

**Três teses sobre a inconstitucionalidade
substancial do art. 383 do CPP:
por que o réu não se defende (apenas) dos fatos**

*Three theses on the substancial
unconstitutionality of the art. 383 CPP:
why the defendant does not defend himself (only) from facts*

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Advogado Criminalista.
ricardogloeckner@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo enfoca a questão da instrumentalidade constitucional do processo penal a partir da correlação entre a imputação e a sentença. Justifica-se a abordagem em razão da forma demasiadamente simplista e reducionista como o assunto vem sendo tratado na doutrina e jurisprudência brasileiros. Pretende-se enfrentar o assunto também através da análise do caso de Mario Drassich a partir do qual será analisado a dicotomia das questões de fato e de direito, como superação do modelo positivista. Será também sustentada, sob essa perspectiva, a inconstitucionalidade do art. 383 do CPP, com a apresentação de diversos problemas relacionados e sintetizados em três argumentos.

PALAVRAS-CHAVE: Instrumentalidade constitucional do processo penal. Correlação entre imputação e a sentença. Dicotomia entre questões de fato e de direito.

ABSTRACT: *This article focus on the question of the constitutional instrumentality of the criminal procedure from the correlation between the imputation and the sentence. This approach is justified by the reason of the simplistic and reductionist shape of how the subject has been treated by the brazilian doctrine and the jurisprudence. It is intended to face the problem also by the analyses of the Mario Drassich case, from what will be analyzed the dichotomy between question of fact and law, as a suppurations of the positivism model. It will be also sustained, under this perspective, the unconstitutionality of the art. 383 of the CPP, with the presentation of severals problems related and synthesized in three arguments.*

KEYWORDS: *Constitutional instrumentality of criminal procedure. Correlation between imputation and sentence. Dichotomy between question of fact and law.*

1. UMA BREVE EXPLICITAÇÃO DO NÚCLEO DA QUESTÃO: HERMENÊUTICA DISFORME DO IURA NOVIT CURIA?

Tomando-se como premissa da qual se parte a instrumentalidade constitucional do processo penal,¹ o tema do princípio da *correlação entre imputação e sentença*² carece de maiores aprofundamentos. Salvo raras exceções,³ a doutrina costuma, ao reproduzir máximas e verbetes jurisprudenciais, retroalimentar um sistema acrítico de categorias processuais penais. Vale dizer, além da teoria geral do processo, a carregar de sentido inúmeros conceitos processuais penais, tratando-os

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podium, 2013.

² Utiliza-se o termo imputação, ao revés de acusação, como tradicionalmente se apresenta o termo, a partir da seguinte consideração: por acusação entende-se a potestatividade do Ministério Público em denunciar alguém (substituindo-se, portanto, o termo ação).

³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; MALAN, Diogo. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

como se fossem privatísticos (veja-se temas como objeto do processo, ação penal, nulidades, etc), tem-se ainda, a sobrevivência umbrática de conceitos pandectísticos e romanísticos, como se tais categorias pudessem de fato, dada a complexidade de nossa sociedade, fazer algum sentido. Evidentemente que a tradição jurídica não pode ser simplesmente esquecida ou neutralizada a partir de um giro linguístico que estabeleceria uma espécie de marco zero da linguagem.⁴ Tampouco a aplicabilidade de conceitos escolásticos, reatualizados a partir da metafísica da consciência podem servir de critérios oportunos nesta quadra do constitucionalismo contemporâneo.

No âmbito do presente ensaio parece-nos inarredável a circunstância de que velhos axiomas ou brocardos como *iura novit curia, da mihi factum dabo tibi jus* são manifestamente simplistas em demasia para explicitar as situações jurídicas que ocorrem no curso do processo penal. Se por um lado, o princípio da estrita jurisdicionalidade (*nulla poena sine iudicio*), como demonstrou FERRAJOLI⁵, constitui-se como uma garantia constitutiva do processo penal contemporâneo, igualmente o princípio da correlação (ou congruência) entre imputação e sentença, no processo penal, ainda merece ampla dedicação da doutrina para lhe traçar seus contornos. Esta a tarefa basilar do ensaio, como já dito.

Basicamente, a doutrina processual penal e a jurisprudência brasileiras tratam as questões do mencionado princípio a partir de uma leitura reducionista, filtrando o princípio da correlação entre imputação e sentença, de matriz constitucional, através dos arts. 383⁶ e 384⁷, ambos do Código de Processo Penal Brasileiro recentemente

⁴ STRECK, Lênio L. *O que é Isto? Decido Conforme Minha Consciência*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.

⁶ *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.

⁷ *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

modificado pela Reforma de 2008. Em síntese, reasentando a logística autoritária do Código de Processo Penal de 1941, o princípio da correlação entre imputação e sentença apresenta-se como um obstáculo ao bom funcionamento da justiça criminal. Como via de regra, a doutrina atribui pouca expressão à Exposição de Motivos – para não dizer desconhecimento – esquecendo-se do caldo cultural de onde brota a *epistème* inquisitorial. Aqui, imprescindível citar-se textualmente as palavras do Ministro Francisco Campos para se poder verificar que pensamento político se encontra amalgamado na categoria sentença, objeto que, segundo a formatação do próprio CPP, conteria o princípio da congruência:

“O projeto, generalizando um princípio já consagrado pela atual Lei do Júri, *repudia a proibição de sentença condenatória ultra petítum ou a desclassificação in pejus do crime imputado (grifo meu)*. Constituída um dos *exageros do liberalismo o transplante dessa proibição, que é própria do direito privado, para a esfera do direito processual penal (grifo meu)*, que é um ramo do direito público. O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos (grifo meu). Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um *quantum* de pena injustificadamente diminuta, *só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena (grifo meu)*. Em razão do antigo sistema, ocorria, frequentemente, a seguinte inconveniência: não podendo retificar a classificação feita na denúncia, para impor ao réu sanção mais grave, o juiz era obrigado a julgar nulo o processo ou improcedente a ação penal, conforme o caso, devendo o Ministério Público apresentar nova denúncia, se é que já não estivesse extinta a punibilidade pela prescrição. Se o réu estava preso, era posto em liberdade, e o êxito do segundo processo tornava-se, as mais das vezes, impossível, dado o intercorrente desaparecimento dos elementos de prova. Inteiramente diversa é a solução dada pelo projeto, que distingue duas hipóteses: o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na denúncia ou quei-

Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

xa, mas esta o classificou erradamente; ou o fato apurado ocorreu em circunstâncias diversas não contidas explícita ou implicitamente na peça inicial do processo, e estas deslocam a classificação. E os dois casos são assim resolvidos: no primeiro, é conferida ao juiz a faculdade de alterar a classificação, ainda que para aplicar pena mais grave; no segundo, se a circunstância apurada não estava contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, mas não acarreta a nova classificação pena mais grave, deverá o juiz conceder ao acusado o prazo de 8 (oito) dias para alegação e provas, e se importa classificação que acarrete pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público adite a denúncia ou a queixa e, em seguida, marcará novos prazos sucessivos à defesa, para alegações e prova⁸

Como se pode perceber, cuida-se de uma estrutura processual absolutamente infensa a qualquer norma limitadora tanto dos poderes judiciais quanto daqueles pertencentes à acusação. Entretanto, para fins de exame da matéria, devemos chamar a atenção para a circunstância de que tanto nas normas disciplinadas nos arts. 383 e 384 do CPP quanto na própria exposição de motivos, o termo *fato* emprestaria sentido e funcionalidade aos dispositivos processuais, pelo que o princípio da correlação entre imputação e sentença seria ressignificado a partir de sua ontologização.

Todavia, a ideia de congruência da sentença aparece, preliminarmente, associada à tradição de que a decisão seja exatamente a mesma que aparece na pretensão acusatória, não podendo ser *ultra, extra* ou *citra petita*.⁹ Para Pedro Aragonese, a congruência se trata de um princípio normativo dirigido à limitação das faculdades resolutivas do órgão jurisdicional, devendo haver identidade entre o julgado e o controvertido, oportunamente, pelos litigantes e em relação com os poderes atribuídos ao órgão jurisdicional pelo ordenamento jurídico.¹⁰ Para

⁸ CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal* (Dec. Lei 3.689, de 3-10-1941). Ítem XII.

⁹ GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. T. I. 6 ed. Madrid: Civitas, 2003. p. 519.

¹⁰ ARAGONESES, Pedro. *Sentencias Congruentes*: pretensión, oposición, fallo. Madrid: Aguillar, 1957. p. 227.

Armenta Deu o princípio da congruência, no processo civil, decorre dos princípios dispositivo e de aporte de parte, bem como na proibição do *non liquet*. Já no processo penal, o fundamento residiria no princípio acusatório¹¹ e no contraditório. Notadamente, aqui, a incongruência da sentença ocorrerá quando a sentença não refletir o objeto do processo.¹² Para a maioria dos autores, a correlação estaria garantida quando se verifica a preservação do objeto do processo¹³. O que causa espanto é que não raras vezes o princípio da congruência apareça atrelado ao *iura novit curia*. Este princípio, em linhas básicas, significa que os juízes e/ou tribunais não se acham limitados aos erros ou omissões das partes, podendo decidir de maneira desvinculada daqueles aspectos formais¹⁴⁻¹⁵. Em um processo acusatório não haverá espaço para esta desvinculação entre a sentença e a acusação, como apontará Luchini ao comentar a involução inquisitória operada na Itália.¹⁶

Evidentemente, a interpretação produzida pelo princípio *iura novit curia* permite, a partir de decisões apegadas à literalidade dos dispositivos contidos nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal Brasileiro, a conclusão de que inexistiria um direito ao contraditório no que diz respeito às matérias de direito. A posição autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro é ainda reforçada pela substancialização

¹¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 42.

¹² ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal...* p. 269.

¹³ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Correlación Entre Acusación y Sentencia Penal*. Tesis de Doctorado. San Cristóbal de la Laguna, 2001; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

¹⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4 ed. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2005. p. 234

¹⁵ Para uma análise histórica e horizontal do princípio *iura novit curia* recomenda-se a leitura de ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000 e SENTÍS MELENDO, Santiago. *El Juez y el Derecho (Iura Novit Curia)*. Buenos Aires: EJE, 1957.

¹⁶ LUCHINI, Luigi. *Elementi di Procedura Penale*. 4 ed. Firenze: Barbèra, 1920. p. 408 *et seq.*

do “fato naturalístico”, em uma simplória interpretação que permite algumas conclusões verdadeiramente absurdas em pleno século XXI. Preliminarmente, iniciaremos com a análise do *Caso Drassich* julgado em 2010 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a fim de avançarmos na discussão destes elementos.

2. O CASO DRASSICH¹⁷: LINHAS FUNDAMENTAIS ACERCA DA INSERÇÃO DA “MATÉRIA DE DIREITO” COMO ELEMENTO DO CONTRADITÓRIO

Mario Drassich era magistrado em Trieste e fora acusado pelo delito de corrupção praticado através de ato funcional (1994). Drassich foi condenado tanto em primeiro quanto em segundo graus. Em 2004 recorreu ao Tribunal de Cassação contra a sentença da Corte de Apelação de Veneza que lhe havia condenado pelo delito de corrupção funcional, alegando igualmente a prescrição do delito. A Corte de Cassação reconfigurou o delito, que passava a ser agora, o de corrupção em atividade jurisdicional, cujo lapso temporal da prescrição era bem mais extenso. Em 2007 Drassich apresenta recurso junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando violação de inúmeros preceitos, especialmente o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, que garante o direito de ser informado, em tempo razoável, em língua compreensível e de modo detalhado, da natureza e dos motivos da acusação formulada contra si.

Basicamente, o objeto debatido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos analisou os seguintes pontos: a) a existência de uma requalificação jurídica *ex officio* por parte do Tribunal de Cassação; b) a inexistência de manifestação de Drassich a respeito da nova qualificação jurídica existente. Como corolário destes pontos o Tribunal Europeu de Direitos Humanos avaliou que a regra contida no art. 6º da CEDH - a exigência de que os acusados recebam informações sobre a imputação - fora violada. Neste ponto, não apenas acerca dos motivos ou “fatos” que fundam a acusação, mas também da própria qualificação jurídica. Demais disso, o TEDH decidiu que a informação precisa acerca das im-

¹⁷ Recurso 25575/04, caso Drassich vs Itália.

putações consiste em uma condição indispensável de equidade do procedimento. A argumentação do Governo italiano girou em torno de que a nova qualificação jurídica não passava de uma qualificadora do tipo penal redimensionado, e que, portanto, não gerava maiores problemas no que diz respeito ao art. 6º da CEDH. O TEDH decidiu que a nova figura delitiva determinava um tipo penal autônomo, tanto que exigia elemento subjetivo do tipo, correspondendo, portanto, à inserção de elemento diverso da imputação originária. Assim sendo, restaria evidente que a requalificação jurídica do fato promovida pela Corte de Cassação afastava a possibilidade de defesa e manifestação do acusado, que apenas exerceu tal direito referentemente à acusação originária¹⁸.

