

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
ISADORA HELENA MENDES ALMEIDA**

***EMENDATIO LIBELLI: UMA RELEITURA À LUZ DO  
CONTRADITÓRIO***

**Juiz de Fora**

**2018**

**ISADORA HELENA MENDES ALMEIDA**

***EMENDATIO LIBELLI: UMA RELEITURA À LUZ DO CONTRADITÓRIO***

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Processual Penal, sob orientação da Prof.<sup>a</sup> Dra. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli.

**Juiz de Fora  
2018**

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**ISADORA HELENA MENDES ALMEIDA**

### ***EMENDATIO LIBELLI: UMA RELEITURA À LUZ DO CONTRADITÓRIO***

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Processual Penal, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli

Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Mestre Felipe Fayer Mansoldo

Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Fabiana Alves Mascarenhas

Centro de Ensino Superior de Valença

PARECER DA BANCA

( ) APROVADA

( ) REPROVADA

Juiz de Fora/MG, 23 de novembro de 2018.

## RESUMO

O processo penal brasileiro assumiu novos rumos quando promulgada a Constituição da República em 1988, em que se consubstanciou robusto arcabouço garantístico em matéria processual, tendo o contraditório como um de seus principais expoentes. Não obstante, o instituto da *emendatio libelli* permaneceu alheio às novas nuances constitucionais, perpetuando permissivo ao magistrado para alterar a capitulação esmaltada na exordial, sem se mostrar poroso à manifestação das partes, negando exequibilidade ao postulado do contraditório em sua acepção mais consentânea com os preceitos democráticos, tendo por pano de fundo a arcaica acepção de que o acusado se defende apenas dos fatos. O interesse para este trabalho de pesquisa, que se ancora na vivência da atividade de estágio em uma das Varas Criminais da Comarca de Juiz de Fora, é problematizar as consequências processuais gestadas pela referida atitude solipsista do magistrado, mormente quando o direito pátrio caminha para se ajustar à hodierna roupagem constitucional, a exemplo do que se vislumbrou com o novo Código de Processo Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Emendatio libelli*. Contraditório. Novo Código de Processo Civil. Princípio da Correlação. Direito Processual Constitucional.

## ABSTRACT

The Brazilian criminal proceeding took on new directions when the Constitution of the Republic was enacted in 1988, in which it became a robust guarantee framework in procedural matters, with the adversary being one of its main exponents. Nevertheless, the institute of the *emendatio libelli* remained oblivious to the new constitutional nuances, perpetuating permissive to the magistrate to alter the enamelled capitulation in the exordial one, without being porous to the manifestation of the parts, denying feasibility to the postulate of the contradictory in its more accepting agreement with the precepts democratic, having in the background the archaic meaning that the defendant defends himself only from the facts. The interest for this research, which is anchored in the experience of the probationary activity in one of the Criminal Courts of the Judicial District of Juiz de Fora, is to problematize the procedural consequences of the said solipsistic attitude of the magistrate, especially when the right of the country walks towards to adjust to the current constitutional dress, as was seen in the New Code of Civil Procedure.

**KEYWORDS:** *Emendatio libelli*. Contradictory. New Code of Civil Procedure. Principle of correlation. Constitutional Procedural Law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 O PROCESSO HISTÓRICO DE AMPLIAÇÃO DO CONTEÚDO DO CONTRADITÓRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	8
2 A <i>EMENDATIO LIBELLI</i> E SEU PAPEL NA RITUALÍSTICA PROCESSUAL PENAL.....	13
3 A HODIERNA APLICAÇÃO DO INSTITUTO E A NECESSIDADE DE UM CONTRADITÓRIO PRÉVIO .....	17
CONCLUSÃO .....	26
REFERÊNCIAS .....	27

## INTRODUÇÃO

A *emendatio libelli* é instituto presente na processualística penal brasileira que confere ao magistrado a prerrogativa de influir na capitulação inculpada na proemial acusatória quando constatado que a narrativa dos fatos eleita não corresponde a definição jurídica entabulada. Tal deve ser operado, consoante entoam doutrina e jurisprudência majoritárias, quando da prolação da sentença, cuidando o legislador pátrio de restringir a possibilidade de alteração ao enquadramento típico, até mesmo inserindo a exortação no bojo do artigo 383, do Código de Processo Penal, disciplinador da temática.

O impeditivo de transmutação da versão fática foi instituído por apreço ao princípio da correlação ou da congruência, que faz da sentença um necessário espelho da acusação, no sentido de que o julgador deve se ater aos pedidos ali deduzidos, sob pena de usurpar a separação de funções em um sistema acusatório ou mesmo negligenciar o exercício da jurisdição, sendo forma de respaldar o direito de defesa do acusado, assegurando-lhe a viabilidade de refutar as imputações, até mesmo por ser a sentença o momento eleito para aplicação da *emendatio*, no qual o julgador externa todo o seu convencimento, finalizando a possibilidade de abertura à influência das partes.

A despeito da limitação da atividade judicial em comento ter como motivação os aspectos principiológicos algures suscitados, acabou-se por gestar a falsa percepção de que o exercício defensivo somente recai sobre os fatos, pois o raciocínio redutivista popularizado parte do pressuposto de que se somente os acontecimentos não podem ser alcançados pelo poder criativo do julgador, somente sobre eles deve recair o contraditório.

A bem da verdade, a blindagem cedida à narrativa fática em relação ao juiz é decorrência lógica da própria natureza dos fatos, que são dados, simplesmente externados no mundo de um modo ou de outro e, qualquer influência no aclarar de seu deslinde, não proveniente dos adminículos colacionados aos autos, é atividade inventiva, genuína manipulação, que irrefutavelmente deve ser coibida para a preservação da imparcialidade do julgador e primordialmente do exercício de defesa do acusado. Lado outro, a capitulação é um espectro em disputa, pois se trata de um fato da vida que encontra correspondência em uma tipificação jurídica, histórica e socialmente construída, porquanto tal atividade subsuntiva pode se mostrar extremamente complexa.

O que se defende, portanto, é uma releitura do procedimento que cauciona a aplicação do instituto, com vistas a adequá-lo à moderna concepção processual, muito mais afeta às garantias

fundamentais constitucionalizadas<sup>1</sup>, como patente restou demonstrado com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, razão pela qual se anseia desconstruir o velho mantra de que o acusado se defende apenas dos fatos, como se a formulação das teses defensivas fosse indiferente à capitulação trazida no bojo da peça acusatória e, portanto, despiciendo o contraditório sobre os aspectos jurídicos, evidenciando-se as mazelas processuais que atualmente se replicam no Judiciário pela sua reprodução, que legitima a ausência do contraditório prévio em relação às questões de direito.

Retira-se do primado da experiência a motivação para a presente pesquisa, resultante de quase dois anos de estágio em uma das Varas Criminais da Comarca de Juiz de Fora, oportunidade em que se pôde verificar os consectários da aplicação da *emendatio* não precedida de uma abertura ao pronunciamento das partes, quando todo o direito atravessa um outro momento, de enaltecimento das construções conjuntas e da igualação dos partícipes processuais, surgindo o desejo de sobre o tema dissertar para perquirir acerca da possibilidade de ajustamento da prática processual penal a este novo panorama, que parece muito mais acertado à proposta de um Direito Processual Constitucionalizado.

