EMENDATIO LIBELLI E O CONTRADITÓRIO

*** RENATO LOPES COSTA**

Advogado e professor de Processo Penal e Direito Penal da Fundação Presidente Antônio Carlos/ Unipac.

**** WESLEY AUGUSTO DIAS RIBEIRO**

Graduado em Economia pelo Instituto Cultural Nilton Paiva Ferreira.
Graduado em Administração Modalidade Comércio Exterior pela União de Negócios de Administração. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.
Doutorando em direito publico pela Universidad Del Musel Argentino.
Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de Ipatinga. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e Sindical, atuando principalmente nos seguintes temas: contabilidade pública, direito processual civil e direito civil.

***** BRUNO MARTINS FERREIRA**

Graduação em Direito pela Universidade FUMEC
Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho.
Advogado.
Atualmente é Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana e Adjunto da FADIPA - Faculdade de Direito de Ipatinga - ambas da FUPAC - Fundação Presidente Antônio Carlos.

****** ENIO VIEIRA DA SILVA**

Graduação em Direito Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

O presente artigo versa sobre o instituto da *emendatio libelli* prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal e o princípio do contraditório previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ou seja, a mudança da qualificação jurídica feita pelo magistrado na sentença e os eventuais prejuízos a defesa com tal procedimento. Existe uma divergência doutrinária sobre o assunto, pois uma grande parte da doutrina brasileira defende a ideia da *emendatio libelli*, acreditando não haver prejuízo algum para a defesa, uma vez que esta se defende dos fatos narrados na inicial acusatória e estes não são alterados com a *emendatio*, sendo assim, não há que se falar em surpresa, visto que não fere o contraditório. Porém outra parte da doutrina vem defendendo a incompatibilidade do artigo 383 do Código de Processo Penal - que trata do referido tema - e o Estado Democrático de Direito, acreditando haver um descompasso entre eles, pois, muitas vezes haverá sim surpresa ao réu que se defendeu de um crime, por força da interpretação dada pelo Órgão acusador, e acabou sendo condenado por outro. Neste caso poderia o juiz ao sentenciar, alertar ao réu para a possibilidade de condenação de um crime diferente daquele, podendo assim discutir o problema da caracterização do crime previsto, e quem sabe lograr êxito. A pesquisa proposta justifica-se no intuito de esclarecer a validade da *emendatio libelli*, diante do princípio do contraditório, uma garantia constitucional, tendo em vista a correlação entre acusação e sentença. O processo

penal não é uma simples defesa, mas sim uma ampla defesa, com direito ao contraditório, que está sendo subtraída pelo referido artigo do Código de Processo Penal. O estudo proposto tem por finalidade verificar a validade jurídica do instituto *emendatio libelli* sob a óptica do princípio constitucional do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, entre outros princípios no processo penal. Portanto, analisa se existe proteção as partes, em especial ao réu, frente a faculdade de se defender de uma eventual surpresa. Enfim, os argumentos a respeito da inadequação da aplicação atual do artigo 383 do Código de Processo Penal são muitos, e também variados são os exemplos de prejuízos a defesa e as propostas de solução - este estudo não visam a esgotá-los. Importa o panorama da visão doutrinária a mostrar que o debate a respeito da questão, infelizmente, não está muito próximo do fim. O estudo proposto se estrutura no método dedutivo e tem como escopo analisar a validade jurídica da *emendatio libelli* prevista no artigo mencionado.

Palavras-chave: *Emendatio Libelli*. Contraditório. Estado Democrático de Direito.

1INTRODUÇÃO

A emenda da peça inicial acusatória ditada pelo Ministério Público ou querelante, também chamada de *emendatio libelli*, prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal, confere ao magistrado a possibilidade de proferir uma sentença penal condenatória, condenando o réu ou querelado pela prática de um crime diverso daquele contido na peça inicial, podendo aplicar uma pena mais grave do que aquela prevista para o crime indicado na denúncia ou queixa. Em virtude dos brocardos "*jura novit cúria*" (o juiz conhece o direito) e "*narra mihi factum dabo tibi jus*" (narra-me o fato que te darei o direito), alguns autores brasileiros, defendem que o juiz não precisa baixar os autos, para um novo pronunciamento da defesa, visto este, conhece o direito, e o réu se defende dos fatos e não da sua qualificação jurídica. Sendo assim, não há que se falar em um julgamento *ultra* ou *extra petita*, muito menos falar em violação do princípio do contraditório ou da ampla defesa. Porém, cumpre notar que vigorando o Estado Democrático de Direito, tais afirmações batem de frente a estes, princípios constitucionais que são uma garantia para o acusado.