O precedente lançado pelo TEDH, como bem lembrado por CAPONE (2010, p. 108), representa uma nova configuração do princípio da correlação entre acusação e sentença. Desta forma, para CAPONE, os limites cognitivos à autoridade jurisdicional são fisiológicos e conaturais ao sistema acusatório, para além da questão referente à natureza do novo julgado ou da repartição de poderes entre magistrado e partes, se de feição inquisitiva ou dispositiva. A proibição do juiz de preocupar-se com questões que não lhe foram direcionadas deve-se à diferenciação entre juiz e partes. Neste sentido que o contraditório se configurará como instrumento de tutela da imparcialidade do juiz.¹⁹ Com efeito, o juiz não poderá se pronunciar a não ser sobre o que lhe foi requerido. O princípio geral que regula as relações entre a demanda da parte e poderes judiciais é o da correlação entre acusação (para nós imputação) e sentença.²⁰ Essa posição se assemelha em muitos aspectos à de Badaró, para quem “a desnecessidade da *mutatio libelli* não implica dispensa do contraditório sobre as questões de direito”.²¹

¹⁸ Na verdade o TEDH cita aqui alguns precedentes, como o caso Pelissier e Sassi vs França e Sadak e outros contra Turquia.

¹⁹ CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia*: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale. Padova: CEDAM, 2010. p. 108.

²⁰ CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia*: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale... p. 138.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119.

Evidentemente, a aplicação da regra contida na CEDH sobre a necessidade de informação prévia ao acusado, em tempo hábil para a preparação da defesa, bem como o exercício do contraditório no que diz respeito à chamada matéria de direito constitui-se como um avanço significativo relativamente às disposições legais que cuidam da matéria (como por exemplo o próprio art. 383 do Código de Processo Penal Brasileiro e o art. 521 do Código de Processo Penal Italiano). No entanto, parece-nos epistemologicamente insuficientes, uma vez que a resolução do TEDH baseada na nulidade da decisão não apenas não resolve como permite uma duplicação de problemas. Como desfecho do caso *Drassich* houve renovação da imputação, com a possibilidade de exercício de defesa por conta do acusado. Todavia, deve-se salientar que novamente o acusado foi julgado perante a Corte de Cassação, com a condenação do réu pelo mesmo órgão julgador do qual se originou o próprio recurso ao TEDH.

Os direitos previstos no art. 6º da CEDH não podem ser garantidos, com um nível de proteção intenso e eficaz se forem mantidos os próprios tecidos constitutivos da *epistème* inquisitória, que pressupõe a dicotomia metafísica e desprovida de maior profundidade entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. Naturalmente, em tal mundividência, há uma natural supremacia das questões de fato sobre as de direito.²² Isto é, em última instância, que as repercussões processuais e probatórias serão sempre sobre os fatos (naturalísticos) e não aquelas questões de direito.

3. QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO: ALGUMAS NOTAS SOBRE REARRANJOS CONCEITUAIS REFLEXIVAMENTE DEFEITUOSOS

Para TARUFFO, a diferenciação entre juízes de fato e juízes de direito introduzida nas reformas judiciárias inglesas por Henrique II corresponderá à diferenciação entre questão de fato e questão de direito. Após a conquista normando, a configuração da instituição do

²² UBERTIS, Giulio. *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio Penale*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 43.

júri como *trier of fact* corresponderá ao coração e núcleo mais festejado daquele sistema: “a distinção entre *issues of law* e *issues of fact* segue justamente a distinção entre a função do juiz e a função do júri”.²³

Desde já acompanhando Castanheira Neves, a dicotomia “questão de fato” “questão de direito” seria uma problema dogmático, epistemológico ou metodológico?²⁴ E de fato, as múltiplas respostas encontradas na doutrina, apontam para a confusão de sentidos no emprego da problematicidade inerente às parênticas que acabam servindo como modais decisórios ou mesmo, para além dessa precária servilidade apostólica a comandos autoritários, como significantes anêmicos. Esta confusão, diga-se de passagem, não é exclusiva do cerne processual (especialmente pela dedicação que se atribui ao cânone *iura novit curia*), mas também pode ser encontrado no próprio direito material (erro de direito e erro de fato). Portanto, naturalmente, as dimensões da dicotomia apresentada enfeixam categorias que se apresentam desde um subjetivismo voluntarista (como o problema erro de fato e erro de direito) até a sua extensão processual (que se equilibra a partir do erro *in procedendo* e erro *in judicando*), cujo ápice problemático reside justamente na mutabilidade das narrativas processuais²⁵ e sua vinculação decisional. Ao se assumir uma postura positivista, inegável que não apenas os referidos “erros” reencontram seu lugar próprio numa epistemologia normocêntrica, que inclusive se reflete no próprio âmbito cognitivo dos tribunais. Veja-se, portanto, que de certa forma a própria competência constitucional, definidora das atribuições dos Tribunais Superiores retroalimenta esta concepção do dimensionamento da questão, ao estreitá-la e comprimi-la num círculo autocompreensivo: a norma define o que é normativo e fático. Há portanto, neste primeiro alinhamento, uma normatividade em diferendo do fático e do norma-

²³ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 212.

²⁴ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 483.

²⁵ Sobre narrativas processuais como campo contíguo à prova Cf. TWINING, William. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

tivo. Por exclusão, o campo do meramente fático como objeto de uma ciência experimental também é renormatizado como pura perda, como uma lacuna delegada a outro campo e que portanto, não diz respeito ao mundo jurídico. Em ambas as hipóteses, há uma determinação normativa do fático.