Para tanto, o ensaio pretende inicialmente estabelecer o conceito de contraditório que se pretende implementar, eis que ao longo da história se identifica grande ampliação na abrangência de seu conteúdo, passando de mera formalidade para ocupar posição de garantia fundamental no processo. Adiante, se buscará realizar uma leitura descritiva da *emendatio libelli*, minuciando no que consiste o referido instituto e elencando os motivos que justificam a sua permanência na ritualística processual penal, avançando-se para a problematização da estrutura procedimental que o externa, tal qual atualmente insculpida pelo legislador pátrio em sua literalidade, com fito de desconstruir a máxima que o acusado se defende somente dos fatos, momento em que serão suscitados os infortúnios de uma aplicação desacompanhada da abertura do contraditório, muitos dos quais foram de perto testemunhados, com vistas a tornar palpável a necessidade da mudança de postura do julgador, o que pode e deve ser imposto pelas partes enquanto destinatárias primeiras do pronunciamento judicial, com o qual invariavelmente devem ser convidadas a contribuir.

1 Sobre a postura metodológica que se denominou *direito processual constitucional*, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. N. 2, p. 24, nota 1.

# 1 O PROCESSO HISTÓRICO DE AMPLIAÇÃO DO CONTEÚDO DO CONTRADITÓRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Joaquim Canuto Mendes de Almeida<sup>2</sup> forneceu clássica significação ao contraditório, o descrevendo como a ciência bilateral dos termos e atos do processo e a possibilidade de contrariá-los, notabilizando dois elementos: a viabilidade de ciência dos atos e a capacidade de a eles reagir, antes do pronunciamento judicial sobre as questões separadamente deduzidas pelas partes em contraposição. Por vias de tal definição, se depreende que a preocupação primeira do contraditório foi assegurar uma igualdade formal, limitada a garantir o poder de conhecimento sem lançar olhar sobre o quão qualificados estariam os atores processuais para assim fazer em paridade de armas, isto porque ao juiz cabia ditar o direito sem qualquer interveniência.

A realidade, porém, superou em muito a complexidade abarcada pela visão tradicional, desvelando a importância que todos os sujeitos possuem na construção do resultado da atividade jurisdicional. Enquanto característica fundamental do processo, o contraditório evoluiu para se adequar à moderna concepção processual, de cunho democrático, de modo que o conceito de outrora necessitou ser alargado, pois insuficiente para atender à novel concepção do princípio da isonomia, pelo qual se consagrou a busca de uma igualdade substancial, visando a igualação daqueles que dispõe de recursos distintos para obrar a referendada reação. Fora medida necessária à promoção do acesso à Justiça e ao afiançar da probidade do pronunciamento jurisdicional, eis que não mais se admite a mera existência da garantia, antes se exige o seu fomento, impondo ao julgador, agora também destinatário do contraditório, uma postura processual mais ativa, já que incumbido de implementá-lo.

Em suma, percebeu-se que nenhuma valia possuía o contraditório se encerrado tão somente em sua existência, porquanto o surtir de seus efeitos depende do equilíbrio entre os ofícios acusatório e defensivo, na busca pelo aperfeiçoamento da estrutura dialética do processo, que passou a ser participativo, com franca exposição do raciocínio jurídico pelo julgador, que também deverá externar opiniões e estimativas dos reflexos que as alegações e provas apresentadas surtirão, usando da imparcialidade que lhe é ínsita para estabelecer verdadeiro diálogo com as partes, para além de ouvi-las, permitindo, verdadeiramente, ser influenciado, resultando no que se convencionou

2 ALMEIDA, Canuto Mendes. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937, p.110, nota 80.

denominar de contraditório substancial. Sobre a ampliação do conteúdo do contraditório, salienta Humberto Theodoro Jr.<sup>3</sup>:

O contraditório, outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado. [...] O que prevalece, portanto, é que o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um diálogo entre o juiz e as partes, garantindo ao processo “uma atividade verdadeiramente dialética”, em proporções que possam redundar não só em um procedimento justo, mas também em uma decisão justa, quanto possível.

Cediço que o contraditório integra o arcabouço principiológico que confere ao processo a efetividade em seu sentido mais dilatado, vez que a probidade daquilo que resultará a relação jurídico-processual depende da fixação, *a priori*, de regras que se inclinam “à ampla e equilibrada participação dos interessados”, consoante observou Leonardo Greco<sup>4</sup>. Leciona o referido autor que a tutela jurisdicional efetiva não se limita a uma garantia, consistindo, por si própria, em direito fundamental, conteúdo este desvelado por força do processo de constitucionalização e internacionalização dos direitos fundamentais, que teve seu expoente na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais nas instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos, fenômeno que estipulou o zelo pela eficácia da tutela jurisdicional como proteção a dignidade da pessoa humana, decomposto em uma série de regras mínimas que se intitulou de “garantias fundamentais do processo”, as quais foram globalmente ratificadas pelos países que consagraram a dignidade da pessoa humana como um de seus pilares.

No direito pátrio, a estipulação das garantias fundamentais que alicerçam o rito de produção dos atos na Lei Maior assegurou sua necessária observância pelo processo codificado, em virtude da supremacia das normas constitucionais, tendo o constituinte consagrado o contraditório no bojo do artigo 5º, LV, da CRFB/88, onde também se encontram insertas outras balizas principiológicas do processo, como a razoável duração, a ampla defesa, a isonomia e a publicidade, opção legislativa plenamente justificável ante a necessidade de se prevenir excessos estatais como os experimentados no período que antecedeu à promulgação da Constituição de 1988, obstando que a legislação

3 THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 1. 56ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 110-111.

4 GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, p. 1-2. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

infraconstitucional replicasse os autoritarismos de outrora e se desvirtuasse do processo de incorporação garantístico que o mundo experimentava.

Com isso, se impôs à persecução penal uma verdadeira transmutação daquilo que até então se tomava como aceitável em matéria processual, principalmente se tratando de ramo do direito que consubstancia veraz limitação ao poder punitivo do Estado, assumindo feição de garantia do cidadão contra o arbítrio da restrição imotivada a bens jurídicos caros à sociedade, pois inegável que o processo penal de outrora era menos comprometido com o devido processo legal, ainda hoje subsistindo entraves ao seu pleno desenvolvimento.

Sobre o devido processo legal ou processo justo, Leonardo Greco<sup>5</sup> assevera ser nomenclatura que sintetiza o conjunto de garantias que devem ser observadas na atividade jurisdicional de todos os povos, não obstante as peculiaridades ínsitas a cada sistema processual, em virtude da existência um núcleo intangível universalmente compartilhado e supra nacionalmente tutelado. Trocando em miúdos, o exercício da jurisdição, seja de cunho civil, penal, trabalhista ou referente a qualquer outro ramo do direito, é orientado por um aglutinado de garantias, que do ponto de vista formal e material, transformam o próprio processo em uma forma de proteção ao jurisdicionado.

Como decorrência do princípio do contraditório, no processo penal formou-se a regra da correlação entre acusação e sentença<sup>6</sup>, garantia de que o julgador se aterá ao que deduzido na exordial quando da prolação da sentença, sendo nulo o julgamento de um fato que não foi irrogado ao réu, devendo o pleito ser considerado em sua inteireza, não podendo conter o que não foi imputado e nem deixar de observar aquilo que o foi – evitando o julgamento *extra/ultra petita* e *citra petita*, respectivamente – tendo por *desiderato mor* que não haja alteração do objeto do processo que prejudique o exercício da referida garantia constitucional.

