



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

STELA DOS SANTOS BORGES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO
SURPRESA A *EMENDATIO LIBELLI***

Salvador
2019

STELA DOS SANTOS BORGES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO SUPRESA
A *EMENDATIO LIBELLI***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Orientadora: Prof.^a Ma. Thaize de Carvalho Correia

Salvador
2019

STELA DOS SANTOS BORGES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO SUPRESA
A *EMENDATIO LIBELLI***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Orientadora: Prof.^a Ma. Thaize de Carvalho Correia

11 de dezembro de 2019

BANCA EXAMINADORA:

Thaize de Carvalho Correia- Orientadora _____
Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia.

Fredie Souza Didier Júnior _____
Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa
Universidade Federal da Bahia.

Lucas Pinto Carapiá Rios _____
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, Prof.^a Ma. Thaize de Carvalho Correia, que despertou minha admiração desde a primeira aula de processo penal, por ter aceitado me orientar, assim como por ter exercido tal papel da melhor forma possível, me acompanhando, pacientemente, ao longo de todo este processo.

À minha mãe, Ana Rita, pelo constante e incondicional apoio, e por sempre buscar formas para tentar me tranquilizar.

Às minhas irmãs, Mari, Bruna e Duda, por sempre acreditarem em mim, nunca me deixando desistir.

À Lídia e Mila, pela inigualável amizade, por estarem comigo em cada etapa da produção deste trabalho, e por nunca deixaram que me sentisse sozinha.

À Ariela, por compartilhar comigo mais essa fase difícil da graduação, nas alegrias e nos desesperos, sempre me mostrando que juntas conseguiríamos ultrapassar qualquer dificuldade.

*As palavras sempre ficam.
Lembre-se sempre do poder das palavras.
Quem escreve constrói um castelo, e quem
lê passa a habitá-lo.*

Marcus Zuzak

BORGES, Stela dos Santos. A aplicação do princípio da vedação à decisão surpresa a *emendatio libelli*. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo central demonstrar a incompatibilidade do artigo 383 do Código de Processo Penal, que disciplina a *emendatio libelli*, com o sistema penal acusatório, principalmente no que se refere ao princípio do contraditório, propondo que tal problemática seja solucionada com a aplicação do disposto no artigo 10 do Código de Processo Civil a estas situações. Neste âmbito elaborou-se a hipótese de que o processo penal brasileiro não prevê a aplicação do contraditório para as chamadas questões de direito, restringindo o âmbito de abrangência do aludido princípio as questões fáticas, de modo que os elementos jurídicos da prestação jurisdicional são decididos unicamente pelo órgão julgador, sem que haja necessidade de qualquer debate prévio entre as partes. Para o desenvolvimento desta pesquisa, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, sendo que, especificamente dentre os tipos genéricos de investigação jurídica, adotou-se o jurídico-prospectivo. Empregou-se a pesquisa exploratória, através da realização de pesquisas bibliográficas. A partir de tal abordagem, o primeiro capítulo cuida de diferenciar os sistemas penais acusatório e inquisitório, assim como analisa a redação do artigo 383 do Código de Processo Penal, e seus desdobramentos. O segundo se dedica ao estudo do novo sistema de valoração de provas e o princípio da vedação surpresa, ambas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil, e a possibilidade da aplicação de tais disposições no âmbito penal, com base no artigo 3º do Código de Processo Penal. Por fim, o terceiro capítulo trata do princípio da correlação entre acusação e sentença, além da possibilidade de aplicação do disposto no artigo 10 do Código de Processo Civil no âmbito da *emendatio libelli*, como uma forma de viabilizar o contraditório prévio em relação as questões de direito.

Palavras-chave: *emendatio libelli*; contraditório; vedação da decisão surpresa; sistema acusatório; processo penal.

BORGES, Stela dos Santos. Applying the sealing principle to the decision of surprise to the libelli issuing. Monograph (Bachelor) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

The present work has as its main objective to demonstrate the incompatibility of article 383 of the Criminal Procedure Code, which disciplines a penal code, with the system of criminal prosecution, mainly regarding the adversarial principle, and proportion of such problem is solved with the application of the provisions of Article 10 of the Code of Civil Procedure in such situations. In this context, we hypothesized that Brazilian criminal proceedings do not apply the application of contradictory to questions of law, restrictions or coverage of the aforementioned Principle as factual matters, so that the legal aspects of the decision are taken solely by the judging body, without any prior discussion between the parties. For the development of this research, use the hypothetical deductive method, including generic types of legal, adopted or prospective legal research. Employ exploratory research by conducting bibliographic searches. From such an approach, the first chapter differentiates between the accused and inquisitive criminal systems, as well as analyzes the wording of Article 383 of the Criminal Procedure Code, and its developments. The second is to devote to the new system of valuation of evidence and the principle of surprise sealing, innovations brought by the Code of Civil Procedure, and a possibility of application of such legal prohibitions, based on article 3 of the Code of Criminal Procedure. Finally, the third chapter deals with the principle of the correlation between prosecution and sentence, in addition to the possibility of applying Article 10 of the Civil Code of Procedure in the scope of the libelli publication, as a way of enabling or contradicting the relationship as questions of law.

Keywords: *emendatio libelli*; contradictory; prohibition of the surprise decision; accusatory system; criminal proceedings.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CPC	Código de Processo Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A ELEIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SISTEMA ACUSATÓRIO E A <i>EMENDATIO LIBELLI</i> NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	13
2.1 A ELEIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SISTEMA ACUSATÓRIO	13
2.2 A <i>EMENDATIO LIBELLI</i> E SEUS DESDOBRAMENTOS	19
2.3 A INCOMPATIBILIDADE DA <i>EMENDATIO LIBELLI</i> COM O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO	27
3. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO SUPRESA	33
3.1 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DE PROVA	33
3.2 A ADOÇÃO DE UM NOVO SISTEMA DE VALORAÇÃO DA PROVA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	38
3.3 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 10 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL	47
4. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO SUPRESA COMO INSTRUMENTO DE VIABILIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO NA <i>EMENDATIO LIBELLI</i>	51
4.1 PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA	51
4.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO EM RELAÇÃO AS QUESTÕES DE DIREITO NO PROCESSO PENAL	56
4.3 ENFRENTAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL DO TEMA	63
5. CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal, promulgado em 1941 é marcado por forte viés inquisitório, concentrando os poderes no órgão julgador e priorizando o interesse social em detrimento dos direitos individuais do acusado, dado que, teve como fonte de inspiração a legislação processual penal italiana de 1930, que, por sua vez, refletia os ideais do governo autoritário e fascista que dominava o país na época.

Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 concedeu ao Ministério Público a titularidade exclusiva para a propositura de ação penal pública, elegendo, assim, o sistema penal acusatório, separando o órgão acusador do julgador, escolha este que implica na adoção de uma concepção de processo disciplinada por princípios diametralmente opostos aos do sistema que inspirou o CPP.

Diante desta evidente contradição, e tendo em vista que não foi promulgado, até o presente momento, um novo Código de Processo Penal que se alinhe aos ditames constitucionais, é necessário compatibilizar as disposições deste último com as diretrizes da Carta Magna, de modo que os ritos penais sejam disciplinados por um procedimento marcado pelos princípios inerentes a um processo que pretende ser democrático, tais quais o da ampla defesa e o do contraditório.

Nesta conjectura, a presente pesquisa tem como objetivo central demonstrar a incompatibilidade do artigo 383 do Código de Processo Penal, que disciplina a *emendatio libelli*, possibilitando que o juiz, na sentença, conceda aos fatos narrados na denúncia definição jurídica diversa da apontada pelo órgão acusador, com o sistema penal acusatório, principalmente no que se refere ao princípio do contraditório.

Elaborou-se a hipótese de que o processo penal brasileiro não prevê a aplicação do contraditório para as chamadas questões de direito, restringindo o âmbito de abrangência do aludido princípio as questões fáticas, de modo que os aspectos jurídicos da decisão são tomados unicamente pelo órgão julgador, sem que haja necessidade de qualquer debate prévio entre as partes.

Neste sentido, o primeiro capítulo cuida de diferenciar os sistemas penais acusatório e inquisitório, analisando ainda a influência histórica que marca a eleição de cada um destes sistemas, assim como a forma com que o Brasil vem lidando com a vigência de um Código de Processo Penal que tem claro viés inquisitório, concomitantemente com a promulgação de uma Constituição Federal que, expressamente, elegeu o sistema acusatório.

Ainda nesta sessão examina-se a redação do *caput* do artigo 383 do CPP e seus desdobramentos, destacando-se como a jurisprudência brasileira tem se posicionado sobre a aplicação de tal dispositivo, e de que forma a supressão do contraditório em relação a qualificação jurídica dada a narrativa da exordial acusatório prejudica tanto a acusação como a defesa.

Lado outro, o segundo capítulo se dedica ao estudo do novo sistema de valoração de provas e do princípio da vedação à decisão surpresa, ambas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, e suas repercussões no âmbito processual penal. Deste modo, primeiramente verifica-se que a nova legislação processual civil abandonou o método do livre convencimento motivado, impondo, expressamente, que o juiz fundamente sua decisão de forma racional e controlável, não podendo utilizar de sua íntima convicção para justificar sua opção por determinada tese.

Seguidamente, examina-se o artigo 10 do CPC, o qual consagra o princípio da vedação da decisão surpresa, através da proibição de que o juiz baseie sua decisão em qualquer aspecto que não tenha sido objeto de debate entre as partes, garantindo, assim que o conteúdo do *decisium* seja o produto dos argumentos lançados pelos atores processuais ao longo da instrução.

Passa-se, então, a verificação da possibilidade da aplicação de tal dispositivo aos ritos penais, a partir do disposto no artigo 3º do CPP, que permite a aplicação supletiva e subsidiária de outros dispositivos legislativos, e da constatação de que o artigo 10 do Código de Processo Civil garante, efetiva e concretiza o direito fundamental do contraditório, este que tem previsão expressa na Constituição, o que torna possibilita a sua aplicação no processo penal.

O terceiro, e último, capítulo analisa a possibilidade de aplicar o artigo 10 do CPC aos casos penais como um instrumento de viabilização do contraditório em relação as questões de direito no processo penal, especificamente em relação a qualificação jurídica dada a conduta imputada ao acusado.

Neste âmbito, examina-se, o princípio da correlação entre acusação e sentença, e sua estreita relação com a *emendatio libelli*, constatando-se que o ordenamento brasileiro não traz regra expressa que preveja a imutabilidade do objeto do processo entre a denúncia e a acusação, de modo que no Brasil tal princípio foi relativizado, de maneira que, o contraditório só é viabilizado nas situações em que ocorrem mudanças fáticas na narrativa da denúncia, enquanto que, quando o magistrado percebe que a qualificação jurídica apontada na peça inicial não foi a adequada, pode, na sentença, alterá-la, sem prévia manifestação das partes, ainda que tal mudança implique na aplicação de penalidade mais severa.

Seguidamente, tenta-se demonstrar que, não obstante a modificação da classificação jurídica não necessariamente implique em violação do princípio da correlação entre acusação e sentença, isto não significa que tal providência possa ser tomada sem a observância do contraditório, porquanto, em um sistema processual regido pelo contraditório, deve se evitar ao máximo a prolação de decisões surpresas. Ademais, a tipificação legal da conduta é elemento que tem relevância tanto para o acusado como para o órgão acusador, ou seja, não é razoável que se admita a supressão do contraditório prévio em relação a tais aspectos.

Por fim, examina-se o esforço doutrinário sobre o tema, verificando-se o entendimento de alguns doutrinadores sobre a redação do artigo 383 do Código de Processo Penal, assim como sobre a possibilidade de que a aplicação da *emendatio libelli* seja, necessariamente, precedida de manifestação das partes. Analisa-se, ainda, como os Tribunais Superiores têm enfrentado tal questão, através da leitura de alguns acórdãos nos quais foram suscitadas nulidades por violação ao princípio do contraditório em razão da modificação da qualificação jurídica dos fatos da denúncia.

Ante o exposto, espera-se que a presente pesquisa demonstre a incongruência entre a interpretação que vem sido dado ao artigo 383 do Código de Processo Penal, pela maioria da doutrina e jurisprudência, a qual inviabiliza o contraditório sobre a qualificação jurídica dos fatos da denúncia, e o sistema processual penal constitucionalmente eleito, ou seja, o acusatório.

Outrossim, é apresentada, como uma forma de compatibilização entre os dois elementos acima citados, a aplicação do disposto no artigo 10 do novo Código de Processo Civil, que impõe a submissão prévia de todos os aspectos da decisão ao crivo do contraditório, para que, nos casos em que o órgão jurisdicional entender pela aplicação do instituto da *emendatio libelli*, somente o faça depois que tenha viabilizado que tanto a acusação como a defesa possam apresentar seus argumentos sobre o tema.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, sendo que, especificamente dentre os tipos genéricos de investigação jurídica, adotou-se o jurídico-prospectivo. Empregou-se a pesquisa exploratória, através da realização de pesquisas bibliográficas colhidas por meio de consulta a: livros, dissertações, teses, artigos de periódicos e decisões judiciais, com o objetivo central de obter dados qualitativos que baseassem a construção da hipótese para o problema.

2 A ELEIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SISTEMA ACUSATÓRIO E O INSTITUTO DA *EMENDATIO LIBELLI*

A Constituição Federal¹ brasileira, promulgada em 1988, em seu artigo 129, inciso I, concede, ao Ministério Público, a competência privativa para a promoção da ação penal pública, separando assim, expressamente, o órgão acusador do órgão julgador, divisão esta que simboliza a eleição, pela Carta Magna, do sistema penal acusatório.

Contudo, a legislação processual penal brasileira, promulgada em 1941, e vigente ainda hoje, reflete o cenário político da época em que foi produzida, sendo marcada, na grande maioria dos seus artigos, por um evidente caráter inquisitório.

Partindo desta contraposição, é necessária a análise do teor dos artigos do Código de Processo Penal, para que seja feita uma releitura de suas redações, de modo a compatibilizá-las com o sistema penal constitucionalmente eleito.

2.1 A ADEQUAÇÃO DEMOCRÁTICA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Os campos do Direito, em sua vasta maioria, estruturam-se a partir de sistemas, os quais podem ser definidos como um conjunto de elementos que se relacionam em razão de um princípio unificador, formando um todo com o objetivo de alcançar determinada finalidade.² Neste contexto, é encargo da dogmática jurídica o desenvolvimento de sistemas que reflitam o conjunto de regras e princípios elencados na Constituição da República.³

Lado outro, a noção de processo se relaciona a de um dispositivo articulador de uma multiplicidade de elementos que trazem a necessidade de adoção de um sistema para determinar a sua estrutura constitutiva, o que torna imperiosa a eleição de um princípio unificador, que tem como função máxima a fixação dos limites de atuação de cada agente jurídico, de modo a estruturar a coerência interna do sistema.⁴

¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**, Sapucaia do Sul, Notadez Informações, nº 1, 2001, p. 28

³ CASSARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p. 65

⁴ Ibid, p. 64

Relevante notar ainda que este princípio unificador é também o elo de conexão entre os sistemas processuais e o contexto histórico que conduziu a sua escolha, o que demonstra o caráter político da eleição de cada sistema⁵:

A forma como o direito é regulado representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico. Sendo assim, as alterações políticas no tempo e a diversidade de ideologias em uma mesma época, fazem com que haja diferentes tratamentos aos institutos processuais na evolução histórica e nos vários países. Em virtude disso, afirma-se que os conceitos dos institutos fundamentais do direito processual não são definitivos, mas relativos, na dependência da predominância que se dê ao indivíduo em confronto com o Estado, ou, ao contrário, ao Estado em face do indivíduo.⁶

Feitas essas considerações, no âmbito do processo penal, é possível verificar a ocorrência de dois princípios unificadores distintos e diametralmente opostos, quais sejam, o acusatório e o inquisitório.

Nessa conjectura, o princípio inquisitório é marcado pela concentração dos poderes decisórios e investigatórios no órgão julgador, que tem a função de buscar a “verdade real”, o que, inevitavelmente resulta no fortalecimento do Estado juiz, e no enfraquecimento da divisão do papel das partes, e do respeito as garantias legais que tem como foco central minimizar o exercício arbitrário do poder punitivo, de modo que o acusado é visto como mero objeto de inquisição, não participando do processo como parte ativa.⁷

Em contrapartida o princípio acusatório tem como elemento principal a oposição entre acusação e defesa, as quais estabelecem entre si relações recíprocas:

Falamos, pois, ao aludirmos ao princípio acusatório, de um processo de partes, visto que, quer do ponto de vista estático, por meio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, ou seja, pela observação do modo como relacionam-se juridicamente autor, réu, seu defensor e juiz, no exercício das mencionadas funções.⁸

Assim, conclui-se que, nos sistemas que tem como princípio unificador o acusatório, opera-se uma distribuição do direito de ação, do direito de defesa, e do poder jurisdicional entre autor, réu e juiz, respectivamente.⁹

Nesse sentido, a depender do princípio unificador, os sistemas processuais penais podem ser classificados em inquisitório ou acusatório.

⁵ CASSARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p. 66

⁶ FERNANDES. Antonio Scarance, **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 15

⁷ Ibid., p. 15

⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro, 2005, p. 114

⁹ Ibid, p. 118.

