

1 – Embargos Infringentes e de Nulidade n. 87498/2018 – Classe: CNJ-421 (Opostos nos autos do Recurso em Sentido Estrito n. 151942/2017 – Classe: CNJ-426) – COMARCA DE RONDONÓPOLIS.

VOTO:

Diante dos acirrados debates travados na sessão passada, o tema debatido — correlação entre a denúncia e a sentença de pronúncia — chamou minha atenção quanto à necessidade ou não de, na situação revelada neste julgamento, proceder-se à *mutatio libelli*.

Importa saber se — tendo o Ministério Público acusado os réus de cometimento de homicídio praticado mediante promessa ou paga de recompensa —, há ou não alteração na base fática/jurídica quando, na fase do *ius accusationis*, se constata que o crime teve motivação diversa.

No caso em comento, o Ministério acusou, na denúncia que ofereceu, que o homicídio se deu por cobiça dos réus Fábio e Valéria, os quais teriam contratado Jean, Uemerson e outros para, **mediante paga de recompensa**, assassinar a Paulo, por conta de uma apólice de seguros da qual Valéria se apresentava como a maior beneficiária.

Entretanto, no decorrer da instrução, por meio das testemunhas Adriana e Karla, descortinou-se que o crime não foi encomendado pelo casal Fábio e Valéria, mas por eles **instigados**, pois, sabendo das desavenças pessoais entre o réu Jean e a vítima Paulo, incutiu-se nele a necessidade de matá-lo para não ser morto.

Por conta do que a defesa chama de “*radical alteração fática narrada na denúncia*”, discute-se a necessidade de aditar a denúncia

e de abrir ensanchas a nova defesa aos acusados, com reabertura da instrução criminal.

Em síntese, este é o imbróglio jurídico em questão.

O princípio da congruência, que tem similitude com o da correlação, inserido no direito processual civil, tem seu eixo central no princípio acusatório, que, segundo José Maria Asencio Mellado, “*constituye el pilar esencial de un proceso penal con garantías y, por extensión o relación, del derecho de defensa em todas sus vertientes*”¹.

O princípio acusatório, que integra o sistema acusatório (e não o inverso), assenta-se no primado constitucional da ampla defesa, que, ao lado do contraditório, constituem a base do “devido processo legal”.

Entrementes, somente se pode falar em **ampla defesa** se o acusado tem acesso irrestrito a todas as informações que integram a pretensão penal deduzida na denúncia.

No processo penal, cumpre assegurar ao acusado o acesso a todas as informações necessárias para organizar sua defesa, assentando-a nos fatos descritos na denúncia, que deve conter, detalhada e pormenorizadamente, todas as suas nuances fáticas e jurídicas.

Que o réu se defende dos fatos, e não da qualificação jurídica que o Ministério se lhes dá, é lição velha que vem desde o sistema inquisitivo medieval, e que tem uma de suas máximas no aforismo *iura novit curia*.

Entretanto, não se pode tratar do princípio da congruência sem compreensão do que vem a ser o **objeto do processo**, que não se confunde com o objeto material do tipo penal.

Nesse ponto, há também que distinguir **fato processual** do **fato penal**. O **primeiro** é representado por um acontecimento histórico,

¹ Derecho Procesal Penal, Estudios Fundamentales, INPECCP, 2017, p. 980.

um fato concreto ocorrido no mundo fenomênico. O **segundo** é uma entidade abstrata, reconhecida no tipo penal. E o que pode ser essencial e relevante para um, pode ser acidental ou irrelevante para outro.

Bem por isso, Gustavo Henrique Badaró preleciona que a expressão “*elemento e circunstância*” do artigo 482 do CPP, tem como referência o fato processual, e não fato penal².

E exemplifica o autor dizendo que se a Tício é imputado ter matado Caio com um fuzil, e ele demonstra que não possuía nem poderia ter usado tal arma, não pode o juiz condená-lo por ter matado Caio com um revólver. Diz também que, se a Tício é imputado ter matado Caio no dia 10 de janeiro, em Palermo, e fique demonstrado que nesse dia estava ele em Veneza, também não pode o juiz condená-lo considerando o crime praticado em 18 de janeiro.

Doutrina conspícuo professor das Arcadas que “ em face do tipo penal do homicídio, é irrelevante se a morte ocorreu com um fuzil ou com um revólver”, (como também) “se ocorreu no dia 10 de janeiro ou no dia 18 daquele mês”. E conclui dizendo: “Isso, porém, não quer dizer que, sendo a imputação a de ter o acusado utilizado um fuzil, no dia 10 de janeiro, a sentença possa condená-lo por ter efetuado disparo de revólver no dia 18. Embora tais alterações sejam irrelevantes do ponto de vista do fato penal, podem ser relevantes do ponto de vista processual” (ob. cit., p. 115 e 116).