Nesta toada, o presente Código de Processo Civil, substituinte do diploma de 1973, cuja elaboração foi desencadeada já na vigência da Constituição Federal de 1988, fez incorporar as inovações acerca da matéria, consubstanciando um conteúdo mais consentâneo com os traços de um processo civil constitucionalizado, já externado no exórdio do texto legal que inaugura o Códex, centralizando e densificando uma série de princípios processuais fundamentais asilados também na Carta Magna.

5 GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, p. 1-2. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

6 BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. *In: Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 358.

No bojo do artigo 10 do Código de Processo Civil, o legislador pátrio conformou o contraditório ao disciplinar ser vedado ao juiz decidir, qualquer que seja o grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício, extirpando da senda processual qualquer atitude solipsista por parte do julgador que possa implicar na convalidação de uma decisão surpresa, preservando-se o núcleo da garantia, que é o poder de influência.

Debruçando-se sobre o tema, o Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou o Enunciado de nº 282<sup>7</sup>, que disciplina que para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no dispositivo legal alhures mencionado, entendendo abusiva a alteração da qualificação jurídica desacompanhada do estímulo participativo, o que prejudicaria até mesmo a prudente aplicação do direito, para além de cercear o conhecimento sobre o material fático e jurídico da causa.

O artigo 15, do novo Código de Processo Civil trazia, em sua redação originária, a previsão de aplicação supletiva e subsidiária de suas disposições aos processos eleitorais, trabalhistas, administrativos e penais, sendo o derradeiro ramo suprimido no curso das discussões travadas no Congresso Nacional, o que em nada impede, do ponto de vista técnico, ao intérprete de assim proceder, frente a inexistência de incompatibilidade e a constatação de uma lacuna sobre o tema, primordialmente se tratando de previsão mais contemporânea quando cotejada com o Código de Processo Penal, o superando ainda, em dimensões inestimáveis, no tocante a reflexão da moderna postura processual constitucionalizada, pelo que se entende que a seara penal deve se encontrar receptiva aos novos rumos ali traçados. Prova da inexistência de empecilho à interpretação objeto de defesa é o Enunciado nº 03<sup>8</sup>, da I Jornada de Direito Processual Civil, que admite a aplicação supletiva e subsidiária das disposições do Código de Processo Civil ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis. São as conclusões de Américo Bedê Júnior<sup>9</sup>:

Cabe destacar que, embora prevista em dispositivos do CPC, qualquer garantia relevante deve ser aplicada no processo penal. De fato, é inconcebível que o processo civil proteja de modo mais eficiente as partes do que o processo penal. Não que exista hierarquia entre cada ramo do direito, porém não se pode perder de vista que as normas processuais que densificam direitos fundamentais são, na verdade, heterotópicas e devem ser aplicadas em todas as searas jurídicas.

7 Enunciado nº282, do Fórum Permanente de Processualista Civis: “Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10.”

8 Enunciado nº03, da I Jornada de Direito Processual Civil: “As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.”

9 BEDÊ JUNIOR, Américo. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. (Org.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 262.

Até mesmo o Código de Processo Penal, em seu artigo 3º, não ilide a possibilidade de interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito, reconhecendo pontos de interseção entre os vários ramos para se deixar penetrar por áreas processuais outras. Exemplificando, tem-se a regulamentação da citação por hora certa, insculpida no artigo 362, do mesmo diploma legal, que faz expressa remissão ao procedimento trazido no Código de Processo Civil quanto ao assunto. Torrencial jurisprudência admite ainda aplicação analógica do artigo 451, do Código de Processo Civil quanto às hipóteses de substituição de testemunhas na legislação processual penal, o que se vislumbra somente nos casos de falecimento, enfermidade e não localização da testemunha, dentre outras situações onde a interface entre os ramos é pacificamente aceita<sup>10</sup>.

Acerca da noção de Direito Processual Constitucional, trata-se de um movimento/esforço metodológico que visa enxergar o processo sob a ótica constitucional, com o intento de fazer com que a normativa processual desempenhe de modo eficaz a função de tutela de direitos<sup>11</sup>, urgindo destacar que a busca pela concretização de um *iter* procedimental que espelhe o texto da Carta Política de 1988 não é mera recomendação, configurando genuína incumbência ao operador da Lei, sabedor que as normas hierarquicamente inferiores à Constituição dela retiram sua legitimidade. Além disto, notório que os princípios são dotados de “força irradiadora”, na expressão cunhada por Gustavo Badaró<sup>12</sup>, representando mais do que meras normas programáticas, em ordem a reconhecer que, corporificando-se em uma garantia processual, como feito no caso do contraditório, é devida sua observância, na plenitude de sua potencialidade, enquanto fator de proteção ao acusado e selo de legitimação do derradeiro resultado do processo, tornando imperioso seu emprego para o preenchimento de lacunas no texto da lei, devendo prevalecer em casos de colisão, bem assim inspirar revisões na legislação infra-constitucional, impondo uma releitura ou mudança de conteúdo. Sobre os reflexos do artigo 10, do novo Código de Processo Civil no processo penal, observa Badaró<sup>13</sup>:

Trata-se de regra que dá concretude ou define o conteúdo da garantia constitucional do contraditório. E, nesse ponto, se não há que se adotar uma posição de superioridade, considerando que o contraditório no processo penal deve ser mais amplo ou mais intenso

10 A respeito de algumas possibilidades de aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo penal, conferir: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (Org.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016.

11 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p. 148 e ss.

12 BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 357.

13 BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 367.

que no processo civil, em razão da importância dos bens em jogo, também não será correto defender uma posição de inferioridade do processo penal, no que diz respeito ao contraditório, em comparação com o processo civil. Se o contraditório nos feitos penais não precisa ser mais que o contraditório no processo civil, por outro lado, não se pode aceitar que seja, ao contrário, de menor intensidade.

Portanto, o que cumpre inquirir é se, em um Estado Democrático de Direito, que possui como viga mestra a tutela da dignidade da pessoa humana e constitui seu sistema processual em consonância com as garantias fundamentais do processo, pode remanescer uma previsão que é interpretada de modo a inobservar o dever de advertência, quando a própria redação legislativa não veda uma leitura à luz do contraditório, garantia constitucional melhor expressa pelo novo Código de Processo Civil. Diante de tais achegas, se pretende estender as modernas nuances consubstanciadas em relação ao contraditório à senda penalista, mais precisamente localizando sua aplicação no instituto da *emendatio libelli*, posteriormente tratado.