Guardando estreita semelhança com o princípio que o rege, o sistema processual inquisitivo tem como pretensão central atender a ideia de fortalecimento do Estado e da prevalência dos interesses abstratos da coletividade sobre os concretos e individuais do acusado.¹⁰

Desse modo, para alcançar os citados objetivos, este sistema distancia-se da noção de um processo de partes, tendo em vista que o órgão julgador passar a ter amplos poderes para agir de ofício, escolher e produzir a prova, o que faz com que sua convicção não se forme a partir do conjunto probatório colacionado aos autos, mas que o juiz se utilize de tais elementos para demonstrar o motivo de ter aderido a determinada hipótese, a qual foi, muitas vezes, escolhida antes mesmo da instrução processual ter início.¹¹

A análise histórica revela uma convergência entre os marcos temporais de eleição de um sistema processual penal inquisitório e a vigência de sistemas de governo autoritários, o que faz sentido, considerando que o citado sistema é marcado pela concentração de poder no Estado-juiz, o que vai diretamente de acordo com a organização social imposta por governos autoritários ou ditatoriais.¹²

Em outro giro, o sistema acusatório, tem como elemento central a separação do órgão julgador do órgão acusador:

Justamente, pode se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo, rigidamente separado das partes e o julgamento, como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção (...) É precisamente desta natureza privada ou polar- e seja como for, voluntária- da ação penal que derivam, no processo romano ordinário, as características clássicas do sistema acusatório: a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, a atribuição destas a toda atividade probatória e debate, o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz, tanto mais quanto maior for sua origem popular.¹³

Em outras palavras, entre todos os elementos constitutivos do modelo acusatório, o mais relevante, porque é estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, é a separação entre juiz e acusação, esta que não se restringe apenas a divisão entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que possuem a capacidade postulatória, envolvendo também a condição

¹⁰ CASSARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p. 88

¹¹ CASSARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p. 90-91

¹², Ibid, p. 88-89

¹³ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 519-520

essencial do distanciamento do juiz em relação as partes da causa, e ao ônus da contestação e da prova, que são atribuídos, exclusivamente, à acusação.¹⁴

Assim, para que um sistema processual penal seja considerado acusatório, é indispensável que o órgão julgador seja dotado de imparcialidade, ou seja, que tenha plena consciência de que a sua função principal é a de decidir a causa, e, de que seu julgamento deve se operar a partir de uma consciente e motivada escolha entre duas opções alternativas, em relação ao qual manteve-se, durante todo o curso procedimental, igualmente distante.¹⁵

Nesse âmbito, um dos marcos divisores entre os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório é a gestão da prova, dado que, no primeiro o juiz seria uma parte “ativa”, que, sem qualquer provocação das partes buscaria e produziria provas, enquanto que no segundo, o órgão julgador, no que tange a produção probatória, adotaria postura “passiva”, concretizada a partir da sua separação do órgão acusador.¹⁶

Nesse sentido, analisando a legislação processual penal brasileira, constata-se que o Código de Processo Penal vigente até a presente data fora promulgado no ano de 1941, tendo inspiração direta no *Codice Rocco*, da Itália de 1930, o qual fielmente retrata o regime fascista que o país vive na época, e, que, por óbvio, tinha por base uma estrutura inquisitorial.¹⁷

Por sua vez, a aludida legislação italiana se respaldou no *Code Napoléon* de 17/11/1808, este que, sem embargo da presença de alguns elementos que lhe concediam uma aparência acusatória, razão pela qual foi considerado como misto, era predominantemente, e nos artigos mais relevantes, cabalmente inquisitório¹⁸, razão pela qual, pode se afirmar que o Código de Processo Penal brasileiro: “configura um sistema misto, e, deste modo, mantém na base o sistema inquisitorial e a ele agrega elementos típicos da estrutura do sistema acusatório.¹⁹”

Em contrapartida ao predominante caráter inquisitivo da lei processual penal pátria, a Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, traz, em seu corpo, artigos que traduzem a eleição do sistema acusatório, consubstanciado principalmente na divisão expressa entre o órgão acusador e o julgador, sendo que, somente a este primeiro, cabe, a

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 522

¹⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro, 2005, p. 116

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 254-257

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 183, julho/set. 2009, p. 109-110.

¹⁸ *Ibid*, p. 110.

¹⁹ *Ibid*, p. 111

iniciativa da ação penal por crime de ação penal pública, e na garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.²⁰

Do mesmo modo, alguns documentos internacionais, ratificados pelo Brasil, os quais, em sua maioria, foram elaborados depois das duas grandes guerras mundiais, trazem normas de cunho garantista, que tem o objetivo central que seus signatários assumam o compromisso de respeitarem os direitos básicos do indivíduo, em um claro viés acusatório.²¹

Nesse âmbito, merece destaque a Convenção Americana de Direitos Humanos, com vigência internacional desde 18/07/1978, a qual elenca, em seu artigo 8º uma série de garantias do Acusado, tendo integrado o ordenamento brasileiro em 25/09/1992, por meio do Decreto nº 678/1992, sendo que, após anos de debate acerca da sua natureza jurídica, atualmente, com a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, se entende que a mesma tem natureza supralegal, ou materialmente constitucional.²²

Feitas estas considerações, diante da supremacia da Carta Magna em relação as legislações ordinárias, e, tendo em vista que a mesma entregou a função de acusar, privativamente a um ente distinto daquele que julgará a lide, qual seja, o Ministério Público, além de trazer o processo sob um viés democrático, com garantia expressa de um juiz imparcial, hodiernamente, se afirma que, no direito brasileiro vige o sistema processual penal acusatório.²³ Contudo, diante da redação do Código de Processo Penal brasileiro, e do teor da maioria das decisões judiciais, alguns autores apontam que o Brasil vive em uma “aparência acusatória”:

Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais, e a dinâmica que, pelas relações jurídicas ordenadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa, salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório verdadeiramente são implementados todo dia. Tem razão o mestre Frederico Marques, ao assinalar que a Constituição preconiza a adoção e efetivação do sistema acusatório. Também tem razão Hélio Tornaghi, ao acentuar que já formas inquisitórias vivendo de contrabando no processo penal brasileiro, o que melhor implica, considerá-lo, na prática, misto. O princípio e o sistema acusatório são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal, e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade²⁴

²⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro, 2005, p. 149

²¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15-14

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 42-43

²³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 51.

²⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro, 2005, p. 171-172

Saliente-se, contudo, que durante a vigência do Código de Processo Penal brasileiro, mudanças e reformas pontuais foram feitas em sua redação, aproximando-o dos preceitos elencados na Constituição, o que foi corroborado pela edição de leis extravagantes que também buscam aprimorar o sistema penal.²⁵

Porém, não obstante a edição destas legislações tenham caráter, pelo menos a princípio, despenalizador, buscando a intervenção mínima, trazendo a ideia de prisão como última *ratio* e da busca de penas alternativas a mesma, como regra geral, tais diplomas legais, em uma lógica invertida, tem contribuído para ampliar o controle social e legitimar o sistema penal, resultando assim, em verdade, na aplicação de mais sanções, afastando o rito penal brasileiro do sistema acusatório.²⁶

Todavia, em que pesem as citadas mudanças na legislação processual, o Código de Processo Penal de 1940 permanece vigente no Brasil, com a maioria dos vícios de setenta anos atrás, violando, em muitos dos seus dispositivos, o sistema acusatório, não tutelando satisfatoriamente direitos e garantias do acusado, olvidando-se da vítima, que se torna quase refém de um exacerbado formalismo, caracterizando-se, de modo geral como assistemático e confuso em grande parte de seus títulos e capítulos.²⁷

Outrossim, prevalece a divisão do processo penal em duas partes, quais sejam, o inquérito e a instrução processual, sendo que a primeira tem contornos nitidamente inquisitórios, enquanto que a segunda, em que pesem algumas exceções, tem uma estrutura predominantemente acusatória, diante do que é possível dizer que a legislação processual penal brasileira se enquadra como inquisitória reformada, ou, simplesmente, mista.²⁸

Nesse contexto, torna-se imperioso realizar uma análise de cada artigo da legislação processual penal, avaliando sua compatibilidade com o sistema adotado pela constituição:

A Constituição de 1988 adotou, indubitavelmente, um processo penal acusatório, estando claramente delineada a separação das funções de acusar, julgar e defender. Em consequência, dispositivos legais infraconstitucionais com o sistema acusatório não foram recepcionados, como o art. 26 do Código de Processo Penal, que previa a possibilidade de, em caso de contravenção penal, o processo iniciar-se por ato do juiz²⁹

²⁵ MOREIRA, Romulo de Andrade. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 344

²⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolucionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Seqüência**, nº 52, jul. 2006, p. 168.

²⁷ MOREIRA, Romulo de Andrade. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 346

²⁸ ZILI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 175.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

Ante o exposto, constata-se que, não obstante a inspiração inquisitória do Código de Processo Penal brasileiro vigente até os dias atuais, a promulgação da Constituição da República de 1988 trouxe a imperiosa necessidade de uma reinterpretação do processo como um todo, de modo que continuar aplicando as previsões das legislações anteriores a mesma, e que com ela vão de encontro, é descumprir os seus preceitos, e, conseqüentemente, a base de um Estado democrático de direito.

2.2 A *EMENDATIO LIBELLI* E SEUS DESDOBRAMENTOS

Neste contexto, partindo-se da premissa de que a Constituição de 1988, em consonância com os documentos internacionais do qual o Brasil é signatário, elegeu como o sistema penal acusatório, é necessário constatar em que medida tal escolha se compatibiliza com as disposições do Código de Processo Penal.

Á vista disso, a leitura do aludido diploma legal revela que, no procedimento ordinário, o qual, via de regra, se aplica aos delitos de ação penal incondicionada, o Ministério Público oferece a denúncia, esta que, na maioria das vezes é respaldada em inquérito policial, podendo o juiz rejeitá-la ou recebê-la, e, neste último caso, deve intimar o acusado para que apresente resposta à acusação.

Com a apresentação desta petição, o magistrado tem a possibilidade de absolver sumariamente o réu, ou, marcar audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que ocorrerá, nesta ordem: oitiva da vítima, inquirição das testemunhas, esclarecimentos dos peritos, acareações, reconhecimento de pessoas e coisas, e, ao final, o interrogatório do imputado.³⁰

Seguidamente, as partes podem requerer a realização de diligências que tenham decorrido de fatos descobertos durante a instrução processual, mas, não havendo tais pleitos, o juiz concederá, primeiro a acusação, e depois a defesa, oportunidade para oferecerem suas alegações finais, e, sendo estas apresentadas, deve proferir a sentença.

Neste momento processual o magistrado pode se fazer valer do artigo 383 do CPP para, se assim entender, dar ao fato descrito na denúncia capitulação jurídica diversa.³¹

³⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 de out. 2019.

³¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 de out. 2019.

Nesse âmbito, o artigo 383 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008, prevê o instituto denominado da *emendatio libelli*, nos seguintes termos:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§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 (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).³²

Desse modo, o órgão julgador, no momento de julgar a pretensão acusatória, deve dar ao fato objeto de sua análise, a qualificação jurídica que entende correta, independentemente de qualquer tipificação legal anteriormente atribuída a conduta pelo promotor de justiça ou querelante, ainda que a pena desse novo delito seja mais grave, sem que para isso tenha que tomar qualquer providência, ou cientificar qualquer das partes.³³

Destaque-se ainda que a legislação processual penal traz artigo com idêntica redação em ao tratar do procedimento especial do Tribunal do Júri³⁴:

Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.³⁵

Por fim, o diploma legal possibilita que estas determinações sejam aplicadas pelos órgãos julgadores de eventuais recursos interpostos pela acusação ou pela defesa, salientando, contudo, que em caso a insurgência seja apresentado apenas pela primeira, a pena aplicada ao réu não poderá ser aumentada:

Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença³⁶.

³² BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

³³ GRINOVER. Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Antônio Magalhães Filho. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 209-210.

³⁴ A Constituição Federal de 1988 atribuiu, em seu artigo 5º, XXXVIII, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida ao Tribunal do Júri, que é um órgão colegiado heterogêneo, formado por um juiz togado, que exerce a função de presidente e mais 25 jurados escolhidos entre os cidadãos. O aludido procedimento especial caracterizado por duas fases, sendo que a primeira, o *judicium accusationis*, está regulado nos artigos 406 a 421 do Código de Processo Penal, e, encerrada a instrução processual, o juiz de direito decidirá se desclassifica o delito imputado ao réu, ou se o pronuncia, o impronuncia ou absolve sumariamente. Em caso de pronúncia, tem início a segunda fase deste procedimento, a *judicium causae*, na qual o Réu é julgado pelo Conselho de Sentença, que decidirá, por maioria dos votos, pela sua absolvição ou condenação. Em razão do princípio constitucional da soberania dos vereditos, a apelação, nesse procedimento, é recurso de fundamentação vinculada, apenas podendo ser interposta pelos motivos elencados no artigo 593, III do CPP.

³⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

³⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

Portanto, a *emendatio libelli* pode ser definida como uma emenda à acusação, que, não é, contudo, realizada pelo representante do Ministério Público ou do querelante, mas, solitariamente pelo juiz, no momento da prolação da sentença penal, independentemente de eventual prejuízo ao acusado, a quem não é oportunizado se manifestar sobre essa nova classificação que lhe é imputada.³⁷

Destaque-se ainda a ressalva feita por Gustavo Badaró, no sentido de que a doutrina majoritária se equivoca ao associar o disposto no artigo 383 Código de Processo Penal com a expressão *emendatio libelli*, porquanto, o que citado dispositivo legal prevê, na realidade, é uma mudança no objeto do processo, não se tratando assim, de uma emenda, propriamente dita, ao libelo, ou seja, a denúncia, mesmo porque somente o órgão acusatório teria competência para emendar a exordial.³⁸

Nesse âmbito, verifica-se que as determinações dos citados artigos têm como base o princípio do *iura novit curia*, ou seja, “O Tribunal conhece a lei”, o qual foi interpretado, pela legislação brasileira, no sentido de que o cabe ao juiz determinar o direito aplicado a espécie, de modo que, se o mesmo reconhecer que o fato provado durante a instrução processual tem qualificação jurídica diversa daquela imputada ao réu pelo órgão acusador, pode resolver esta questão de mérito, condenando o réu como incurso no tipo penal que julgue ser mais adequado, sem que para isso precise oportunizar qualquer manifestação das partes³⁹:

“Assim, por exemplo, se o Promotor de Justiça atribui a alguém a prática de furto, porque, com um puxão, subtraiu uma corrente de ouro do pescoço da vítima, ferindo-a, nada impede ao juiz condena o agente por roubo. A pena pode ser mais grave, uma vez que não houve alteração do fato a respeito do qual foi exercido o direito de defesa.⁴⁰”

Em outras palavras, a partir da aplicação do princípio do *iuri novit curia* entendeu-se que os órgãos julgadores não se acham limitados aos erros ou omissões das partes, o que possibilita que eles decidam de maneira desvinculada desses aspectos formais.⁴¹

³⁷ ALMEIDA, Joaquim Márcio de Castro. *Emendatio libelli: a emenda judicial in pejus*. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2009.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 118

³⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a constitucionalidade das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 231

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Antônio Magalhães Filho. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 210.

⁴¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 2, nº1, 2016, p. 190

De outro lado, a doutrina tradicional justifica a permanência das disposições do artigo 383 do CPP, mesmo depois da eleição constitucional do sistema acusatório, a partir da afirmação de que o réu se defende dos fatos, e não da classificação jurídica que consta na denúncia, diante do que, o juiz, ao aplicar a *emendatio libelli* estaria realizando uma mera correção na tipificação jurídica do fato delituoso.⁴²

Partindo dessa premissa, doutrinadores como Eugênio Pacelli, lecionam que a consequência jurídica que o titular da ação penal extrai da narrativa que consta na exordial acusatória, não vincularia e nem poderia vincular o juiz da causa, afirmando que, a *emendatio libelli* nada mais é do que a adequação do fato descrito ao tipo penal previsto na lei, e, considerando que o acusado não se defende da capitulação, mas da imputação da prática de conduta criminosa, ainda que a nova tipificação trazida pelo juiz implique em pena mais grave para o mesmo, isso não implicaria em qualquer prejuízo para a defesa.⁴³

Sobre a temática cumprem-se destacar os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO INDICAÇÃO DE DISPOSITIVOS DE LEI VIOLADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. EMENDATIO LIBELLI. CORRELAÇÃO DOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA E NA SENTENÇA. DISPENSABILIDADE DAS REGRAS DO ARTIGO 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INCURSÃO NAS PROVAS DOS ATOS. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CORRUPÇÃO PASSIVA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. AGENTE QUE DEVERIA ZELAR PELO CUMPRIMENTO DAS LEIS. ELEMENTO DE MAIOR REPROVABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O argumento do agravante de que foram combatidos os fundamentos de inadmissão do recurso especial não refuta a incidência da Súmula n. 284 do STF, que aponta pela deficiência de fundamentação decorrente da não indicação dos dispositivos de lei tidos por violados. 2. A Corte Regional entendeu pela possibilidade de *emendatio libelli*, correlação entre os fatos descritos na denúncia e na sentença, e, ainda, pela dispensabilidade do cumprimento das regras do art. 384 da lei processual penal no caso. 3. **Esta Corte já definiu que o réu se defende da imputação fática e não da imputação jurídica, assim, tratando-se da *emendatio libelli*, mostra-se desnecessária a observância das disposições do art. 384 do CPP.** 4. Para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem quanto à correlação entre os fatos descritos na denúncia e na sentença, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Súmula n. 7 desta Corte. 5. A majoração da pena-base se deve ao fato de ter sido considerada negativa a circunstância judicial da culpabilidade, em razão do crime ter sido praticado por policial federal, agente estatal que deveria zelar pelo cumprimento das leis. 6. Agravo regimental desprovido.⁴⁴ (grifos aditados)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EMENDATIO LIBELLI. ART. 383 DO CPP. DEVIDO PROCESSO LEGAL. EXTORSÃO MEDIANTE

⁴² LOPES, Aury Junior. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 891

⁴³ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 659

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 1422251. Quinta Turma. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Rio de Janeiro, 23/04/2019, DJe de 30/04/2019. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803416290&dt_publicacao=30/04/2019> Acesso em 24 set. 2019

SEQUESTRO. CONCUSSÃO. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO FATO NARRADO NA DENÚNCIA. VIABILIDADE. 1. **O acusado defende-se dos fatos descritos na denúncia e não de sua classificação jurídica.** Precedente: Inq 4093, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-101 18.5.2016. 2. **Não configuram ilegalidade ou abuso de poder as hipóteses em que o juiz sentenciante, a partir de elementos decorrentes da instrução probatória, dá aos fatos nova definição jurídica, nos termos do artigo 383 do CPP** (emendatio libelli). 3. Narrativa da denúncia que descreve a exigência de vantagem indevida pelos denunciados é suficiente para viabilizar a desclassificação da imputação de extorsão mediante sequestro qualificada pela restrição da liberdade da vítima (art. 158, § 3º, do CP) para o crime de concussão (art. 316 do CP). 4. Agravo regimental conhecido e não provido.⁴⁵ (grifos adotados)

Ocorre que, tal postura peca, ao reduzir a complexidade do processo penal, a partir de uma concepção simplista, que não se compatibiliza com os níveis de evolução nem com os cânones constitucionais contemporâneos, principalmente com a previsão expressa que a Carta Magna traz do direito ao contraditório, em seu artigo 5º, inciso LV⁴⁶:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes⁴⁷;

Com efeito, o contraditório pode ser definido como uma garantia fundamental de imparcialidade, legitimidade e correção jurisdicional, tenho em vista que, uma decisão proferida que se baseie em alguém elemento sob o qual não tenha sido oportunizado o prévio diálogo entre as partes, pode se mostrar unilateral, ilegítima e injusta.⁴⁸

Nessa esteira, a análise dos princípios constitucionais revela que, necessariamente, deve haver uma correlação entre a acusação e a sentença, ou seja, averigua-se que, em verdade, o acusado não se defende apenas do fato descrito na exordial acusatória, mas também da classificação jurídica que lhe foi dada pelo órgão acusador, ou seja, o imputado se defende dos fatos qualificados juridicamente.⁴⁹

Assim, sob a égide de um sistema penal acusatório, em que o órgão acusador e o julgador são separados, supor que o Ministério Público não saiba qualificar juridicamente os fatos descritos em um inquérito policial, ou qualquer outro meio que enseje o oferecimento de uma denúncia, não é uma atitude razoável, dado que, eventuais opiniões distantes do juiz, sobre o

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 134686. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Rio de Janeiro, 15/10/2018, DJe de 16/10/2018. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748440277>> Acesso em 24 set. 2019

⁴⁶ LOPES, Aury Junior. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 891

⁴⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. de 2019.

