação, alterar e modificar o seu pedido. Isso ocorre não só porque apenas sobre o

¹² Entende-se por arquivamento implícito o fenômeno de ordem processual decorrente de o titular da ação penal deixar de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem expressa manifestação ou justificação deste procedimento. Este arquivamento se consuma quando o juiz não se pronuncia na forma do art. 28 com relação ao que foi omitido na peça acusatória. Melhor seria dizer arquivamento tácito. Cf. Jardim, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 8 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 176.

¹³ O Código de Processo Penal Português tem regra clara e própria sobre o tema em seu art. 379 onde comina pena de nulidade a sentença que, não respeitando os limites traçados pelos arts. 358 e 359, condene o argüido por fatos não constantes do objeto do processo.

¹⁴ **Elementos de Direito Processual Civil**, 2 edição, São Paulo, RT, 2000, V. I, p. 62.

que foi pedido é que o juiz deve decidir a lide (art. 128 do CPC), mas também porque seria verdadeira ofensa ao direito de defesa do réu que o autor pudesse, a seu bel prazer, alterar o pedido por ele formulado (...).”

V. A DEFESA TÉCNICA EFETIVA

Não basta o acusado ter no processo a presença física de um defensor para postular em seu nome e defender seus ideais de justiça. Mister se faz que a defesa seja, realmente, efetiva, o que significa dizer: que o acusado possa utilizar de todos os meios e recursos inerentes ao seu direito amplo de defesa. Se o réu é acusado do crime **X** e se verifica, no curso da instrução, que na verdade, agregado a esse fato, há o pedaço denominado **x'**, tem o réu todo o direito de exigir do Estado que não conheça deste fato, pois o mesmo não foi objeto do processo e dele o réu não se defendeu. “*O objeto do processo constitui uma verdadeira e mais importante garantia de defesa, visto que é ele que limita a extensão da cognição e portanto os próprios limites da decisão*”¹⁵.

A exigência é regra imperativa do disposto nos arts. 128 c/c 460, ambos do CPC e se a norma (código de processo civil) foi feita em harmonia com a Constituição, ela irradia os preceitos constitucionais. Na verdade é a Constituição, vestida de lei ordinária, que impede o juiz conhecer de fatos que não foram objeto do processo em respeito a sua própria ordem: todo o acusado tem direito de ampla defesa. A proibição do julgamento *ultra, citra e extra petita* decorre do direito de ampla defesa.

A efetividade da defesa é assim a sua realidade prática, sua aplicação cotidiana, o pleno exercício dos direitos e garantias individuais com proibição, v. g., do acusado preso ser requisitado e não citado para ser interrogado¹⁶; (proibição) do juiz que indeferiu o pedido de arquivamento do inquérito policial, sendo oferecida denúncia pelo Procurador Geral de Justiça,

¹⁵Frederico Isasca, ob. cit., p. 230

¹⁶ “Art. 360 - Se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados”. Pensamos que tanto o réu preso como o que se encontra solto devem ser citados para responder ao pedido formulado na denúncia. A requisição é ordem que se dirige ao Diretor do presídio ou ao delegado de polícia para que apresente o preso naquele dia, local e hora determinados.

funcionar no processo instaurado¹⁷; (proibição) do acusado que tendo respondido pelo fato **X** foi condenado pelo fato **Y** e, por último, (proibição) do não conhecimento do recurso do defensor contra a vontade do réu. Nesses econômicos exemplos de nada vale dar-se ao réu a presença de um defensor se seus direitos constitucionais não são respeitados. A defesa técnica efetiva é direito e garantia individual não só em decorrência da própria Constituição, mas, principalmente, da **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, que foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/92 e que tem patamar de norma constitucional (*cf.* art. 5º, § 2º da **CRFB**).

Qualquer decisão judicial que não respeite os direitos e garantias fundamentais, em especial, o direito a defesa efetiva, viola a Constituição e também o **Pacto de São José da Costa Rica**¹⁸, tornando-se, assim, eivada de *error in procedendo*.

VI. A VERDADE REAL NO PROCESSO

Descobrir a verdade real (ou material) é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza absoluta (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez.

A finalidade da prova é ajudar a formação do convencimento do juiz sobre a veracidade de uma afirmação de fato alegada pelas partes em juízo.

¹⁷ “Art. 28 - Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender” (sem grifos no original)

¹⁸ Decreto nº 678, de 06/11/92.

Art. 8º. Garantias judiciais:

(...)

2. (...)

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

O caráter instrumental do processo demonstra que ele (o processo) é meio para se aplicar o direito objetivo (a norma penal incriminadora) atendendo ou não a pretensão do autor.

Entretanto, a incidência da norma penal sobre o indivíduo autor do fato, imputado como crime, (pelo menos em tese) somente poderá se dar desde que todos os esforços e meios legais tenham sido devidamente empregados.

A descoberta da verdade do fato praticado, através da instrução probatória, passa a ser, assim, uma espécie de reconstituição simulada deste fato, permitindo ao juiz, no momento da sentença, aplicar a lei penal ao caso concreto, extraindo a regra jurídica que lhe é própria. É como se o fato fosse praticado naquele momento perante o juiz aplicador da norma.

Importante ressaltar que, não obstante chamarmos de verdade real, nem sempre ela condiz com a realidade fática ocorrida no mundo físico.

O conceito de verdade, pensamos, é mais filosófico do que jurídico. O que pode ser verdade para uns pode não ser para outros. Porém, em se tratando de verdade material a ser apurada nos autos de um processo há que se considerar a “*concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito*”¹⁹. Ou seja, a adequação entre o fato objeto do processo e o fato ocorrido no mundo dos homens.

O desejo de se descobrir a verdade é o desejo de se realizar a justiça. Por isso, “*a verdade e a justiça são realidades e valores complementares*”²⁰.

Posto isto, claro nos parece que a necessidade de descoberta da verdade real é compatível com os limites traçados pelo Ministério Público no objeto do processo, não sendo lícito ao juiz condenar o réu por fato diverso do constante da denúncia com a alegação de que aquela era a verdade.

Se a verdade apurada não for compatível com os fatos descritos na denúncia, tem o acusado o direito de ser absolvido e o Estado, o dever de absolvê-lo.

Uma coisa é haver dúvida no processo de que foi o réu quem cometeu o crime, pois nesse caso, a dúvida deverá ser resolvida em seu benefício (*in dubio pro reo*). Outra, bem diferente, é haver prova de que o fato é

¹⁹ Mittermaier, C. J. A. .**Tratado da Prova em Matéria Criminal**, 3 edição, São Paulo, Bookseller, 1997, p. 59.