## **2 A EMENDATIO LIBELLI E SEU PAPEL NA RITUALÍSTICA PROCESSUAL PENAL**

Encontra-se esmaltado no artigo 383, do cânone processual penal, o instituto que a doutrina convencionou nomear de *emendatio libelli*, por vias do qual se concede ao magistrado permissivo para transmutar a capitulação trazida na denúncia/queixa pelo órgão ministerial/querelante, quando a narrativa ali esteada não corresponde a previsão típica que se imputa ao sujeito passivo da relação jurídico-processual, podendo tal obrar ainda que como efeito torne mais gravoso o apenamento. É a dicção trazida pelo Código de Processo Penal:

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

§1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Data a vigente redação legislativa de 2008, corolário da reforma a que foi submetido o referido digesto processual, corporificada na Lei 11.719, que acresceu ao dispositivo em comento seus dois parágrafos, os quais contemplam importantes efeitos de sua aplicação. No tocante ao primeiro parágrafo, tem-se que se a definição jurídica diversa resultar na possibilidade de propositura da suspensão condicional do processo, caberá ao juiz a adoção da medida legal para isto viabilizar, qual seja, cessão de vista ao representante do Ministério Público para, compartilhando do

entendimento do julgador acerca do cabimento da benesse, formule proposta direcionada ao acusado, consoante os requisitos insculpidos no artigo 89, da Lei 9.099/95, podendo ainda o magistrado, dissentindo do órgão ministerial acerca da suspensão, remeter a questão ao Procurador Geral, em aplicação analógica ao artigo 28, do Código de Processo Penal, nos termos da Súmula 696<sup>14</sup>, do Supremo Tribunal Federal. Já no segundo parágrafo, há determinação para que se remeta os autos ao juízo competente caso a alteração típica provoque deslocamento de competência.

Agregue-se que a novel redação minuciou a atuação do juiz no exercício da influência sobre o objeto processual, deixando explícito ser vedado qualquer modificação nas descrições do fato. É em face da consagração de tal vedação que, nas lições de Gustavo Badaró<sup>15</sup>, a nomenclatura do instituto não se apresenta ajustada, pois incapaz de refletir os limites de sua implementação, visto que sendo o termo “libelo” usado para designar a peça escrita em que se veicula a acusação, não seria tecnicamente acertado afirmar que o juiz pode vir a corrigi-la, o que reservado a quem tem a função de acusar, eis que quando classifica diversamente os fatos imputados, embora provoque alteração do objeto do processo, não há emenda a denúncia/queixa. Senão veja-se:

É corrente na doutrina e na jurisprudência definir a situação do art. 383 do CPP como *emendatio libelli*. Assim não nos parece. O libelo é a denominação dada à peça escrita em que se veicula a acusação. É a peça acusatória, como tal, não é formulada pelo juiz, mas por quem tem a função de acusar. O juiz jamais formula o libelo. A *emendatio libelli*, por sua vez, é uma correção, uma emenda ao libelo, sem que se altere a essência da acusação. São correções ou alterações em aspectos acidentais ou secundários da acusação que serão mudados, permanecendo ela substancialmente idêntica. Parece claro, portanto, que o libelo, como peça acusatória, não sofre qualquer emenda ou correção quando o juiz dá aos fatos nova classificação legal. O juiz, na sentença, classifica diversamente os fatos imputados. Em tal hipótese, há alteração do objeto do processo, mas a denúncia ou queixa não sofrem qualquer emenda ou mutação.

A despeito da discussão travada quanto à terminologia, trata-se de instituto que atravessou o crivo do legislador reformista, permanecendo vigente e largamente aplicado no Judiciário brasileiro. Há uma razão de ser na manutenção da *emendatio libelli* na ritualística processual: antes de qualquer imperativo formal, o dispositivo atende a um postulado de Justiça, acionando o sistema de pesos e contrapesos ínsito ao Estado Democrático de Direito, na medida em que institui mecanismo de controle sobre a atuação ministerial e funciona como aprimoramento do processo de filtragem dos excessos acusatórios.

Em uma análise conceitual, o instituto da *emendatio libelli* se diferencia da *mutatio libelli* em vários aspectos primordiais. Enquanto o primeiro é realizado pelo juiz, implicando em uma nova

14 Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão para o Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP”.

15 BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 144.

definição jurídica que nada guarda relação com surgimento de fatos novos, o segundo, com previsão no artigo 384, do Código de Processo Penal, tem cabimento quando o quadro fático é alterado, o que verificado ao término da instrução probatória, devendo o entendimento pela formulação de nova capitulação ser gestado pelo Ministério Público enquanto órgão acusador, consistindo em verdadeiro aditamento do libelo, que só pode ser efetuado, portanto, nas ações penais públicas ou privadas subsidiárias da pública, dada a legitimidade restrita ao órgão ministerial.

Há no Código de Processo Penal uma necessária reabertura do contraditório por ocasião da *mutatio libelli*, o que não previsto expressamente para a *emendatio*, de modo que a defesa, no prazo de cinco dias, poderá se manifestar, arrolando até três testemunhas, quando será designado pelo juiz nova data para interrogatório. Ainda, a *emendatio* pode ser feita em âmbito do julgamento de recurso apelativo, consoante previsão do artigo 617, do Código de Processo Penal, desde que observada a proibição da *reformatio in pejus* no recurso exclusivo da defesa, ao passo que a *mutatio* não dispõe de tal abrangência, pois o permissivo implicaria em supressão de instância vedada no ordenamento jurídico pátrio, dado o comprometimento da ampla defesa e do contraditório, a teor da Súmula 453, do STF:

Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

Neste ínterim, o instituto dá azo a alternativas que a mera atividade subjuntiva por parte do alvazir cercearia, sendo ponto médio sensato entre a obrigação de condenar mesmo sabedor do equívoco na capitulação entabulada na peça acusatória, evitando o fomento da tão afamada impunidade, e o encargo de absolver tão somente por discordar da tipificação, o que alavancaria de sobremaneira o número de recursos, quando o processo, enquanto sequência de atos coordenados no tempo e no espaço, deve caminhar para o justo pronunciamento jurisdicional<sup>16</sup>.

A assunção da referida postura protagonista pelo julgador se faz necessária quando se tem em mira que a prática delitiva é uma formulação socialmente construída, cuja legitimidade é proporcional à correspondência para com os valores coletivamente eleitos, em um recorte geográfico e histórico, como imprescindíveis à vivência comunitária, fora da qual não há vida humana possível e plena. Admitir um processo penal em que o juiz permaneça apático seria calar as múltiplas interpretações cabíveis sobre os fenômenos sociais, negando ao magistrado sua função de

16 Segundo Aury Lopes Jr., “é fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória). Ao lado dela está a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático” (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 66).

direito, que não é a de convidado de pedra, tampouco a de justiceiro, mas de zelador das garantias fundamentais.

Não se pode olvidar que, em um ordenamento jurídico saturado de definições típicas como o é o brasileiro, se configura tarefa deveras hercúlea o consentâneo enquadramento dos fatos às previsões típicas, com suas similitudes e seus textos abertos, tanto que comumente os atores do Judiciário recorrem aos princípios de elucidação de antinomias, como a especialidade e a consunção, soando bucólica a crença de que o titular da ação a todas as capitulações conhece e por alguma delas sempre opta com plena consciência do que está a operar.