Desse modo, ainda que haja homogeneidade entre os tipos penais — cuja proteção tenham em vista o mesmo bem jurídico —, o fato processual é modificado sempre que sofrer alterações em seus aspectos modais, temporais, espaciais ou subjetivos.

Realmente, não se pode dizer que seja indiferente para o réu, acusado de homicídio culposo – provocado por distração dele, por

² Correlação entre Acusação e Sentença, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2013, p. 113,115 e 121.

estar usando o celular quando dirigia –, quando a prova, na instrução processual, mostrar que, na realidade, ele avançou o sinal luminoso de “pare”.

Conquanto o tipo penal seja o mesmo (homicídio culposo), os fatos são diversos, de modo que não pode o juiz, sem ensejar a *mutatio libelli*, acolher fato diferente daquele imputado na denúncia.

Também é lição primária que o **objeto do processo** tem transcendental importância na delimitação dos parâmetros a serem observados na sentença.

Mas o **objeto do processo** não se contém e não serve apenas ao princípio da congruência. Sua finalidade se espalha a outros objetivos. É por ele que se fixa a competência, afere-se a litispendência, define a extensão da coisa julgada, fixam-se os parâmetros de provas, determina-se a condição do agente passivo da imputação (se autor, coautor ou partícipe) e se delimita o âmbito recursal.

Na doutrina formaram-se duas correntes quanto ao “objeto do processo”. A **primeira** assentada no fato naturalístico, em si e por si, independentemente da qualificação jurídica que se lhe atribua (teoria naturalística). A **segunda**, na qualificação jurídica do fato dentro de algum tipo penal (teoria normativa), com inserção de critérios jurídicos³.

A primeira tem como seus expoentes, dentre outros, López Barja de Quiroja⁴, Gustavo Henrique Badaró⁵, Klaus Volk⁶, Eduardo Jauchén⁷]. Na segunda corrente desfilam autores de nomeada, como José

³ Jaime Bernal Cuelle e Eduardo Montealegre Lynett. (El Proceso Penal, Estructuras e garantías procesales, 6. Ed., 2013, Ed. Universidad, Externado de Colômbia, p. 832), considera uma terceira teoria (mista), formada pelas duas outras. Igualmente, Augustin Jesus *et al* (Derecho Procesal Penal, Ed. Thomson Reuters, Civitas, 3. ed., 2014, p. 188).

⁴ Tratado de Derecho Procesal Penal, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 6. Ed., 2014, T.I, p. 192.

⁵ Correlação entre Acusação e Sentença, Ed. Revista dos Tribunais, 3. Ed., 2013, p. 155.

⁶ Curso fundamental de Derecho Procesal Penal, Ed. Hammurabi, 2016, p. 198.

⁷ Tratado de Derecho Procesal Penal, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2013, T.II, p. 328.

Maria Asensio⁸, Juan Montero Aroca⁹, Claus Roxin¹⁰, Vicente Gimeno Sendra¹¹ *et al*¹².

Importante ressaltar que, na definição do que vem a ser “objeto do processo”, o que se deve ter em conta é a **imputação** que a denúncia formula contra o acusado, que é veiculada por meio de uma pretensão punitiva. É ela que deve permanecer inalterada, do começo ao fim do processo.

E já me adianto em dizer que cerro fileiras com o setor da doutrina que abraça o entendimento de que a **imputação** não é representada apenas pelo acontecimento real da vida atribuído ao acusado, mas também da qualificação jurídica que se dá a ele.

A melhor doutrina está no posicionamento de que, para satisfação do princípio universal do amplo direito à defesa, não basta manter inalteráveis os fatos, porque ao juiz se presume saber e conhecer o direito – *iura novit curia*.

Verdade é que não se deve considerar a **imputação** apenas em seu aspecto fático, apartando-o de sua significação jurídica.

O processo penal não pode ser compreendido fora do direito penal, sob pena de dissociá-lo do sistema, que, pelo próprio sentido da palavra, abarca um conjunto de normas que regulam o poder punitivo do Estado e sua forma de realizá-lo.

O fato que interessa ao direito penal é apenas aquele com significação jurídica.

Como lembra Michele Tarufo, “*es el derecho que define y determina lo que em el proceso constituye el hecho*”, pois “*es precisamente la dimensión jurídica del ‘hecho de la causa’ la que permite*

⁸ Derecho Procesal Penal, Estudios Fundamentales, Ed. INPECCP, 2017, p. 982.

⁹ Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal, Ed. Tirant lo Blanc, 25ª. ed., 2017, p. 121.