⁴⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 137

⁴⁹ SCARANCA, Antonio Fernandes. A Mudança do Fato ou da Classificação Jurídica no Novo Procedimento do Júri. **Boletim do IBCCrim**, nº 188, julho/2008, p. 6.

enquadramento jurídico apontado pelo órgão acusador não lhe podem ser impostos, sob pena do magistrado, ao mesmo tempo, apresentar a pretensão acusatória e julgá-la.⁵⁰

Isto posto, deve-se compreender que as chamadas questões de direito a que se refere o artigo 383 do CPP, estão, intimamente, ligadas ao fato penal, ou seja, a conduta típica abstrata, de modo que estão abrangidas pelo que pode se denominar de fato processual, de modo que, ainda que a lei não exija, o juiz, honrando o princípio do contraditório, deveria, ao constatar que a qualificação jurídica de denúncia não é aquela que acredita ser a mais adequada, oportunizar que as partes se manifestem sobre eventual modificação na mesma que pretenda realizar.⁵¹

Nesse âmbito, sublinhe-se ainda que o artigo 383 do Código de Processo Penal, ao fazer uso da palavra “fato”, este que, eventualmente, na sentença, pode receber qualificação jurídica diversa da apontada na exordial acusatória, não estabeleceu qualquer critério distintivo entre as circunstâncias fáticas relacionadas ao delito e os fatos típicos, previstos de forma abstrata na lei penal, o que demonstra a ilegitimidade da afirmação de que o acusado só se defende das circunstâncias fáticas, razão pela qual a qualificação jurídica não precisaria ser objeto de contraditório.⁵²

Diante dessas constatações, Gustavo Henrique Badaró⁵³ afirma que, não obstante a lei processual penal não traga, junto com a *emendatio libelli*, a previsão que as partes se manifestem sobre a mesma, antes que ela ocorra, a Constituição o faz, já que cria, em suas disposições:

“(...) verdadeiro dever do juiz de provocar o prévio contraditório entre as partes, sobre qualquer questão de que apresente relevância decisória, seja ela processual ou de mérito, de fato ou de direito, prejudicial ou preliminar. O desrespeito ao contraditório sobre as questões de direito expõe as partes ao perigo de uma sentença surpresa.”

Sobre a temática, registre-se ainda a posição de alguns autores como, por exemplo, Ricardo Jacobsen Gloeckner, segundo a qual, por força do princípio da presunção de inocência, nas situações em que o juiz entendesse que o fato descrito na exordial acusatória não se coaduna

⁵⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a constitucionalidade das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 236

⁵¹ LOPES, Aury Junior. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 894

⁵² DONATO, Jânio Oliveira; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Preposições teóricas aos institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*- superação do processo como instrumento de jurisdição. **Revista Brasileira de direito processual- RBDpro**, Ano 15, nº 59, jul.set/2007. Belo Horizonte: Fórum, p. 85

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 34

com o tipo penal imputado, o acusado deveria ser absolvido, tendo em vista que, uma acusação mal elaborada somente poderia resultar em uma absolvição.⁵⁴

Nesta linha de entendimento, a análise aprofundada dos desdobramentos do artigo 383 do Código de Processo Penal, deixa claro que, morfológicamente, a imputação é tão mutável quanto couberem definições jurídicas igualmente voláteis, porquanto a *emendatio libelli*, consiste em uma verdadeira flexibilização da imputação, uma vez que estrutura uma situação jurídica potestativa, de modo que a sorte do acusado, depende, somente de uma deliberação do órgão julgador, esta que não é, sequer, sujeita ao contraditório.⁵⁵

Outrossim, é necessário diferenciar a *emendatio libelli* da *mutatio libelli*, prevista no artigo 384 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o 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. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).⁵⁶

Nesse sentido, nota-se que a narrativa da peça acusatória limita o julgador em seu pronunciamento final, circunscrevendo-o a descrição feita pelo órgão acusador, e sobre a qual, o Acusado pode exercer seu direito de defesa, dado que, deve haver congruência entre a sentença e a imputação, impossibilitando, assim, a ocorrência de julgamento *extra petita* ou *ultra petita*.⁵⁷

A leitura do artigo acima transcrito demonstra que a diferença central entre os institutos da *emendatio* e da *mutatio libelli*, é que, na primeira, não há mudança nos fatos descritos na

⁵⁴ GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos). **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 2, nº1, 2016, p. 209

⁵⁵Ibid, p. 207

⁵⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁵⁷ MOREIRA. Rômulo de Andrade. **Curso temático de direito processual penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 545.

denúncia, o magistrado tão somente não concorda com a tipificação legal atribuída pelo representante do Ministério Público, enquanto que, na segunda, a nova classificação jurídica tem sua razão de ser nas provas dos autos, diante do que deve se operar o aditamento da peça inicial pelo órgão acusador.

Assim, a interpretação produzida pelo princípio *iuri novit curia*, possibilita, a partir da literalidade dos artigos 383 e 384 do CPP, concluir que, no direito processual penal brasileiro inexistente direito ao contraditório em relação as matérias de direito, considerando que só é possibilitado a defesa, se manifestar sobre eventuais mudanças na tipificação legal que o órgão julgador pretende proceder, quando as mesmas forem resultado de modificações no plano naturalístico, sendo dispensada, contudo, quando o juiz, restrito a narrativa de peça exordial, decide por lhe atribuir classificação jurídica diversa.⁵⁸

Ante o exposto, percebe-se é que a correlação entre a acusação e a sentença, e o próprio direito ao contraditório, vem sido entendidos, por boa parte da doutrina tradicional e da jurisprudência, como se aplicando tão somente aos fatos narrados na imputação, diante do que, o contraditório só precisaria ser oportunizado para esses aspectos, e não para as questões de direito.⁵⁹

Contudo, o que pode se concluir dessa postura é que a mesma resulta em uma insuficiência do tratamento da reação defensiva contra o enquadramento típico, dado que, partindo do entendimento de que o réu se defende do fato, não lhe é garantida a possibilidade de influir na pena a ser aplicada, como se o único interesse da defesa fosse a absolvição, não lhe importando a qualificação jurídica dada aos fatos, a maneira como a pena será aplicada, ou a sua posterior execução.⁶⁰

Ademais, a separação das questões do processo penal em de fato e de direito revela um reducionismo que não é compatível com a complexa realidade contemporânea, onde as citadas questões estão cada vez mais interligadas, se misturando e coexistindo, mas, nunca se excluindo, de modo que afirmar que o réu se defende dos fatos da denúncia, como pressuposto para autorizar que o juiz modifique a classificação jurídica da conduta, implica em não

⁵⁸ GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos). **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 2, nº1, 2016, p. 190

⁵⁹ FILHO, Mario Cesar Fellipi. **A emendatio libelli no processo penal brasileiro: uma releitura dos axiomas iura novit curia e narra mihi facta dabo tibi jus, à luz dos princípios constitucionais**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí. Santa Catarina, 2013. Santa Catarina, 2013, p. 173

⁶⁰ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Emendatio libelli* e sentido comum teórico dos juristas. **Revista Brasileira de Ciências Criminas- RBCCrim**. Ano 22. Vol. 108, maio.-jun/2014, p. 408

oportunizar que o acusado se defenda da totalidade da pretensão acusatória, em clara violação as garantias do contraditório e da ampla defesa.⁶¹

No mesmo sentido, para que um processo viabilize, substancialmente, o exercício do contraditório, é imprescindível que, o papel contestador da defesa possa ser exercido, em todo grau de procedimento, em relação a cada ato probatório, e sobre cada aspecto da decisão judicial⁶², o que, claramente, não ocorre quando depois de todo o curso procedimental, durante o qual o réu acreditou estar sendo acusado por um crime, o juiz, sem qualquer aviso prévio, qualifica sua conduta como a prevista em outro tipo penal.

2.3 A INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Tendo como pressuposto que a Constituição Federal de 1988 elegeu o sistema processual penal acusatório, mostra-se relevante demonstrar a incompatibilidade dos princípios norteadores deste sistema com a *emendatio libelli*.

Cumpra-se lembrar que a exigência dos ordenamentos jurídicos para que a acusação trouxesse em sua peça a classificação do fato que imputa ao réu, é uma conquista do último século, esta que, teve lugar na legislação processual brasileira com o advento do Código de Processo Penal de 1941, que trouxe em seu artigo 41 a imposição da menção expressa, na denúncia, ao tipo penal ao qual o fato imputado se subsume, pois, a legislação anterior somente determinava que a exordial acusatória descrevesse o fato e os motivos que fundamentavam a acusação, enquanto que a classificação jurídica só era posta na decisão de pronúncia, que encaminhava o feito para julgamento.⁶³

Nesse sentido, conforme já analisado, uma das diferenças mais marcantes entre o sistema acusatório e o inquisitório, é que, no primeiro, ocorre uma desconcentração das funções de julgar e de acusar, o que não se percebe no segundo. Assim, nas legislações que adotam, o sistema processual penal acusatório, é, somente do Ministério Público, o poder de definir o crime imputado ao réu, de modo que, permitir que o juiz, ao julgar o caso, modifique essa

⁶¹ LOPES, Aury Junior. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 381-382.

⁶² FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 565

⁶³ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Emendatio libelli* e sentido comum teórico dos juristas. **Revista Brasileira de Ciências Criminas- RBCCrim**. Ano 22. Vol. 108, maio.-jun/2014, p. 393-394

qualificação, sem que, para tanto, tenha que viabilizar o contraditório, implica em lhe atribuir atividade que é privativa da parte autora.⁶⁴

Destaque-se que essa nítida separação de partes é condição *sine qua non* do modelo acusatório, não podendo ser, em qualquer medida, suprimida:

Eliminada a divisão de tarefas, não há processo acusatório. Sem tal separação, inviabilizada a existência de uma verdadeira relação jurídica processual, não há que se falar em sujeitos de direitos, sendo o acusado convertido em um objeto do processo. Na verdade, sem separação de funções, não há sequer um verdadeiro processo⁶⁵.

Dessa maneira, deduzir a acusação, o que inclui a narrativa do fato e sua qualificação jurídica, é ônus do órgão acusador, e, sendo o processo regido pelo sistema acusatório um processo de partes, as quais tem suas funções claramente delineadas, não pode o juiz exercer função que não lhe incumbe, não sendo possível assim que, de ofício, modifique o teor da acusação, condenando o réu por crime diverso daquele que lhe foi imputado na denúncia.⁶⁶

Nessa linha de entendimento, o princípio do contraditório se apresenta também como um instrumento de minimização das pulsões inquisitórias que ainda se mostram presentes em nossa legislação, o que significa, combater a aglomeração de poder em um ator processual, para diminuir, cada vez mais, as concentrações de situações jurídicas potestativas, tais quais a *emendatio libelli*, que confere ao órgão julgador a possibilidade de condenar o acusado por tipo penal diferente daquele pelo qual foi denunciado, sem que para isso tenha que tomar qualquer providência prévia.⁶⁷

Note-se ainda que outro elemento essencial do sistema acusatório é que o contraditório seja garantido as partes do processo, assim, tanto para o órgão acusador, como para o réu, tem que se possibilitar o acesso a informação e a possibilidade de reagir a mesma, de confrontá-la.⁶⁸ E, mais do que em qualquer outro ramo do direito, no processo penal, é imperioso e essencial que se possibilite um contraditório pleno e efetivo, durante todo o desenrolar da causa, para que sejam proporcionadas as partes os meios para que tenham condições reais de se insurgir contra os argumentos e decisões, e não apenas a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária e do órgão julgador.⁶⁹

⁶⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a constitucionalidade das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 239

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 109

⁶⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a constitucionalidade das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 239

⁶⁷ GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos). **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 2, nº1, 2016, p. 205

⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 57

⁶⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 57

Nesse âmbito, em regra, o contraditório tem que ser oportunizado antes de qualquer provimento judicial capaz de ensejar algum gravame as partes, sendo que, excepcionalmente, o mesmo pode ser postergado, o que ocorre quando circunstâncias excepcionais impuserem a adoção de providências urgentes.⁷⁰ Todavia, no que concerne a *emendatio libelli*, não é possível vislumbrar a razão atípica que autoriza que a sua aplicação só seja submetida ao contraditório após a prolação da sentença ou do acórdão, perante instância superior, na via recursal.⁷¹

Resta, assim, evidente a completa inaplicabilidade da garantia do contraditório no que tange ao disposto no artigo 383 do CPP, dado que, as partes não são informadas, previamente, da pretensão do juiz de atribuir qualificação jurídica diversa a narrativa da denúncia, e, por óbvio, também não lhes é possibilitado reagir a essa pretensão, seja para apoiá-la ou confrontá-la.

À vista dessas considerações, infere-se que, o magistrado, ao condenar o Réu por delito, pelo qual o Ministério Público não o denunciou, viola o sistema acusatório, já que se desvia daquilo que lhe foi requerido, trazendo para si tanto o poder de acusação, como o poder de decidir acerca da sua procedência ou não, em uma clara concentração de funções, atitude esta que se compatibiliza com os sistemas processuais penais inquisitórios.⁷²

Por conseguinte, nas situações em que o magistrado faz uso do instituto da *emendatio libelli*, o processo penal se esvazia do seu sentido democrático, de forma que as técnicas procedimentais previstas em lei passam a ter a única função de formalizar a atuação isolada do Estado juiz de dizer o direito, e todo o conjunto probatório passa a ser condicionado tão somente a finalidade de dar suporte à motivação das decisões, de modo que a consciência do julgador se sobrepõe ao debate das partes acerca de enquadramento típico diverso do apontado na denúncia, e da nova pena.⁷³

Válido ainda destacar, que Lei nº 11.719/2008, esta que reformou o Código de Processo Penal, é resultado do Projeto de Lei nº 4.207/2001, elaborado pela comissão que tinha como um de seus membros Ada Pellegrine Grinover, o qual adicionava dois parágrafos ao artigo 383 do CPP, sendo que o primeiro deles previa que as partes deveriam ser intimadas da nova

⁷⁰ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Emendatio libelli* e sentido comum teórico dos juristas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais- RBCCrim**. Ano 22. Vol. 108, maio.-jun/2014, p. 408

⁷¹ Ibid, p. 409.

⁷² LOPES, Aury Junior. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 209

⁷³ DONATO, Jânio Oliveira; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Preposições teóricas aos institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*- superação do processo como instrumento de jurisdição. **Revista Brasileira de direito processual- RBDpro**, Ano 15, nº 59, jul.set/2007. Belo Horizonte: Fórum, p. 84

definição jurídica dada ao fato, antes da prolação da sentença, inserindo assim o contraditório ao instituo da *emendatio libelli*⁷⁴, nos seguintes termos:

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

§1º As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença.⁷⁵

Ante o exposto, constata-se que, não obstante o louvável esforço da comissão que contribui na elaboração da reforma legislação processual, em razão da não aprovação, pelo Congresso Nacional, do dispositivo acima transcrito, a *emendatio libellii*, permanece no processo brasileiro, possibilitando a prolação de decisão que surpreende as partes, e sobre a qual as mesmas não podem se manifestar previamente:

A *emendatio libelli*,, portanto, assim reservada apenas no momento da sentença, implicará sempre em uma surpresa para a defesa, a menos que se proceda a requerimento expresso do acusado, caso em que este assume a culpa do crime menos grave de que resulta a desclassificação (...) Mas a máxima de que o sujeito passivo se defende dos fatos imputados na peça acusatória, e não de sua capitulação legal, mercê ser arrefecida, e desmitificada, pois o réu também tem interesse em defender-se da classificação emprestada ao delito. Como anota Fauzi Hassan Choukr, permitir-se a *emendatio* apenas no momento da sentença, como quer o pensamento majoritário, viola a estrutura acusatório do processo penal, pois o magistrado altera a veiculação da imputação.⁷⁶

Nessa conjuntura, o art. 383 do Código de Processo Penal, sem embargo de ter sofrido alterações em 2008, ou seja, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, concentra no juiz o poder de definir o crime imputado ao réu, o qual pode ser exercido, inclusive, sem qualquer ligação com a tipificação que o órgão acusador deu para os fatos, demonstrando uma verdadeira manipulação das funções processuais, atribuindo ao magistrado atividade que, claramente, é da parte autora, encarnando uma política criminal inquisitória.⁷⁷

Ante o exposto, diante da inércia da Poder Legislativo para compatibilizar o art. 383 do CPP com o sistema penal acusatório, cabe a doutrina e a jurisprudência, buscar mecanismos legais que viabilizem que este dispositivo seja aplicado de maneira que não viole as garantias constitucionais do acusado, este que, no sistema acusatório, é visto como um verdadeiro sujeito

⁷⁴ SILVA, Danielle Souza de Andrade. A *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* na reforma do Código de Processo Penal. **Revista dos Tribunais**. Ano 98, V. 881. Março 2009, p. 427

⁷⁵ BRASIL, **Diário da Câmara dos Deputados**, nº 09490, 30/03/2001. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>. Acesso em 25 set. 2019

⁷⁶ SILVA, Danielle Souza de Andrade. A *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* na reforma do Código de Processo Penal. **Revista dos Tribunais**. Ano 98, V. 881. Março 2009, p. 428-429

⁷⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a constitucionalidade das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 239

de direitos, de modo que se possibilite ao réu se defender de todos os elementos da pretensão acusatória, incluindo-se aqui, os fatos narrados, mas também a qualificação jurídica que lhes foi dada.⁷⁸

Importante ressaltar, inclusive, as ponderações que Ada Pellegrini Grinover fez acerca da redação do artigo 383 do Código de Processo Penal:

Todavia, uma visão constitucional mais apropriada, levaria a que, para adequado resguardo das garantias da ampla defesa e de contraditório, a mudança na pena fosse procedida de oportunidade de manifestação das partes. Não se pode deixar de considerar que a fixação de pena mais grave, ainda quando o fato seja o mesmo, pode alterar substancialmente a situação jurídica do acusado, transformando um crime, por exemplo, em hediondo. Importante, assim, ouvi-lo antes de a sua pena ser agravada. Por outro lado, em caso de diminuição de pena, tem o Ministério Público interesse em se pronunciar, a fim de sustentar, se for o caso, outra solução que entenda mais adequada. Todavia, apesar da alteração ocorrida no art. 383 pela Lei 11.719/2008, manteve-se a possibilidade de o juiz, em virtude da nova classificação, aplicar pena, ainda que mais gravem sem prévia manifestação das partes⁷⁹.