Esta dicotomia entre fato e direito, sustentada pelo espírito positivista que pretensamente operava a partir de construtos a em-prestar unicidade metodológica ao direito positivo, permitia, portanto, que a questão de fato e a questão de direito fossem utilizáveis em quaisquer áreas jurídicas. Neste ponto, a obsessão por um método que permitisse uma distinção entre ciência do direito e ciências naturais requeria traços que marcassem, claramente, uma irrebatível cisão. É neste marco que o direito encontrará uma discussão muito particular: enquanto o direito opera com critérios normativos (primado da imputação), as ciências naturais privilegiam o método causal. Contudo, toda esta preocupação pela erradicação dos fantasmas da causalidade ou de quaisquer outros indicadores que pudessem comprometer a higidez do purismo metodológico reingressava por outras vias. Em outras palavras, não se conseguiu afastar por completo o plano epistemológico. Tome-se como exemplo o direito penal. A causalidade lá estava, a macular aquela pretensão de pureza que cobria o discurso do método. Evidentemente que o plano epistemológico, por assim, dizer, reingressa e atormenta o monismo metodológico neokantiano. E, se, portanto, tem-se uma espécie de realinhamento epistemológico da ciência do direito, mesmo assim sempre se estaria a lidar com o seu objeto retrabalhado: a questão de direito; já no seu campo, o fato seria sempre circunspecto às dimensões naturais e fisiológicas. Portanto, não seria difícil conceber-se o fato como um elemento puramente extraprocessual. Esta organização de pensamento estabelecia, portanto, uma irrevogável estrutura mundividente. De um lado o objeto do direito: as questões de direito, executáveis, apreensíveis e domináveis pelo método normativista. De outro, em paralelo, o fato, cuja apreensibilidade seria deixada ao encargo das ciências “naturais”. Superada esta fase de estanque irreduzibilidade de um universo ao outro, temos um avanço do arsenal jurídico sobre o plano fático. Ou melhor: a apreensão do fato pelo direito. Assim, ainda no plano dogmático, uma nova

orientação normativista tratou de endereçar certas críticas ao formalismo metodológico unicista: o normativismo teleológico. O normativismo teleológico tem como pressuposto a autonomia do conceito jurídico de fato de seu equivalente gnosiológico ou filosófico. Postas as coisas nestes termos, o fato seria um conceito amalhado nas entranhas jurídicas. Seria um fato qualificado pelos conceitos legais que lhe emprestariam forma. Se por um lado parece lógico que a metodologia teleológica de alguma maneira conseguiu, ao menos aparentemente, uma ruptura da unicidade nomológica primitiva do primeiro formalismo, isto apenas foi possível devido à pluralização-unitária de seus conceitos, agora verdadeiros derivativos. Assim é que a reconstrução do conceito de fato se dará a partir já das fronteiras dos subsistemas jurídicos, a ocupar determinada finalidade de acordo com determinadas funções. Diz-se aparentemente por que a hiperespecialização e o nível de densificação conceitual não parece permeável à questão epistemológica. Todavia, a metodologia teleológica trouxe, na verdade, um agravamento dos problemas já existentes no normativismo metodológico antecedente.²⁶ Neste caso, conceitos como “sociedade de fato”, “situação jurídica de fato”, etc consistirão em dimensionamentos objetificantes do fato, à base de conceitos jurídicos ou desde já juridicizados. “São conceitos determinados *juridicamente* – *no seio* do direito e *pelo direito*”.²⁷

O resultado destas tensões entre duas matrizes positivistas é que fato e direito não podem ser mutuamente excludentes, nem tampouco redutíveis um ao outro. Pode-se afirmar, juntamente com Castanheira Neves, que há uma interconexão entre a questão de direito e de fato. Não há fato que possa independe da norma jurídica nem tampouco norma que não seja criada, moldada e pensada a não ser para o fato: “o direito concretamente substantivado transcende e assume, assim, simultaneamente a questão-de-facto e a questão-de-

²⁶ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 490.

²⁷ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros...* p. 499.

-direito, ao ser ele o resultado e a síntese-solução de ambas”.²⁸ E isto é assim por que o direito leva o fato como seu elemento integrante. A correlatividade entre direito e fato, portanto, pode ser equacionada e deslocada para o panorama da problematidade derivada da intencionalidade do direito. E eis, portanto, como não há de se perder de vista que toda a norma é uma norma apta a resolver determinado caso, uma norma que não pode despistar o fato.²⁹

A partir de rápida passagem pelo pensamento de Castanheira Neves, pode-se concluir que o normativismo, em qualquer uma das suas feições tende a objetivizar o fato, transformando-o numa espécie de plano atemporalizado, gerador de consequências normativas. Nesta seara, pois, o fato será mero suporte fático para a incidência de uma determinada norma. Quer se identifique no direito uma metodologia unívoca, quer se-lhe atribua determinados dispositivos de diferenciação sistêmica, justificados por uma órbita plurifuncional (embora autônoma respectivamente aos vários campos do direito), tais sistematizações são falhas na apreensibilidade de alguns pontos importantes para o traçado de todas as aporias e de todas as implicações da dicotomia questão de fato e questão de direito. Preliminarmente, um pensamento metodológico monista será incapaz de lidar com os diversos substratos epistêmicos que são incorporados pelas tarefas estabilizadoras ou mesmo normalizadoras decorrentes do emprego das categorias enquanto dispositivos decisoriais. Em síntese, pode-se afirmar que o formalismo positivista descarta dos elementos pragmáticos das decisões, ao passo que apresenta fronteiras sabidamente rígidas relativamente ao seu entorno, com o que o fato em direito apreensível será nada mais do que uma derivação semântica de seu objeto epistemológico ou filosófico. Será, portanto, extraprocessual. Por seu turno a multiplicidade de intenções dará vida a uma plurimetodologia, orientada pela canonização de fronteiras de sentido que, se bem apreendidas, elevarão a um nível insuportável de abstração o problema da nomometodologia. Com

²⁸ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros... p. 512.

²⁹ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Metodologia Jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

efeito, um pensamento teleologicamente orientado trará como efeito inevitável a sustentação de determinados nichos de especificidade que não raro importam, de outros campos jurídicos, os mesmo conceitos cuja valência adquire significado diverso. Por exemplo, tome-se em consideração a questão referente aos atos administrativos para se ter o traslado da teoria geral privatista dos atos jurídicos para o cerne do direito público. Nesta mesma linha de raciocínio, teremos, com frequência, uma tricotomia estabilizada pelo pensamento doutrinário tradicional: conceitos privatísticos transportados para o plano do processo civil, que por seu turno são reabsorvidos pelo direito processual penal. Eis como uma orientação teleológica não é apenas problemática em si, como representa uma ferramenta contraproducente para a reclamada “autonomia das esferas” jurídicas.

Retomemos brevemente alguns pontos que devem ser necessariamente apresentados e teoricamente sustentados para que possamos avançar mais rapidamente ao próximo ponto. Iniciemos com as operações multidisciplinares de cooptação conceitual para depois investirmos sobre os desajustes intersistêmicos decorrentes do que se poderia denominar de *rearranjos conceituais reflexivamente defeituosos* e da *interpenetração de racionalidades juridicamente distintas*, causadoras de um pragmatismo politicamente determinado.