¹⁰ Derecho Procesal Penal, Ed. Del Puerto, 3. Ed., 2006, p. 160.

¹¹ Derecho Procesal Penal, Ed. Thomson Reuters, Civitas, 2 ed., 2015, p. 210 a 213.

identificarlo, distinguiéndolo y extrayéndolo de la ilimitada variabilidad e indeterminación de la realidad”¹³.

Embora não se possa dizer que o *iura novit curia* tenha caído em desuso, certo é que a doutrina e a jurisprudência mais abalizada tem lhe emprestado matizes diferentes para considerar o fato dentro do nível de importância jurídica que a norma lhe dá.

Se bem observarmos, a **imputação** – verificada por meio de uma pretensão processual – é composta não apenas pelo fato concreto da realidade humana, mas pela significação que ele tem para o direito penal, da subsunção dele a uma figura típica.

Não raras vezes, a variação jurídica implica em alteração relevante para a defesa, o que faz com que, **verificada a surpresa**, deve-se dar ouvidos ao contraditório.

Assim, a imputação não é estruturada apenas no **fato**, mas também na sua consideração jurídica, pois é ela que dá ao Estado a autoridade para manifestar seu poder punitivo.

Como bem acentua Maximiliano Rusconi, “*en realidad, los hechos no se imputan, sino que se describen. La imputación como tal representa um fenómeno em gran medida cultural que conlleva un juicio de valor que sólo se expresa cuando el hecho se apodera de la norma. Por otro lado, la organización del camino probatorio no está indicado de ningún modo en el mero hecho, sino que viene organizado por aquellos seguimientos del hecho que dan contorno a la acción como um comportamiento desvalorado. Ese ángulo de visión es el que permite advertir la diferencia entre el ofrecimiento estratégico de um camino probatorio y el caminho científico propio de una investigación empirica”¹⁴.*

¹³ *apud* Maria Belém Salido, *El Iura Novit Curia*, Editorial IBdeF, 2018, p. 153.

¹⁴ *El Sistema Penal desde las Garantías Constitucionales*, Ed. Hammurabi, 2013, p.114.

E não se pode negar que o acusado, na realização de sua defesa, se guia não apenas pelo fato descrito na denúncia, mas igualmente pelo enquadramento legal que se lhe dá.

Nessa ordem de ideias, é equivocado o entendimento de que o réu se defende apenas dos fatos, e que são irrelevantes as figurações legais dadas na denúncia.

O que deve permanecer inalterado não é apenas o fato em si, mas, tanto quanto permitido, também o significado jurídico imputado na denúncia, pois não é possível cindir um do outro, até porque *“es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho”*¹⁵

Por isso, em havendo alteração na qualificação jurídica, que importe modificação nos elementos essenciais e circunstanciais do crime, cabe oportunizar ao réu manifestar sobre a nova qualificação jurídica que se dá ou se pretende dar.

Não estou a afirmar que não pode o juiz, em qualquer circunstância, modificar a qualificação jurídica empregada na denúncia, ainda que deva aplicar pena mais grave.

O que importa averiguar, diante da descrição fática feita na peça acusatória, é se era possível, à defesa, saber precisamente da imputação que estava a se defender.

Em permanecendo inalterados os fatos, e não permitindo eles mais de uma interpretação jurídica, tem o juiz ou tribunal a liberdade de requalificá-los, corrigindo o(s) erro(s) ou equívoco(s) da denúncia.

Contudo, sempre que houver **surpresas** para a defesa, nas situações em que ela não tinha razões para acreditar em posterior alteração na qualificação jurídica, deve ser chamada a se manifestar sobre a possibilidade alvitrada, seja pela acusação, seja pelo juiz.

¹⁵ Michele Tarufo, *apud* Maria Belém Salido, *ob. cit.*, p. 153.

Noutros termos, para fins de aferição da congruência, sempre haverá **fato novo** quando o anunciado na imputação não coincidir com o reconhecido na sentença, pela introdução de circunstâncias fáticas ou jurídicas **não previsíveis ao réu**, que o tenham impedido de valer-se das defesas correspondentes.

Também não é de se exigir, diante das várias interpretações e qualificações jurídicas que se possam dar aos fatos narrados na denúncia, que a defesa desfie a esmo um rosário de teses, como num jogo de adivinhações.

O princípio da congruência busca, em última análise, impedir que a defesa se veja surpreendida, na sentença, com o reconhecimento de fatos ou teses jurídicas sobre os quais viu-se afetada em suas estratégias.

Sabemos que o objeto do processo, no decorrer do processo – especialmente após a atividade probatória –, pode sofrer alteração pelo descobrimento de aspectos que provocam oscilação no fato ou no tipo penal descrito na denúncia.