Nessa linha de entendimento, uma análise do instituto da *emendatio libelli*, a partir da perspectiva de um processo regido pelo princípio acusatório, demonstra que, a desclassificação jurídica feita pelo magistrado, no momento da sentença, com fulcro no artigo 383 do Código de Processo Penal, corresponde a uma sanção sem acusação, a qual, por força do princípio da presunção de inocência, poderia ser solucionada, inclusive, com a absolvição do acusado, partindo da premissa que, uma acusação malfeita, que não logrou êxito em fazer a correta correspondência entre o fato narrado e a sua tipificação legal, somente pode gerar uma absolvição.⁸⁰

Á vista disso, em um modelo constitucional de processo, a tendência é que os provimentos jurisdicionais se tornem cada vez mais impessoais e previsíveis, evitando ao máximo, as indesejáveis, e, em raros casos, inevitáveis, surpresas, porquanto, pela força do contraditório, os sujeitos passam a se apresentar, uns para os outros, como coautores do conteúdo processual da sentença.⁸¹

Conclui-se, nesse sentido, que, sob a égide do sistema penal acusatório, o ideal é que apenas ao titular da ação penal seja permitido alterar a qualificação jurídica dos fatos descritos

⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 160

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pelegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Antônio Magalhães Filho. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 210.

⁸⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos). **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 2, nº1, 2016, p. 209

⁸¹ DONATO, Jânio Oliveira; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Preposições teóricas aos institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*- superação do processo como instrumento de jurisdição. **Revista Brasileira de direito processual- RBDpro**, Ano 15, nº 59, jul.set/2007. Belo Horizonte: Fórum, p. 90

na denúncia, já que é ônus do mesmo determinar o objeto do processo, por meio da articulação da acusação e definição da causa de pedir da ação penal, está que sustentará e limitará o pedido de aplicação da sanção, e, que, nos casos em que o magistrado entender que o tipo penal trazido por aquele órgão não foi o correto, a sua pretensão em modificar tal elemento deve ser, previamente, informada as partes, para que estas tenham a possibilidade de se manifestar sobre o tema.⁸²

Desse modo, constata-se a completa incompatibilidade do artigo 383 do Código de Processo Penal brasileiro com o sistema penal acusatório, o que demonstra a necessidade de buscar formas para aproximar desses institutos, com a finalidade de concretizar um processo penal efetivamente acusatório e constitucional.

⁸² PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro, 2005, p. 160

3. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeras inovações para os ritos procedimentais cíveis. Neste âmbito merecem destaque os avanços que buscaram dar uma maior eficácia ao direito fundamental do contraditório, para que se analise em que medidas tais dispositivos podem ser aplicados no processo penal.

3.1 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Feita a análise dos sistemas processuais penais, e partindo da premissa de que a Constituição Federal de 1988 elegeu o sistema acusatório, mostra-se necessário, neste momento, analisar os sistemas que orientam a valoração da prova produzida no curso do processo.

Nessa conjectura, a disciplina probatória é um dos pontos centrais dos sistemas processuais penais, porquanto espelha a orientação que guiou as escolhas do legislador, no impasse entre a busca da verdade e a proteção dos interesses da sociedade e do indivíduo, no que se relaciona a determinação de quais são os instrumentos que podem ser utilizados para fundamentar a conclusão de que determinada pessoa cometeu, ou não, o fato típico, ilícito e culpável que lhe é imputado.⁸³

Primeiramente, deve se destacar que a conclusão formulada em sede de indução judicial, assim como em qualquer outro tipo de indução, caracteriza-se como uma hipótese explicativa, de natureza provável quanto ao nexo causal, entre o ato típico imputado ao sujeito e o conjunto de fatos descritos nas premissas.⁸⁴ Contudo, a indução judicial tem uma especificidade, porque a forma como ela é elaborada, e se realiza, não se restringe a uma atividade intelectual, mas também a uma atividade jurídica e normativamente disciplinada.⁸⁵

Nesse sentido, para exercer sua função de proferir uma decisão para o caso que lhe é posto, é imprescindível que o juiz valore, adequadamente, o conjunto probatório que compõe os autos.⁸⁶ Desse modo, os sistemas de valoração da prova se referem ao modo de determinação do valor probatório que pode ser alcançado por cada meio, em relação a um direito específico, e tem como propósito estabelecer quando, e até que ponto pode ser considerada como

⁸³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no projeto de código de processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 46, nº 183, jul./set. 2009. Brasília, p. 35

⁸⁴ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 106

⁸⁵ Ibid, p. 106

⁸⁶ ALMEIDA, Vitor Luís. A apreciação judicial das provas nos sistemas de valoração. **Jurisp Mineira**, Belo Horizonte, a. 65, nº 208, p. 27-41, jan./mar. 2014, p. 27.

verdadeira, com base nas provas que a acompanham, a alegação formulada pelo órgão acusador, relativa ao direito controvertido.⁸⁷

Assim, as atividades probatórias dirigem-se para o momento culminante que é o da sua apreciação, de modo que, os sistemas de valoração da prova podem ser definidos como um conjunto de operações intelectuais que tem como finalidade possibilitar o conhecimento do mérito da convicção formada a partir das provas que compõem o caderno processual.⁸⁸

Historicamente, no processo penal, três foram os sistemas que guiaram a valoração da prova, quais sejam: a prova legal ou tarifada; a íntima convicção, e o livre convencimento⁸⁹:

Cada um destes sistemas pode ser identificado por ser formado com a predominância de determinadas características políticas, jurídicas e culturais que evidenciam uma maior ou menor confiança na atuação dos juízes. Destacando-se uma maior preocupação em fixar regras legais que determinam previamente quais os meios de prova possíveis e o valor que deve ser atribuído à prova, será o sistema identificado como “prova legal”, ou tarifado; deixando-se uma larga margem de arbítrio ao julgador, de forma a poder valorar livremente as provas, em conformidade com a sua íntima convicção, será o sistema identificado como da “íntima convicção” e, uma vez dando-se ênfase a um modelo intermediário entre os anteriores, onde o órgão julgador não esteja vinculado a meios de prova específicos e fechados e, além disso, tenha a possibilidade de formar livremente a sua convicção, mas com base nas provas existentes nos autos, tendo ainda o dever de apontar como chegou às conclusões expressas na decisão o sistema será o da livre convicção motivada, persuasão racional ou livre convencimento motivado.⁹⁰

Nesta senda, o sistema da prova legal ou prova positiva, na sua primeira versão, trazia a prevalência das ordálias e dos duelos, de modo que a prova era entendida como algo revelado por Deus, e o juiz tinha a função tão somente de proferir o que tinha sido decidido por este último.⁹¹ Com o transcurso do tempo, esse sistema se modificou, e passou a tarifar as provas, classificando algumas como “legais”, as quais se transformavam em verdadeiros dados probatórios a partir dos quais podia se deduzir, inexpugnavelmente, determinada conclusão fática, em razão da sua conjunção com premissas legalmente presumidas.⁹²

A sistemática das provas legais foi adotada pelo sistema inquisitório pré-moderno, perdurando durante cinco séculos, durante os quais se construiu uma verdadeira tarifa de

⁸⁷ ALMEIDA, Vitor Luís. A apreciação judicial das provas nos sistemas de valoração. **Jurisp Mineira**, Belo Horizonte, a. 65, nº 208, p. 27-41, jan./mar. 2014, p. 27

⁸⁸ GOMES, Antonio Magalhães Filho. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 159

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 423.

⁹⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional: pós reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 107-108

⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 423

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 109

provas, que presumia determinados valores probatórios aos diferentes tipos de prova admitidas no processo, a partir de cálculos de suas probabilidades, legalmente preestabelecidos.⁹³

Ocorre que, não obstante a ideia de determinado elemento probatório como suficiente, tão somente em razão de uma premissa normativa que conduz a dedução de uma conclusão fática, possa aparentar racionalidade, em verdade a sua fundamentação é a mesma das provas irracionais do tipo mágico⁹⁴, tendo em vista que as mesmas, assim como as provas legais, são provas formais, no sentido de que impedem a investigação e a livre convicção do juiz, substituindo-a, por um juízo infalível e superior, ou seja, são provas simbólicas que funcionam como signos normativos da conclusão deduzida.⁹⁵

Destaque-se ainda, que, este sistema teve seu apogeu em Roma, durante a Baixa Idade Média, período em que a confissão assumiu a posição de “rainha das provas”, diante do que, para conseguir que o acusado admitisse que praticou o crime que lhe era imputado, era autorizado que o mesmo fosse torturado, o que deu início a uma nefasta cultura de violência contra a dignidade da pessoa investigada.⁹⁶

Desse modo, no sistema de provas legais, o Magistrado não tinha qualquer liberdade para valorar o conjunto probatório dos autos, pouco importando o seu convencimento, porquanto, as premissas legais que atribuíam determinado “valor” a cada tipo de prova já estavam estabelecidas, previamente, por lei.⁹⁷ Assim, a função do juiz se restringia a reconhecer, na sentença, o valor predeterminado pelo diploma legal a cada prova inserida nos autos.⁹⁸

Em outro giro, o Código Napoleônico de 1808, ao tratar da valoração das provas, adotou o sistema da íntima convicção, no qual o Magistrado decidia pela condenação ou absolvição do acusado de acordo com o seu convencimento, não precisando, contudo, justificar ou motivar sua decisão, a qual poderia ter levado em consideração, inclusive, elementos probantes que sequer estavam inseridos no caderno processual, ou os que fossem fruto do seu conhecimento privado.⁹⁹

⁹³ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 109

⁹⁴ Ibid., p. 110

⁹⁵ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 110

⁹⁶ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional: pós reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 108

⁹⁷ ALMEIDA, Vitor Luís. A apreciação judicial das provas nos sistemas de valoração. **Jurisp Mineira**, Belo Horizonte, a. 65, nº 208, p. 27-41, jan./mar. 2014, p. 28

⁹⁸ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional: pós reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 108

⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 423

À vista disso, nas legislações que adotam o sistema da íntima convicção, a decisão proferida pelo juiz pode não convergir, necessariamente, com o conjunto probatório formado durante o curso procedimental, não sendo possível, inclusive, verificar se a convicção do órgão julgador teve como base as provas dos autos ou não, dado que, não é necessário motivar a decisão a partir de uma fundamentação vinculada à prova.¹⁰⁰ Dessa maneira, o aludido sistema, possibilita que a opção pela condenação ou absolvição do acusado tenha caráter eminentemente subjetivo.¹⁰¹

Isto posto, contemporaneamente, o sistema da íntima convicção tem pouca aplicação nos ordenamentos jurídicos, estando, quase sempre, associado ao procedimento especial do Tribunal do Júri, tendo em vista que, nos casos que são submetidos ao julgamento popular, os jurados, que na maioria das vezes são cidadãos que não estão inseridos no âmbito judicial, não precisam justificar ou motivar sua decisão, precisando, tão somente, responder “sim” ou “não” as perguntas que lhe são postas.¹⁰²

Por outro lado, o sistema de valoração de provas denominado de livre convencimento motivado ou de persuasão racional se diferencia da íntima convicção, no que se refere ao caminho mental que deve ser percorrido pelo órgão julgador, porque, neste último, a decisão se baseia em uma escolha pessoal do juiz, enquanto que no primeiro, por mais que o convencimento do magistrado seja livre, esta liberdade é racionalizada, ou seja, tem que ser exercida dentro de certos parâmetros ditados pela lógica, pela psicologia e pelo próprio ordenamento jurídico.¹⁰³

Todavia, saliente-se que o livre convencimento do juiz não deve ser interpretado como um critério positivo de decisão sobre a verdade, alternativo e contrário as provas legais, mas sim como um sistema que retira a força das provas legais de serem, por si só, elementos capazes de determinar a condenação e a pena.¹⁰⁴ Nesse contexto, Luigi Ferrajoli leciona que o livre convencimento do juiz significa que:

- 1) a não presunção legal da culpabilidade, na presença de tipos de prova abstratamente previstos na lei; 2) a presunção de inocência, na ausência de provas concretamente convincentes de sua falsidade; 3) o ônus para a acusação de exhibir tais provas, o direito da defesa de refutá-las e o dever do juiz de motivar, com base nelas, a própria

¹⁰⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional: pós reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 111

¹⁰¹ Ibid., p. 111

¹⁰² SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional: pós reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 111

¹⁰³ GOMES, Antonio Magalhães Filho. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 162

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 112

convicção, em caso de condenação; 4) a questionabilidade de qualquer prova, que sempre justifica a dúvida como hábito profissional do juiz e, de acordo com isso, permite a absolvição¹⁰⁵.

No entanto, sem embargo do aparente avanço da substituição das provas legais em favor da livre convicção do órgão julgador, a forma como a cultura jurídica pós iluminista realizou essa transição culminou em um dos momentos mais amargos das instituições penais, uma vez que, a fórmula da convicção racional foi acriticamente concebida como um critério discricionário de avaliação das provas, e não como uma diretriz dos elementos epistemológicos da valoração prova.¹⁰⁶

Assim sendo, no sistema de valoração de provas da livre convicção, mais relevante do que a necessidade da produção da prova é a possibilidade de refutá-la e de produzir uma contraprova, dado que, para que a hipótese do órgão acusador seja acolhida, a mesma não apenas tem que convergir com as provas que compõem o caderno processual, mas também não pode ser contraditada por nenhum dos dados trazidos pela defesa, ou seja, o magistrado, em sua livre convicção, em que pese possa justificar sua decisão nos dados probatórios dos autos, não pode superar as contraprovas suficientes para combatê-las.¹⁰⁷

Ante o exposto em síntese, o livre convencimento, em oposição ao sistema das provas legais, tem como pressuposto a ausência de regras abstratas e generalistas de valoração da prova, contudo, implica na obediência a certas prescrições legais, que tem como objetivo guiar e corrigir, epistemológica e juridicamente as conclusões sobre os fatos debatidos no processo¹⁰⁸.

Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988, traz em seu artigo 93, inciso IX a obrigação dos órgãos julgadores de motivarem suas decisões:

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação¹⁰⁹;

Sob outra perspectiva, o Código de Processo Penal, no artigo 155 elege o livre convencimento como o sistema de valoração das provas, nos seguintes termos:

¹⁰⁵ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 112

¹⁰⁶ Ibid, p. 112

¹⁰⁷ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 122

¹⁰⁸ GOMES, Antonio Magalhães Filho. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 162

¹⁰⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2019

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas¹¹⁰.

Todavia, repise-se que a liberdade característica do sistema do livre convencimento não implica em uma autorização para que o julgador decida de acordo com uma convicção pessoal ou íntima.¹¹¹ Assim, em uma epistemologia garantista a formação da cognição judicial sobre o fato criminoso deve ter como base as seguintes condições: a verificabilidade das hipóteses acusatórias, e a existência de prova empírica das mesmas, através de um processo que possibilite a sua verificação e refutação.¹¹²

Outrossim, cumpre-se rememorar que o CPP foi elaborado em 1940, e teve sua inspiração na legislação italiana, que, na época, era submetida a um regime fascista, o que, indubitavelmente, refletiu na construção do código de ritos penais.

Diante disto, é necessário que, enquanto um novo código não é elaborado, as disposições do atual sejam interpretadas em harmonia com a Constituição e com o sistema acusatório, o que pode ser feito com a importação de elementos de outros diplomas legais, na medida em que estes se compatibilizem com o sistema penal e que tragam uma maior eficácia aos direitos fundamentais.

3.2 A ADOÇÃO DE UM NOVO SISTEMA DE VALORAÇÃO DA PROVA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO A DECISÃO SURPRESA

Neste âmbito, o que se pode constatar é que o rito de procedimentos penais brasileiro não traz em sua redação um sistema de valoração de prova que viabilize a garantia de uma motivação racional, o que revela uma necessidade de que se analise a possibilidade de importação de algumas categorias do processo civil para o processo penal, com as necessárias adaptações harmonizando-as com o sistema penal acusatório.

À vista das considerações acima expostas acerca dos sistemas de valoração da prova, torna-se relevante analisar o novo sistema de apreciação dos elementos probatórios inaugurado pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, que promulgou o novo Código de Processo Civil, e as repercussões do mesmo no que se refere a viabilização de um contraditório substancial para todas as partes do processo.

¹¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 out. 2019

¹¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 424

¹¹² Ibid, p. 424

Nessa conjectura, o Código de Processo Civil de 1973, do mesmo modo que o Código de Processo Penal ainda vigente, elegia, em seu artigo 131, o livre convencimento como sistema de valoração das provas, nos seguintes termos:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento¹¹³.

Em contrapartida, o novo Código procedimental, não mais utiliza o advérbio “livremente” ou a expressão “livre convencimento motivado”, em nenhum de seus mil e setenta e dois artigos, o que representa uma expressiva mudança de entendimento, dado que traz, para o texto da lei a constatação de que a valoração da prova pelo juiz não é livre, já que incidem, sobre a mesma uma série de limitações.¹¹⁴

O que se nota é que, a extirpação dos aludidos termos da redação do CPC de 2015, ocorreu em razão da equivocada interpretação que lhes era dada, já que, o que parte da doutrina entedia, era que o órgão jurisdicional tinha o direito de valorar o conjunto probatório dos autos como bem entendesse, concepção esta que, na grande maioria das vezes, tinha reflexos nas decisões jurisdicionais, que, se valendo deste “livre” convencimento, emitiam pronunciamentos absurdos com fundamentações completamente desconectadas do caderno processual.¹¹⁵

Neste âmbito, verifica-se que o livre convencimento motivado ultrapassou o seu conceito originário de sistema de valoração da prova, passando a ser utilizado como justificativa para que os órgãos jurisdicionais ignorem os limites semânticos da lei, e, por vezes, da própria Constituição, com o intuito de não apreciar todos os argumentos trazidos pelas partes, sendo suficiente, unicamente, que motive sua conclusão em seu “livre convencimento”, mesmo que este tenha sido formulado com base em aspectos que não foram submetidos ao crivo do contraditório.¹¹⁶

Importante destacar ainda que a noção de livre convencimento motivado está intimamente atrelada a um subjetivismo, o que é consequência do alto nível de discricionariedade que o positivismo jurídico concede ao julgador, tendo em vista que, a divisão das questões processuais entre as de fato e as de direito instaura uma artificialidade conceitual, que culmina na formação

¹¹³ DIDIER, Fredie Junior. **Novo Código de Processo Civil: anotado com dispositivos normativos e enunciados**. 4ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 234

¹¹⁴ DIDIER, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 118

¹¹⁵ Ibid., p. 118

¹¹⁶ MARTINS, Douglas Roberto. **O abandono do livre convencimento motivado no processo civil e o senso comum teórico da prática jurídica: limites e possibilidades para uma virada Hermenêutica na teoria da decisão judicial**. (Dissertação) - Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2017. p. 109

das respostas antes da elaboração das perguntas, de modo que o magistrado, em sua subjetividade, já optou pela melhor conclusão dentre as que eram possíveis, e o processo servirá apenas como um instrumento de legitimação do seu livre convencimento.¹¹⁷

Nessa linha de intelecção, e partindo da premissa que o convencimento do juiz, sem embargo de sua margem de liberdade, tem, necessariamente, que ser racionalmente motivado, o correspondente ao artigo 131 do CPC de 1973, traz uma redação inovadora, determinando que:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.¹¹⁸

O dispositivo acima transcrito não deixa margem de dúvidas: a única valoração da prova que é admitida é aquela que tenha sido produzida e conste nos autos do processo, constatação esta que nada mais é do que um desdobramento do princípio do contraditório, tendo em vista que, o que está nos autos e foi objeto de debate entre as partes pode ser objeto da decisão jurisdicional, enquanto que, os elementos que não passaram por tais fases não podem.¹¹⁹

Isto posto, cumpre-se destacar que a expressão “livre convencimento motivado” originariamente, aparecia em vários artigos do projeto de lei que culminaria no novo diploma processual civil, tendo a supressão da mesma sido sugerida por Lenio Streck, ao relator do projeto, o Deputado Paulo Teixeira,¹²⁰ e aquele, ao comentar os motivos de seu requerimento, afirmou que:

Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. (...) O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre

¹¹⁷ MARTINS, Douglas Roberto. **O abandono do livre convencimento motivado no processo civil e o senso comum teórico da prática jurídica: limites e possibilidades para uma virada Hermenêutica na teoria da decisão judicial.** (Dissertação) - Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2017. p. 109

¹¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 out. 2019

¹¹⁹ DIDIER, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 118

¹²⁰ MARTINS, Douglas Roberto. **O abandono do livre convencimento motivado no processo civil e o senso comum teórico da prática jurídica: limites e possibilidades para uma virada Hermenêutica na teoria da decisão judicial.** Dissertação de mestrado (Dissertação) - Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2017. p.160

convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão¹²¹.