Os *rearranjos conceituais reflexivamente defeituosos* consistem numa operação de importação de conceitos de um nível ou campo de saber jurídico daquele que lhe albergou. Aqui, no campo do processo penal, sabidamente tem-se a importação de conceitos do processo civil.³⁰ O efeito inevitável desta postura de diferenciação sistêmica é o excesso de racionalização naturalmente produzido pelo sistema para atribuir-lhe sentido. Veja-se que se tomarmos em conta a ideia de diferenciação entre sistema e ambiente, nos moldes que Luhmann³¹ apresentou, determinado código operacional é requerido para o sistema compreender o que chega do ambiente. Por isso Luhmann afirma

³⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Correlación Entre Acusación y Sentencia Penal*. Tesis de Doctorado. San Cristóbal de La Laguna, 2001. p. 312

³¹ LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

que o sistema seria operativamente fechado e cognitivamente aberto. Todavia, não se pode esquecer que este sistema, devido à sua clausura, deverá, necessariamente, recepcionar o material “geneticamente” equivalente ao seu, de modo que toda operação cognitiva gera, por seu lado, um processo de redução de complexidade, o que nada mais é do que um procedimento de produção de um excesso de racionalidade. Uma transposição conceitual erradica a categoria de seu *background* jurídico-cultural. Tome-se como exemplo a categoria nulidades. Desde as concepções acerca da natureza jurídica do processo (especialmente aquelas de cariz evidentemente privatístico como teorias do contrato, quase-contrato, relação jurídica) foi possível trasladar-se, sem dificuldades, um esquema de consideração dos atos processuais como categorias simétricas àquelas do direito privado. Daí para o processo penal, temos a sua completa metástase, por que para além da mera inaplicabilidade, o conceito se volta contra o próprio sistema jurídico. Afirmar-se que as nulidades no processo penal admitem a categoria de nulidade relativa (pois haveria meramente interesse subjetivo da parte afetada pelo ato defeituoso) é inconcebível. Nos mesmos termos teríamos como apontar problemas muito parecidos para a teoria da ação e naturalmente, para a teoria da congruência da sentença, objeto imediato do presente estudo.

Uma segunda operação metástica decorrente dos *rearranjos conceituais reflexivamente defeituosos* permite a reprodução dos mesmos problemas encontrados no denunciado positivismo monometodológico. Aqui, determinados conceitos que pertencem a campos jurídicos são catalogados como extraprocessuais, de maneira igual ao conceito de fato, limitado ao seu estatuto epistemológico das ciências da experiência. Exemplos do campo penal emergem em profusão. Como linha argumentativa geral, tem-se a denominada “autonomia de instâncias”, que em decorrência do excesso racionalizador tomado na operação de rearranjo conceitual é hermeticamente bloqueada do acesso ao seu *background* jurídico-cultural originário. Notadamente este é um dilema prototípico da teoria da ação, no plano do direito penal. Mas se quisermos ultrapassar um solipsismo imagético, que parte da premissa da completude do subsistema jurídico, torna-se imperioso examinar. No caso de um delito de defraudação de penhor, *v.g.* prática comum às decisões dos tribunais é, quando suscitada

questão que diga respeito à natureza jurídica do penhor e do contrato por ele regulado, afirmar-se que direito civil e penal constituem-se como instâncias incomunicáveis³². O mesmo valeria para uma série de casos que revelariam que o objeto do direito penal seria meramente idealista (o que lhe desconfiguraria como “protetor de bens jurídicos”).

O que é interessante apontar é que o rearranjo conceitual retira a categoria, exerce sobre ela uma forte assepsia, a fim de lhe dotar de certa finalidade (sobrerracionalização), operando ficcionalmente como se aquela categoria fosse desde sempre um produto perfeito e acabado do próprio sistema. Em alguns casos, a fim de dotar de sentido (politicamente orientado), batizam-se determinadas normas como se se tratasse de um princípio unificador, etc. Basta ver neste caso, novamente sobre as nulidades, o denominado “princípio da instrumentalidade das formas”. Todavia, o que conta, para este momento, é que este procedimento de racionalização excessiva torna inanes as tentativas de reatar alguma genealogia com a categoria originária. Há um bloqueio comunicacional que garante não apenas a homeostase sistêmica como o aprisionamento de sentido do conceito, justamente na expectativa de que exerça determinada finalidade. A metástase é completa quando,

³² CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. REGISTRO, NO LIVRO CONTÁBIL, DE VALOR MENOR AO DA OPERAÇÃO COMERCIAL COMO FORMA DE NÃO PAGAR O IMPOSTO DEVIDO. CONDUTA CONFESSADA QUE TIPIFICA O DELITO DO INC. II DO ART.1º DA LEI 8137/90. CRIME QUE SE CONSUMA COM A SONEGACAO FISCAL, PRESCINDINDO-SE DA SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA. NO ILÍCITO PENAL RELATIVO À SONEGAÇÃO FISCAL EXISTE AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS CÍVEL E PENAL. DELITO CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA NO SEU MÉRITO. CRIME CONTINUADO. SE OS ATOS SUCESSIVOS JÁ ERAM INCRIMINADOS PELA LEI ANTIGA, NÃO HÁ DUAS SÉRIES, MAS UMA ÚNICA QUE INCIDIRÁ SOB A NOVA LEI, MESMO QUE ESTA SEJA MENOS FAVORÁVEL. MULTA. FACE À LEI 8363/91, A UFIR SUBSTITUIU A BTN. NOVA FIXAÇÃO DO VALOR DO DIA-MULTA. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO O RECURSO DO RÉU DESACOLHIDO. (Apelação Crime Nº 692015209, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Egon Wilde, Julgado em 11/06/1992)

por exemplo, a categoria acaba exercendo funções anômalas ou arbitrariamente seletivas. Em síntese, pode-se afirmar que nenhuma transposição conceitual é politicamente ingênua ou neutra. O seu resultado é a reprodução metástica de conceitos, em alguns momentos justificados com o recurso a uma submissão principiológica derivada da colmatação de lacunas epistemológicas, na expectativa de completude do sistema.