Apesar de nossa lei processual não conter nenhuma previsão expressa, como a espanhola, parece-me correto afirmar que a imputação feita na denúncia expressa uma **conclusão provisória**, porque, ao fim e ao cabo, é possível que venha ela experimentar alteração de ordem substancial e/ou circunstancial, o que abriria ensejo à *emendatio* ou à *mutatio libelli*, conforme a situação.

Em assim sendo, o **objeto do processo** somente se estabiliza após a instrução criminal, quando os fatos, com seus contornos jurídicos, ficam estabelecidos em caráter definitivo.

De qualquer sorte, em relação à imputação inicial ou à definitiva, o réu não pode ver-se **surpreendido** por fatos sobre os quais não se manifestou.

Daí a importância que se dá à denúncia, exigindo-se que ela contenha “*a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*” (CPP, art. 41), pois é somente desse modo que se possibilita ao réu uma defesa efetiva.

Repito: não há contraditório sem informação. O réu somente pode se defender daquilo que tem conhecimento.

Em razão disso, se reclama que a denúncia seja **precisa e exata** na descrição dos fatos aos quais se atribui uma ou mais tipificação penal, pois é ela que fixa o marco fático e jurídico da imputação, que a defesa há de tomar como referência.

A atividade defensiva perde sentido se o réu não souber como desenvolver suas atividades por falta ou deficiência de informações na denúncia.

Por conseguinte, há íntima conexão entre **informação** e **defesa**, porque o réu monta sua resistência de acordo com o cenário fático--jurídico colocado na denúncia.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso “Mattocia v. Italia”, considerou que os detalhes do crime assumem papel preponderante no processo penal, e que o acusado deve ser cientificado **em detalhes** sobre a causa da acusação. Considerou ainda que, em assuntos penais, a informação detalhada e completa das acusações contra o réu (art. 6º, §§1º e 3º) é um pré-requisito essencial para garantir que os processos judiciais sejam justos.

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no caso Fermín Ramirez v. Guatemala (Sentença de 20 de junho de 2005, série C, n. 126), lembrou que o papel da acusação deve ser considerado *vis-à-vis* ao direito de defesa, e que a descrição material da conduta imputada na denúncia constitui referência indispensável para o exercício da defesa do imputado e a consequente consideração do julgador

na sentença. Afirmou que ao réu cabe o direito de conhecer, através de uma descrição clara, detalhada e precisa, os fatos que se lhe imputam. Reconheceu a possibilidade de modificação da qualificação jurídica durante o processo, tanto pelo acusador quanto pelo juiz, desde que se mantenham, sem variação, os mesmos fatos **e se observem as garantias processuais previstas em lei para levar o caso à nova imputação.**

Pedro Penalva “*puntualiza que, en puridad, el derecho a vir informado de la acusación es presupuesto de la garantía genérica de defensa y del debido proceso, así como un imperativo inescindible del principio acusatorio*”¹⁶.

Não se pode olvidar que o princípio da congruência se relaciona com o direito à defesa.

O direito ao contraditório e à ampla defesa dá ao acusado a garantia de poder elaborar sua defesa com base em argumentos e provas específicas, voltados a neutralizar ou minimizar a imputação.

Na organização de suas razões, o réu somente pode ter em conta a descrição dos fatos e a qualificação jurídica que a denúncia lhes dá.

Por isso carece ter, previamente, conhecimento preciso, detalhado e pormenorizado dos fatos – e da sua significação jurídica –, para colocá-lo em condição de armar suas estratégias e, assim, influir no pronunciamento do juiz.

E essa estrutura se deita não apenas quanto aos fatos, mas também quanto à relevância jurídica deles, pois “*no hay imputación legítima de um hecho que no puede ser abarcado por una norma jurídico-penal*”¹⁷.

¹⁶ *apud*, César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, Ed. Grizley, 3. ed., 2014, p. 675.

¹⁷ Maximiliano Rusconi, *ob. cit.*, p. 93.

Deve-se levar em linha de conta ainda que toda a atividade probatória do réu está centrada na(s) tese(s) desenvolvida(s) e articulada(s) na defesa, elegida(s) para convencimento de sua inocência.

A imputação, somada à contestação, firmam a identidade fática e jurídica da produção probatória.

É a denúncia, então, junto com a defesa, que oferece as bases objetiva e subjetivas sobre as quais deverão recair as provas e os debates orais, ambos voltados ao convencimento do juiz, que deles não pode se apartar.

Tudo quanto importe em **surpresa** para a defesa, sobre o qual o imputado viu-se impossibilitado de questionar e enfrentar com argumentos e provas, esgarça o direito à ampla defesa.