Nessa linha de entendimento, é relevante compreender também que a motivação a que se refere o artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015 é a motivação a racional. Ou seja, o juiz deve, ao proferir seu pronunciamento, partir de cânones racionais, atendendo as regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico, de modo que essa decisão possa ser racionalmente justificada, possibilitando, ainda que se controle esse raciocínio.¹²²

Desse modo, o magistrado não pode embasar sua decisão em argumentos retóricos, superficiais e vazios, ao qual aderiu por emoção, a partir de um consenso irracional. Em outras palavras, o juiz não pode: “considerar provados os fatos só porque lhe pareça justo acolher o pedido da inicial, devendo basear-se em juízos de verossimilhança fundados na experiência geral¹²³”.

Outrossim, a exclusão do livre convencimento motivado da redação do CPC tem reflexos não só no que se refere ao sistema de valoração probatório, mas também em relação em toda a teoria da decisão jurisdicional, constituindo um verdadeiro mecanismo concreto de controle do convencimento judicial.¹²⁴

Neste âmbito, é imperioso que se desenvolva, no Brasil, uma teoria da decisão no ambiente penal, dado que não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a existência de espaços insuprimíveis de discricionariedade, de modo que, a busca pela resposta correta, que é obtida através da melhor interpretação possível, é uma tarefa a que devem se dedicar os juízes, posto que lhes incumbe a obrigação de consolidar a construção de um democrático.¹²⁵

Ou seja, a efetivação do direito a motivação da decisão jurisdicional é efetivada por meio da força da argumentação, e do esforço constante de bem fundamentar os provimentos judiciais, que devem enfrentar todas as questões que foram submetidas a apreciação, de modo que seja

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016 p. 552

¹²² DIDIER, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 119

¹²³ OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 194.

¹²⁴ MARTINS, Douglas Roberto. **O abandono do livre convencimento motivado no processo civil e o senso comum teórico da prática jurídica: limites e possibilidades para uma virada Hermenêutica na teoria da decisão judicial**. (Dissertação) - Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2017. p.164

¹²⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 186

fornecida, para as partes do processo, assim como para a sociedade, a resposta mais correta possível.¹²⁶

Assim, o que se verifica é que a garantia da motivação representa uma última manifestação do contraditório, tendo em vista que, o dever de enunciar os motivos da decisão implica em considerar os resultados do contraditório, e, simultaneamente, demonstrar que a formação do convencimento do juiz desenvolveu-se em consonância com a participação dos atores processuais.¹²⁷

Conseqüentemente, com as inovações acima citadas, abandona-se a condução subjetiva do processo com o intuito de formar o convencimento do órgão julgador, e o processo passa a ser visto a partir de uma visão mais cooperativista e coparticipativa, envolvendo todos os atores processuais, com a superação da ideia de que o juiz é livre para decidir desde que posteriormente motive essa decisão, de modo que os pronunciamentos dos órgãos jurisdicionais passam a ser concebidos como uma construção intersubjetiva dos sentidos que serão buscados pelos órgãos julgadores, sob o crivo da história institucional do direito, respeitando as regras que disciplinam tais decisões, assim como a coerência e integridade que lhe são inerentes.¹²⁸

Em síntese, para que se atenda o requisito da motivação da decisão é imprescindível que o magistrado explicita não apenas o conteúdo das provas que utilizou para formar o seu convencimento, mas, também o raciocínio que culminou na sua conclusão, esclarecendo em que medida os demais elementos probatórios não foram capazes de contrapor o que foi considerado como verdadeiro, demonstrando assim todo o caminho percorrido que resultou no seu pronunciamento.¹²⁹

Isto posto, o que se verifica é que o processo civil brasileiro, atualmente, adota um sistema de valoração das provas que tem como base o convencimento do julgador. Contudo esta convicção não é “livre”, tendo em vista que a mesma, é balizada, em alguns momentos, pelo legislador, através de regras que tem como intuito evitar a prolação de decisões arbitrárias,

¹²⁶ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 186

¹²⁷ GOMES, Antonio Magalhães Filho. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63-64

¹²⁸ MARTINS, Douglas Roberto. **O abandono do livre convencimento motivado no processo civil e o senso comum teórico da prática jurídica: limites e possibilidades para uma virada Hermenêutica na teoria da decisão judicial**. (Dissertação). Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2017, p. 165.

¹²⁹ GOMES, Antonio Magalhães Filho. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 165

formuladas a partir de interpretações unicamente pessoais do material probatório dos autos, resguardando, assim, a segurança jurídica.¹³⁰

Feitas estas considerações, e conforme acima mencionado, os sistemas de valoração da prova e os limites que são aplicados ao juiz no exercício dessa atividade, se caracterizam como verdadeiros desdobramentos do princípio do contraditório, uma vez que, é desta garantia que parte a premissa de que o magistrado só pode se manifestar acerca daquilo que está nos autos, e sobre o que foi dada as partes a oportunidade de participar na produção, ou ao menos de se manifestar acerca de seu teor.¹³¹

Nessa esteira, o novo sistema de ritos processuais civis, concebendo o princípio do contraditório como um reflexo do princípio democrático na estruturação do processo, traz o mesmo decomposto em duas garantias: a de participação e a possibilidade de influência na decisão.¹³²

A primeira dessas garantias se refere a visão tradicional a respeito do tema, a dimensão formal do contraditório, ou seja, o direito de ser ouvido, de ser comunicado e de se expressar sobre os atos processuais¹³³. Por essa perspectiva, o contraditório dirigir-se-ia tão somente às partes, dado que, a sua efetivação ocorreria com a simples observação do binômio conhecimento-reação, isto é, as partes tinham o direito de conhecer as alegações elaboradas pelas outras, e, assim desejando, confrontá-las, direito este que também era garantido no âmbito da produção da prova.¹³⁴

De outro lado, a segunda garantia diz respeito a dimensão substancial do contraditório, tratando do poder de influência, porquanto, não basta que se viabilize que a parte participe do processo, mas também que essa participação tenha condições reais de influenciar o órgão jurisdicional.¹³⁵ Com esse enfoque, o direito ao contraditório passa a ser direcionado não somente às partes, mas, igualmente ao juiz, de maneira, exigindo que todas as decisões definitivas proferidas por um órgão jurisdicional, tenham como fundamento, exclusivamente, elementos que tenham sido previamente objeto de debate pelas partes.¹³⁶

¹³⁰ DIDIER, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016, p. 122

¹³¹ DIDIER, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017, p. 92

¹³² DIDIER, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017, p. 92

¹³³ Ibid., p. 92

¹³⁴ Ibid., p. 92

¹³⁵ Ibid., p. 92

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 504

Desse modo, pode se afirmar que, para garantir o contraditório, o órgão jurisdicional tem que cumprir sua obrigação de noticiar e informar, qualquer tipo de mudança que pretenda fazer no objeto da lide, seja ela concernente aos fatos ou ao direito aplicado, para que os atores processuais possam exteriorizar suas manifestações.¹³⁷

À vista disso, se as regras procedimentais não cuidarem de garantir que as partes possam influir na decisão do órgão jurisdicional, o contraditório não se efetivará. Nessa conjectura surge a noção de que a dimensão substancial do aludido princípio exige que toda a questão que for alvo de julgamento deve ser submetida, anteriormente, pelo contraditório, o que impede a prolação das chamadas “decisões surpresa”:

O Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, momentos daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas¹³⁸.

Neste contexto, o artigo 10 do CPC¹³⁹ de 2015, consagrando o princípio do contraditório em sua dupla dimensão, e inviabilizando a prolação de decisões surpresas, determina que:

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.

Sobre a inovação trazida por tal dispositivo, cumpre-se destacar a lição de Humberto Theodoro Júnior¹⁴⁰:

Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los. Tal concepção, convém sublinhar, encontra-se ainda fortemente atrelada ao prejuízo antigo de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo juiz, sem a interferência das partes. A realidade, porém, é muito mais complexa, a impor permanente inquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual. Ora, essa colaboração só se ostenta possível, do ângulo visual das partes, quando sabem elas ou podem saber de que depende, no caso concreto, o ponto de vista do órgão judicial. De modo nenhum pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apoie, em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não tenham percebido, ou considerada sem maior significado.

¹³⁷ NERY, Nelson Junior. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 206.

¹³⁸ CUNHA, Leonardo de Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedinha, 2012, p. 61

¹³⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 13 out. 2019

¹⁴⁰ THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 56 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 110-111

Ademais, o dispositivo acima citado destaca uma diferenciação que muitas vezes é esquecida, entre o poder que o órgão jurisdicional tem de, em alguns casos, poder agir de ofício, isto é, sem provação das partes, e o mesmo decidir sem previamente oportunizar que elas se manifestem sobre o objeto desse julgamento.¹⁴¹

Em outras palavras, em que pese existam matérias sobre as quais o juiz possa se manifestar sem que qualquer das partes tenha a arguido no curso do processo, o mesmo não pode decidir acerca de algum elemento sem que antes possibilite que os envolvidos no processo se manifestem, e possam influenciar, no seu julgamento.¹⁴²

Saliente-se que a vedação da decisão surpresa é diretriz que se refere tanto as questões de fatos, como as questões de direito, tendo em vista que, sobre nenhuma das duas matérias o órgão jurisdicional pode decidir sem antes oportunizar a manifestação das partes.¹⁴³

Nessa linha de intelecção, o que se pode constatar é que a garantia do contraditório passou a abranger também as alegações jurídicas a partir do momento que se percebeu que o magistrado, ao interpretar uma norma, lhe concede um sentido dentre vários que poderiam ser aceitáveis, assim como, que nem sempre, unicamente um dispositivo legal deve ser aplicado em determinada situação, diante do que, a legitimidade desses julgamentos, passaram a ser relacionar não só com a motivação baseada nos diplomas legais vigente, mas também na anterior viabilização de que as partes participem dessa decisão.¹⁴⁴

Assim, o intuito principal de tal determinação legal é garantir que a decisão judicial tenha como fundamento os fatos e o direito que foram objeto de debate entre as partes no curso procedimental, assim como que, nas situações em que o juiz entender que aos fatos que lhe foram relatados, deve ser aplicado outro diploma legal, que não aquele sobre os quais os atores processuais se manifestaram, o mesmo não deve, simplesmente, proferir sua decisão, mas anteriormente, cientificar as partes, para que elas tenham a possibilidade de se manifestar sobre este último entendimento.¹⁴⁵

Desse modo, considerando que o contraditório é representado, entre outros aspectos, pela informação, reação e participação é, no mínimo, razoável que antes da tomada de qualquer decisão, independentemente de se tratar de matéria que possa ser conhecida de ofício, ou que

¹⁴¹ DIDIER, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017, p. 95

¹⁴² Ibid., p. 95

¹⁴³ Ibid., p. 95

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 505-506

¹⁴⁵ DE PAULA, J. L. M.; DA SILVA, A. V. Repercussões dos artigos 9º e 10º do Novo Código de Processo Civil. A proibição do julgamento surpresa. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 18, n. 1, p. 75-85, jan./jun. 2015, p. 77

se restrinja a questões de direito, que o órgão jurisdicional oportunize que as partes se apresentem suas alegações sobre o tema, oportunidade na qual as mesmas poderão trazer argumentos favoráveis ao seu posicionamento, o combater, se for de seu interesse, e tentar modificar o novo posicionamento que o magistrado pretende aplicar.¹⁴⁶

Nesse sentido, para Dierle Nunes¹⁴⁷, a vedação da decisão surpresa:

Impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.

Diante deste quadro, deve ser dada uma nova interpretação aos brocardos *iura novit curia* (do Direito cuida a corte) e *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que dar-te-ei o direito), para que se entenda que os mesmos só autorizam a variação da visão jurisdicional no que tange aos fatos e teses alegadas durante o curso procedimental, quando as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar sobre esta mudança.¹⁴⁸

Assim, nas palavras categóricas de Fredie Didier Júnior¹⁴⁹, “decisão-surpresa é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório”.

Outrossim, a exigência da efetivação do contraditório, nos termos acima descritos, encontra respaldo também no interesse público, tendo em vista que viabiliza que se alcance uma solução amadurecida para o caso levado a juízo, porquanto o debate judicial dos aspectos fáticos e jurídicos amplia o quadro de análise jurisdicional, constrange o acolhimento de argumentações diversas, atenua o perigo de julgamento baseados em opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta, fundamentada, proporcional e ponderada.¹⁵⁰

¹⁴⁶ZUFELATO, Camilo. **O princípio do contraditório no projeto de novo cpc**. Carta Forense, 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principiodo-contraditorio-no-projeto-de-novo-cpc/12140>>. Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁴⁷NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 679

¹⁴⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, volume I. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 507

¹⁴⁹DIDIER, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017, p. 95

¹⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, volume I. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 507

3.3 APLICAÇÃO DO PRÍNCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DECISÃO SUPRESA NO PROCESSO PENAL

Conforme demonstrado no tópico anterior, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe, dentro de suas inovações, um novo sistema de valoração da prova, de modo que concretizou o direito fundamental ao contraditório substancial. Diante deste cenário, cumpre-se analisar a possibilidade de aplicação de tais disposições no âmbito do processo penal.

Nessa esteira, primeiramente se constata que o Código de Processo Penal brasileiro, admite a interpretação extensiva e aplicação analógica, nos seguintes termos:

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito¹⁵¹.

Assim, nota-se que o próprio CPP autoriza que diplomas legais estranhos ao processo penal sejam aplicados no âmbito do mesmo, em situações excepcionais, com o intuito de preencher eventual lacuna normativa, seja ela total ou parcial.

Nessa linha de pensamento, antes de adentrar na temática da possibilidade de aplicação do disposto no artigo 10 do Código de Processo Civil na seara dos ritos penais, é válido esclarecer que não está se defendendo, no presente estudo, uma teoria geral do processo, posto que, o entendimento aqui adotado se baseia na premissa de que o processo penal e o processo civil tem profundas diferenças, derivadas da função e peculiaridades respectivas de cada um.¹⁵²

Ademais, na maioria dos casos, os estudos sobre uma possível teoria geral do processo, tendem a formular suas concepções a partir de conceitos e regras típicas do processo civil, que são transportados para os ritos penais, sem as devidas adequações e modificações, o que, muitas vezes, culmina, no engessamento do processo penal nas estruturas do processo civil.¹⁵³

Nessa linha de intelecção, é relevante destacar os ensinamentos de Jacinto Nelson de Miranda, para quem¹⁵⁴: “uma teoria geral do direito processual que, para nós – há de se insistir –, nada mais é que a teoria geral do direito processual civil aplicada, desmensuradamente, aos outros ramos e com maior vigor ao direito processual penal e ao direito processual do trabalho”.

¹⁵¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 16 out. 2019

¹⁵² CANELUTTI, Francesco. **Lições sobre processo penal**. Campinas: Bookseller, 2004, p. 22

¹⁵³ LOPES, Aury Júnior. **Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal**. Conjur, 2014. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal#_ednref2> Acesso em 16 out. 2019.

¹⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 223

Em outro giro, não adotar a corrente doutrinária da teoria geral do processo, não implica em inadmitir que institutos do rito de processual civil sejam aplicadas no processo penal, tendo em vista que, conforme autorizado pelo artigo 3º do CPP, a interpretação extensiva e a aplicação analógica é admitida nos ritos processuais penais.

Isto posto, considerando que a previsão do artigo 10º do Código de Processo Civil é uma regra que concretiza e define a garantia constitucional do contraditório, e, ainda que não se considere que, no processo penal, tal garantia deva ser mais ampla e mais intensa do que nos ritos civis, em razão da extrema relevância dos direitos tutelados, também não é cabível defender uma restrição da abrangência do contraditório no processo penal, em comparação a do processo civil¹⁵⁵. Em outras palavras se não pode se afirmar que o contraditório nos feitos penais tenha que ser mais efetivo do que nos civis, contudo, do mesmo modo, não se pode aceitar que a eficácia dessa garantia seja menos intensa no processo penal do que no civil.¹⁵⁶

Outrossim, principalmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, com a eleição do sistema penal acusatório, não se pode mais tolerar violações a garantias e princípios fundamentais, tendo em vista que o ordenamento jurídico vigente deve ser interpretado com base na Constituição, e não o contrário, o que é bem elucidado por Lênio Streck¹⁵⁷:

(...) se antes de 1988 a luta das vertentes críticas da teoria do direito era pela incorporação dos direitos fundamentais e das garantias processuais no seio de uma Constituição democrática, em nosso contexto atual, as armas se voltam para outro alvo: concretizar o extenso rol de direitos consagrados pela Constituição.

Assim, na ausência de efetivação substancial da garantia constitucional do contraditório pelo código de ritos penais, e tendo o CPC cumprido tal tarefa, é, no mínimo, razoável que as determinações legais deste último sejam aplicadas no caso penal, com a finalidade de aproximar o processo penal brasileiro do sistema acusatório, e compatibilizá-lo com a Constituição da República.

Ademais, ressalte-se que o CPP foi promulgado em 1940, ou seja, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, e de uma série de mudanças políticas e culturais, que culminaram na edição de alguns diplomas legais que tem como um de seus objetivos dar uma maior efetivação das garantias fundamentais, tal quais o CPC de 2015, de modo que o

¹⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre a acusação e a sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 150

¹⁵⁶ Ibid, p. 150

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto as garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96.

intercâmbio entre estes institutos pode ocorrer nos casos em que estes últimos intensificarem a efetivação de direitos constitucionais, e se compatibilizarem com os casos penais.