²⁰ Rangel, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da Prova no Processo Civil**. 1 edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 35.

diverso do que consta na denúncia, porém o fato é único, indivisível, concreto e real.

Nesta hipótese, se o fato naturalístico (aquele ocorrido no mundo dos homens) for um só, com imputação diversa pelo Ministério Público, só poderá haver condenação se houver aditamento à denúncia.

Ora, se o fato ocorrido no mundo dos homens é enquadrado no tipo descrito no art. 155 do CP não pode, *ao mesmo tempo*, estar enquadrado no art. 168 do mesmo diploma legal. O fato é um só. Não se trata de fato igual, mas sim do mesmo fato, então seu enquadramento pertence a um único tipo legal. Pensar diferente é pensar que um latrocínio pode, *ao mesmo tempo*, ser um homicídio. Não pode. Trata-se de fato único, descrito em um único tipo penal: art. 157, § 3º do CP. Pode sim o réu ser acusado de um homicídio e se descobrir que *ele também praticou um latrocínio*, mas nesse caso, são dois fatos, conexos ou não.

Exemplo:

Tício é acusado da prática de latrocínio tentado (homicídio tentado e subtração patrimonial tentada). Durante a instrução prova-se, de forma clara, segura e inequívoca, o dolo de matar, a intenção de atentar contra vida da vítima e a ausência de dolo da subtração patrimonial.

Há dois aspectos: 1º) processual: incompetência do juízo e; 2º) material: homicídio tentado e não latrocínio tentado.

Quanto ao 1º aspecto, o juiz deve reconhecer a violação ao princípio do juiz natural (e do Promotor natural) e declarar nulo o processo *ab initio* remetendo-o a uma das varas privativas do Tribunal do Júri.

Quanto ao 2º aspecto, a denúncia deverá ser *retificada* (aditamento impróprio de retificação) onde o Ministério Público²¹ fará constar da denúncia a narrativa de um homicídio tentado, incluindo aí, o dolo de matar.

Verifica-se que nesse exemplo o rito processual muda por completo, sendo o rito do Tribunal do Júri mais amplo com mais oportunidade de defesa ao acusado.

A verdade, assim, estabelecida no processo, é referente ao mesmo fato ocorrido no mundo dos homens, porém que recebeu uma má apreciação por parte do Estado, não sendo lícita a condenação do acusado pelo latrocínio não praticado, muito menos à absolvição diante da impunidade que isso geraria.

²¹ Através do Promotor em exercício na Promotoria de Justiça junto ao Tribunal do Júri em respeito ao princípio do Promotor natural.

Pensamos que o entendimento de que ele deve ser absolvido (do latrocínio tentado) e ser instaurado novo processo pelo mesmo fato, porém com o *nomen iuris* de homicídio tentado é afrontar a coisa julgada. Trata-se de um único fato ocorrido na vida e que já foi acobertado pela coisa julgada.

O aditamento à denúncia, com a perfeita adequação jurídica do fato, é medida imperiosa de realização da justiça tanto para com o acusado como para com a sociedade estabelecendo plena igualdade de condições.

VII. O OBJETO DO PROCESSO PENAL

Esta não é a sede adequada para nos aprofundarmos no estudo do objeto do processo, porém não podemos deixar de abordar seu conceito (o que se entende por objeto do processo), seu fundamento e suas funções.

O objeto do processo é um consectário lógico do sistema acusatório, pois refere-se aos “*atos descritos na acusação*”²² os quais o juiz não poderia conhecer se não houvesse provocação da parte autora, no nosso caso, o Ministério Público.

A pretensão processual penal que serve de veículo para a imputação penal de fato definido como infração penal é que traduz o objeto do processo. Nesse caso o fato imputado é aquele ocorrido no mundo dos homens, o fato humano da natureza, praticado de determinado modo em situação de tempo e de lugar e que tem enquadramento em um tipo penal. Trata-se de um fato concreto, real, indivisível e único.

O fato que serve como suporte do objeto do processo não pode ser confundido com artigo de lei, ou seja, com um certo tipo legal de crime, mas sim, como um acontecimento histórico da vida, como um fato ocorrido no mundo dos homens que recebe ou não do ordenamento jurídico relevância penal.

Muita vez o fato narrado na denúncia, traduzido na pretensão processual penal, não constitui crime e nem por isso deixou o processo de ter objeto. A afirmativa de que o objeto do processo é o fato crime definido como tal na lei penal é falsa, pois se ao final do processo se descobrir, através da verdade real, que o fato não é crime, nem por isso deixou o processo de ter objeto. O objeto do processo é assim a pretensão processual penal onde se traduz a acusação (imputação + pedido) de um fato da vida, um pedaço do todo que deve ser individualizado na denúncia.

²²Roxin, Claus. Ob. cit. p. 159.

Isasca²³ define o objeto do processo com as seguintes palavras:

“Objeto do processo penal será, assim, o acontecimento histórico, o assunto ou pedaço unitário da vida vertido na acusação e imputado, como crime, a um determinado sujeito e que durante a tramitação processual se pretende reconstruir o mais fielmente possível.”

É exatamente esse fato da vida que tem que ser traduzido e transportado para o processo, através da pretensão processual penal, a fim de circunscrever os limites do conhecimento do juiz dentro do qual julgará a lide. Portanto, o objeto do processo tem três funções básicas que nos são apontadas pelo jurista alemão **Claus Roxin**²⁴:

“(...) designar o objeto da litispendência, demarcar os limites da investigação judicial e de obtenção da sentença e definir a extensão da coisa julgada.”

Em resumo, podemos dizer que *o objeto do processo é o tema proposto como **res iudicanda** e que sua finalidade mais característica é a obtenção da **res iudicata**. O objeto resulta ser assim um assunto da vida; a materialidade afirmada como penalmente relevante*²⁵.

Ora, se o fato da vida, objeto do processo, já foi objeto da sentença que passou em julgado não pode o réu ser acusado, novamente, pelo mesmo fato, sob pena de haver violação da regra do **no bis in idem**, verdadeira garantia penal de todo e qualquer acusado, em um processo penal justo e democrático. O processo penal tem exatamente esse escopo: servir para abordar um fragmento da vida (criminal) em sua totalidade²⁶. Trazer parte da vida praticada e vivida pelo homem para o processo a fim de que possamos julgar se, efetivamente, aquele fato merece ou não uma resposta penal do Estado no sentido de se aplicar a **sanctio iuris** cabível; ou de resgatar a dignidade da pessoa humana acusada do fato veiculado na pretensão processual penal (objeto do processo), face

²³ Ob. cit. p. 240

²⁴ Ob. cit. p. 160

²⁵ Olmedo, Clariá. **Derecho Procesal Penal**. Argentina, Cordoba, 1984, p. 229.