É prejudicial ao direito à defesa e ao contraditório toda a situação em que o réu se vê surpreendido por uma alteração substancial dos fatos ou da subsunção normativa deles, surgida quando preclusa sua possibilidade de rebatê-los e contestá-los com argumentos e provas.

São os articulados argumentativos das partes que formam o objeto das provas, e estas prestam à demonstração do que se alegou. E qualquer degeneração fática prejudica o direito à prova, tanto no que diz respeito àquelas a cargo da acusação, quanto às referentes à defesa.

As provas são orientadas pelos fatos afirmados e contestados.

O direito à ampla defesa alberga duas faces: a de rebater a acusação em todos os seus termos, e a de apresentar provas que corroborem suas alegações, ou que enfraqueçam as do Ministério Público.

A prova, sendo uma atividade direcionada a convencer o juiz, deve, necessariamente, versar sobre aquilo que tem relação com a **imputação**. Fatos não alegados não podem ser contrariados nem provados.

Nessa ordem de ideias, aspectos ocultos ou desconhecidos da imputação, que, por isso, não mereceram contestação, impossibilitam a atividade probatória em relação a eles.

Os fatos submetidos à prova são apenas aqueles que foram objeto de dialética travada em contraditório. Toda a atividade da defesa se revela em vão quando é surpreendida sobre aspectos da conduta imputada, sobre os quais não se permitiu ao réu controvertê-los.

Em outras palavras, o réu não pode ser condenado por comportamento diferente do assinalado na denúncia, salvo quando, havendo homogeneidade ou identidade (total ou parcial) entre os tipos, se puder proceder à *mutatio libelli*, com preservação do contraditório e da ampla defesa.

A remodelação permitida no *iura novit curia* é aquela verificada em aspectos não relevantes do fato imputado.

Todavia, viola o princípio da congruência – e, pois, da ampla defesa –, quando a variação acarrete o aparecimento de um dado fático ou jurídico com transcendência na defesa, sobre o qual o imputado não questionou nem enfrentou por meio de provas¹⁸.

Há alteração fática quando se modificam os aspectos modais, temporais e espaciais do delito, que devem ser aferidos em face da defesa apresentada. Também a alteração da qualificação jurídica pode ser surpreendente à defesa nas situações em que houver o que a doutrina argentina chama de “*variación brusca o sorpresiva de la qualificación jurídica*” (Horácio J. Romero Villanueva e Ricardo A. Grisetti, Código Procesal Penal de lá Nación, Ed. Abeledoperrot, 2015, T.III, p. 162, e Júlio B. J. Maier, *ob. cit.*, p. 534), notadamente quando o tipo penal escolhido pelo juiz contenha elementos objetivos e subjetivos, tanto descritivos como normativos, que importem uma mutação essencial e relevante em

¹⁸ cf. Júlio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad Hoc, 2016, T.I, p. 533.

comparação à contida na acusação, e que, como tal, em consequência, não pode ser prevista nem refutada pela defesa técnica¹⁹.

Como se vê, não basta a existência de uma simples relação temática entre o delito imputado na denúncia e o reconhecido na sentença.

A regra que prepondera em termos de modificação da imputação é que não se tolera, em hipótese alguma, ser o réu surpreendido com o desvelamento de fatos ou circunstâncias com relevância jurídica, com respeito às quais não orientou sua defesa.

O fato novo, introdutor de uma modificação relevante, pode também residir nos **motivos** do crime, o que torna não apenas recomendável, mas necessário, dar oportunidade à defesa de desarticular a imputação, aduzindo provas que a desconstituam ou que corroborem a nova tese que venha a desenvolver.

Quanto a esse aspecto, cumpre ressaltar que são os **motivos** que explicam o crime.

O crime tem seus significados nos motivos, e é a conduta do agente, antes, durante e após o delito, que qualifica a gravidade dos motivos, dando-lhe significação jurídico-penal.

Pedro Vergara, em maravilhosa obra sobre o tema, lembra que “*o crime é, sem dúvida, para Ferri, como para todos os criminalistas da sua escola, uma anomalia, mas o motivo é que nos dá a medida de tal aberração e nos abre caminho, através da personalidade do delinquente, para desvendá-la e compreendê-la*”²⁰.

Em outro passo de sua monumental obra, assevera que é nos motivos que reside a significação mesma do crime: “*abstraia-se dos motivos, suprimam-se as causas psicológicas da ação delituosa, e o delito*

¹⁹ cf. Eduardo Jauchen, Tratado de Derecho Procesal Penal, Editora Rubinzal – Culzoni, 2013, T. II, p. 329.