Saliente-se que tal entendimento não se limita ao contraditório, dado que, qualquer garantia constitucional relevante ao processo penal que seja tutelado pelo rito procedimental civil de forma mais efetiva, deve ser aplicada nos casos penais, tendo em vista que, não é admissível que o processo civil proteja mais efetivamente as partes do que o rito penal, não porque exista hierarquia entre os dois diplomas, mas sim em razão de que não se pode ignorar que as disposições legais que densificam e concretizam direitos fundamentais devem ser aplicadas em todas as searas jurídicas.¹⁵⁸

Com isso, a partir da redação do artigo 3º do Código de Processo Penal, o qual possibilita o uso da analogia, é possível, e extremamente necessário, que as disposições do artigo 10º do Código de Processo Civil sejam aplicados aos feitos criminais, porquanto trazem a exigência do contraditório prévio sobre todos os fundamentos da decisão judicial, que não tenham sido objetos de debate pelas partes ao longo do processo, ainda que se trate de “questão de direito” ou que o juiz possa conhecer de ofício.¹⁵⁹

Ressalte-se ainda que o fato do Magistrado ter que intimar as partes antes de proferir sua decisão, se esta for abarcar tema que não foi submetido ao contraditório, por óbvio, não implica em dizer que seu julgamento terá que adotar a mudança em questão.¹⁶⁰ Tal providência significa apenas que o órgão jurisdicional deve, antes de decidir definitivamente com base nesse novo fundamento, comunicar as partes a possibilidade de mudança, mas não de certeza, até porque, esta certificação só será possível quando a decisão for proferida.¹⁶¹

Neste âmbito, o que deve restar esclarecido, é que, a vedação da decisão surpresa não implica em afirmar que o magistrado ficará vinculado a manifestação das partes em sua decisão, mas tão somente que o mesmo deve conceder a oportunidade para que os atores processuais expressem suas considerações acerca de todo e qualquer aspecto que o juiz poderá adotar em sua decisão, assegurando, assim, o pleno e efetivo exercício do contraditório.¹⁶²

¹⁵⁸ BEDÊ Junior, AMÉRICO. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. **Repercussões do Novo CPC no Processo Penal**, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 262.

¹⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre a acusação e a sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 150-151

¹⁶⁰ Ibid., p. 150

¹⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre a acusação e a sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 150

¹⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre a acusação e a sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 152

Ademais, o princípio do contraditório deve se fazer presente durante todo o curso procedimental, e não apenas durante a sua instrução, porquanto, uma de suas funções é impedir que, no processo, seja proferida qualquer decisão que atinja o estado jurídico de uma pessoa, sem que a ela tenha sido oportunizado, previamente, se manifestar sobre o tema.¹⁶³

Ante o exposto, e aplicando as constatações acima explicitadas, especificamente, ao instituto da *emendatio libelli*, o que pode se concluir é que, a determinação do artigo 10 do CPC traz a aplicação do contraditório em relação às questões de fato e de direito, de modo que o juiz pode dar ao fato narrado na denúncia ou na queixa definição jurídica diversa da apontada pelo órgão acusatório, mas, antes que o faça, tenha cientificado a acusação e a defesa sobre a modificação que possivelmente ocorrerá, oportunizando que as mesmas expressem suas considerações sobre o tema, as quais, contudo, não terão força de vincular o juiz, que em sua decisão final, pode acolher ou não, as argumentações ventiladas.¹⁶⁴

Desta maneira, considerando que o artigo 383 do CPP viola a dimensão substancial do contraditório, e não encontra respaldo legal no sistema penal constitucionalmente eleito, qual seja, o acusatório, é imprescindível que tal dispositivo seja reinterpretado, e, o artigo 10 do CPC, ao dar uma maior densidade à garantia do contraditório, pode ser uma diretriz para um possível novo entendimento acerca do instituto da *emendatio libelli*¹⁶⁵, conforme será a seguir exposto.

¹⁶³ GOMES, Antonio Magalhães Filho. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51

¹⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre a acusação e a sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 152

¹⁶⁵ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. **Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Podium, v.1, p. 151-174, p. 165, 2007.

4 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA COMO INSTRUMENTO DE VIABILIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO NA *EMENDATIO LIBELLI*

Estabelecendo-se que a Constituição Federal de 1988 elegeu o sistema penal acusatório, e que este é incompatível com o disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, torna-se relevante buscar formas de alinhá-lo com os princípios constitucionais, o que pode ocorrer com a aplicação do disposto no artigo 10 do Código de Processo Civil no âmbito dos ritos penais.

4.1 O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA

Conforme demonstrado no primeiro capítulo, a *emendatio libelli* tem estreita relação com o princípio da correlação entre a acusação e a sentença, sendo relevante analisar de forma mais aprofundada tal diretriz.

Neste contexto, o princípio do contraditório no âmbito do processo penal tem como um de seus desdobramentos o princípio da correlação entre a acusação e a sentença, dado que, uma das formas de efetivação do primeiro é através do impedimento de que o órgão julgador baseie a sua decisão em algum elemento que não tenha sido imputado ao acusado, e, conseqüentemente, sido objeto de debate entre as partes.¹⁶⁶

Assim, nos ritos penais, a necessária congruência entre acusação e sentença deriva do princípio acusatório e do contraditório, de modo que a decisão jurisdicional será incongruente quando não refletir o objeto da imputação.¹⁶⁷

Nessa linha de entendimento, sendo o Ministério Público o titular da ação penal, é vedado ao magistrado acrescentar a acusação, qualquer elemento que ultrapasse aquilo que foi traçado pelo órgão acusador ao apresentar a denúncia.¹⁶⁸ Em outras palavras, o binômio imputação e pedido determinam a esfera sobre a qual o julgador pode solucionar o conflito, sendo vedada a prolação de decisão *ultra petita* ou *extra petita*, ou seja, o juiz não pode nem apreciar objetos que não estão abrangidos pelo seu campo decisório, nem se isentar de analisar algum dos pontos que lhe foi apresentado.¹⁶⁹

¹⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. Coleção: **Repercussões do novo CPC: Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 358

¹⁶⁷ 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 Brasileiro de Direito Processual Penal**, vol. 2, nº 1, 2016, p. 189-190

¹⁶⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2006, p. 18

¹⁶⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2006, p. 18

Dessa forma, o princípio da correlação entre acusação e sentença significa não apenas que o órgão julgador tem que se restringir ao objeto da imputação, mas também que o seu julgamento deve abranger todos os elementos que formaram a acusação, isto é, a sentença deve exaurir todo o conteúdo da pretensão, resolvendo-a de modo completo, e não se estendendo a qualquer aspecto que lhe seja externo, tendo em vista que o princípio da congruência será violado tanto quando a decisão ultrapassar o objeto da acusação, como nas situações em que se isentar de se manifestar sobre algum dos fatos contidos na imputação.¹⁷⁰

Insta salientar que a vedação de decisões *citra petitas*, evidencia que a correlação entre acusação e sentença não tutela exclusivamente um direito da defesa, dado que, quando, por exemplo, o juiz não julga toda a imputação, de modo a beneficiar o acusado, não há qualquer prejuízo ao direito de defesa, contudo, terá ocorrido desrespeito ao direito ao contraditório do sujeito ativo da relação processual, qual seja, o órgão acusador.¹⁷¹

Em síntese, o princípio da correlação entre o fato imputado e o fato constante na sentença determina que o objeto do processo tem que permanecer inalterado, durante todo o rito penal, ou seja, não pode ser modificado desde o momento do oferecimento da denúncia, até a prolação da sentença.¹⁷²

Contudo, em alguns casos, durante o curso procedimental, podem ser descobertos fatos diversos, que tem a capacidade de alterar a representação contida na imputação, ou ainda, o órgão julgador pode entender que a narrativa da exordial acusatória não classificou juridicamente de modo correto o fato relatado. Nestas situações, para possibilitar que tais elementos possam ser valorados na decisão final, devem ser seguidas determinadas regras, que tem como objetivo principal evitar a surpresa para as partes, através de instrumentos que viabilizem um contraditório efetivo.¹⁷³

Nessa conjectura, visando disciplinar juridicamente tais situações, a legislação processual penal brasileira optou pela criação da *mutatio e emendatio libelli*, de modo que a regras da primeira são aplicadas quando novos fatos relevantes ao processo são desvelados no curso da instrução, diante do que é possibilitado que o Ministério Público adite a denúncia.

Em contrapartida, a *emendatio libelli*, se baseando na classificação reducionista que divide as questões processuais entre as de fato e as de direito, determina que, se o Magistrado, após todo o curso procedimental, entender que a narrativa da exordial acusatória trouxe uma

¹⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 127

¹⁷¹ Ibid., p. 129.

¹⁷² Ibid., p. 103.

¹⁷³ Ibid., p. 103-104

classificação jurídica indevida, pode atribuir aos fatos nova capitulação legal, ainda que tal providência implique que o acusado seja submetido a pena mais grave, sem que para isso tenha que tomar qualquer providência prévia para possibilitar a manifestação das partes sobre o tema.¹⁷⁴

Nesta seara, o que se constata é que a correlação entre os fatos constantes na imputação e na sentença, é concebida, pela doutrina e jurisprudência, como a necessidade que se estabeleça uma relação de identidade entre estes dois momentos processuais, de modo que a representação do fato imputado e a representação do fato em que se funda a sentença, sejam, tanto quanto possível, idênticos.¹⁷⁵ Em outras palavras, o termo identidade é utilizado aqui em seu conceito jurídico e não lógico, de maneira que a representação do fato contido na imputação não precisa ser estritamente idêntica a sua representação na sentença, dado que algumas variações podem ocorrer, sem que haja, necessariamente, uma alteração do objeto do processo.¹⁷⁶

Assim, no regramento do rito penal brasileiro, não existe regra expressa que determine a imutabilidade do objeto do processo ou estabilidade da pretensão, porquanto o legislador se preocupou tão somente em disciplinar os casos em que ocorrem alterações nos aspectos fáticos da imputação, tratando a tipificação jurídica de tais fatos como algo que não precisa ser submetido ao contraditório, e que pode sofrer alterações, sem que as partes as tenham requerido, ou sequer sejam científicas previamente destas mudanças.¹⁷⁷

Isto posto, o objeto do processo penal está ligado a imputação, ou seja, a formulação da pretensão penal, de modo que o objeto da imputação, o qual consiste no fato enquadrável em um tipo penal, tem que permanecer inalterado ao longo do processo, porquanto, o propósito deste último é a verificação da narrativa da denúncia, enquanto que sentença é o momento máximo de decisão pela confirmação ou refutação da imputação, razão pela qual, a sua prolação não pode ter como base algum elemento que não tenha sido parte da imputação.¹⁷⁸

Nessa linha de entendimento, o artigo 383 do CPP permite que o órgão julgador classifique juridicamente os fatos da denúncia ou queixa de forma distinta da inicialmente apresentada pelo titular da ação penal, somente nos casos em que houver correlação entre os fatos valorados na sentença e os imputados na exordial, ou seja, desde que, ao comparar os fatos

¹⁷⁴ SCARANCA, Antônio Fernandes. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 212

¹⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 107

¹⁷⁶ Ibid., p. 107-108

¹⁷⁷ Ibid., p. 144

¹⁷⁸ Ibid., p. 85

imputados e os da sentença, não se percebe modificação¹⁷⁹, conforme leciona Aury Lopes Júnior¹⁸⁰:

A correlação fixa os limites da sentença e possibilita a resistência da parte passiva. É importante destacar que o modelo acusatório não exige a vinculação do julgador à qualificação jurídica nem ao *petitum* das partes, até porque ao acusador não incumbe pedir uma determinada pena, pois a ele corresponde uma pretensão meramente acusatória (...) A correlação exige que o julgamento recaia sobre o mesmo fato natural que integra a pretensão acusatória, como seu elemento objetivo. A correlação no processo penal está, acima de tudo, a serviço da defesa, evitando o segredo e a surpresa.

Deste modo, considerando que o objeto do processo é o fato penalmente relevante que se atribuí a alguém, envolvendo, deste modo, matéria fática e jurídica, assim como que no processo penal brasileiro existe expressa possibilidade de modificação na qualificação jurídica do fato, pode se concluir que a imutabilidade do procedimento, na legislação brasileira, não precisa ser total, podendo ser alterada em relação ao seu teor jurídico.¹⁸¹

Nesse âmbito, o que se nota é que o Código de Processo Penal, em seu viés autoritário, considerou a garantia do contraditório e o princípio da correlação entre a acusação e a sentença como um obstáculo ao funcionamento da justiça criminal, sob o fundamento de que o interesse social não pode ser prejudicado pelos direitos individuais do Réu¹⁸², o que fica evidentemente demonstrado na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

O projeto, generalizando um princípio já consagrado pela atual Lei do Júri, repudia a proibição de sentença condenatória *ultra petitum* ou a desclassificação in pejus do crime imputado. Constituída um dos exageros do liberalismo o transplante dessa proibição, que é própria do direito privado, para a esfera do direito processual penal, que é um ramo do direito público. **O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. 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.** 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 queixa em circunstâncias diversas não contidas

¹⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 144-145

¹⁸⁰ LOPES, Aury Junior. **Introdução crítica do processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 231

¹⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 145-146

¹⁸² 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 Brasileiro de Direito Processual Penal**, vol. 2, nº 1, 2016, p. 189-190

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 prova. (grifos aditados)¹⁸³

O que pode se entender do trecho acima descrito é que a *emendatio libelli* é uma estrutura processual que carece de qualquer instrumento limitador dos poderes jurisdicionais, porquanto possibilita que o Magistrado modifique a qualificação jurídica dos fatos imputados ao Réu, independentemente dos reflexos que tal mudança terá na penalidade corporal aplicada, tendo em vista que considera inconveniente as situações em que, ao perceber a dissonância entre a capitulação jurídica e a narrativa da denúncia, o processo tivesse que ser anulado, e o Acusado, se estivesse preso, seria colocado em liberdade.¹⁸⁴

Assim, para solucionar as situações em que a inadequação da tipificação da conduta narrada na exordial acusatória resultava na nulidade do procedimento, a regra foi modificada para o extremo oposto, de modo que atualmente, o órgão julgador pode alterar a classificação jurídica dos fatos, sem que seja necessária qualquer manifestação das partes.¹⁸⁵

Deste modo, se o entendimento era de que com o regramento anterior a segurança social estaria desprotegida, com a institucionalização da *emendatio libelli* a defesa ficou completamente desguarnecida, em razão da afirmativa de que o réu se defende dos fatos e não da qualificação jurídica citada na peça inicial acusatória, a qual leva a errônea conclusão de que a tipificação legal da conduta não tem quase nenhuma importância para o acusado.¹⁸⁶

Diante deste quadro, o que se percebe é que o princípio da correlação entre acusação e sentença é, na maioria das vezes, associada ao brocado *iuri novit curia*, o qual preceitua que os juízes conhecem a lei, não estando limitados por erros ou omissões das partes, podendo decidir de forma desvinculada destes aspectos formais, entendimento este que tem, como principal

¹⁸³ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal** (Dec. Lei 3.689, de 3-10-1941). Ítem XII.

¹⁸⁴ 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**, vol. 2, nº 1, 2016, p. 189-190

¹⁸⁵ SCARANCA, Antônio Fernandes. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 230.

¹⁸⁶ Ibid., p. 230-232

consequência, a conclusão de que inexistente um contraditório em relação as questões de direitos no processo penal brasileiro.¹⁸⁷

Diante do absurdo desta constatação, o que deve se compreender é que o princípio da congruência, no âmbito do rito penal, é um princípio normativo, que tem como uma de suas funções o estabelecimento de limites às faculdades resolutivas do órgão jurisdicional, de modo que deve existir uma relação de identidade entre os elementos que foram objeto de julgamento e aqueles que foram controvertidos pelas partes.¹⁸⁸

Em síntese, pode se entender que o legislador brasileiro não criou regra expressa sobre a imutabilidade do objeto no processo penal brasileiro, de modo que tal regra foi flexibilizada, tendo em vista que o princípio da correlação entre acusação e sentença tem sua aplicação restrita aos aspectos fáticos destes dois momentos processuais, de modo que as chamadas questões de direito, excluídas de tais regras, passaram a ser vistas como elementos dos quais o réu não se defende, razão pela qual não precisariam ser submetidas ao princípio do contraditório.¹⁸⁹

Partindo destas conclusões, e da sua evidente incompatibilidade com a noção de processo penal acusatório, é imperioso que se busque instrumentos que garantam a submissão, também das questões de direito ao crivo do contraditório, para que se aproxime, tanto quanto possível, a *emendatio libelli* do sistema penal constitucionalmente eleito.

4.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO SOBRE AS QUESTÕES DE DIREITO

Neste âmbito, cumpre-se relembrar que a espinha dorsal do Código de Processo Penal brasileiro data da época inquisitorial, fato este que tem como uma de suas consequências a ausência de previsões legais que concretizem o contraditório como um meio efetivo de formação da prova e da decisão penal.¹⁹⁰ Existem, contudo, alguns dispositivos que corroboram com a ideia de que os direitos a informação e a reação são consectários lógicos do contraditório,

¹⁸⁷ 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**, vol. 2, nº 1, 2016, p. 190

¹⁸⁸ 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**, vol. 2, nº 1, 2016, p. 190

¹⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 146

¹⁹⁰ SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 20

na medida que impõem medidas como a intimação das partes para todos os atos processuais e a impugnação dos atos decisórios.¹⁹¹

Em contrapartida, em relação a *emendatio libelli* são inexistentes quaisquer previsões normativas que imponham a viabilização de um contraditório prévio em relação as questões de direito, especificamente no que tange a qualificação jurídica que será imposta ao acusado na prolação da sentença. Assim, diante da inércia do legislativo em cumprir sua função de adaptar as disposições do código de ritos penais que não se amoldam ao sistema acusatório, é imperioso que isso seja feito pela doutrina e jurisprudência, o que pode ser através da aplicação de outros diplomas legais, com fundamento no artigo 3º do CPP, que autoriza a aplicação supletiva e subsidiária de outras leis no processo penal.