²⁶ Beling, Ernest. **Derecho Procesal Penal**. 1 edição, Argentina, DIN, 2000, p. 83.

à impossibilidade do Ministério Público de provar o que alegou em sua denúncia.

O objeto do processo delimita a prestação jurisdicional sob dois aspectos: subjetivo e objetivo. Quanto ao aspecto subjetivo, o Judiciário não poderá emitir qualquer decisão que não seja sobre a pessoa do acusado, fazendo com que a sentença, transitada em julgado, tenha força de lei entre as partes às quais é dada (*cf.* art. 472 do CPC). Surgindo prova nova de que outro indivíduo também participou daquele fato da vida junto com o acusado, em verdadeiro litisconsórcio, deve a denúncia ser aditada (acrescida) para incluí-lo. Porém, jamais ser ele julgado sem constar formalmente da acusação veiculada na pretensão processual penal.

O segundo aspecto (objetivo) impõe identidade do objeto durante todo o curso do processo a fim de que o acusado possa, efetivamente, exercer sua ampla defesa dos fatos descritos na denúncia. Ser acusado de um furto simples e resultar condenado em um roubo por ter sido comprovado, de forma inequívoca, o uso de violência é fazer tábula rasa do objeto do processo, sem contar dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da correlação entre a acusação e a sentença e da verdade real.

Na doutrina alemã, **Roxin**²⁷, assim se manifesta:

“A identidade do objeto processual tem um componente pessoal e um material, é dizer; ela pressupõe: a identidade da pessoa e a identidade do fato.”

O juiz deve pronunciar-se sobre os fatos e sujeitos descritos na denúncia, respeitando o princípio da correlação entre acusação e sentença.

Frederico Isasca²⁸, em sua excelente obra, assim se manifesta:

“Uma vez tomado o acontecimento da vida como a base do processo, necessário será que este seja suficientemente descrito, pois sem uma correcta e concreta individualização dos factos acusados, não é possível ao agente defender-se convenientemente e poder afastar de si uma possível punição, nem ao tribunal é fornecida a base de confiança e de certeza necessárias para fundamentar e proferir uma

²⁷Ob. cit. p. 160.

²⁸Ob. cit. p. 242/243.

decisão, quer esta seja absolutória quer condenatória, e aplicar, de uma forma justa, a lei penal.”

A perfeita delimitação do objeto do processo, portanto, não é mero deleite doutrinário muito menos uma questão meramente teórica sem nenhuma repercussão na validade do processo em si. Trata-se da necessidade de se identificar eventual litispendência, coisa julgada, modificação da ação ou sua cumulação²⁹.

VIII. A COISA JULGADA: CONCEITO, FUNDAMENTO, LIMITES, NO *BIS IN IDEM*

Conceito - O conceito de coisa julgada é polêmico e antigo no direito, sendo, inclusive, proveniente do direito privado romano onde a irrevogabilidade da sentença penal era desconhecida, diferente da sentença civil³⁰.

Coisa julgada, na definição clara de Giovanni Leone³¹, é a coisa sobre a qual haja recaído a decisão do juiz; expressando uma entidade passada, fixa, firme no tempo. Significa decisão imutável e irrevogável, a imutabilidade do mandato que nasce da sentença.

Mas foi Liebman quem tratou da matéria e melhor definiu coisa julgada como sendo “*o comando emergente de uma sentença. Não se identifica com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato*”³².

A coisa julgada pode ser formal ou material. Formal quando fica limitada ao processo que com ela se encerra. Material quando transcende nos seus efeitos para atingir processo posterior sobre o mesmo litígio³³. Cria-

²⁹ A modificação da ação se produz se o objeto do processo é diverso e a cumulação se existem vários objetos do processo. Cf. Juan-Luis Gomez Colomer. **El Proceso Penal Aleman Introduccion y Normas Basicas**. 1 edição, Barcelona, Bosch, 1985, p. 41.

³⁰ Manzini, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, 3 edição, Buenos Aires, El Foro, 1996, Tomo IV, p. 511.

³¹ **Tratado de Derecho Procesal Penal**, 3 edição, Buenos Aires, EJE, 1989, Tomo III, p. 320/321

³² **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 54.

³³ Eberhard Schmidt. **Los Fundamentos Teóricos Y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal** Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, p. 160.

se vínculos e limitações de natureza processual e material que impedem o *bis in idem*, ou seja, o reexame do mérito da questão decidida em outro processo perante as mesmas partes.

Fundamento - O fundamento da coisa julgada repousa exatamente na necessidade que tem o Estado de garantir a todos os indivíduos (partes ou não no processo) que os conflitos que foram objeto de julgamento e, portanto, de apreciação pelo Estado, terão um fim com a decisão judicial de forma a não mais se admitir discussão.

Portanto, se pode dizer, com Manzini, que o fundamento do instituto da autoridade da coisa julgada está na necessidade de aplicar e assegurar a ordem jurídica estabelecida pelas leis do Estado³⁴. Trata-se de um garantismo penal do acusado de que as questões decididas pelo juiz, em sua sentença, não poderão ser revistas, salvo se for em benefício do réu, através da revisão criminal.

O processo penal, dentro de um Estado Democrático de Direito, tem que dar as garantias necessárias ao acusado de que as questões propostas, discutidas e decididas pelo Estado, não poderão ser reabertas, sob pena de se criar uma instabilidade social e um abalo aos pilares de sustentação do Estado justo de direito.

No Brasil (diferente da Alemanha, Noruega, Portugal, Rússia e Suécia), não se admite a revisão criminal *pro societate*, ou seja, a desconstituição de sentença absolutória mesmo que eivada de *error iudicando* ou *error in procedendo*. Nesse caso, a discussão da coisa julgada traz inúmeras questões interessantes (*cf.* item X, *infra*) que merecem nossa análise a fim de enfrentarmos o *no bis in idem*³⁵.

Destarte, a coisa julgada é mais uma medida de segurança criada em favor do indivíduo do que, propriamente, de um instituto meramente processual sem conseqüências práticas. É Claus Roxin quem nos dá suporte para esta afirmativa. Diz o mestre alemão:

³⁴Ob. cit. p. 513.