²⁰ Dos motivos Determinantes no Direito Penal, Forense, 1980, 2. ed., p. 84.

se mostrará inexplicável e incompreensível. Um crime sem motivos quase não se concebe. Nem mesmo o crime cometido por um alienado, ou por um delinquente instintivo ou louco moral, pode ser isolado de uma causa psicológica desencadeante. É de tal natureza importante a questão dos motivos do malefício que o seu mistério, a sua ignorância, a dificuldade em descobri-lo, constitui a tortura e a angústia dos advogados e dos juízes, na prática diuturna dos tribunais. Quando não se desvenda o motivo do crime, tudo é perplexidade; a pena pode ser aplicada, o réu pode ser punido; mas no espírito de cada um permanece sempre a dúvida e o silêncio do réu ou das circunstâncias a este respeito, inclinam logo, as consciências para um julgamento favorável que beneficia o infrator. E, pelo contrário, quando se revela o motivo, o espírito se ilumina e todos experimentam uma sensação de apaziguamento íntimo. E que só a comprovação do motivo nos indica a verdadeira intenção do acusado, as condições em que ele se movia, a maior ou menor resistência que ele podia oferecer ao impulso delituoso e, sobretudo, a justiça ou injustiça do seu ato. Achar o motivo do crime, pois, é sair de uma teia emaranhada de incertezas para uma convicção segura, a que os fatos objetivos servem de referência e sustentáculo”²¹.

E arremata o notável autor pondo ênfase na importância dos motivos para a ação delituosa: “*são eles que a suscitam, são eles que a dirigem; são eles que a determinam e são eles, por fim, que lhe dão intensidade e valor jurídico-penal*”²².

No caso posto em julgamento nestes embargos infringentes, verificou-se, como já exposto alhures, que o Ministério Público imputou motivo mercenário ao crime, que teria sido cometido mediante **paga ou promessa de recompensa**.

²¹ *Ob. cit.*, p. 60.

²² *Ob. cit.* p. 113.

Contudo, a atividade probatória trouxe a lume um novo aspecto do crime, não contido, explícita ou implicitamente, na denúncia: o de que o homicídio teria sido **instigado** pelo casal Fábio e Valéria, aproveitando da inimizade e desavenças pessoais entre o executor material do crime e a vítima.

O próprio Ministério Público, em suas alegações finais, reconheceu que houve modificação nos motivos do crime, mas não a ponto de exigir a *emendatio* ou *mutatio libelli*.

Entrementes, como se viu acima, há fato novo – para efeitos de congruência entre a denúncia e sentença –, quando a alteração operada trazer para a defesa surpresa no tocante a aspecto relevante do crime, como é a **motivação dela**.

Ora, não basta que o crime se identifique, nem que haja homogeneidade entre o delito imputado na denúncia e o reconhecido na sentença.

O princípio da congruência exige e impõe que a identidade vá além da conservação, na sentença, do mesmo tipo penal apontado na denúncia. Mostramos, a mais não poder, que toda a mudança fática verificada na conduta ou na motivação do crime atribuído na denúncia, provoca surpresa e, por isso, reclama a intervenção da defesa.

Pouco importa que o crime não se altere. Não é a classificação do crime o referencial necessário e absoluto que se deve ter em consideração na sentença, mas principalmente os elementos do fato imputado, em seus aspectos objetivos e subjetivos.

É o núcleo central da conduta atribuída que deve permanecer inalterado, pois, como obtempera Horácio J. Romero Villanueva, nada servirá ao acusado ser ouvido sobre uma imputação se se

permitir que, posteriormente, possa ela ser mudada ou convertida em outra diferente²³.

O princípio da congruência tem, em sua essência, a conservação, na sentença, da mesma plataforma fático-jurídica apresentada na imputação, sobre a qual as partes desenvolveram suas atividades argumentativas e probatórias.

Nem pense que, em surgindo a verdadeira motivação do crime no decurso da instrução criminal – pelo recolhimento de provas tomadas sob o crivo do contraditório –, e em tendo as partes a oportunidade de se manifestar sobre elas em alegações finais, fica arredada a infringência ao princípio da congruência.

Em termos de congruência, de simetria entre denúncia e sentença, **os fatos afirmados prevalecem sobre os provados**. Vale dizer: ainda que demonstrados na instrução criminal, se não foram alegados na denúncia, não se permite serem considerados na sentença.

Já pontuamos que cabe à denúncia especificar, com precisão, a ação ou omissão irrogada ao acusado, com informação detalhada da conduta dele. Se ela atribui ao réu a conduta de cooperação em um homicídio, há alteração na base fática se depois, pelas provas amealhadas na instrução, se descobrir que a participação dele se deve a título de **instigação**.