De pronto, ressalte-se que no processo penal, em razão da natureza dos bens tutelados, a garantia de um contraditório substancial sob todos os aspectos processuais é imprescindível, conforme destacado por Rogério Lauria e José Rogério Cruz Tucci:

Já o processo penal de caráter condenatório reclama, sempre e sempre, na segunda fase da *persecutio criminis*, denominada, entre nós, de ação penal, ou de instrução criminal, o contraditório efetivo, real, a fim de que, perquirida, à exaustão, a verdade material reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do acusado. Por isso que o direito deste à contrariedade real assume a natureza de indisponível, dada, precipuamente, a indisponibilidade dos interesses em conflito, de sorte a apresentar-se como autêntica expressão de sua liberdade jurídica, a saber: conferindo-se ao acusado o direito a jurisdição penal, exercido por meio de um processo no qual se lhe assegure ampla defesa, sobretudo em razão da atividade marcadamente contraditória, efetivada por órgão técnico- define-se a respectiva defesa como expressão da liberdade jurídica, inerente ao seu *status libertatis*, e, mais especificamente, ao *ius libertatis*.¹⁹²

Conforme pode aferir-se do trecho acima transcrito, o direito ao contraditório é uma exigência política que se confunde com a própria essência do processo, porquanto engloba o direito das partes de debaterem em frente ao juiz, a quem cabe viabilizar que o contraditório se manifeste através de um verdadeiro direito de influência das partes, seja ao responder, de forma racionalmente fundamentada, sob todas as teses e requerimentos que lhes são postos, ou ao não preferir decisão que abarque matéria que não tenha sido objeto deste debate.¹⁹³

Ocorre que, em clara violação ao contraditório, o artigo 383 do CPP permite que o órgão julgador dê nova qualificação jurídica aos fatos narrados na denúncia, sem que para isso tenha

¹⁹¹ SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 20

¹⁹² TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62

¹⁹³ LOPES, Aury Junior. **Introdução crítica do processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 230-231

que tomar qualquer providência no sentido de comunicar às partes desta possível alteração, dispositivo este que é amplamente aplicado pela jurisprudência pátria, com base na premissa de que o réu se defende dos fatos e não da qualificação jurídica que lhes é dada.¹⁹⁴

O equívoco neste posicionamento é evidente, porquanto, o que é assegurado pelos princípios do *iura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius*, é a possibilidade que o magistrado altere a qualificação dos fatos da exordial acusatória, o que não significa, contudo, que isto possa ser feito sem prévia manifestação das partes, dado que, outro princípio, o do contraditório, impõe que o órgão jurisdicional comunique previamente as partes sobre todos os elementos de sua decisão, ainda que se trate daquelas matérias que podem ser conhecidas de ofício.¹⁹⁵

Em outras palavras, a acusação e a defesa técnica não só podem, como devem ter a oportunidade de participar na construção da qualificação jurídica da narrativa da peça inicial, o que não ocorre quando o juiz, depois de toda a instrução processual, altera, na sentença o tipo penal imputado ao réu, surpreendendo tanto ao mesmo quanto ao próprio órgão acusatório.¹⁹⁶

Assim, a *emendatio libelli* outorga ao magistrado poderes soberanos para alterar a qualificação jurídica dos fatos da peça vestibular, de modo que a tipificação da conduta narrada na denúncia é sempre potencialmente alternativa, dado que pode ser alterada, ou não, no momento da sentença, o que impõe ao acusado o pesado ônus de se defender tanto da classificação expressa, como de todas outras que eventualmente poderiam ser aplicadas aquela conduta.¹⁹⁷

É evidente que esta situação não pode perdurar, porquanto as garantias da Carta Magna e as exigências do devido processo legal vedam que as partes sejam surpreendidas com uma alteração sobre a qual não se estabeleceu prévio contraditório, e também porque, tanto a acusação, quanto a defesa, tem interesse direto na qualificação jurídica dos fatos, em razão dos seus reflexos em aspectos penais e processuais.¹⁹⁸

Outrossim, o que pode se perceber nas entrelinhas da redação do artigo 383 do CPP, é a prevalência da perspectiva clássica, e inquisitória do processo penal, que mantém estabelecida uma liberdade decisória em detrimento ao diálogo e ao efetivo contraditório entre todos os

¹⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 146

¹⁹⁵ Ibid., p. 146

¹⁹⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência- aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, p. 78

¹⁹⁷ SCARANCA, Antônio Fernandes. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 232

¹⁹⁸ Ibid., p. 232

atores processuais, marcada pela utilização da jurisdição como instrumento metodológico e central, guiado pela noção de que o vértice mais elevado do ultrapassado triângulo processual é ocupado pela figura do juiz.¹⁹⁹

Acrescente-se ainda que a descrição da denúncia só tem valor jurídico quando ligada à uma norma incriminadora, esta que a transforma em um fato típico, de modo que a estreita vinculação entre fato e qualificação jurídica impede que o contraditório se limite as questões de fato, devendo abranger, igualmente, o debate sobre a norma jurídica aplicável a determinada conduta.²⁰⁰

Sobre a relevância da qualificação jurídica para a atividade defensiva, destaca Antônio Scarance Fernandes²⁰¹:

Vendo-se a questão estritamente sob o ângulo da defesa, não é verdadeira a afirmação de que ao acusado só interessa o fato, não a sua valoração jurídica, isto é, a sua qualificação. Uma coisa é o réu se defender de um fato qualificado como furto e outra bem diferente se defender do mesmo fato qualificado como roubo. Todo advogado sabe o quanto é difícil, atualmente, a defesa em crime de roubo, tratado por juízes e tribunais de forma bastante rigorosa, sendo comuns a decretação de prisão preventiva, a negação de liberdade provisória, a exigência de prisão para apelar. É bem diferente o tratamento do autor de furto, que responde normalmente em liberdade, mesmo porque comporta fiança. A mudança da classificação na sentença, de furto para roubo, além de elevar a pena mínima de um para quatro anos, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, altera o regime, impossibilita a suspensão condicional da pena privativa.

Em suma, o que se constata é que o problema da qualificação jurídica não se restringe a uma questão simples de subsunção do fato a norma que lhe concede relevância penal, dado que, tanto para a elaboração da hipótese acusatória, como para o desfecho processual da sentença, ocorrem inúmeras interações diversas e recíprocas entre fato e norma, que se estabelecem por meio de uma relação de progressiva aproximação entre a descrição do fato e a interpretação da sua qualificação jurídica.²⁰²

Neste contexto, o novo Código de Processo Civil trouxe dispositivo que veda que o órgão julgador se manifeste sobre qualquer aspecto que não tenha sido objeto de debate entre as partes, e, o processo penal brasileiro não pode fechar os olhos em relação a tal avanço, ou se

¹⁹⁹ SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 19-20

²⁰⁰ SCARANCE, Antônio Fernandes. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 232

²⁰¹ Ibid., p. 233

²⁰² 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. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 371

isentar de viabilizar a aplicação de desta influência legislativa, que tutela de forma mais substancial uma garantia constitucional, aos casos penais.²⁰³

Nessa intelecção, saliente-se que a ausência de previsão legislativa nos diplomas legais brasileiros, que determinem a intimação das partes antes que o juiz decida por aplicar o disposto no artigo 383 do CPP, não elimina a possibilidade de que tal providência seja tomada, tendo em vista que, conforme já demonstrado, o contraditório impõe tal proceder.²⁰⁴

Desse modo, percebe-se que a imposição acima citada, atualmente, não tem resguardo somente na previsão constitucional do princípio do contraditório, mas também no novo Código de Processo Civil, que, com claro intuito de concretizar o aludido direito fundamental, traz em seu artigo 10, a chamada vedação a decisão surpresa, proibindo que o magistrado profira decisão que tenha como base fundamentos sobre os quais não foi oportunizado as partes se manifestassem, ainda que se trate de matéria sobre a qual possa se decidir de ofício.²⁰⁵

Com efeito, o dispositivo acima citado restringe a esfera de matérias sobre as quais podem recair a decisão jurisdicional a aqueles elementos que foram submetidos ao crivo do contraditório, proibindo que o órgão julgador decida com base em argumento ou questão jurídica que não foram objeto de debate entre as partes.²⁰⁶

Destaque-se ainda que o artigo 10 do novo CPC não faz qualquer distinção entre questões de fato e questões de direito, viabilizando, assim, a aplicação do contraditório a todos os elementos do processo, e vedando que as partes sejam surpreendidas quer nas situações em que o juiz se utiliza aspecto fático que não foi discutido ao longo do processo, quer quando se utiliza de matéria jurídica diversa daquela que foi objeto de debate pelas partes.²⁰⁷

Sobre o caráter imprescindível da efetivação do contraditório também no que se refere as questões de direito, no âmbito do rito penal, leciona Gustavo Badaró²⁰⁸:

Numa perspectiva de efetividade e plenitude do contraditório, todas essas questões de direito não podem ser subtraídas das considerações das partes, sob o pretexto de que *iuria novit curia*. Ao contrário, o princípio do contraditório exige, em relação às

²⁰³ SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, p. 19

²⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 149

²⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 150

²⁰⁶ DIDIER, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 95

²⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 150

²⁰⁸ 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. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 364

questões de direito que possam fundar uma decisão relevante, que as partes sejam previamente consultadas. Pode se falar, então, em um verdadeiro dever do juiz de provocar o prévio contraditório entre as partes, sob qualquer questão que apresente relevância decisória, seja ela processual ou de mérito, de fato ou de direito, prejudicial ou preliminar. O desrespeito ao contraditório, como adverte Comoglio, expõe as partes ao perigo de uma sentença de surpresa.

Nesse sentido, alterar a qualificação jurídica dos fatos narrados na denúncia, embora seja uma atividade que possa ser feita pelo órgão julgador, sem que tenha ocorrido prévio requerimento de uma das partes, é uma modificação que deve, necessariamente, ser precedida de manifestação das partes sobre o novo fundamento legal que o juiz pretende usar como base para sua decisão.²⁰⁹

Por conseguinte, o poder do juiz de agir de ofício, seja quanto a produção de provas, ou em relação a aplicação de regras jurídicas, não significa que o exercício de tal faculdade tem que ocorrer de forma que surpreenda as partes, porquanto, o que tal poder significa é, apenas, que existem matérias sobre as quais o órgão jurisdicional pode se manifestar, ainda que não tenham sido alegadas pelas partes, e não que o contraditório não se aplique a tais elementos.²¹⁰

Saliente-se que aplicar o contraditório em relação as questões de direito, de modo a oportunizar a manifestação das partes antes que seja proferida sentença que condene o réu por delito distinto do que lhe foi anteriormente imputado, não significa vincular o órgão jurisdicional a julgar com base na nova capitulação jurídica, tendo em vista que, o Magistrado, tão somente, comunicará as partes sobre a possibilidade de que a narrativa da denúncia receba uma nova qualificação jurídica, porquanto, a certeza sobre a tipificação legal dos fatos só existirá quando da prolação da sentença.²¹¹

Do mesmo modo, possibilitar que acusação e defesa se manifestem sobre a possível alteração na qualificação jurídica dos fatos, em nada prejudica a busca pela justiça ou a eficácia da persecução penal, em verdade, tal medida assegura o pleno e efetivo exercício do contraditório, de forma a aprimorar a melhoria do resultado do processo.²¹²

Isto posto, o que se percebe é que o *caput* do artigo 383 do Código de Processo Penal, tem sido interpretado como uma autorização para que a *emendatio libelli* seja aplicada sem a observância do contraditório, quando, em verdade, o aludido dispositivo, somente permite ao

²⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 150

²¹⁰ 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. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 371

²¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 151

²¹² *Ibid.*, p. 152

juiz que, na sentença, altere a tipificação legal da conduta narrada na exordial, sem, em nenhum momento, expressamente, determinar que tal modificação seja feita “direta” ou “imediatamente”, ou “sem observância do contraditório, ou mesmo “ainda que surpreenda as partes”.²¹³

Em outro giro, em que pese o artigo 383 do CPP não determinar que o juiz intime as partes antes de proceder com a alteração na qualificação jurídica, também não proíbe que o órgão jurisdicional o faça, e, este silêncio normativo deve ser interpretado com base na premissa de que o contraditório deve ser substancialmente aplicado sobre todos os elementos da decisão, não devendo, assim, ser suprimido em relação as questões de direito.²¹⁴

Com efeito, o que se espera é que a aplicação da vedação da decisão surpresa ao instituto da *emendatio libelli*, cessará com a restrição imposta a defesa, pelo regramento atual, no que se refere a reação a classificação jurídica, tendo em vista que, hoje, o réu nunca pode se defender efetivamente da qualificação do fato que lhe é imputado, porquanto o juiz não está vinculado ao tipo penal apontado pelo Ministério Público, podendo, no final do processo alterar a classificação jurídica da conduta, o que evidentemente surpreenderá o acusado e sua defesa, dado que esta mudança não foi procedida de qualquer aviso prévio ou oportunidade de manifestação sobre o tema.²¹⁵

Nesse sentido, partindo-se da premissa de que em um processo penal regido pelo sistema acusatório não se pode admitir a não aplicação do contraditório sobre as questões de direito, e considerando que o Código de Processo Civil de 2015 traz previsão legal que concretiza, de forma substancial tal garantia constitucional, podem-se extrair as seguintes regras: i) na sentença, o juiz poderá dar ao fato narrado na denúncia, uma qualificação jurídica diversa da apresentada pelo órgão acusador na peça inicial; ii) se as partes não tiveram a oportunidade de debater sobre a nova classificação que o magistrado pretende dar aos fatos, deverá oportunizar a manifestação das partes sobre este novo fundamento que poderá ser utilizado na sentença.²¹⁶

Com a aplicação de tais regras, é esperado que se abandone, de forma definitiva, o antigo posicionamento de parte da doutrina, e quase que de forma unânime pela jurisprudência, no

²¹³ 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. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, p. 369

²¹⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência- aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, p. 80

²¹⁵ SCARANCA, Antônio Fernandes. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 234

²¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 151

sentido de que o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados, e não da sua qualificação jurídica.²¹⁷

Em síntese, diante da forma como a *emendatio libelli* tem sido entendida e aplicada nos ritos penais brasileiros, da inércia do legislativo para promover a adequação deste instituto as premissas do sistema acusatório, e de que o contraditório é um direito constitucionalmente previsto, a aplicação do disposto no artigo 10 do CPC é um método viável de garantir a aplicação de um contraditório substancial no que se refere a capitulação jurídica dos fatos narrados na exordial acusatória.

A partir destas conclusões, é relevante averiguar como o tema tem sido enfrentado pela doutrina e jurisprudência brasileira.

4.3 ENFRENTAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Neste contexto, alguns doutrinadores se afiliam a corrente que defende que a garantia do contraditório é aplicável também as questões de direito, de modo que a aplicação do disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, deve, necessariamente, ser precedida de manifestação das partes sobre a pretendida modificação na qualificação jurídica, contudo, a maioria dos autores ainda é contrária a tal entendimento.

Assim, por exemplo, para Guilherme de Souza Nucci, a defesa se volta para os fatos imputados e não a capitulação jurídica que lhes é dada, reputando que não vê praticidade na conduta do Magistrado que, analisando determinado processo, prestes a sentenciá-lo, paralisa sua linha de entendimento, para convertê-lo em diligência, a fim de ouvir as partes, dado que tal ação só implicaria em uma prolongação do curso processual, assim como poderia ser interpretado como um “pré-julgamento”.²¹⁸

No mesmo sentido, Eugenio Pacelli, aduz que, em pese a aplicação do disposto no artigo 10 do Código de Processo Civil a previsão do art. 383 do CPP, possa parecer “sedutora”, considerando que a qualificação jurídica dos fatos é questão unicamente de direito, o Réu poderia amplamente se defender da mesma nas instâncias recursais, apontando ainda, que a função de determinar a tipificação legal dos fatos típicos, ilícitos e culpáveis seria dos órgãos julgadores, e não do Ministério Público.²¹⁹

²¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 151

²¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 786.

²¹⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 295

Isto posto, cumprem-se rebater as duas principais objeções que são feitas a aplicação do contraditório ao instituto da *emendatio libelli*, quais sejam: i) a perda da imparcialidade do julgador, porquanto, ao convidar as partes a se manifestarem sobre a possível alteração da tipificação legal da conduta estaria “prejulgando” a causa; ii) tal medida significaria atrasar ainda mais a prestação jurisdicional, o que violaria a garantia do constitucional da duração razoável do processo.²²⁰

Em relação a primeira crítica, registre-se que o magistrado determinar o prévio debate das partes sobre possível modificação da qualificação jurídica, não implica em antecipação de julgamento do mérito da ação, ou perda da imparcialidade, dado que, se assim fosse, o órgão julgador estaria prejulgando o caso que lhe é posto toda vez que tivesse que se manifestar antecipadamente sobre os fatos e sua qualificação, para resolver eventual questão suscitada no processo, como pode ocorrer quando é necessário solucionar controvérsia acerca de competência em razão da matéria, ou quando o tribunal julga *habeas corpus* com pedido de trancamento da ação penal.²²¹

Ademais, não é plausível que se interprete uma atividade do juiz que visa efetivar o contraditório como algo que implicaria em prejulgamento dos fatos, conforme bem elucidado por Gustavo Badaró²²²:

(...) é errado ver na atitude do juiz que possibilita às partes o exercício do contraditório, ante uma possibilidade de alteração da regra jurídica aplicável aos fatos, uma perda de imparcialidade. É preferível pré-julgar, mas dando às partes e principalmente àquela que seria prejudicada pela decisão- de apresentar suas alegações e influenciar o convencimento do juiz, que julgar de plano, surpreendendo as partes, com uma decisão já consumada, sem uma prévia dialética processual. Por outro lado, também uma eventual igualdade de tratamento em relação ao Ministério Público e ao imputado, no sentido de excluir a intervenção prévia de ambos, em relação a uma determinada decisão sobre uma questão de direito, não seria suficiente para assegurar o contraditório. Neste caso pode estar sendo atendida a necessidade de paridade de armas, visto que nenhuma das partes teria oportunidade de se manifestar sobre as questões de fato, mas não o contraditório, que restaria violado, por não ter sido exercido em sua plenitude.

Lado outro, é imperioso que se perceba que o convite para que as partes se manifestem sobre possível mudança da classificação jurídica dos fatos narrados na denúncia não prejudica a eficácia da persecução penal, ou gera indevido retardamento do processo, visto que, quando

²²⁰ 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. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, p. 365

²²¹ SCARANCA, Antônio Fernandes. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 234

²²² 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. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 366

o juiz toma essa providência, está, em verdade, investindo um tempo maior no intuito de garantir a melhoria do resultado do processo.²²³

Em outro giro, relevantes doutrinadores coadunam com a corrente aqui defendida, entendendo que a garantia constitucional do contraditório não se limita aos aspectos fáticos, devendo também ser viabilizada em relação as questões de direito, assim como destacam a relevância que a qualificação jurídica dos fatos tem no exercício da defesa, concluindo que é imprescindível que a aplicação da *emendatio libelli* seja precedida de manifestação das partes sobre o tema.