Fatalmente este rearranjo é reflexivo, pois a aqui chamada categoria originária acaba sofrendo novas reformulações, através, especialmente, daquelas categorias derivadas e metastáticas. Exemplo disso é o ciclo que se inicia com o ativismo judicial civil, que se inspira nos poderes instrutórios de ofício do magistrado penal. Até aqui temos um rearranjo conceitual defeituoso. Todavia, percebe-se claramente o retorno de uma categoria já metástica, para o processo penal, enquanto reforço dos poderes de ofício do juiz penal, especialmente sob o argumento de que “se no processo civil já não se admite mais uma forma puramente liberal de condução do processo, quanto mais no processo penal que tutela o interesse da sociedade”. Eis aqui um ciclo de reforço metástico da funcionalidade de um sistema autoritário, através da fixação de um sobrevalor à determinada categoria. Tem-se, portanto, um vórtice reflexivo de rearranjo conceitual, pelo que, a nosso juízo, como sustentaremos no próximo tópico, o princípio da correlação entre acusação e sentença é do ponto de vista político, um dispositivo clônico de um princípio de amorfismo acusatório, indicado em outro lugar como politicamente vinculado a um sistema autoritário.³³

Devemos agora retornar para o ponto de início: o princípio da correlação entre acusação e sentença.

4. POLÍTICA INQUISITORIAL DA ACUSAÇÃO: CRIPTOIMPUTAÇÃO, AGLOMERAÇÃO QUÂNTICA DE PODER, REARRANJO CONCEITUAL

Após já delimitarmos o campo hermenêutico e as funcionalidades do art. 383 do CPP, devemos atender a uma análise sobre o potencial (severo) de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo.

³³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podium, 2013.

Preliminarmente, devemos notar que algumas conclusões serão tomadas como ponto de partida das próximas considerações: a) a tradicional separação doutrinária entre questão de fato e questão de direito é, sob o plano das exigências que recaem sobre o processo penal contemporâneo, precária, pois está a atuar a serviço de uma submissão da forma processual a eventual e mero coadjuvante; b) epistemicamente, a cisão, tratada especialmente pela necessidade ou dispensabilidade do aditamento à denúncia representa ainda que de forma embotada, um resquício daquela concepção normativista, metodologicamente unicista; c) isto não quer dizer que o processo penal não produza suas próprias categorias metásticas (derivadas sobretudo de uma tentativa hiperracionalizadora de plurifuncionalidades), a conviver com os espectros daquele positivismo menos sofisticado; d) uma eventual identificação do fato com a norma também não parece a solução mais desejada, eis que assim procedendo se correria o risco de, estando o fato contido na norma, tudo se resolver em uma questão de direito, o que causaria, do ponto de vista dos princípios constitucionais do processo penal, um ainda mais intenso sinal de desgaste da forma-garantia³⁴.

A primeira consideração a se fazer é que apesar de concordarmos com diversos pontos sustentados por Badaró,³⁵ cuja obra se constitui como um dos mais avançados estudos sobre o tema e representa avanço indiscutível em termos de aceno para a democratização do processo penal brasileiro, o argumento (não menos importante) acerca da existência de fatos processuais e fatos penais parece-nos ainda dependente de alguns desdobramentos. Badaró, partindo do conceito de imutabilidade do objeto do processo, define o fato processual como um acontecimento histórico concreto. Portanto, trata-se deste evento histórico (e também delituoso) que se imputa ao acusado que não pode ser modificado. Diverso do fato penal, que seria “uma entidade extraída de uma situação hipotética, de um tipo penal, e não

³⁴ Isto não quer dizer que se possa, puristicamente, trabalhar com uma separação idealizada de fato e de direito. Temos, como já mencionado, uma correspectividade.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

um fato concreto que foi realizado pelo autor e que foi introduzido no processo através da imputação”.³⁶ Assim, para que se identifique o conteúdo imutável do processo, os elementos ligados ao fato penal não podem ser utilizados. A permissão para a modificabilidade do fato se daria com aquelas situações irrelevantes para a condenação ou para a tese defensiva.³⁷

O primeiro problema – mediato – que detectamos na caracterização do fato processual como objeto do processo consiste na própria natureza jurídica que lhe recai. Caracterizá-lo como um evento puramente histórico cria o risco de se abrir pauta para a discussão do processo penal como uma entidade canalizadora da descoberta da verdade. Nesta senda, se o fato processual constitui o objeto do processo,³⁸ o objeto do processo descortina-se na própria descoberta da verdade (ou como se queira nominá-la), gerando todas as vicissitudes que um processo de natureza inquisitorial pode acarretar.

Um segundo problema corresponde à caracterização da relação de identidade do objeto do processo, que segundo o autor, deve permanecer imutável. Contudo, verifica-se que tal conceito de identidade do objeto do processo - fato histórico único ao longo do processo – seria de natureza jurídica e não lógica.³⁹ Naturalmente as mesmas críticas que foram apontadas para uma concepção normativista da questão de fato e questão de direito reingressam na problemática. Haverá, como consequência, uma normatização inevitável do conceito de fato – tanto que se lhe afirma ser “processual”. Numa primeira versão, torna-se possível fazer uso de um normativismo unicista, pelo que os problemas epistemológicos ligados ao processo penal sejam afastado. Para a teoria da prova tem-se grave problema, pois ao que nos parece, alguma razão

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença...* p. 99.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença...* p. 98.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 99.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 101.

assiste a FERRAJOLI,⁴⁰ quando afirma que o processo penal deve buscar um nível máximo de cognoscibilidade. Por outro lado, os problemas se agravam como ainda maior vigor quando se trata o fato processual com o escolho do positivismo teleológico. Emprestar e extrair finalidade do conceito de fato processual permite, ao fim e ao cabo, direcionar o processo penal para ocupar um espaço de evidência, ou melhor, como um dispositivo que encamparia uma função de veridicidade. Em ambos os casos, problemas não faltam.

Outro argumento que é sustentado por parte do setor doutrinário diz respeito à utilização do critério do prejuízo para a defesa. Isto é, a necessidade de aditamento e a proibição do magistrado utilizar-se do art. 383 do CPP estaria circunscrita à prejudicialidade que a decisão traria para o acusado. Sem embargo do que se poderia traduzir por prejuízo, tal categoria, como apontamos em outro lugar é empiricamente indemonstrável. A primeira objeção à utilização de tal tese encontra lugar na circunstância de que se trata de um pragmatismo utilitarista que dá margem imensa para malabarismos decisórios e alquimias semânticas. Não há garantia alguma com relação à forma, que ocupa, num processo penal de orientação instrumentalmente constitucional, significativo espaço. Num segundo momento, a categoria do prejuízo é própria da tradição autoritária que tratou de minimizar a forma processual iluminista, introduzindo vetores intrínsecos a um postulado de aproveitamento máximo dos atos processuais (forma como obstáculo). Por fim, independentemente da existência de contraditório, a realização precária do ato processual somente poderia ser equiparada a um ato que jamais foi realizado plenamente – o ato perfeito, embora inexistente (de fato, compara-se um ato defeituoso existente com outro ato processual que jamais teve existência concreta). Com isso, se o prejuízo lida com duas categoriais por si mesmas incomparáveis – tudo sob o jugo de uma distribuição (indevida) de cargas processuais na arguição da nulidade (quem alega o defeito deve prová-lo, diz a máxima de experiência) – o prejuízo é sempre e inevitavelmente não demonstrado.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.