³⁵Manzini, prelecionando sobre os pressupostos para aplicação da regra do *no bis in idem*, afirma que deve se pretender intentar uma nova ação penal, não obstante existir uma sentença anterior irrevogável de absolvição a cerca da mesma pretensão punitiva (*eadem causa petendi* [a mesma causa de pedir]); que haja identidade sobre o fato sobre o que decide a sentença e aquele sobre o que se quisera acionar (*eadem res* [a mesma coisa]); e que haja identidade também de pessoa (*eadem persona* [a mesma pessoa]), ob. cit. p. 524/525. Havendo esses pressupostos, haverá *bis in idem*.

*“A coisa julgada material serve de proteção do acusado. Com ela se reconhece jurídico-fundamentalmente seu interesse em ser deixado em paz depois de ditada uma decisão de mérito que já não mais é impugnável”.*³⁶

A coisa julgada impede, assim, que os fatos que foram objeto de julgamento possam ser investigados, novamente, pelo Estado em face do mesmo réu, com a desculpa de melhor apurar os fatos e descobrir situações que *agregam* o fato principal ou de *circunstâncias* que lhe pertencem, porém que não foram objeto de julgamento.

Limites - Há limites objetivos e subjetivos na coisa julgada.

A eficácia, em si, da sentença atua em relação a todos os indivíduos, porém a *res iudicata* só tem validade entre as partes as quais é dada³⁷. As partes suportam a sentença transitada em julgado. A imutabilidade se dirige às partes. Assim, se Caio é absolvido da prática do crime de roubo e a sentença transita em julgado, nada impede que Ticio seja processado, pelo mesmo fato, face ao concurso de agentes descoberto após o trânsito em julgado. Nesse caso, dependendo do fundamento da sentença, poderá Ticio ser trazido ao banco dos réus. O limite do caso julgado atinge apenas a Caio. Entretanto, se Caio foi absolvido por ser o fato atípico, lógico que Ticio não poderá ser processado pelo mesmo fato, pois aplica-se o art. 580 do CPP, analogicamente. A isso chamamos de limites subjetivos da coisa julgada.

O fundamento político dos limites subjetivos da coisa julgada está no próprio direito de liberdade, como acentua Ada Pellegrini Grinover³⁸

Os limites objetivos se referem aos fatos objeto de julgamento. Os fatos principais. Os pontos ou questões litigiosas que foram decididos na sentença é que circunscrevem os limites objetivos da coisa julgada.

³⁶ Ob. cit. p. 436

³⁷ Art. 472 do CPC. “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (...)”

³⁸ “O fundamento político da limitação subjetiva da coisa julgada penal está no próprio direito de liberdade: vincular o terceiro à sentença condenatória que se formou relativamente a outro indivíduo, significaria sacrificar a exigência da justiça e os direitos de defesa a um princípio lógico e abstrato de coerência formal entre os julgados; por outro lado se o terceiro pudesse invocar a sentença absolutória proferida com relação ao co-autor, acabaria desfrutando de uma impunidade injustificada, incompatível com o caráter relativo da sentença” (**Eficácia e Autoridade da Sentença Penal**. 1 edição, São Paulo, RT, 1978, p. 13/14).

O Código de Processo Penal é tímido quanto ao limites objetivos da coisa julgada referindo-se aos mesmos no art. 110, §2º do CPP:

§ 2º - A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença (sem grifos no original).

Ora, o que entender por fato principal para acobertar-lhe com o manto da coisa julgada?

Entendemos que fato principal é aquele fato material ocorrido no mundo dos homens independentemente da qualificação jurídico-penal dada ao fato. É o fato, cometido pelo homem, em sua integridade física. É o fato histórico ocorrido na vida.

Se Tício *subtraiu para si coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo com emprego de arma de fogo* (fato da vida, ocorrido no mundo dos homens) porém, o Ministério Público somente imputou a ele a *subtração para si de coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo* (furto qualificado), não pode o Estado, após o trânsito em julgado, mesmo com provas novas, instaurar processo pelo crime de porte de arma. O fato principal é um só e já foi julgado. Entender diferente, é estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro a revisão criminal *pro societate*, o que, por si só, é vedado.

Não pode o Estado continuar as investigações sobre o acusado que foi absolvido com trânsito em julgado, alegando que o crime foi de roubo, porém não ficou demonstrada a grave ameaça exercida com a arma de fogo. Assim, inadmissível será instauração de novo processo para apurar, agora, aquele porte (ou utilização) de arma. A utilização da arma faz parte do fato principal (roubo) que já foi objeto de julgamento e não admite reabertura da ferida cicatrizada com a *res iudicata*.

No mesmo sentido, se o acusado foi condenado no furto simples não pode o Estado, agora, aceitar a instauração de novo processo, contra o mesmo réu, pelo crime de dano alegando ter havido destruição de obstáculo à subtração da coisa, já objeto de julgamento com trânsito em julgado.

O fato principal é um só e já foi objeto de julgamento.

E ainda: se absolvido do crime de furto não pode o réu ser, agora, acusado pelo crime de constrangimento ilegal (ou lesão corporal leve) contra mesma vítima praticado no mesmo dia, hora e local, provando-se, entretanto, com provas novas, que houve emprego de violência. O fato é um só.

Já operou o trânsito em julgado, nada mais se pode fazer, sob pena de não haver a segurança e a estabilidade social que exige a coisa julgada.

A coisa julgada açambarca o fato sob todos os pontos de vista jurídicos³⁹. Se o réu foi absolvido (ou condenado) pela prática do crime de latrocínio não pode o Estado, agora, querer instaurar novo processo, pelo mesmo fato, contra o mesmo réu, pela prática do crime de homicídio com a desculpa de que novas provas demonstram que nada foi subtraído e que sua intenção era de matar. O fato principal, sobre o qual recaiu a apreciação do Estado, já está protegido pelo manto da *res iudicata*.

É bem verdade que o Código de Processo Penal é tímido na disciplina da coisa julgada não havendo, como deveria, um capítulo próprio da *res iudicata*. Entretanto, nada impede que se aplique não só o disposto no § 2º do art. 110 CPP, mas também as regras insertas no Código de Processo Civil⁴⁰.

O *no bis in idem* tem a função garantidora impedindo que o acusado, que já se submeteu a cerimônia fúnebre⁴¹ que é o processo penal, venha novamente a ser processado pelo mesmo fato.

IX. OS ARTS. 384, PARÁGRAFO ÚNICO E 385, AMBOS DO CPP

Art. 384 - Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência 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.

Art. 385 - Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela

³⁹ Claus Roxin, ob. cit. p. 437.

⁴⁰ cf. arts. 467 *usque* 475 do CPC.

⁴¹ Francesco Carnelutti. **Las Miserias Del Proceso Penal**. Buenos Aires, EJE, 1959, p. 112.

absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada (no original, sem grifos).