Nessa situação, o fato não pode ser considerado o mesmo, pela modificação do núcleo central da conduta criminada.

Não obstante a importância da qualificação jurídica na imputação, certo é que são os fatos que constituem a espinha dorsal dela, de maneira que, especialmente eles, devem se manter inalterados.

Qualquer cambiamento neles, notadamente nas circunstâncias objetivas ou subjetivas do delito, pode resvalar na

²³ *Ob. cit.*, p. 1692.

modificação do tipo penal ou em aspectos que o qualificam, quando não, no agravamento da pena.

Se a modificação operada na imputação acaba por criar novos e relevantes pontos de discussão, cumpre ao juiz dar ensejo a que sobre ela se pronuncie a defesa, e não sobressaltá-la com improvisações.

A liberdade que o juiz tem de mover-se dentro da qualificação jurídica (*iura novit curia*) tem como pressuposto necessário e indispensável a inalterabilidade dos fatos, como acontecimento histórico da vida.

Repito: o fato deve se manter o mesmo, da denúncia à sentença. Qualquer transmutação nos seus elementos essenciais ou circunstanciais, que traduzam em vulneração ao direito de defesa, transgride o princípio da congruência, ainda que se mantenha a homogeneidade entre o tipo imputado e o sentenciado, e que ambos protejam o mesmo bem jurídico.

Neste sentido orienta o Tribunal Constitucional Espanhol: “*nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defender-se (...). En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente em los términos del debate, tal como han sido planteados em las pretenciones de la acusación (...) no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración em la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse*”²⁴.

O juiz deve ter sempre em mente que a defesa técnica é orientada pela descrição do fato histórico, ao qual se dá qualificação jurídica, de forma que qualquer modificação introduzida na denúncia quanto a ele, obriga-o a admoestá-la para os aditamentos necessários.

²⁴ Luis Miguel Reyna Alfaro, *ob. cit.*, p. 319.

De somenos importância também que a modificação executada beneficie o réu, como quando o juiz reconheça crime menos grave, pois o que se avalia “*no es la gravedad del tipo penal, sino las opciones reales de defensa que tiene el procesado frente a la imputación que se formula*”²⁵.

É equivocado, *data venia*, o entendimento de que, por a alteração processada ser mais benéfica ao réu, não pode ele reclamar da falta de correlação entre a denúncia e a sentença.

A questão não pode ser tratada tão somente com base na pena, mas na culpabilidade, pois o réu pode ser inocente, aliás, a Constituição Federal o presume até o trânsito em julgado.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Sadak e outros vs. Turquia*, entendeu que a mera requalificação jurídica que o juiz dá aos fatos, surpreendendo o réu, obriga aquele a permitir a este a reorganização da sua defesa, com argumentos e prova.

Naquele caso, *Sadak e outros* 3 (três) integrantes da Assembleia Nacional da Turquia e do Partido Democrata foram denunciados de traição à integridade do Estado, delito esse tipificado no art. 125 do Código Penal da Turquia, cujo preceito secundário estabelecia a pena de morte.

Na audiência final, o Tribunal Nacional de Ankara deu conhecimento aos réus de uma mudança na qualificação jurídica, atribuindo-lhes, sem que houvesse alteração na plataforma fática estabelecida na denúncia, a prática de organização armada, com previsão de pena privativa de liberdade, estabelecida no art. 168 do Código Penal Turco, a qual foram sentenciados a 15 (quinze) anos de reclusão.

Após esgotamento dos Tribunais de Alçada, que confirmaram a sentença, os réus bateram às portas da Corte Europeia de

²⁵ *Idem*, p. 318.

Direitos Humanos, alegando violação de vários direitos contidos na Convenção Europeia, entre eles o de não se ter observado o princípio da correlação, prejudicando o direito à defesa.

Na defesa que o governo turco apresentou à Corte, argumentou que o Tribunal Nacional não podia ser reprochado por requalificar os fatos, uma vez que ela havia beneficiado os imputados, pois a nova tipificação continha pena menos grave que aquela prevista na denúncia.

A Corte Europeia anulou o julgamento e afastou esse argumento entendendo que, não obstante a melhora na posição jurídica dos réus, foram infringidas as cláusulas convencionais relacionadas ao devido processo legal, por não se haver realizado a modificação na acusação, nem permitido que sobre ela manifestasse a defesa.