Estado Democrático de Direito é garantidor dos direitos fundamentais, individuais e

coletivos, nos quais se insere a garantia de se ver processado, exclusivamente pelo devido processo legal, marcado pela igualdade, ampla defesa, contraditório e entre diversos outros princípios que se entrelaçam uns nos outros.

Sendo assim, não há como negar ao acusado o direito de discutir todas as questões que forem suscitadas no processo, visando que o desrespeito a qualquer um dos princípios constitucionais advindos da Constituição Federal de 1988, poderá causar a nulidade do processo. Esse conjunto de princípios nada mais é do que a preocupação da Constituição em estabelecer um processo legal e justo para o cidadão.

Pretendemos, pois, nesta pesquisa, demonstrar a incompatibilidade da norma inserida no artigo 383, *caput* do Código de Processo Penal brasileiro, que tem sua redação redigida em 1941, com o princípio constitucional do contraditório, promulgado pela Constituição Federal de 1988.

Como será observado, há grande divergência entre os autores sobre o assunto, porque uma boa parte da doutrina afirma não haver surpresa nem prejuízo para defesa, enquanto outra a parte tem entendido que não só há um prejuízo para a defesa, mas como também está ferindo os princípios constitucionais da correlação entre acusação e sentença, do contraditório e da ampla defesa.

Porém, o objetivo desta pesquisa, realmente é trazer propostas para a reconstrução do contraditório diante da tão problemática *emendatio libelli*, numa perspectiva de adequar o atual Processo Penal ao Estado Democrático de Direito.

Não se pretende com este estudo, impedir a atuação *ex-officio* dos magistrados diante do artigo 383 do Código de Processo Penal, mas tão somente questionar a falta de observância à garantia do contraditório no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Espera-se que este estudo contribua para a elucidação do debate, tendo como premissa a busca do aperfeiçoamento e adequação do Processo Penal e os princípios constitucionais.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Faz-se imprescindível, a este estudo, uma análise sobre o Estado Democrático de Direito, para entendermos melhor os princípios constitucionais.

O Estado Democrático de Direito veio com a Constituição Federal de 1988, para tentar tornar a sociedade brasileira, o mais possível organizada, subordinando os cidadãos a esta Constituição e, fazendo desta um meio para tentar alcançar a igualdade e a organização dentro da sociedade.

O cidadão deve ser autor e destinatário ao mesmo tempo em uma jurisdição, isso é o que faz existir o Estado Democrático de Direito.

Este Estado Democrático de Direito é caracterizado pela democracia na qual o cidadão é o legítimo titular do poder, embora o exerça por representantes, é o que se pode ver a seguir nas palavras de Adilson de Oliveira Nascimento:

Aproximando-se de Foucault, considera Loewestein que a sociedade como um todo é um sistema de relações de poder cujo caráter pode ser político, social, econômico, religioso, moral ou cultural, sendo o poder uma relação sociopsicológica embasada no recíproco efeito entre os que o detém e exercem e seus destinatários (NASCIMENTO, 2008, p. 24-25).

Adilson de Oliveira Nascimento, ainda conceitua que "o Estado Constitucional moderno não deve limitar-se a ser apenas um Estado de Direito, mas Estado de Direito Democrático, compreendido como uma ordem de domínio legitimada pelo povo" (NASCIMENTO, 2008, p. 33).

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 31), a definição de um modelo de Estado Democrático de Direito deve estar conectada a dogmática do Direito Constitucional, na qual tem uma atribuição de competências públicas e privadas.

Assim confirma o autor:

A definição de um modelo de Estado Democrático de Direito depende sempre da perspectiva adotada. A ênfase pode ser dirigida tanto aos aspectos de uma definição prioritariamente ao nível de uma filosofia política, quanto, de outro lado, mais conectada à dogmática do Direito Constitucional, à configuração normativa da ordem estatal no aspecto político, social, econômico e, enfim, as atribuições de poderes e competências públicas e privadas (OLIVEIRA, 2011, p. 31).