As regras legais acima merecem uma análise, mesmo que superficial, de suas implicações diante de tudo que acima foi visto.

Em primeiro lugar, o *caput* do art. 384 fala em circunstância elementar, termo esse que é impróprio, pois ou é circunstância e, portanto, está em volta de; ou é elementar e, nesse caso, está dentro. A elementar mexe na estrutura do crime, ou seja, faz com que desapareça ou surja outro. A elementar *funcionário público* se for retirada do delito do art. 319 CP (prevaricação) o mesmo desaparece. Entretanto, se for retirada do delito do art. 312 CP (peculato) restará o tipo do art. 168 CP (apropriação indébita).

A circunstância aumenta ou diminui a pena, porém o tipo fundamental continua o mesmo. A violenta emoção diminui a pena no homicídio, mas o tipo continua o mesmo (*cf.* art. 121, § 1º CP). No furto, o repouso noturno aumenta a pena, porém se não existir o tipo continua o mesmo.

Não vemos razão para distinguir, como o código faz (e a doutrina aceita⁴²), entre circunstância que agrava a pena prevista na Parte Geral do Código Penal (o fato de o agente cometer o crime contra ascendente: filho que mata o pai) e a prevista na sua parte especial, por exemplo, o repouso noturno que aumenta a pena do furto. Entendemos que, em ambos os casos, deve ser aditada à denúncia sob pena de afrontarmos os princípios da ampla defesa, do contraditório, da correlação entre acusação e defesa, bem como, o sistema acusatório adotado entre nós, pois neste caso o juiz estaria fazendo parte da acusação quando condena com a circunstância que autoriza o aumento de pena sem que tal circunstância conste da acusação feita pelo órgão do Ministério Público.

A idéia de que o art. 385 do CPP autoriza tal entendimento não pode vingar dentro de um processo penal acusatório, justo, democrático de direito e livre dos ares autoritários da época em que foi elaborado pelo regime de Vargas: 1940. Entender diferente é jogar por terra todo o sacrifício feito e sofrido pela sociedade nos últimos 60 anos de vigência do Código de Processo Penal.

Destarte, seja uma circunstância ou uma elementar não contida, expressamente, na denúncia (pelo Órgão Acusador), deve a denúncia ser aditada

⁴² *Cf.* Tourinho Filho, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4, p. 235/236.

para incluí-la, sob pena de o juiz agir *ex officio* e o réu ser surpreendido em sua defesa.

O difícil para determinados operadores jurídicos é trabalhar com a Constituição e não com as regras vetustas dos arts. 384 e 385 CPP. Nesse caso, a interpretação conforme a Constituição⁴³ irá socorrê-los.

Por último, o art. 384, *caput*, admite acusação implícita, ou seja, mesmo que não conste expressamente na denúncia, porém surgindo nova definição jurídica do fato, deve ser dada vista à defesa para se manifestar. Em outras palavras, o código admite que se um homem for acusado do crime de estupro por ter, como diz a denúncia, “*mantido conjunção carnal com uma mulher, mediante violência, alcançando o orgasmo satisfazendo, assim, sua libido*” não poderá o juiz condená-lo pelo atentado violento ao pudor se não ficar comprovada a conjunção carnal, mas sim apenas, os atos libidinosos diversos da conjunção. A idéia de que são implícitos os atos libidinosos para quem quer a prática da conjunção carnal, não pode admitir condenação do acusado se não constar da denúncia. Afronta os princípios da ampla defesa e do contraditório. O réu não se defendeu da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

O parágrafo único do art. 384 impõe o aditamento à denúncia quando houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, deixando entender que só se adita se houver pena mais grave, porém se a pena for igual ou menor não haverá aditamento⁴⁴.

Discordamos desse entendimento. Seja a pena menor, igual ou maior deve-se sempre aditar a denúncia, sob pena de afrontarmos os princípios da correlação entre acusação e a sentença, da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, violar o sistema acusatório, pois o juiz muda a acusação, *ex officio*.

Assim, tanto no *caput* do artigo 384 como no seu parágrafo único, deve-se aditar a denúncia em detrimento da prova nova surgida no curso da

⁴³ “Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensinar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita” (Barroso, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 edição, Rio de Janeiro, Saraiva, pag. 182).

⁴⁴ Cf Tourinho Filho, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4, p. 238 que defende ponto de vista no sentido de que só se adita se houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, porém se a pena for igual ou menor aplica-se apenas o *caput* do art. 384 do CPP e, neste caso, sem aditamento, porém dando-se vista a defesa para se manifestar.

instrução. Se for um pedaço do fato e houver prova nova de sua ocorrência o aditamento é medida imperiosa. Se for outro fato conexo com o original, descoberto através de prova nova, adita-se a denúncia dando-se oportunidade ao réu de ser interrogado sobre esse novo fato conexo e praticar todos os demais atos processuais inerentes a sua defesa. Se for fato novo, porém sem conexão, instaura-se outra ação penal.

Nestes casos que estamos mencionando, o aditamento será próprio real, ou seja, o acréscimo será de fatos ou de pedaços que lhe pertencem (elementares do tipo) e deverá, quanto à oportunidade, ser feito espontaneamente (independentemente de provocação do juiz) pelo Ministério Público face ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O aditamento provocado é exceção e, por isso, está no art. 384, parágrafo único e no § 5º do art. 408, ambos do CPP.

X. CASOS CONCRETOS

Imaginemos alguns casos concretos para entendermos tudo o que acima dissemos.

1º caso: Tício é acusado da prática do crime de roubo simples. No curso da instrução não se comprova a elementar normativa do tipo grave ameaça (ou violência).

Pergunta-se: pode o juiz condená-lo pelo furto sem aditamento à denúncia?

Resposta:

A resposta é afirmativa. A subtração patrimonial de coisa móvel alheia está descrita na denúncia e, nesse caso, não há surpresa para a defesa. Ele se defendeu dessa subtração patrimonial. Portanto, autorizado está o juiz a condenar Tício pelo crime de furto sem o aditamento à denúncia.

2º caso: Tício é acusado da prática do crime de furto simples. No curso da instrução se descobre que houve o emprego de arma de fogo e, portanto, trata-se de crime de roubo.

Pergunta-se: há necessidade de aditamento à denúncia para que seja condenado pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo?

Resposta:

A resposta é afirmativa. Tício não se defendeu de ter empregado arma de fogo durante aquela subtração patrimonial descrita na denúncia e, por-

tanto, há, nesse caso, surpresa para a defesa. O respeito ao contraditório e à ampla defesa e a proibição do julgamento *ultra petita* exigem o aditamento.