Em breves linhas, estas são algumas considerações preliminares que desde já demonstram como o art. 383 do CPP não passa de norma meramente vigente (validade formal) mas todavia, carente de validade (validade substancial).

Passamos a estabelecer, portanto, três argumentos sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP.

1) A primeira tese consistiria numa invalidade substancial derivada do caráter político do referido artigo. Como sustenta DI BITONTO,⁴¹ o princípio da correlação entre imputação e sentença integra uma face do princípio dispositivo no processo penal. Não é preciso refletir com muita profundidade para se chegar à conclusão de que se trata de norma que cuida de manter latentes as pulsões inquisitórias que se perenizam nas democracias contemporâneas. Bastaria a leitura da exposição de motivos para nos darmos conta disso. Entretanto, se mantermos os olhos no regime inquisitorial, perceberemos nitidamente que esta espécie de salvaguarda ou ajuste da acusação pelo julgador corresponderá ao que Bernd Schunemann detectou como “aglomeração quântica de poder”.⁴² Esta aglomeração quântica de poder diz respeito às concentrações de situações jurídicas potestativas, no curso do processo. Aqui será preciso precisar um pouco mais os termos. Evidentemente, a concepção de situação jurídica, que permitiu o florescimento de uma grande quantidade de críticas importantes para a colocação em xeque do arcabouço epistemológico da teoria da relação jurídica, verdadeiro clichê pandectístico, é pensada logicamente, para um processo penal de nítido corte liberal. Não por acaso Calamandrei,⁴³ lhe rendendo as devidas homenagens, o chama de “maestro do liberalismo processual”. Todavia, partindo-se do fato de que no Estado de Direito, em nível parasitário se encontram sedimentados processos “transicionais” da lógica autoritária ao cerne das democracias contemporâneas, perceber-se-á

⁴¹ DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili Dispositivi Dell'Accertamento Penale*. Torino: Giappichelli, 2003. p. 79.

⁴² SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 30.

⁴³ CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. Padova, 1951. p. 01 – 08.

claramente que não obstante a existência de determinadas dimensões de garantias na Constituição da República, elas são manifestamente insuficientes para erradicar determinadas potencialidades unidimensionais do fluxo de poder. O que se está aqui a sustentar é que se por um lado, o procedimento inquisitório não pode ser mais concentrado nas mãos de uma pessoa apenas (daí por que algum setor doutrinário insista na estruturação do sistema inquisitório apenas a partir do vetor “separação das atividades de acusar e julgar”) ou ainda, como o faz Taruffo, acenando para certa mitologia do sistema inquisitorial, que dada a característica acima não possui mais existência real,⁴⁴ é preciso investir no que seria possível denominar como *curto-circuitos de poder* ou ainda, como *estados mórbidos da dialética processual*. As situações jurídicas, que na perspectiva de Goldschmidt servem para explicar a funcionalidade de um sistema acusatório, não funcionam na mesma frequência quando o procedimento processual penal incorpora determinados *pontos de bifurcação* dependentes unicamente de uma das partes. Isto ocorre em inúmeras situações jurídico-processuais como, por exemplo, no que diz respeito à prova ilícita, cuja análise sobre a admissibilidade e a valoração caberá unicamente ao magistrado. Ou ainda, radicalizando o exemplo, uma prova ilicitamente adquirida, determinada de ofício pelo juiz a quem incumbirá a análise sobre admissibilidade e valoração. Os exemplos poderiam ser reproduzidos, com o recurso à legislação brasileira, ao infinito. Se analisarmos cautelosamente os desdobramentos do art. 383 do CPP, numa perspectiva dinâmica, fica claro que morfológicamente, a imputação consistirá num material tão plástico quanto couberem definições jurídicas igualmente voláteis. Em síntese, quanto maior o número de elementos normativos do tipo, mais facilmente aplicável o art. 383 do CPP. E veja-se, novamente, que se mantivermos a noção de que há uma plena cisão entre questão de fato e questão de direito, os elementos normativos do tipo careceriam de aditamento, até mesmo com a justificativa da autonomia de instâncias, alhures exposta. O art. 383 consiste num dispositivo de flexibilização da imputação. Igualmente, cuida-se de tipo processual que cria ou estrutura uma situação jurídica potestativa,

⁴⁴ TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

pois a sorte do acusado dependerá exclusivamente de uma deliberação do magistrado, inclusive na ausência de contraditório.

2) Como segunda tese sobre a invalidade substancial do art. 383 do CPP, um exame sobre a função epistemológica do princípio do contraditório merece ser levada em consideração. Para Cunha Martins, “o processo é um organizador da diferença. Ele organiza a descontinuidade (o contraditório é isso mesmo, uma tentativa de organizar fluxos descontínuos)”.⁴⁵ Ainda, nas palavras do autor, o processo terá como função evitar a coincidência entre prova e evidência.⁴⁶ Naturalmente, como apontado anteriormente, as situações jurídicas potestativas desempenham um freio ou uma espécie de redução de eficácia do contraditório. Mas percebe-se que a função do contraditório não se esgota ou exaure naquela de servir como uma garantia programática de dialeticidade processual. O contraditório possui uma dimensão epistemológica que é não apenas a de constringer a evidência e desunificar prova e evidência. Mas também, como mecanismo de redução das situações jurídicas potestativas. Eis sua primordial função. O exercício do contraditório tem como função contrair a unilateralidade de determinados atos processuais, igualmente investido da tarefa de modelação da imputação. Eis por que é desejável um procedimento em contraditório prévio ao recebimento da acusação, como ocorre no processo penal italiano. Igualmente, um contraditório prévio à acusação também teria como corolário basilar evitar os excessos de acusação que servem como escolha para constringer o juiz a uma desclassificação (desclassificação esta que seria equivalente à condenação pela acusação que seria aquela realmente cabível no caso e não como ocorre no Brasil, onde a denúncia cuida de tentar apresentar a tipificação com a maior quantidade de pena em abstrato possível). Dessa prática, por exemplo, os acordos no sistema norte-americano demonstram claramente o problema da inexistência do contraditório antecedente. No Brasil, PRADO⁴⁷ de-

⁴⁵ CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cedo do directo: the brazilian lessons*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99.