A intangibilidade da tipificação seria, em alguma medida, uma postura perigosa, visto que numa nação que se constitui no império da Lei, nenhuma prerrogativa pode ser destituída de sua finalidade, em ordem a luzir que a cessão de titularidades para levar a termo a ação penal, especialmente quanto ao *parquet*, é justificada pela necessidade de representação do Estado na persecução de seus interesses e dos interesses diretos de seus representados, o que jamais se pode conceber como algo intocável, já surtindo entre nós, há muito, os consecrários de tal vedação, tanto que a Carta Magna admite, em face da inércia ministerial, que o particular concorra para provocar a jurisdição penal enquanto ofendido (artigo 5º, LIX, CRFB/88), sendo também permitido pelo Código de Processo Penal que o juiz condene mesmo que o pleito deduzido pelo Ministério Público seja absolutório (artigo 385, do Código de Processo Penal), uma vez que a capitulação é uma proposta de adequação típica e há matérias que são afetas a ordem pública, acima de qualquer prerrogativa institucional.

Noutro giro, os poderes que conferem ao magistrado a possibilidade de atuar de ofício não podem ser exercidos de modo a surpreender as partes, vez que dizer que o juiz pode atuar *ex officio* significa tão somente que se trata de matéria que não condiciona a atividade cognitiva ao alvedrio das partes. Tem-se que a ampliação do conteúdo do contraditório não apenas consignou mudanças objetivas e subjetivas, tratando-se de um processo que trouxe à tona a necessidade de abandonar a remota visão de que a garantia somente recaía sobre as questões fáticas debatidas no processo, abarcando agora também a preocupação com a efetividade da garantia nas questões de direito, já que não havia razão de ser no recorte da interpretação.

Leciona Gustavo Badaró<sup>17</sup> que, por certo, a mutilação do conteúdo do contraditório encontrava-se vinculado à máxima *iuria novit curia* ou ao brocardo *narra mihi factum, dabo tibi jus*, que caracteriza ainda de forma mais ampla a distinção entre a *quaestio facti* e a *quaestio iuris*, concluindo que, deveras, o juiz é livre para dar aos fatos uma qualificação jurídica mais

17 BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 363.

aperfeiçoada, todavia, se tratando de questão de direito de suma relevância, não pode isto subtrair da consideração das partes, sobre o pano de fundo de que conhece o direito e que a atividade das partes se encerra na exposição dos fatos para que se proceda ao juízo de subsunção, precipuamente porque o contraditório não se encerra no material probatório e as questões de direito não são frutos de mera atividade de enquadramento, podendo configurar atividade extremamente complexa, além de ser postura que contraria sobremaneira a atribuição de efetividade ao projeto democrático de processo delineado pela Constituição.

Pelas razões que aqui se fez externar é que se defende a adequação da concepção legislativa, que subjaz a disposição legal, aos postulados constitucionais, notadamente o contraditório, compreendido como a abertura do magistrado à influência das partes não apenas quanto aos aspectos fáticos, mas também jurídicos. Pode-se dizer então, que a *emendatio libelli* funciona como ponte de acesso da democracia ao processo penal, porém ainda não acabada, carecendo de reparos pela aplicação do contraditório, que embora pudesse estar vinculado ao instituto desde seu nascedouro, não legitima o mal-uso do instituto pelos “atravessadores”.

Considerando a seriedade dos efeitos que se desdobram da aplicação da normativa em comento é que se pretende lançar um olhar crítico e pragmático sobre a melhor forma de implementação da idealização legislativa, em ordem a potencializar a justeza de sua roupagem constitucional, passando, primordialmente, pelo procedimento mais oportuno para sua efetivação, cuja estudo depende da desconstrução da obsoleta falácia de que o acusado se defende apenas dos fatos.

### **3 A HODIERNA APLICAÇÃO DO INSTITUTO E A NECESSIDADE DE UM CONTRADITÓRIO PRÉVIO**

Partindo-se do pressuposto de que o julgador, no afã de alterar o objeto do processo, precisa ceder às partes o direito de manifestação, é necessário perquirir o que se compreende por objeto do processo. Nas lições de Gustavo Badaró<sup>18</sup>, o objeto do processo será o fato penalmente relevante que se atribui a alguém, envolvendo, portanto, matéria fática e jurídica, em virtude de se tratar não só de um fato concreto, mas de um fato concreto qualificado juridicamente, um acontecimento da vida que encontra enquadramento em um tipo penal, *in verbis*:

Sendo delito um fato jurídico, isto é, um fato conforme um modelo ou tipo penal, o conteúdo da imputação é a afirmação de que uma pessoa (o imputado) praticou um fato previsto por uma norma penal. No entanto, há posições mais restritas, nas quais se concebe

18 BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 75.

a imputação apenas como a atribuição de um fato a alguém. Nessa definição, não integra o conteúdo da imputação a afirmação do tipo penal e muito menos da conformidade do fato ao tipo penal. A imputação seria a mera afirmação de um fato, atribuído a um sujeito. Tal posição não parece correta. O fato a ser objeto do processo penal deve ser relevante do ponto de vista do direito penal e, assim sendo, enquadrável em um modelo penal, isto é, deve ser um fato concreto que possa ser enquadrado em um tipo penal. Não é por outra razão que se exige para o recebimento da denúncia ou queixa, como condição da ação penal enquadrável na categoria da possibilidade jurídica do pedido<sup>19</sup>, a tipicidade da conduta narrada.

A indissociabilidade das duas facetas do objeto processual faz com que o dever do juiz em dialogar com as partes não se encerre somente diante da alteração fática, quando se configura o instituto da *mutatio libelli*, que por força de expressa previsão legal exige a abertura do contraditório. Destarte, todo fundamento relevante deve ser discutido pelos sujeitos parciais antes de ser considerado para a formação do convencimento judicial, isto porque a assunção de uma postura retraída por parte do magistrado não condiz com a concretização do caráter substancial da garantia como projeção no processo do primado da dignidade da pessoa humana.

Ora, não se pode admitir entendimento diverso, pois fossem os brocardos *iuria novit curia e narra mihi factum, dabo tibi ius* de tal magnitude<sup>20</sup>, ao acusador bastava elaborar a narrativa, incumbindo a capitulação ao magistrado, convindo insistir que há uma razão de ser na necessária explicitação típica na peça vestibular, que é a paridade de armas, uma vez que a tipificação influi no exercício do direito de defesa, sendo falaciosa a assertiva de que o acusado se defende apenas dos fatos. Desta forma, tem-se os ensinamentos de Aury Lopes Jr.<sup>21</sup>:

É ingênua a crença de que o réu se defende dos fatos, podendo o juiz dar a eles a definição jurídica que quiser, sem nenhum prejuízo para a defesa (...) Ora, isso é uma visão bastante míope da complexidade que envolve a defesa e a própria fenomenologia do processo penal. É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também, debruçar-se nos limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É óbvio que a defesa trabalha – com maior ou menor intensidade, dependendo do delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular onde irão desenvolver suas teses.

Ensina ainda o jurista que se faz necessário distinguir o conceito de fato tomado como base no direito processual penal para aquele que se consolidou no direito penal material<sup>22</sup>, eis que no

19 Com o advento do novo Código de Processo Civil, a possibilidade jurídica deixou de ser condição da ação, já que o artigo 485, IV, do referido diploma legal especifica apenas a ausência de legitimidade e a falta de interesse processual como causas de extinção do processo sem resolução do mérito, o que impactou também o âmbito criminal, já que o Código de Processo Penal não elenca quais seriam as condições da ação.

20 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que: “Na realidade, diante do inafastável caráter dialético do processo, deve se modificar de forma significativa o alcance do antigo brocardo *da mihi factum dabo tibi ius*” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo 71, jul.-set./1993, p. 32.)