3º caso: Tício é acusado da prática do crime de furto simples. Durante a instrução se demonstra de forma cabal que, na verdade, naquele dia, hora e local, houve recusa em devolver o bem por parte de Tício e não subtração e, portanto, tinha ele a precedente posse da *res*.

Pergunta-se: há necessidade de aditamento a denúncia para que possa ser condenado pelo crime de apropriação indébita?

Resposta:

A resposta é afirmativa. Não obstante as penas serem iguais, Tício não se defendeu de ter a precedente posse da *res* e, portanto, deve tal elemento normativo do tipo (posse) constar da acusação. A posse de Tício é injusta, mas não por clandestinidade e sim por precariedade. Vejam que o fato é um só. Não há dois fatos. Há dois tipos penais em discussão, porém uma única conduta. Nesse caso, o réu se defende dos fatos narrados e não da tipificação penal dada ao fato. Admitir condenação porque a pena é a mesma é admitir que o réu se defende da pena e não dos fatos. Assim, deve a denúncia ser aditada para a caracterização perfeita dos fatos.

4º caso: Tício é acusado por ter furtado do interior de uma fazenda três vacas leiteiras colocando-as em seu caminhão depois de ter derrubado a cerca de proteção da fazenda no dia 15/01/00, às 20:00 h.

No curso da instrução se descobre, com provas novas que, na verdade, foram furtados três cavalos da raça mangalarga marchador e não três vacas.

Pergunta-se: há necessidade de se aditar a denúncia para que possa Tício ser condenado pela prática do crime de furto dos três cavalos ou é indiferente?

Resposta:

Há necessidade do aditamento, pois a *res* descrita não corresponde a do fato real ocorrido na vida. O que significa dizer: furto de três vacas não houve. A repercussão, inclusive, de eventual sentença condenatória pelo furto de três vacas no juízo cível é evidente, pois ao se fazer a liquidação de sentença para se determinar o *quantum debeatur* terá que se fazer em cima do *an debeatur* determinado na sentença e este menciona três vacas e não três cavalos.

Vejam que nesse caso não se trata de outro tipo penal, muito menos de fato diverso, mas sim do mesmo fato, porém com identificação errônea da *res* impedindo o réu de se defender do fato verdadeiro e, portanto, do fato real. Há flagrante violação à ampla defesa e ao contraditório e sempre que isso ocorrer o aditamento à denúncia é medida imperiosa.

5º caso: Ticio é acusado da prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil. Em seu interrogatório, alega que na data do fato, 15/01/00, não se encontrava na cidade do Rio de Janeiro, mas sim em viagem ao exterior tendo retornado em 25/01/00.

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público corroboram os fatos descritos na denúncia, porém discordam, com dados precisos, da data do fato, informando que o mesmo ocorrera em 30/01/00 e não 15/01/00. Praticados os demais atos do processo e juntados documentos comprovadores de que o fato ocorrera, realmente, em 30/01/00, pergunta-se:

O juiz está autorizado a pronunciar o acusado pelo crime descrito na denúncia sem que o Ministério Público adite a denúncia, alterando a data do fato?

Resposta:

A resposta só poderá ser negativa. O réu se defendeu, exercendo o contraditório, de fato ocorrido no dia 15/01/00 e não de fato ocorrido na data de 30/01/00. Perceba o leitor que o álibi alegado vem de encontro com a data descrita na denúncia e, portanto, se não houver o aditamento impróprio de retificação à denúncia, não poderá Ticio ser pronunciado, pois naquela data (15/01/00), efetiva e realmente, não se encontrava no local do crime. O fato é o mesmo e sob o ponto de vista penal material a alteração da data é irrelevante, porém sob o ponto de vista penal processual há profunda repercussão no direito de defesa.

Destarte, independentemente de haver alteração fática ou aumento de pena, sempre que a mudança for de encontro ao direito de defesa deve a denúncia ser aditada.⁴⁵

⁴⁵O leitor não pode deixar de conhecer a brilhante obra do Prof.º Gustavo Badaró denominada “Correlação entre Acusação e Sentença” (São Paulo, RT, 2000, p. 130/131) onde o autor defende que: “A relevância ou não de um determinado aspecto do fato imputado é determinada pela defesa apresentada pelo imputado. Em outras palavras, se as regras da correlação entre acusação e sentença têm em vista preservar o princípio do contraditório e, em um determinado aspecto, evitar prejuízos e surpresas para o acusado, os fatos trazidos ao processo pela defesa são fundamentais para delimitar a relevância ou não da mutação do fato processual.

Sempre que a mudança do fato processual resultar em alteração de um elemento do delito, ao se ter em vista o fato penal, haverá relevância processual e o prejuízo causado à defesa é evidente”.

6º caso: Tício é processado pela prática do crime de homicídio culposo, na direção de veículo automotor (art. 302 da Lei nº 9.503/97), por ter, agindo imprudentemente, excedido a velocidade normal (80 km/h) estabelecida pelas regras de trânsito, naquela via pública descrita na denúncia. No curso da instrução descobre-se, através das provas carreadas para os autos, que Tício deu causa ao resultado morte porque ingressou, na mesma via pública, pela contramão de direção e não porque se excedeu na velocidade.

Pergunta-se: pode o juiz condenar Tício pelo crime do art. 302 do CTB sem que haja aditamento à denúncia para descrever a conduta correta de Tício?

Resposta:

A resposta é negativa. Sem o aditamento à denúncia não pode o juiz condenar Tício porque não houve imprudência na modalidade descrita na denúncia (excesso de velocidade), mas sim por ter Tício ingressado na contramão de direção. Vejam que nesse caso há flagrante violação ao contraditório exercido por Tício, pois é cedoço, e repetimos, que o réu se defende dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação penal dada ao fato. Tício não está se defendendo do art. 302 do CTB, mas sim da conduta descrita na denúncia que se amolda ou não ao tipo penal.

Assim, é imperativo garantidor da ampla defesa o aditamento à denúncia.

7º caso: Tício é processado e julgado pelo crime de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP) sendo absolvido. A sentença absolutória transita em julgado. A autoridade policial, através do depoimento de várias pessoas que não prestaram depoimento nos autos do inquérito e muito menos no processo, porém compareceram à delegacia, espontaneamente, verifica que, na verdade, houve emprego de arma de fogo por parte de Tício, inclusive, logrando êxito em localizar a arma que foi escondida por ele em um terreno baldio. Diante dessas peças de informação remete as mesmas para a vara criminal onde Tício foi julgado e o juiz dá vista ao Promotor de Justiça para que adote as providências que entender cabíveis.

