

Sistema acusatório e artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal

Marcelo Elias Naschenweng
Juiz de Direito - Mestre em Direito

Toda disposição processual penal deve estar concertada com o sistema acusatório constitucionalmente albergado, posto em evidência desde a percepção de que a Constituição da República comete ao Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I). O princípio acusatório se ajunta aos demais princípios convergentes, *verbi gratia*, princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, do direito ao contraditório e da ampla defesa, da obrigatoriedade, do juízo natural e imparcial, enfim, da dignidade da pessoa humana, de maneira a conformar um sistema onde a imparcialidade do juiz ressumbra como nota marcante. Nessa linha, fica compaginado o sistema acusatório, divisando as funções de acusar, defender e decidir em três pessoas, em três misteres.

Mas em que consiste a acusação? Ora, a acusação consiste no trazimento dos fatos a juízo. Figueiredo Dias anota que o objeto da acusação coincide com o objeto do processo penal e consiste no recorte fático, destacado do comportamento de um sujeito, com repercussão no campo jurídico-penal¹. Como faz ver Alicia Navarro, a delimitação do objeto terá reflexo no âmbito do mesmo processo - no que tange ao princípio da congruência entre acusação e sentença - e na relação deste com outros processos - litispendência e coisa julgada. Alberto Binder menciona o caráter intangível do objeto do julgamento a cumprir função garantidora de evitar acusações de surpresa e permitir defesa adequada.²

Releva notar que são os fatos e não a capitulação que emprestam contorno ao objeto do processo, mesmo porque, aduz Navarro, o órgão jurisdicional está sujeito ao dever de cognição, ou melhor, dever de exaustividade, segundo o qual o tribunal deverá examinar o fato que se apresenta para a decisão ‘desde todos os pontos de vista jurídicos’ possíveis³. Nessa trilha Julio Maier escreve que o tribunal pode adjudicar ao fato uma qualificação jurídica distinta da expressada na acusação (*iura novit curia*). Conclui que o importante “é o acontecimento histórico imputado, como situação de vida já sucedida (ação ou omissão) que se põe a cargo de alguém como protagonista, de qual a sentença não se pode apartar porque sua missão é precisamente decidir sobre ele”⁴. Em suma, toca à acusação o trazimento dos fatos a juízo, delimitando o objeto do processo, e nisto consiste o princípio acusatório a reclamar observância da missão atribuída a cada um dos sujeitos que desfilam pela relação processual. Desde estas premissas é que se passa à leitura dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.

A denúncia consta como peça técnica que deve observar requisitos mínimos para que o réu possa tomar ciência da imputação que lhe fora dirigida e, conseqüentemente, produzir sua defesa na amplitude constitucionalmente assegurada. Justamente para dar ao acusado condições de apresentar defesa em simetria com a acusação apresentada é que o sistema processual prevê mecanismos de ajustamento da pretensão acusatória de maneira a facultar ao réu, sem assombros ou surpresas, a formação de argumentos e recolhimento de elementos de prova consentâneos com o foco adotado na ação penal. Como retro evidenciado, são os fatos que fixam o contorno da acusação. Tal raciocínio leva a conclusão de que em se verificando no curso do processo que o

¹ FIGUEIREDO DIAS, Direito Processual Penal, 2004.

² BINDER, Introdução ao Direito Processual Penal, p.190.

³ NAVARRO, Alicia Gonzáles, Acusacion y defensa en el proceso penal, Bosch, 2004. p. 50.

⁴ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Ed. Del Puerto, p. 569.

fato narrado comporta outra qualificação, duas as soluções possíveis: a) viável à acusação adequar a reprimenda, pelo aditamento, com diligências decorrentes dos direitos de defesa; b) viável ao juízo atribuir ao fato outra capitulação, oportunizando as partes manifestação e eventual produção de provas. Por certo descabe ao juízo, sob o signo da imparcialidade, delimitar o âmbito da acusação, sob pena de converter-se em acusador, entretantes o ajustamento da capitulação não significa alterar os contornos da acusação, porque os marcos estão fixados pelos fatos. Em não havendo aditamento por parte do acusador e chegando o processo maduro para julgamento com disparate entre os fatos descritos e a capitulação, não poderia o magistrado num mesmo ato modificar a capitulação e proferir julgamento, ante o inegável prejuízo para a defesa que não pudera se manifestar sobre a nova capitulação. Não obstante, muitos doutrinadores não viam na antiga disposição do art. 383 do CPP qualquer dano à defesa ou afronta ao sistema constitucional, norte que restou acolhido pelo STF, como se depreende do seguinte julgado:

A nova tipificação emprestada pelo juízo, em face da instrução processual, não constitui cerceamento de defesa ou oblição ao devido processo legal, porquanto o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não do delito nela qualificado. Hipótese em que a falta de intimação do acusado, em face da desclassificação do delito, não configura cerceamento de defesa.⁵

Inapelável que a classificação jurídica importa para a realização plena da defesa, que supõe o conhecimento exato da acusação e a oportunidade de resistir-lhe. Na esteira deste raciocínio a regra de que o acusado se defende apenas dos fatos narrados na denúncia não pode ser acolhida em sua integralidade, pois amplia demais o leque acusatório, em inapartável prejuízo à defesa que pode ser surpreendida por um novo enfoque albergado pelo julgador dissonante do postulado pela acusação. E, nos estritos termos do art. 383 do CPP, sem oportunidade de manifestação. Grandinetti discorre que em razão do princípio da correlação entre sentença e pedido imperativo que no caso da *emendatio* o Ministério Público adite o pedido, oportunizando-se manifestação da defesa quanto ao aditamento⁶. Geraldo Prado, ressalva que mais se ajusta ao princípio acusatório a alteração da qualificação jurídica apenas pelo autor, entretantes, aceita a medida levada a cabo pelo juízo dès que: a) o fato venha descrito na acusação inicial com todas as circunstâncias; b) que a defesa se dê oportunidade de debate e eventual produção de provas⁷. Assim, inafastável que o ajuste se dê em decisão anterior à emissão de sentença. Aqui cabível a interpretação conforme para que a leitura do dispositivo se ajuste ao comando constitucional que contempla o sistema acusatório e princípios como a ampla defesa e a contradição, desrespeitados quando a alteração é procedida e incontinenti proferida a sentença, sem oportunidade de manifestação das partes quanto ao ajuste do tipo penal provocado pelo juízo. Conforme a argumentação supra, a diligência concernente à comunicação das partes sobre a alteração procedida, antes da sentença, atende ao sistema acusatório na maneira encampada pela Constituição. Tanto que, o Projeto de Lei para alteração do Código de Processo Penal, emprestava ao art. 383 a seguinte redação:

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

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

⁵ STF, HC 73389/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 30.04.1996;

⁶ GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo, Processo Penal e Constituição, p. 154.

⁷ PRADO, *Sistema acusatório*, p. 150.

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

§ 3º omissis

§ 4º omissis

Não obstante, o projeto encaminhado para a sanção recebeu modificação considerável, redundando na lei n. 11.719 de 20 de junho de 2008, que entendeu por suprimir os dois primeiros parágrafos (re)conduzindo o texto legal ao malfadado estágio inicial e à já apontada inconstitucionalidade. Repise-se, pelo mecanismo da interpretação conforme, possível enxertar no dispositivo diligência para a cientificação das partes, bastante para redirecionar o processo aos parâmetros constitucionais.

Passa-se ao caso do art. 384 do CPP. O aditamento também é cabível no caso de surgimento de fato, no decorrer da instrução penal, com repercussão na acusação: ampliação do âmbito fático da acusação. Todavia, vedado ao magistrado acrescer à descrição contida na peça inaugural fatos revelados no transcorrer da instrução, como queria o antigo art. 384, caput, do CPP, por violar diretamente o princípio acusatório, vez que a acusação reside justamente no trazimento dos fatos apontados contra o acusado. Igualmente descompassada a providência do parágrafo único do mesmo artigo (antiga redação) para que o juízo provoque o órgão ministerial visando o aditamento da denúncia. Não toca ao julgador instar parte alguma para que adite novos fatos, independentemente da quantidade de pena imposta. O aditamento acerca de novos fatos não descritos na denúncia não pode proceder nem decorrer - direta ou indiretamente, por acréscimo ou instigação - de ato do julgador, mas sim de iniciativa livre da acusação. Nessa linha, o surgimento de novos fatos deve ser percebido e apontado unicamente pela acusação e não pelo juízo, pois neste último caso haveria violação direta ao princípio acusatório. No mesmo raciocínio Paulo Cláudio Tovo escreve que “em qualquer das hipóteses do art. 384 e seu parágrafo único, portanto, sempre é necessário o aditamento, sob pena de admitirmos que o juiz também possa ser acusador, acusador e juiz ao mesmo tempo”⁸. O projeto de lei, retro citado, que objetivava modificar dispositivos do CPP, também propôs uma alteração substancial da redação do artigo, porque não mais encarrega o juiz de proceder ou instar a alteração fática, tratando o procedimento como mero aditamento pelo Ministério Público, senão vejamos:

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

§ 1º Ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para a continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 2º omissis

§ 3º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de três dias.