21 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. t. I, p. 93.

22 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 806-810.

primeiro o fato se imiscui com o próprio acontecimento da vida, real e indivisível, ao passo que no segundo diz respeito ao tipo penal abstrato, ou seja, a hipotética descrição feita pelo legislador que constitui o tipo penal. Neste sentido, o fato processual apresenta maior amplitude quando comparado ao fato penal, pois abrange o acontecimento naturalístico e também a classificação do crime, o que faz com que mudanças fáticas, desprezíveis para o direito penal, não o sejam para a definição do fato processual, requerendo zelo para que a mutação não gaste uma incongruência na sentença, porquanto a linha distintiva entre as questões fáticas e jurídicas é bastante tênue, beirando a inexistência em situações complexas.

Fragmentar a abrangência do contraditório seria perder de vista o “caráter lógico-formal e metodológico do contraditório como instrumento da ordem judiciária, daquela ritualidade mínima que legitima o processo como revelador da vontade coletiva, como meio justo para um fim justo”<sup>23</sup>, além de contrariar os esforços de sepultamento da figura do juiz apático e místico, de quem não se sabe o que esperar quando da prolação da sentença. A defesa pela observância do contraditório em sua acepção plena visa tornar o modelo processual da *emendatio libelli* apto a corresponder às expectativas constitucionais, que abarcou a garantia como direito de influência sem entabular limitações quanto as matérias sobre as quais recairia, posto que quanto mais se transforma o processo em uma instância de diálogo mais se aproxima o resultado jurisdicional dos preceitos democráticos.

Gustavo Badaró<sup>24</sup> elenca duas objeções que comumente se insurgem ao convite ao prévio contraditório, notadamente quanto as questões de direito, quais sejam: a perda da imparcialidade do julgador e a provocação de um atraso ainda maior na prestação jurisdicional que iria na contramão da garantia constitucional da razoável duração do processo. Em superação ao *pseudo* problema do comprometimento da imparcialidade, salienta o autor ser preferível que haja um pré-julgamento viabilizando às partes externar suas alegações e influenciar o convencimento do juiz que julgar de plano, com base em uma decisão consumada, sem uma prévia dialética processual, pois embora assim se obedeça à paridade de armas, na medida em que nenhuma das partes se manifestaria, resta violado o contraditório, já que não exercido em sua plenitude. Em relação à segunda objeção, consigna o jurista que não se trata de um retardamento processual indevido, dado que o maior tempo será investido na melhoria do resultado do processo.

23 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 25, mar. 2005, São Paulo: Ed. Dialética, p.71-79.

24 BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 365.

Vale acrescentar ainda, quanto à suposta violação a imparcialidade do juiz como argumento contrário ao adiantamento<sup>25</sup> da decisão pela mudança na tipificação, que genuína postura parcial se dá quando o magistrado se fecha no próprio entendimento, descartando a possibilidade de modificar sua opinião por influência das partes, o que implica em cerrar os olhos para o dever de promover o debate e contribuir para o policentrismo processual, quando o que se exige do juiz democrático é a disposição para rever uma convicção que já tenha formado.

Se o imperativo da observância plena e irrestrita ao contraditório quando da aplicação do instituto da *emendatio libelli* pelo juiz outrora fazia sentido por uma leitura do artigo 383, do Código de Processo Penal à luz do Direito Processual Constitucional, no presente a argumentação se reforça com advento do novo Código de Processo Civil<sup>26</sup>, que culminou esforços na consagração de um projeto ideológico vanguardista das garantias constitucionais no plano legal, desenvolvendo normativamente o preceito do contraditório, sendo estarrecedor que não tenha havido sua reprodução no contexto do processo penal, onde consequências ainda mais nefastas podem ser ocasionadas, em razão das peculiaridades ínsitas ao ramo.

O Projeto de Lei 4.207/2001, convertido na Lei Ordinária 11.719/2008, até mesmo tentou abarcar a discussão, formulando proposta redacional ajustada aos moldes do contraditório, o que certamente não permaneceu a integrar o teor do artigo 383, do Código de Processo Penal devido ao temor de um pré-julgamento, por retardar a marcha processual ou até mesmo por um apego injustificável a convencionalidade, o que não deve prosperar, pois a abertura do contraditório precisa ser encarada como exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional. É a advertência trazida pelo novo Código de Processo Civil, em seu artigo 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Veja-se a concepção do legislador pátrio no nascedouro na Lei 11.719/2008:

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.

25 Aponta Leonardo Greco: “Hoje, o contraditório participativo e o diálogo humano que dele deve resultar exigem, ao contrário, que o juiz antecipe as suas opiniões, e que o faça de público, e não às escondidas, para que as partes possam acompanhar o desenvolvimento do seu raciocínio e assim influir eficazmente na formação da decisão final”. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, p. 7. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

26 Salienta Gustavo Badaró: “não foi suficiente ler o Código de Processo Penal à luz da Constituição. E a garantia do contraditório não bastou. O contraditório sobre as questões de direito sempre foi solenemente ignorado pela jurisprudência processual penal, que permitia ao juiz, na sentença, dar ao fato uma definição jurídica diversa, mesmo que sobre ela a defesa não tivesse se manifestado, pois se justificava: “o réu se defende dos fatos, e não da definição jurídica”. Agora, contudo, o novo Código de Processo Civil proclama: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil*. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 358).

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

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

§ 3º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 4º Tratando-se de infração da competência do Juizado Especial Criminal, a este serão encaminhados os autos.

A atividade prescritiva aqui pretendida não demanda, a rigor, alteração legislativa alguma no texto vigente<sup>27</sup>, inexistindo imperativo que discipline ser defeso ao intérprete lançar mão de uma apreciação consentânea com o avanço das garantias constitucionais, como é a corporificação do devido processo legal, posto que se trata de uma releitura. A uma porque o Direito, enquanto ciência social, de modo algum se encontra hermético e acabado. A duas porque nenhuma garantia deve sucumbir ao formalismo, por mais necessário que seja ao bem andar das coisas. É, ao invés, dever daquele que retira a normativa do texto legal realizar uma adequação da previsão à luz da melhor doutrina, àquela enxerga o processo, em si mesmo, como uma garantia ao cidadão, na medida em que atua como meio de contenção do poder punitivo estatal.

Tal qual se agasalhou a necessidade de manutenção da *emendatio libelli* no ordenamento jurídico pátrio com fulcro na complexidade<sup>28</sup> ínsita a determinados casos, bem assim por ser inegável que uma proposta de adequação típica é sujeita a fatores históricos e sociais, deve-se alinhar raciocínio da mesma ordem para a defesa da vitalidade de que o magistrado se mostre aberto à influência das partes quando demonstrado intento de transfigurar a capitulação esmaltada na proemial acusatória, de modo que o exercício de conformação de um fato da vida a uma hipótese jurídica passe a ser proveniente de um esforço conjunto, em quaisquer das vezes e independentemente de quem esteja a encabeçar a tarefa, pois ao derradeiro, estaremos sempre a lidar com proposituras, para as quais certamente os partícipes do processo têm algo a contribuir.