Pergunta-se: pode o Promotor de Justiça oferecer denúncia, pelo mesmo fato, em face de Tício, porém imputando o emprego de arma de fogo, ou seja, roubo com emprego de arma de fogo?

Resposta:

A resposta é negativa. Tício já foi julgado por aquele fato ocorrido no mundo, por aquele pedaço da vida, não podendo ser julgado, duas vezes, pelo mesmo fato, sob pena de afrontarmos a coisa julgada. Não se pode confundir o tipo penal com o fato praticado que já foi objeto de julgamento. Se o Ministério Público (Estado-administração) não apurou o fato com todos os seus elementos que lhe integram, não faz sentido, agora, com o trânsito em julgado da decisão, chamar Tício para responder por um pedaço do fato. Muito menos por porte de arma que foi absorvido pelo crime de roubo. O fato é um só. Do contrário, se assim não pensarmos, não haverá a segurança jurídica necessária à manutenção da paz e da segurança social.

Se é na sentença que o Estado, substituindo a vontade das partes, faz valer a lei e, portanto, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (*cf.* art. 468 CPC), tal decisão tem proteção constitucional nas cláusulas pétreas, pois “*a lei não prejudicará ... a coisa julgada*” (*cf.* art. 5º, XXXVI da CRFB).⁴⁶

Há nesse caso identidade da *eadem causa petendi* (a mesma causa de pedir); identidade sobre o fato sobre o que decide a sentença e aquele sobre o que se quisera acionar: *eadem res* (a mesma coisa) e; por último, identidade também de pessoa: *eadem persona* (a mesma pessoa).

8º caso: Tício, Caio e Mévio são processados e julgados pelo crime de latrocínio tentado (subtração patrimonial tentada e homicídio tentado) sendo condenados no 1º grau de jurisdição. Apela da sentença alegando, primeiro, inépcia da denúncia e, segundo, atipicidade do fato. O Tribunal de Justiça, por maioria de votos, nega provimento ao recurso, porém um voto vencido dava provimento para absolver os acusados.

A Defensoria Pública interpõe recurso de Embargos Infringentes com base no voto vencido e o Grupo de Câmaras absolve os acusados alegando que o fato era atípico e determina a remessa dos autos à comarca de origem

⁴⁶ Confronte para tanto esta passagem lúcida feita pelo Dr. Marcelo Abelha em sua obra “Elementos de Direito Processual Civil”, 1 edição, São Paulo, RT, 2000, v. 2, p. 279, afirmando que “*Por intermédio desse preceito fica extremamente clara a opção política do legislador, de que, ‘com a sentença definitiva não mais sujeita a reexames recursais, a res in iudicium deducta se transforma em res iudicata, e a vontade concreta da lei, afirmada no julgado, dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força e autoridade de lex specialis entre os sujeitos da lide que a decisão compôs’.*”

para que o Ministério Público ofereça denúncia pelo crime de homicídio tentado que, na opinião do Tribunal, era o crime remanescente.*

Pergunta-se: está correta a decisão do Tribunal em absolver pelo latrocínio tentado e entender que havia crime de homicídio tentado determinando o oferecimento de denúncia em face dos acusados por este crime?

Resposta:

A negativa se impõe. Quanto à absolvição pelo crime de latrocínio tentado, o Tribunal agiu dentro de sua esfera de competência e a decisão deve ser (como foi) cumprida. Porém, determinar que se instaure contra os réus processo por crime de homicídio tentado foi um equívoco, para não dizer um *error in iudicando*. Até por que o recurso foi exclusivo dos réus não sendo admissível uma reforma que não seja aquela pedida. Ou dá o que os réus pediram ou deixa como está, porém, jamais piorar de qualquer modo, sua situação jurídica (*cf.* art. 617 do CPP). Na medida em que dá provimento aos embargos infringentes, porém manda processar os réus por outro crime, julga *ultra petita*.

Os réus já foram absolvidos pelo fato ocorrido na vida e que foi objeto do processo, fazendo operar, assim, a coisa julgada. Dar uma nova roupagem jurídica ao fato é criar uma instabilidade social aos acusados, agora absolvidos pelo Tribunal, deixando-os na eterna incerteza de quando aquele conflito terá fim. No mesmo sentido não cabe ao Judiciário determinar ao Ministério Público que ofereça denúncia por esse ou aquele fato, em verdadeira afronta ao sistema acusatório e, principalmente, a característica *mor* da jurisdição que é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Na medida em que assim age, compromete sua posição de sujeito processual imparcial.

9º caso: Ticio é processado e julgado pelo crime de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP), sendo absolvido. A sentença absolutória transita em julgado. A autoridade policial, através do depoimento de várias pessoas que não prestaram depoimento nos autos do inquérito e muito menos no processo, porém compareceram à delegacia, espontaneamente, verifica que, na verdade, houve emprego de arma de fogo por parte de Caio que ameaçou a vítima enquanto Ticio subtraía a *res*, inclusive, logrando êxito em localizar a arma na residência de Caio, sendo este reconhecido pelas testemunhas.

* Este fato é verídico e foi vivido pelo autor na comarca de Cachoeiras de Macacu no interior do Estado do Rio de Janeiro em 1996.

Diante dessas peças de informação a autoridade policial remete as mesmas para a vara criminal onde Ticio foi julgado e o juiz dá vista ao Promotor de Justiça para que adote as providências que entender cabíveis.

Pergunta-se: pode o Promotor de Justiça oferecer denúncia, pelo mesmo fato, em face de Ticio e Caio, porém imputando aos mesmos o crime de roubo com emprego de arma de fogo e mediante concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II do CP)?

Resposta:

Quanto a Ticio nada mais se pode fazer, já há o trânsito em julgado e não pode ser ele chamado para responder pelo mesmo fato. O fato é um só. Se o Estado não identificou e apurou o fato corretamente, estando a decisão acobertada pelo trânsito em julgado, Ticio está livre das garras da justiça. Do contrário, seria estabelecermos o *bis in idem*⁴⁷.

Entretanto, quanto a Caio nada impede que seja chamado para responder pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo e mediante concurso de agentes, na medida de sua culpabilidade. A sentença fez coisa julgada entre as partes, às quais foi dada, ou seja, o Estado-administração (Ministério Público) e Ticio, mas não para Caio. Nesse caso, Caio teve o componente subjetivo necessário da co-autoria, qual seja: a resolução comum de realizar o fato, o atuar de cooperação consciente e querida⁴⁸. Portanto, deve responder na medida de sua culpabilidade. Entender que Caio não pode ser processado pelo crime que cometeu é garantir sua impunidade, fim este não visado pela coisa julgada. A coisa julgada é medida de garantia e não de impunidade àquele que não foi julgado (*cf.* nota nº 38, *supra*).