Nesse julgado, ficou assentado que constitui **dado irrelevante** que a mutação em questão prejudique ou beneficie o imputado em termos de rigor punitivo. O que importa é a compatibilidade da prerrogativa jurisdicional de requalificar o tipo penal descrito na denúncia, *“es el respeto en el trámite procesal que se siga de las atribuciones relacionadas com el ejercicio de la defensa: comunicación detallada y oportuna de los nuevos cargos, concesión de tiempo y medios para replantar la respuesta defensiva, etc”*²⁶

Assim, não importa que a modificação atue em benefício do acusado: o que está em jogo é o direito de defesa, de argumentar e provar o que entenda ser relevante e útil à sua situação jurídico-processual.

Corolário disso é que não se pode cogitar em verificação da “existência de prejuízo”, que informa nosso sistema de nulidades.

²⁶ Maria Belém Salido, ob. cit., p. 118 a 124.

Sempre que houver quebrantamento do direito de defesa, o prejuízo é presumido *iuris et de iure*.

A sentença penal não pode desbordar do que contém a denúncia, salvo quando se permita ao réu o direito de contradizer e provar a situação nova.

Klaus Volk predica que “*solo es hecho descrito en la acusación es ‘objeto de la sentencia’ (§264). El tribunal no está autorizado a sobrepasar los limites dos hechos (formulado perfectamente en el §155, inc. I). De otro modo, se lesionaria el principio acusatório; faltarían los presupuestos procesales de la acusación*”²⁷.

A sentença não pode contemplar situações não trabalhadas pelas partes no procedimento – *sententia debet esse conformis libelo*.

Aliás, os princípios da boa-fé e da lealdade processual são transgredidos quando o réu é sobressaltado com uma condenação deitada sobre fatos que, por ignorá-los, não se contrapôs a eles.

Assim, sempre que, ao fim da instrução, o juiz ou o Ministério Público visualizarem a possibilidade de a sentença contemplar fatos diversos ou de se dar a eles nova qualificação jurídica, que possibilitem surpresas à defesa, é imperioso propiciar a manifestação dela, com a reabertura da instrução probatória, se necessário.

No caso em comento, a dita providência me afigura indispensável.

Embora estejamos a tratar de decisão interlocutória (o que se recorre é da sentença de pronúncia), a aferição da correlação continua a ser entre a denúncia e o veredito do Tribunal do Júri.

Acontece que, no procedimento escalonado dos crimes contra a vida, a pronúncia se apresenta como um filtro da acusação, na qual

²⁷ *Ob. cit.*, p. 198

se destacam os fatos e as implicações legais deles decorrentes que poderão ser levados a debates no Tribunal do Júri.

Em razão disso, o princípio da correlação guarda intensa pertinência na sentença de pronúncia, máxime porque é ela que dá os parâmetros da quesitação aos jurados.

Aliás, importa anotar que, na sentença de pronúncia, o juiz há de marcar os fatos, e a importância jurídica deles, que irão compor a quesitação, com as justificações necessárias (v.g., o réu cometeu o crime por motivo fútil, **porque viu sua namorada conversando com a vítima?**).

Não basta a apresentação genérica do tipo penal (v.g., o réu praticou o crime por motivo fútil?), exigindo-se mesmo a explicitação dos fatos e circunstância que justifique o quesito, pois “*não é tarefa dos jurados avaliar um conceito jurídico, mas tão somente verificar a existência de substrato fático [...]. Destarte, se não há menção a um fato definido que expressa a futilidade ou a torpeza ou que retrate um determinado recurso que torne impossível a defesa da vítima, a qualificadora não tem condições de ser corretamente quesitada*”²⁸.

Essa afirmação avulta a nulidade da sentença de pronúncia, questionada nestes embargos infringentes, haja vista que, conquanto a tipificação não se tenha sofrido alterações em relação a Fábio e Valéria, e sido mais benéfica aos demais acusados, houve mudança **na motivação do crime**, com reconhecimento de uma situação jurídica – que será levada à quesitação dos jurados – sobre a qual não tiveram as partes oportunidade de se manifestar, nem de provar.

De observar, ainda, como bem fizeram os eminentes desembargadores Paulo da Cunha e Luiz Ferreira, que a motivação, agora descoberta, reconhecida na sentença de pronúncia, pode ensejar a invocação do homicídio privilegiado.

²⁸ Walfredo Cunha Campos, Tribunal do Júri, Teoria e Prática, Ed. Atlas, 4. ed., p. 318 e 319.

Mas não apenas isso, uma vez que o reconhecimento de que o crime teria sido **instigado** pelo casal pronunciado, poderá render ensejos à formulação de quesito relacionado à circunstância agravante do artigo 62, III, do Código Penal, sobre o qual **também** não puderam se defender.

Em assim se apresentando a questão, houve, inquestionavelmente, ofensa ao direito de defesa, do qual o princípio da correlação é corolário.

Posto isso, acompanho o relator para prover o recurso, nos limites estabelecidos em seu voto.