27 “Assim sendo, e por força do art. 3º do Código de Processo Penal, que permite a analogia, é de se aplicar, plenamente, aos feitos criminais, a regra do art. 10 do Código de Processo Civil, que exige o prévio contraditório sobre os fundamentos da decisão judicial que não tenham sido debatidos pelas partes, ainda que se trate de matéria que o juiz pode conhecer de ofício”. BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 367.

28 “Deve-se procurar evitar a surpresa não só em relação ao material probatório, mas também em relação à matéria de direito debatida. No mais, a questão de direito nem sempre se resolve num simples processo de subsunção. Aliás, o processo de subsunção apresentar um *iter* bastante complexo, embora frequentemente o mesmo não aflore na decisão judicial, parecendo algo simples e automático.” BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 363-364.

Sobre os tempos modernos e a necessidade de coadjuvação, dissertou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>29</sup>:

Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da regula *iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. Exatamente em face desta realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão jurisdicional. Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.

As considerações tecidas acerca do processo histórico de conformação do contraditório muito dizem sobre a necessidade de se descortinar os problemas práticos que o atual procedimento da *emendatio libelli* gesta entre nós, eis que assim como na contemporaneidade não há contentação alguma com a mera aposição da garantia no texto legal, alienada de seu veraz implemento, não bastaria que se esboçasse uma defesa pela releitura procedimental, sem que fosse apontado ao menos algumas das lacunas que o contraditório preencheria, vez que se o mesmo tem que se fazer processualmente sentir, algum efeito há de ser apontado com a sua ausência.

Exemplificando, a ausência do contraditório prévio vem abrindo espaço para que os juízes, a despeito do incontestado conhecimento jurídico assenhorado, empreendam esforço argumentativo no sentido de dissimular hipóteses de *emendatio libelli* em casos de patente transfiguração dos fatos – que ensejaria, portanto, a aplicação da *mutatio libelli* – tendo por único desígnio impedir os reflexos deste último instituto, ou seja, a cessão de vista ao Ministério Público, a quem incumbe a decisão pelo aditamento da exordial, o posterior pronunciamento defensivo e a reabertura da instrução. Cediço que o número de processos criminais em tramitação é exorbitante, assim como a demanda pela produtividade dos magistrados, razão pela qual a artimanha para abdicação do próprio contraditório se tornou alternativa viável, vez que a manifestação das partes implicaria em um retardamento da marcha processual costumária, quando é de sabença comezinha que o racionamento dos atos processuais jamais pode atravancar a regularidade do implemento de garantias fundamentais, tanto que configura caso de notória nulidade, facilmente evitável caso a adoção do contraditório anteceder a aplicação de ambos os institutos.<sup>30</sup>

29 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. In: *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 139.

30 Acerca da errônea invocação da *emendatio libelli* para se furta do contraditório nos casos de mudança do elemento subjetivo do tipo: LOPES JR., Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *É preciso "mutatio libelli" para desclassificar crime doloso em culposo*, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-abr-17/limite-penal-preciso-mutatio-libelli-desclassificacao-dolo-culpa>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Outra questão prejudicial gestada pela ausência de abertura do juiz aos apontamentos dos demais sujeitos processuais surge quando a nova capitulação dá azo ao oferecimento da Suspensão Condicional do Processo, consagrado no artigo 89, da Lei 9.099/95. A teor do referido dispositivo, nos delitos em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, com abrangência ou não do diploma legal em que se encontra inserido, o Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia, poderá propor a Suspensão do Processo, pelo interstício de dois a quatro anos, contanto que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, além de se fazerem presentes os demais requisitos que autorizam a Suspensão condicional da Pena, inculpidos no artigo 77, do Código Penal. Trata-se de instituto despenalizador que elege hipótese alternativa à pena corpórea, estabelecendo genuína benesse ao réu, tanto que o próprio artigo 383, do Código de Processo Penal, em seu parágrafo primeiro, determina ao magistrado a adoção das medidas legais de praxe ante ao indicativo de seu cabimento em face da alteração típica. Ocorre que, agindo o juiz à luz do que classicamente aventado, operando a *emendatio* no momento de sentenciar e sem propiciar prévia dialética, fatalmente estará externando um convencimento ocluso pela expedição de édito condenatório nas iras da nova capitulação que entende acertada, vez que, para tanto, perpassará pela autoria e materialidade do novel delito, transmitindo ao beneficiado uma advertência nas entrelinhas de sua decisão: face o não aceite da oferta Ministerial ou seu descumprimento, condenação é medida que se impõe, o que em muito cerceia a liberdade da anuência e da execução do benefício.

Ademais, por influir na legitimidade das partes, a abertura do contraditório precedendo a aplicação do instituto permitiria até mesmo à defesa, quando não o fizer o *parquet*, enquanto fiscalizador da Lei e a quem incumbe nos autos a primerva pronúncia, suscitar possível ocorrência de decadência do direito de representação ou queixa em virtude do decurso do prazo, configurando causa extintiva da punibilidade, nos termos do artigo 107, IV, do Código Penal, que embora seja matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, não subtrai o dever do juiz de se mostrar aberto a novo convencimento por influência das partes, evitando desta maneira o andamento processual despropositado, atendendo, ademais, a um imperativo de economia de atos.

Há também outras causas extintivas da punibilidade, em razão da não taxatividade do rol inculpido no artigo 107, do Código Penal, além de outras suspensivas da punibilidade, como a quitação de uma obrigação tributária ou seu parcelamento, não sujeitas ao conhecimento de ofício do magistrado, que seriam capazes de impactar os rumos processuais e poderiam, de pronto, chegar ao conhecimento do julgador quando oportunizada a palavra antes que se proceda a alteração da definição jurídica.

A mudança até mesmo daria às partes a prerrogativa de se manifestar sobre a desarrazoabilidade da manutenção no cárcere ante uma alteração da capitulação manifestada, eis que a prisão preventiva, de natureza cautelar e decretada no curso do processo, possui requisitos objetivos, como o *quantum* de pena abstratamente cominada ao delito e o elemento subjetivo do mesmo, consoante teor dos artigos 311 e 312, ambos do Código de Processo Penal, sendo tal análise também operada em benesses outras a que o réu faz *jus* que dependem do limite de apenamento, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – artigo 44, do Código Penal – ou a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais brando do que o cabível na capitulação formulada na exordial/queixa, as quais certamente implicariam na expedição do alvará de soltura quando da sentença, em ordem a reconhecer que, sendo a liberdade a regra do ordenamento jurídico pátrio, o quanto antes verificado seu cabimento face a mutação do quadro fático-jurídico que ensejou o cerceamento, mais próximo se estará do modelo constitucionalmente idealizado para o respeito às garantias fundamentais.

Não se pode deixar de trazer à baila que a ausência do contraditório dificulta de sobremaneira o esforço argumentativo para impugnação daquilo que ao réu se atribui, pois além da obrigação de reunir as razões de fato e de direito que afiancem a veracidade da tese alegada, deve a defesa premeditar as ações do julgador, antecipando a possibilidade de alteração da definição jurídica e seus consectários, isso porque cada capitulação carrega em si um leque próprio de possibilidades.