§ 4º omissis.

De acordo com o retro explanado, a modificação contida no projeto observa o princípio acusatório, afastando o juiz do trazimento dos fatos a julgamento. Contudo, insta considerar que

⁸ TOVO, Paulo Cláudio, Introdução à principiologia do Processo Penal Brasileiro, in Estudos de Direito Processual Penal, livreria do advogado, p. 31.

na oportunidade de sua conversão em lei (n. 11.719), em 20 de junho de 2008, introduziu-se no artigo supratranscrito um parágrafo que consigna: “Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código” (§ 1º). Inescondível o retrocesso operado com a inserção da regra fiscalizadora à carreação dos fatos a serem submetidos a juízo, em atropelo ao princípio acusatório. Não bastasse, quando da conversão em lei, outra alteração foi levada a efeito em desalinho com o sistema constitucionalmente adotado. O penúltimo parágrafo (na lei convolado em § 4º) além de cuidar do número de testemunhas, acresceu que o juiz na sentença ficará adstrito aos termos do aditamento. *Concessa venia*, em observância ao princípio da obrigatoriedade o aditamento não importa na minoração ou no abandono do pedido originário, mas sim na sua alteração pela adição do novo fato, como se de denúncia alternativa se tratasse. Vale notar a lição de Silva Jardim, ao lembrar que o STF decidiu que o aditamento realizado não importa no desfazimento da imputação originária. Nessa linha, escreve que “mesmo que o Ministério Público adite a peça acusatória vestibular para nela incluir fato penalmente relevante que altere a tipicidade, não fica o magistrado impedido de condenar o réu pelo fato imputado anteriormente”⁹, remetendo ao seguinte julgado:

Exegese do art. 384, parágrafo único, do CPP. Nessa hipótese, não fica o juiz impedido de manter a primitiva definição da denúncia. O que a lei não quer e é que venha o réu a ser condenado por fato do qual não haja tido oportunidade para se defender¹⁰.

Conclui o doutrinador, com acerto, que procedido o aditamento, ao juiz caberá apreciar tanto a conduta imputada na denúncia como aquela atribuída no aditamento, cuidando-se de imputação alternativa superveniente, reputando plausível tal providência¹¹. Efetivamente, procedido o aditamento pela iniciativa da acusação, a imputação alternativa se mostra concertada com o sistema acusatório¹². De outra banda, a subtração da imputação originária como pretende a nova redação dada ao artigo 384, §4º, infringe o princípio da indisponibilidade da ação penal. O exame do artigo, com a redação trazida pela Lei n. 11.719/08, reclama interpretação conforme a Constituição, de maneira a apartar: a) a indevida remessa dos autos ao Procurador-Geral (§ 1º), por violação ao princípio acusatório; e b) a censurável adstrição do juiz aos termos do aditamento (§4º, parte final), por desatender a indisponibilidade da ação penal.

⁹ SILVA JARDIM, Direito Processual Penal, p. 154.

¹⁰ STF, RHC, 59837/RJ, Min Néri da Silveira, j. em 27.04.1982.

¹¹ SILVA Jardim, op. cit. p. 154.

¹² Como descreve Silva Jardim, não há prejuízo para a defesa. “Na imputação alternativa a acusação penal é determinada e os fatos são atribuídos aos réus de forma concreta, descritas todas as suas circunstâncias, como quer o art. 41 do Código de Processo Penal. Vale dizer, o réu sabe perfeitamente de que condutas está sendo acusado e delas pode amplamente se defender; apenas se amplia o thema decidendum, ao qual estará sempre vinculada a prestação jurisdicional, daí porque os limites da coisa julgada ficarão ampliados”. (Ação Penal Pública, Ed. Forense, 2001.p.130). Em igual sentido J. Maier, defende a acusação alternativa ou subsidiária: “ella supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que pudean ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas. Una acusación construida de esa forma permite la constestación defensiva, la prueba y la decisión; se observa claramente cómo ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa”. (Derecho Procesal Penal, 574)