10º caso: Ticio é investigado em regular inquérito policial pela prática do crime de furto qualificado mediante rompimento de obstáculo, porém não há o laudo de exame de corpo de delito, mas sim os depoimentos do lesado e de três testemunhas comprovando o rompimento. Concluído o inquérito, o Ministério Público denuncia Ticio pelo furto simples entendendo que o exame de corpo de delito, comprovando o rompimento, era indispensável, e, portanto, nada menciona quanto à qualificadora. O juiz recebe a

⁴⁷ A expressão *bis in idem* não pode autorizar o entendimento de que deve sempre haver punição (condenação) no primeiro processo para evitar o segundo, mas sim, a impossibilidade de novo processo pelo mesmo fato, independentemente do resultado do primeiro.

⁴⁸ Jescheck, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – parte geral**. 4 edição, Espanha, Comares, 1993, p. 618.

denúncia e silencia quanto à qualificadora. No curso da instrução, o laudo chega aos autos comprovando o rompimento de obstáculo.

Pergunta-se: pode o Ministério Público aditar a denúncia para incluir a qualificadora do rompimento de obstáculo, considerando ser o laudo prova nova?

Resposta:

A resposta é negativa. Não há no processo penal hierarquia entre as provas, ou seja, uma prova não vale mais do que a outra. O Ministério Público tinha em mãos provas que autorizavam o oferecimento de denúncia pelo furto mediante rompimento de obstáculo e não utilizou, acarretando, assim, o arquivamento implícito objetivo do tipo derivado (rompimento de obstáculo) do inquérito policial. O laudo, surgido no curso da instrução, não é considerado *substancialmente* prova nova, mas sim, *formalmente*, o que significa dizer: não altera o quadro probatório do processo a ponto de ser considerado prova nova. A prova da qualificadora já constava do inquérito e não foi utilizada.

O princípio reitor para o Ministério Público oferecer denúncia é o do *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, diante das provas contidas no inquérito, deve resolvê-la em favor da sociedade, denunciando o indiciado.

Assim, houve o arquivamento implícito objetivo do elemento derivado do tipo e o laudo constitui prova nova formal e não substancial⁴⁹.

Do contrário, havendo prisão em flagrante delito pela prática do crime de homicídio e não havendo, ainda, laudo nos autos do inquérito, não se poderia oferecer denúncia com base nos outros elementos de prova constantes dos autos, o que constituiria verdadeiro absurdo.

XI. CONCLUSÃO

É chegada a hora de tirarmos uma conclusão do trabalho apresentado com o escopo de sintetizarmos nossa posição.

1. O processo penal moderno tem uma função nitidamente garantista visando a assegurar ao acusado todos os direitos previstos na Constituição, não havendo mais espaço, dentro do Estado Democrático de Direito, para o processo punitivo exclusivista, ou seja, àquele que, a todo custo, procurava um culpado, fosse ele quem fosse, visando a segregar-lhe a liberdade sem assegurar-lhe os direitos fundamentais.

⁴⁹ Cf. para melhor esclarecimento sobre o conceito de prova substancial e formalmente nova a obra do autor citada na nota n.º 5 em sua p. 117.

2. O sistema acusatório é a base de todo o sistema processual penal democrático onde o juiz é afastado da persecução penal, sendo-lhe vedado agir *ex officio*. Portanto, qualquer alteração na peça exordial, seja de fato, do sujeito, ou de elementos agregadores do fato (tempo, lugar, horário, data), somente poderá ser feita pelo titular privativo da ação penal pública: o Ministério Público. Trata-se de uma garantia do acusado visando a resguardar a imparcialidade do órgão julgador.

3. O ônus da prova no processo penal, diante da regra inserta no art. 5º, LVII da CRFB, é exclusivo do Ministério Público, ou seja, o fato ocorrido no mundo dos homens deve ser trazido em sua integralidade para o objeto do processo, sob pena do réu, se absolvido for com trânsito em julgado, não poder ser chamado novamente para responder pelo mesmo fato. Se algum pedaço do fato for excluído na denúncia, somente poderá ser trazido para os autos mediante provas novas e o ônus é todo do Ministério Público.

4. O princípio da correlação entre acusação e a sentença é regra que deve ser observada a fim de impedir que o juiz julgue *ultra, citra* e *extra petita* respeitando, assim, o direito ao contraditório e a ampla defesa. O réu não pode ser surpreendido com condenação por fato diverso do que constar na denúncia.

5. O direito de defesa deve ser efetivo, ou seja, a defesa técnica é irrenunciável e isto significa que o defensor não pode ser privado do exercício pleno dos direitos previstos na Constituição, assegurando ao acusado que o juiz não conhecerá de fatos que não constem da peça exordial, pois se o réu não exerceu o contraditório sobre aqueles fatos discutidos na instrução, porém que não constam da denúncia, o defensor deve impugnar o *decisum* através da medida judicial cabível, inclusive, contra a própria vontade do réu. O contraditório é sobre os fatos contidos na denúncia e não sobre os fatos discutidos na instrução.

6. O objeto do processo penal é a pretensão processual penal que veicula a acusação, traduzida esta na imputação + pedido. O fato que serve de suporte à imputação, ou o fato que é imputado, é o fato da vida, o acontecimento histórico e que deve estar devidamente individualizado na denúncia, sob pena de não poder ser objeto da sentença sem o aditamento à denúncia.

7. A coisa julgada é um instituto de garantia de todo e qualquer indivíduo processado de que, uma vez decidido o litígio pelo Estado-juiz, o

mesmo não poderá mais ser discutido, assegurando assim a paz e a tranquilidade social. O *no bis in idem* é medida de garantia do acusado.

8. As regras previstas nos arts. 384 e seu parágrafo único e 385, ambas do CPP, são inconstitucionais, pois permitem que haja acusação implícita e que o juiz conheça de circunstâncias que aumentam a pena sem que constem da acusação.

Assim, havendo alteração fática face à presença de elementos que integram o fato, porém que não constam da denúncia, deverá a mesma ser aditada pelo órgão acusador, fique a pena menor, igual ou maior. Não importa, o réu tem o direito de se defender dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídico-penal dada aos fatos. ◆

Obs.: O trabalho ora apresentado está sujeito a alterações pelo simples fato de seu autor continuar estudando a matéria e, principalmente, por estar aberto às críticas construtivas que possam ser feitas pelos leitores.