Tomemos como amostra a concretização de uma *emendatio libelli* para alterar a capitulação de roubo para furto. Em razão do entendimento jurisprudencial vigente negar, em coro, aplicação do princípio da insignificância aos delitos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não será objeto de argumentação a incidência de tal princípio, o que por certo poderia ser suscitado caso houvesse ciência da alteração típica, gestando um inconformismo que se fará deduzir em razões de apelação, fomentando o numerário recursal, quando deveria o magistrado, minimamente, já que renegado o contraditório, tomar para si o ônus de enfrentar as decorrências da novel capitulação, pois muito mais capacitado, do ponto de vista processual, ao exercício de antecipação da tese defensiva, que sequer teve acesso à atual definição jurídica, do que a defesa se encontra para exercer futurologia quanto ao seu posicionamento, afinal *narra mihi factum, dabo tibi ius*. Tal contrassenso é acarretado pelo diminuto comprometimento dos juízes para com a fundamentação de suas decisões, os quais se dão por satisfeitos com o rechaçar daquilo que, trazido pelas partes, adentrou sua esfera de ciência e se encontra como óbice ao posicionamento que deseja assumir, pelo que cumpre indagar: do que adianta o juiz conhecer o direito se retém o conhecimento para si?

Pelos argumentos alinhavados, defende-se a abertura do contraditório, entendido em sua acepção mais plena, no momento de aplicação da *emendatio libelli*, como forma de enxergar a capitulação errônea como gestora de uma lesão/ameaça de lesão a direitos, assaz para atrair pronta tutela jurisdicional, como preconizado pelo artigo 5º, XXV, da CRFB/88, que outrossim por força constitucional, não pode deixar de ser penetrada pela tentativa de convencimento obrada pelas partes, em relação à qual deve o aguazil denotar receptividade. Isto posto, propõe-se que o artigo 383, do Código de Processo Penal deva ser lido identificando-se o entabulamento de dupla vedação: ao juiz é defeso alterar os fatos trazidos na peça vestibular, sob pena de assumir o papel reservado à acusação, como não lhe é permitido redefinir a capitulação típica, qualquer que seja o momento que se proponha a fazê-lo, sem reabrir o contraditório, sob pena de violação ao devido processo legal.

Ambas as restrições derivam da adoção de um sistema acusatório, onde há distribuição dos encargos de acusar e defender a pessoas distintas, os quais podem ser exercidos em igualdade de condições, cumprindo a um julgador, equidistante das partes, decidir com imparcialidade, eliminando a concentração de funções por um só dos atores, o juiz inquisitor, como ocorre nos sistemas inquisitórios, visando, outrossim, a um processo público que considere o acusado como sujeito de direitos e não objeto processual. Patente, pois, em uma análise percuciente da sistemática constitucional brasileira, a inclinação do constituinte ao sistema acusatório, na medida em que se pode identificar, sem grande esforço, a previsão de um contraditório amplo, da presunção de inocência e da separação de funções, dentre outras figuras indicativas, como leciona Ada Pellegrini Grinover<sup>31</sup>:

A Constituição brasileira de 1988 delineou com toda clareza um processo penal acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar são absolutamente separadas: *um processo de partes*. Clara demonstração desta tomada de posição da Constituição são as regras de titularidade da ação penal pública do MP (art. 129, I, CF), a constitucionalização da função do advogado (art. 133, CF) e a instituição de defensorias públicas (art. 134, CF), a desvinculação do MP do Poder Executivo (Cap. IV do Título IV da Constituição).

Por certo, o andar processual pode desvelar a existência de fatos que influam no objeto do processo e, devendo o magistrado tomá-los em conta para formação de sua convicção, o que se exige é a abertura do contraditório, até mesmo com escopo de zelar pela separação de funções no processo dialético, mantendo a imparcialidade e a inércia da Jurisdição. Tomando, pois as resultâncias da ausência do contraditório como termômetro de aferição de sua necessidade, tem-se que a mudança defendida é premente, porquanto copiosos são os prejuízos gestados pela aplicação do instituto em dissonância com os ideários constitucionais regentes do processo.

31 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Pareceres: O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 348.

## CONCLUSÃO

Pode-se aferir que a conformação democrática do contraditório foi se aperfeiçoando ao longo da história processual, de modo que hodiernamente apenas é possível falar em observância à garantia quando o protesto das partes repercute no conteúdo da decisão do julgador, que deve fomentar a dialética processual, aparelhando os partícipes de instrumentos que propiciem a manifestação em paridade, assim como deve se permitir influenciar pelos referidos manifestos.

O contraditório encontra asilo na Constituição Federal de 1988 ao lado de robusto arcabouço principiológico, tendo o constituinte brasileiro seguido os rumos do Direito Processual Constitucional ao partir do pressuposto de que a justeza do processo é uma das formas de tutela da dignidade da pessoa humana, formulando genuíno núcleo intangível de garantias a serem observadas pela legislação infra-constitucional em matéria processual, o que por si só já tornava imperiosa a conformação dos institutos nos mais diversos ramos jurídicos.

Soma-se a isto o fato de ter cuidado o legislador pátrio de inserir uma pauta axiológica no novo Código de Processo Civil, em latente consonância com os preceitos constitucionais que tocam o processo, destacando-se a previsão insculpida no bojo do artigo 10, a qual impede um pronunciamento jurisdicional ancorado em fundamento alheio ao conhecimento e manifestação das partes, qualquer que seja o grau de jurisdição e ainda que se trate de matéria a ser conhecida *ex officio*, assoalhando o contraditório em sua acepção mais dilatada.

Não obstante, na seara criminal, o legislador reformista de 2008 deixou escapar preciosa oportunidade de conformar o instituto da *emendatio libelli* aos referidos avanços principiológicos, dando margem à admissão de que o julgador, no momento da prolação da sentença – para a doutrina e jurisprudência majoritárias – proceda à alteração típica sem efetuar a abertura do contraditório, ancorado no famigerado adágio de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação formulada pela acusação.

Nesta toada, buscou-se evidenciar o quão desacertado se encontra o procedimento previsto para o instituto em relação às garantias da justiça civil e à tutela constitucional do processo, trazendo à baila alguns dos gravames processuais proliferados sob o pano de fundo de tal construção, permeada por um reducionismo, com base empírica propiciada pelo exercício da atividade de estágio em uma das Varas Criminais da Comarca de Juiz de Fora, no afã de se tornar palpável a necessidade de adequação do procedimento da *emendatio libelli* ao postulado do contraditório que, embora afamado, tem tido sua relevância renegada na exegese do instituto, quando é sabido que a principiolgia processual, tamanha sua relevância, suplanta, não raras vezes, a própria literalidade da Lei.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Canuto Mendes. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937.

BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016.

BEDÊ JUNIOR, Américo. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. (Org.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.207, 2001. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26557>>. Acesso em: 30 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dez. de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 30 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de out. de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 30 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.719, de 20 de jun. de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11719-20-junho-2008-576878-publicacaooriginal-99992-pl.html>>. Acesso em: 30 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 20 de mar. de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 30 set. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (Org.). *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.
- \_\_\_\_\_. O princípio do contraditório. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 25, mar. 2005, São Paulo: Ed. Dialética, p.71-79.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Pareceres: O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JR., Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *É preciso "mutatio libelli" para desclassificar crime doloso em culposo*, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-abr-17/limite-penal-preciso-mutatio-libelli-desclassificacao-dolo-culpa>>. Acesso em: 30 out. 2018.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. In: *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo 71, jul.-set./1993.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 1. 56ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.