Nesta esteira, Gustavo Badaró afirma que, não só na aplicação da *emendatio libelli*, mas em todas as situações em que o órgão julgador tomar decisão que possa, em algum nível, surpreender as partes, por envolver questão fática ou jurídica que não foi objeto de debate no processo, deverá, antes de decidir definitivamente, instar a manifestação das partes sobre tal questão.²²⁴

Compartilhando do mesmo entendimento, Renato Brasileiro de Lima, aduz que o princípio do contraditório impõe ao julgador a obrigação de comunicar as partes antes de prolatar sentença que envolva circunstância de fato ou de direito que não tenha sido suscitada no curso processual, ainda que sejam aspectos que possam ser conhecidos de ofício.²²⁵

Destaque-se ainda o posicionamento de Aury Lopes Júnior, que argumenta que as questões de direito são intimamente vinculadas ao fato penal, de modo que, sem embargo do réu se defender dos fatos que lhe são imputados, a defesa também se debruça sobre os limites semânticos do tipo, principalmente no que se relaciona com a apresentação de teses que busquem a aplicação de figuras privilegiadas, ou causas de aumento de pena, diante do que não é razoável que o acusado, com a prolação da sentença, seja surpreendido pela alteração no tipo penal que anteriormente lhe foi imputado, e em relação ao qual passou toda a instrução processual se defendendo.²²⁶

Já no âmbito jurisprudencial, conforme demonstrado no primeiro capítulo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, adotam, de modo quase unânime, o entendimento de que a aplicação do disposto no artigo 383 do CPP não precisa ser precedido de qualquer manifestação das partes, sempre com base na afirmativa de que o réu se defende

²²³ 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. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, p. 366

²²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 552.

²²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 2.080

²²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 892

dos fatos narrados na denúncia, e não da sua classificação jurídica, o que se repete também nos julgamentos dos Tribunais de Justiça.

Nesta esteira, a título ilustrativo, cita-se a seguinte ementa, na qual o Superior Tribunal de Justiça expressamente exterioriza o entendimento de que nas hipóteses de *emendatio libelli*, não é necessário que as partes sejam intimadas para se manifestar sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ESTELIONATO. CORRUPÇÃO PASSIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. ESVAZIAMENTO DA ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. **CONFIGURADA A EMENDATIO LIBELLI. RÉU SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA.** INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELA DEFESA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. NÁLISE ACERCA DA NECESSIDADE DA DILIGÊNCIA. SÚMULA N. 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. EXAURIMENTO DAS RAZÕES DO TRIBUNAL A QUO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. TEMPESTIVIDADE DAS CONTRARRAZÕES MINISTERIAIS. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PRESERVADOS. SÚMULA N. 7/STJ. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO CALCADA EM ELEMENTOS INDICIÁRIOS, DEVIDAMENTE CORROBORADOS NA FASE JUDICIAL E COMPLEMENTADOS POR OUTROS DE PUJANTE FORÇA PROBANTE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ESTELIONATO PELA IMPOSSIBILIDADE DE INDUÇÃO DE PESSOA JURÍDICA EM ERRO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA DE FORMA ESPECÍFICA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO À CULPABILIDADE DO AGENTE E AOS MOTIVOS DOS CRIMES. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AOS TIPOS PENAIIS. JUSTIFICADA, PORÉM, A NEGATIVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO EXORBITANTE. PRECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO APLICADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA PELO AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS RELATIVAS À CULPABILIDADE DO AGENTE E AOS MOTIVOS DO CRIME. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO DE OUTROS AUTORES DOS MESMOS DELITOS EM FEITO DIVERSO. INCOMUNICABILIDADE DA INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INAPLICABILIDADE DO § 1º DO ART. 117 DO CÓDIGO PENAL. 1. Esta Sexta Turma é firme na compreensão de que não merece conhecimento a alegação de inépcia da denúncia quando superveniente, como no caso, condenação, pois preclusa a discussão. Precedentes. 2. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa um dos mais importantes postulados para a defesa, porquanto estabelece balizas fixas para a produção da prova, para a condução do processo e para a prolação do édito condenatório. 3. Ademais, é princípio comezinho do direito penal e processual penal que o réu se defende dos fatos narrados na inicial, e não da capitulação jurídica a eles atribuída pela acusação. Contrariamente ao alegado pelo recorrente, e já estatuído na instância ordinária, a questão atrai a normatividade do artigo 383 (*emendatio libelli*) e não a do artigo 384 (*mutatio libelli*) do Código de Processo Penal, razão pela qual se mostra despicienda a abertura de prazo para a manifestação da defesa, tendo em conta que o réu se defende dos fatos narrados na incoativa, e não da capitulação jurídica ofertada pelo Parquet. (...) 22. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para reduzir a reprimenda e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade do recorrente em relação aos delitos de organização

criminosa, estelionato e corrupção passiva, pela ocorrência da prescrição.²²⁷ (grifos aditados)

Contudo, não obstante a jurisprudência brasileira, na grande maioria dos casos, adotar o mesmo posicionamento da ementa acima citada, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem da Ação Penal nº 545- Mato Grosso, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, apresentou uma nova compreensão sobre o instituto da *emendatio libelli*, de modo a compatibilizá-la com o princípio do contraditório.²²⁸

No citado processo, figurava como réu o deputado federal Eliene José de Lima, e, durante o curso procedimental, o Código Eleitoral sofreu alteração, passando a exigir o interrogatório do Acusado, o que antes não era necessário e, aliado a isto, o Ministério Público Federal, em suas alegações finais, requereu a aplicação do disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, atribuindo nova classificação jurídica ao fato da denúncia, esta que tem prazo prescricional maior do que a apontada na denúncia.²²⁹

Diante desta situação, o citado órgão julgador decidiu que o julgamento da Ação Penal seria inviável, antes da realização do interrogatório do Réu, e de que a defesa se manifestasse sobre a *emendatio libelli* pleiteada pelo *Parquet*²³⁰:

A primeira delas é que adveio a lei nova exigindo, durante o curso da instrução, a necessidade do interrogatório do denunciado. E, por outro lado, o Ministério Público, sob o pálio de empreender uma *emendatio libelli*, atribui um outro fato ao réu, e que tem uma repercussão interessante, porque esse outro fato ocorreu numa data em que o prazo prescricional fica sendo maior. Então, de alguma maneira traz prejuízo para a defesa, porque, pelo fato "x", está prescrito; pelo fato novo - da *emendatio* -, a prescrição fica maior. Isso é, evidentemente, em potência, um prejuízo para a defesa. Então, sem o interrogatório e sem a possibilidade de a defesa falar sobre essa *emendatio libelli*, que causa prejuízo a ela, eu tenho a impressão de que é absolutamente inviável esse julgamento antes dessas providências prévias.²³¹

Nessa linha de entendimento, se constata que neste julgamento restou reconhecida a necessidade de se aplicar o contraditório também em relação as questões de direito, de modo que a *emendatio libelli*, teve, necessariamente, que ser antecedida por manifestação da defesa.²³²

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1565024. Sexta Turma. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, São Paulo, 17/04/2018, DJe de 06/06/2018. Disponível em <https://ww2.stf.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80074218&num_registro=201402406308&data=20180606&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 26 set. 2019

²²⁸ MOREIRA, Romulo Andrade. A *emendatio libelli* e o contraditório- a posição do STF. **Revista Direito UNIFACS- Debate Virtual**, nº 149, Novembro de 2012, Salvador, p. 01

²²⁹ Ibid., p. 03

²³⁰ Ibid., p. 03

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 545. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno. Mato Grosso, 17/10/2012, DJe de 06/02/2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3323936>> Acesso em 26 nov. 2019.

²³² MOREIRA, Romulo Andrade. A *emendatio libelli* e o contraditório- a posição do STF. **Revista Direito UNIFACS- Debate Virtual**, nº 149, Novembro de 2012, Salvador, p. 02

Diante do exposto, o que pode se concluir é que, sem embargo de alguns pontuais avanços, a doutrina e jurisprudência brasileiras ainda aderem a reducionista divisão das questões penais e processuais entre as de fato e as de direito, entendendo que estas últimas não precisam ser submetidas ao crivo do contraditório, abarcando, nesta esfera, a qualificação jurídica dos fatos, de modo que o réu, ainda hoje, pode ser surpreendido com sentença que o condena por tipo penal que sequer foi mencionado ao longo do processo.

Contudo, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 elegeu o sistema penal acusatório, o que tem inúmeros desdobramentos, incluindo que o processo penal tem que ser regido por um contraditório efetivo sobre todos os elementos, fáticos ou jurídicos, assim como que o artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015 concretiza o contraditório de modo substancial, vedando que o magistrado prolate decisão que abarque tema que não foi objeto de debate entre as partes, a aplicação desta dispositivo ao artigo 383 do Código de Processo Penal é uma maneira de viabilizar que o órgão julgador tenha que oportunizar a manifestação das partes antes de aplicar a *emendatio libelli*.

Deste modo, nos casos em que o órgão julgador, no momento de elaboração da sentença, perceber que os fatos noticiados pela peça exordial não foram devidamente qualificados pelo Ministério Público, deve, intimar ambas as partes para se manifestarem sobre esta constatação, fundamentando, racionalmente, as razões pelas quais esta alteração pode ocorrer, para que tanto a acusação quanto a defesa possam apresentar seus argumentos contra ou a favor de tal mudança, assim como apresentar requerimentos referentes aos desdobramentos na dosimetria e regime de cumprimento de pena, diante da possível nova qualificação do fato imputado ao réu.

É imprescindível também, que ao proferir a sentença, o magistrado explique os motivos que o levaram a optar por alterar ou não o tipo penal da prefacial, enfrentando, todos as teses suscitadas pelas partes.

Assim, ao determinar tais providências, o juiz poderá escolher por aplicar, ou não, o disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, mas terá, previamente, informado as partes de tal possibilidade, para que estas não sejam surpreendidas com a mudança da classificação jurídica quando a sentença for proferida. Ademais, ao adotar tal postura, o órgão julgador viabiliza que o princípio do contraditório seja aplicado tanto as questões de fato, como as de direito, concretizando, assim, este direito fundamental.

5 CONCLUSÃO

Compatibilizar as disposições de um Código de Processo Penal promulgado em 1941, diretamente influenciado pela legislação de um país que na época era submetido a uma ditadura fascista, com uma Constituição que elegeu um sistema penal diametralmente oposto, é um esforço constante, e que, muitas vezes não é realizado. Em outras palavras, a doutrina e os órgãos julgadores brasileiros têm que diuturnamente combater as pulsões inquisitórias do CPP, tentando, ao máximo adaptá-las ao sistema acusatório.

Nesta conjectura, um dos princípios mais relevantes do citado sistema é o do contraditório, dado que, é a sua aplicação que garante que as matérias abarcadas pela decisão jurisdicional sejam previamente debatidas entre as partes, de modo que os atores processuais possam, efetivamente, influenciar a formação da cognição do Magistrado, ao mesmo tempo em que garante que as partes não sejam surpreendidas com a prolação de decisão que verse sobre aspecto sobre o qual não tenham se manifestado.

Nessa linha de entendimento, constata-se que o artigo 383 do Código de Processo Penal, disciplina a *emendatio libelli*, suprimindo o direito ao contraditório em relação aos aspectos jurídicos da sentença, permitindo que o órgão julgador classifique o fato narrado na denúncia de maneira diversa da apontada pelo *Parquet*, sem que para isso precise viabilizar a manifestação prévia das partes.

Tal possibilidade tem com fundamento principal o brocado *iura novit curia*, com base no qual se formou o entendimento de que o acusado se defende dos fatos narrados na peça inicial e não de sua qualificação jurídica, de modo que o debate das partes sobre este último elemento seria prescindível.

Contudo, tal construção reflete a raiz inquisitória do processo penal brasileiro, que concentra poderes absolutos no órgão julgador, permitindo que este decida pela modificação ou alteração da tipificação legal da narrativa da denúncia, enquanto que o acusado sustenta o ônus de ter que se defender de quantas qualificações jurídicas puderem ser encaixar no relato da peça vestibular.

Diante destas percepções e da sua evidente dissonância com os preceitos do sistema acusatório, é necessário que se adeque o disposto no artigo 383 do CPP a noção de um processo democrático marcado pela submissão ao crivo do contraditório de todos os aspectos abarcados pela sentença penal, estando aqui incluídos os que versem sobre a qualificação jurídica dos fatos imputados ao acusado.

Neste âmbito, o Código de Processo Civil de 2015, traz em seu artigo 10 o que foi denominado de princípio da vedação a decisão surpresa, dado que veda que o órgão jurisdicional baseie sua decisão em elemento que não tenha sido objeto de debate prévio entre as partes, ainda que se trate de matérias que possam ser conhecidas de ofício. Em outras palavras, o citado dispositivo legal impõe ao Magistrado o dever de oportunizar que as partes, previamente, apresentem seus argumentos sobre todos os elementos que farão parte da sua decisão final.

Assim, o que pode perceber-se é que o artigo 10 do CPC é norma que concretiza direito fundamental com previsão constitucional, e, considerando os bens jurídicos tutelados pelo direito processual penal, assim como que o CPP, em seu art. 3º, admite a aplicação supletiva e subsidiária de outros diplomas legais, é viável que o princípio da vedação da decisão surpresa tenha sua incidência estendida aos ritos penais, de modo a viabilizar que o direito ao contraditório seja aplicado também às questões de direito.

Nesta perspectiva, o que se espera é que, com a aplicação do disposto no artigo 10 do CPC ao processo penal se evite a prolação de decisões que surpreendam as partes, mesmo quando se tratar de questões que possam ser conhecidas de ofício, dado que, tal característica significa tão somente que estas matérias podem ser suscitadas pelo órgão julgador ainda que os atores processuais não representem requerimento em tal sentido, e não que as mesmas não tenham que ser submetidas ao crivo do contraditório.

Do mesmo modo, especificamente em relação ao instituto da *emendatio libelli*, o princípio da vedação da decisão surpresa é instrumento que viabilizará que as partes tenham que ser, necessariamente, instadas a se manifestar antes que o juiz decida definitivamente sobre possível mudança da tipificação legal dos fatos narrados na denúncia, para que não ocorram mais situações em que tanto o órgão acusatório como a defesa debatem, no curso de instrução, tanto os fatos da peça inicial, como os aspectos legais de sua qualificação jurídica, tais como dosimetria, causas de aumento e diminuição de pena, para serem surpreendidos pela sentença que condena o réu por delito diverso.

Assim, a presente pesquisa teve como objetivo central demonstrar que a supressão de contraditório em relação a qualificação jurídica dos fatos narrados na denúncia não pode ser admitida em um ordenamento jurídico em que o diploma legal mais importante, qual seja, a Carta Magna, elege o sistema acusatório, de modo que devem ser procuradas formas de compatibilizar o artigo 383 do CPP com os princípios do CF, o que pode ser feito através da aplicação do disposto no artigo 10 do CPC, que viabiliza um contraditório efetivo e substancial, para que as partes tenham que ter oportunidade de se manifestar antes que o órgão julgador

altere qualquer aspecto de sua decisão que não foi objeto de debate dos atores processuais, o que abrange a tipificação legal da conduta imputada ao acusado.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Márcio de Castro. *Emendatio libelli: a emenda judicial in pejus*. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2009.
- ALMEIDA, Vitor Luís. A apreciação judicial das provas nos sistemas de valoração. **Jurisp Mineira**, Belo Horizonte, a. 65, nº 208, jan./mar. 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Seqüência**, nº 52, jul. 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre a acusação e a sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- _____, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. Coleção: Repercussões do novo CPC: Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016
- _____, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BEDÊ, Américo. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. **Repercussões do Novo CPC no Processo Penal**, Salvador, Juspodivm, 2016
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 out. 2019
- _____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 out. 2019
- _____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.
- _____. **Diário da Câmara dos Deputados, nº 09490, 30/03/2001**. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>. Acesso em 25 set. 2019
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 1422251. Quinta Turma. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Rio de Janeiro, 23/04/2019, DJe de 30/04/2019. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803416290&dt_publicacao=30/04/2019> Acesso em 24 set. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1565024. Sexta Turma. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, São Paulo, 17/04/2018, DJe de 06/06/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80074218&num_registro=201402406308&data=20180606&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 26 nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 134686. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Rio de Janeiro, 15/10/2018, DJe de 16/10/2018. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748440277>> Acesso em 24 set. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 545. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno. Mato Grosso, 17/10/2012, DJe de 06/02/2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3323936>> Acesso em 26 nov. 2019

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

CANELUTTI, Francesco. **Lições sobre processo penal**. Campinas: Bookseller, 2004

CASSARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais.. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

_____, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**. Sapucaia do Sul, Notadez Informações, nº 1, 2001.

_____, Jacinto Nelson de Miranda. **Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 183, julho/set. 2009.

CUNHA, Leonardo de Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedinha, 2012

DE PAULA, J. L. M.; DA SILVA, A. V. Repercussões dos artigos 9º e 10º do Novo Código de Processo Civil. A proibição do julgamento surpresa. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR**. Umuarama. v. 18, n. 1, p. 75-85, jan./jun. 2015

DIDIER, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2017

_____, Fredie Junior. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

_____, Fredie Junior. **Novo Código de Processo Civil: anotado com dispositivos normativos e enunciados**. 4ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DONATO, Jânio Oliveira; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Preposições teóricas aos institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*- superação do processo como instrumento de jurisdição. **Revista Brasileira de direito processual- RBDpro**, Ano 15, nº 59, jul.set/2007. Belo Horizonte: Fórum

FERNANDES. Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, Mario Cesar Fellipi. **A emendatio libelli no processo penal brasileiro: uma releitura dos axiomas *iura novit curia e narra mihi facto dabo tibi jus*, à luz dos princípios constitucionais**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí. Santa Catarina, 2013.

GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 2, nº1, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

_____, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no projeto de código de processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 46, nº 183, jul./set. 2009. Brasília. 2009.

GRINOVER. Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Antônio Magalhães Filho. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Emendatio libelli* e sentido comum teórico dos juristas. **Revista Brasileira de Ciências Criminas- RBCCrim**. Ano 22. Vol. 108, mai-jun., 2014

LOPES, Aury Junior. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, Aury Junior. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, Aury Junior. **Introdução crítica do processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

_____, Aury Júnior. **Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal**. Conjur, 2014. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal#_ednref2 > Acesso em 16 out. 2019

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Douglas Roberto. **O abandono do livre convencimento motivado no processo civil e o senso comum teórico da prática jurídica: limites e possibilidades para uma virada Hermenêutica na teoria da decisão judicial**. Dissertação (Mestrado) Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2017.

MOREIRA, Romulo Andrade. *A emendatio libelli* e o contraditório- a posição do STF. **Revista Direito UNIFACS- Debate Virtual**, nº 149, Novembro de 2012, Salvador, 2012.

_____, Rômulo de Andrade. **Curso temático de direito processual penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____, Romulo de Andrade. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY, Nelson Junior. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

NUNES, Dierlei. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Podium, 2007

OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto as garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2018

SCARANCE, Antonio Fernandes. A Mudança do Fato ou da Classificação Jurídica no Novo Procedimento do Júri. **Boletim do IBCCrim**, nº 188, julho/2008.

_____, Antônio Fernandes. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Danielle Souza de Andrade. *A emendatio libelli e a mutatio libelli* na reforma do Código de Processo Penal. **Revista dos Tribunais**. Ano 98, V. 881. Março 2009.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência- aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional: pós reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016

THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 56 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989,

ZILI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZUFELATO, Camilo. **O princípio do contraditório no projeto de novo CPC**. Carta Forense, 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-contraditorio-no-projeto-de-novo-cpc/12140>>. Acesso em: 15 out. 2019.