⁴⁶ CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cedo do directo: the brazilian lessons...* p. 99.

⁴⁷ PRADO, Geraldo. *Elementos Para Uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

monstrou à sociedade os perigos da adoção do modelo “consensual” de justiça penal. Para além, não se pode olvidar que certamente um ponto de estrangulamento das demais garantias processuais penais é a investigação preliminar. Portanto, estabelecer uma função epistemológica de evitamento de situações jurídicas potestativas (e com isso a aglomeração quântica de poder) constitui-se igualmente, numa tarefa a ser cumprida pelo contraditório. Dito isso, o art. 383 do CPP, a exemplo do que fora dito no ponto anterior, implica a criação anômala de uma situação jurídica potestativa, como ainda arregimenta uma estética de cripto-imputações.⁴⁸ Uma cripto-imputação é, como etimologicamente não poderia ser diferente, uma imputação escondida, uma imputação velada. Consabido que se trata de uma estratégia inquisitorial. Mas é pouco denunciar sua lógica. Torna-se necessário limitá-la: “cuando el órgano judicial ejerce los poderes que le confiere el principio *iuris novit curia* y altera la calificación jurídica realizada por las partes o acusación y/o las normas consideradas aplicables por aquéllas, el principio de contradicción se convierte en un limite para el juez”.⁴⁹ A invalidade substancial do art. 383 do CPP exerce inegável barreira às cripto-imputações, em que pese não ter o condão de erradicá-las.

3) Finalmente, como terceira tese sobre a invalidade substancial do art. 383 do CPP há que se retomar uma discussão sobre a natureza das normas processuais e a diferenciação das normas de direito material. Em específico, o comportamento do princípio da presunção de inocência frente às decisões judiciais. A cisão entre questão de fato e questão de direito ou ainda, a absorção do fato objetivado por limites de sentido exclusivamente jurídicos permite, como já dito, que determinadas estruturas da tipicidade possam ser modificadas, pelo magistrado, sem o recurso ao aditamento à denúncia. Na mesma lógica ingressam, por exemplo, os critérios de imputação ao tipo objetivo. Se sabidamente o nexos causal, porquanto matéria probatória necessita de aditamento quando novos fatos são descobertos, o mesmo não valeria

⁴⁸ FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. Milano: Giuffrè, 1971.

⁴⁹ ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 360.

para os critérios de imputação – que são manifestamente normativos. Desta forma, a ausência de contraditório sobre matéria de direito seria consequência comumente adotada pelos tribunais pátrios, a partir da equívoca aplicação do *iura novit curia*. Veja-se que os critérios de imputação ao tipo objetivo constituem elementos de atribuição de resultado, que se somam àqueles donexo causal. Inegável que a alteração destes critérios de imputação violam o direito ao contraditório que, como a decisão do caso Drassich demonstra, exigem prévio conhecimento da imputação. Diferentemente não poderia deixar de suceder com a “desclassificação” para a forma tentada. Comportaria a imputação pelo delito consumado uma integração da modalidade tentada? Todo o tipo penal consumado traria como elemento parasitário a forma tentada? Eis um problema que não tem sido suficientemente abordado pela doutrina processual penal. Mas para além disso, a desclassificação para uma forma culposa estaria presente no tipo doloso? Somente uma análise sobre cúmulo de imputações poderia dar conta desta temática em sua plenitude. Entretanto, questionamos seriamente esta problemática, especialmente pelo fato de que ela apenas pode ser sustentada a partir de uma concepção de que a aplicação do art. 383 do CPP sempre seria possível quando não cause prejuízo ao acusado (exatamente nos termos da desclassificação da forma dolosa para culposa). Ao que nos parece, viola frontalmente o princípio do contraditório e substancialmente, do devido processo penal quando o delito é desclassificado pelo magistrado, mesmo que a defesa postule a referida medida. A desclassificação declarada pelo magistrado, com a aplicação da pena respectiva corresponde a uma sanção sem acusação, uma vez que os elementos do delito culposos são sempre inevitavelmente normativos e atributivos de consequências jurídicas diversas. É surreal crer que alguém possa ser indistintamente acusado por ter intencionalmente lesionado outrem ou negligentemente, tenha produzido o mesmo resultado. São acusações diversas, com cenários probatórios desiguais, com defesas, teses, etc diversos. O mesmo vale para o erro de tipo inescusável. Ao que nos parece, aqui, por força do princípio da presunção de inocência, derivado do *in dubio pro libertate*, a solução esteja na absolvição pelo fato imputado. Teoricamente, o remédio fisiológico para a resolução do problema do art. 383 do CPP, nos dizeres

de CAPONE⁵⁰ é a absolvição. E isto pelo fato de que as normas de direito processual não possuem uma valência menor do que aquelas referentes ao direito material.⁵¹ Uma acusação malfeita somente pode gerar uma absolvição.

Apresentadas em breves linhas as “teses” sobre a invalidade substancial do art. 383 do CPP, resta, ao fim, esperar que a doutrina processual penal debata seriamente este tema, de inegável impacto na prática forense, cujas delimitações se encontram bem longe de estar no fim.

BIBLIOGRAFIA

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ARAGONESES, Pedro. *Sentencias Congruentes: pretensión, oposición, fallo*. Madrid: Aguillar, 1957.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. Padova, 1951. p. 01 – 08.

CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal* (Dec. Lei 3.689, de 3-10-1941). Ítem XII.

CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2010.

⁵⁰ CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2010. p. 138.

⁵¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podium, 2013.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4 ed. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2005.

CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cedo do directo: the brazilian lessons*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99.

DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili Dispositivi Dell'Accertamento Penale*. Torino: Giappichelli, 2003.

ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.

FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. Milano: Giuffrè, 1971.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podium, 2013.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Correlación Entre Acusación y Sentencia Penal*. Tesis de Doctorado. San Cristóbal de la Laguna, 2001.

GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. T. I. 6 ed. Madrid: Civitas, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCHINI, Luigi. *Elementi di Procedura Penale*. 4 ed. Firenze: Barbèra, 1920.

LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

MALAN, Diogo. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Geraldo. *Elementos Para Uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *El Juez y el Derecho (Iura Novit Curia)*. Buenos Aires: EJE, 1957.

STRECK, Lênio L. *O que é Isto? Decido Conforme Minha Consciência*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TWINING, William. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

UBERTIS, Giulio. *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio Penale*. Milano: Giuffrè, 1979.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 185 - 212, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.21>