O autor continua dizendo que a Constituição da República é o referencial adequado e necessário para o controle de validade da produção legislativa, visto que o texto constitucional traz os direitos fundamentais não só como meta das políticas sociais, mas como um critério de interpretação do Direito, em especial o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

A constituição é quem regulamenta e disciplina todo o ordenamento jurídico limitador estatal. Neste sentido, Adilson de Oliveira Nascimento citando a obra de Pereira conceitua:

A Constituição, nesse ambiente, representa, pois, o documento catalisador dos ideais e das exigências modernas no sentido de garantir a racionalização da disciplina do poder- sua desmistificação, estruturação, regulamentação e controle - e, via de consequência, a garantia do espaço de desenvolvimento do indivíduo - unidade ética por excelência- notadamente pela declaração de seus direitos fundamentais (PEREIRA *apud* NASCIMENTO, 2008, p. 33).

A constituição de 1988 estabeleceu um Estado Democrático de Direito, garantidor dos direitos fundamentais e individuais e coletivos- nos quais se insere a garantia de se ver processado, exclusivamente, pelo devido processo legal, marcado pela igualdade, ampla defesa, contraditório entre outros princípios.

Mesmo que o Código de 1941 tenha passado por algumas mudanças parciais que o modernizaram, a doutrina majoritária entende que há, ainda, longo caminho a seguir para que se cumpram apropriadamente os ditames constitucionais.

Por isso, importa lembrar o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover de que “[...] o importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras

constitucionais. É verificar a adequação das leis à regra e ao espírito da Constituição. É verificar os textos legais à luz da ordem constitucional” (GRINOVER, 1990, p. 14).

Eugênio Pacelli de Oliveira acentua que:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade de agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado (OLIVEIRA, 2011, p. 8).

A mudança foi radical, passando a exigir que o processo não fosse mais conduzido como uma simples aplicação da lei penal, mas que fosse transformado em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

O professor Eugênio Pacelli de Oliveira complementa:

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à existência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo *justo* deve tentar, sempre, para a desigualdade *material* que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio (OLIVEIRA, 2011, p. 8).

Para Flaviane de Magalhães Barros, o "processo" e a sua relação com a Constituição e com os Direitos Fundamentais é uma grande crítica. Assim explicita:

É por isso que no final a crítica se volta para a compreensão do "processo", sua relação com a Constituição e com os Direitos Fundamentais! Pois, para uma nova conformidade do processo que garanta a coparticipação das partes e uma adequada compreensão do papel do juiz, revela-se necessário rever a noção de processo que se tem no Estado Democrático de Direito, superando o ativismo próprio do paradigma do Estado Social (BARROS, 2009, p. 10).

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 35), o Direito Processual Penal brasileiro, não pode mais ser aplicado com base no atual Código de Processo Penal, pois incompatibilidade com a Constituição da República, não deixa dúvidas para isso.

Para Flaviane de Magalhães Barros (2009, p. 14) e também outros autores, como Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 33), a noção de processo como garantia tem sua base na Constituição, sendo co-dependente dos direitos fundamentais. Sendo assim os princípios constitucionais do processo, contidos no texto constitucional, mais especificamente em seu artigo 5º e incisos subsequentes, o que sustenta o processo como garantia.

Assim continua Flaviane de Magalhães Barros, citando suas obras anteriores de 2006, 2007 e 2008:

[...] o modelo constitucional de processo que se funda em um esquema geral ou em uma base principiológica uníssona, abarca-se como pontos iniciais de referência para compreensão das garantias do processo o princípio do contraditório, o da ampla argumentação, o da fundamentação das decisões e o da participação de um terceiro imparcial (BARROS, 2009, p. 15).

Segundo autora acima citada, como estes princípios são co-dependentes dos direitos fundamentais, ao desrespeitar um deles, afetará também de uma forma reflexa os outros princípios descritos da Constituição Federal. Apesar de cada princípio ter suas atuações de formas distintas, formam uma base uníssona e a observância de um princípio exige o respeito aos demais.

Diante de todo o exposto, pode-se aduzir que a rede de relações de poder que permeia o Estado e o Direito, levou a construção do modelo estatal social, que não tem uma perspectiva de restabelecimento.

Adilson de Oliveira Nascimento, fala que somente um novo paradigma seria possível a organização estatal e jurídica para superar a crise de degenerescência instaurada, tendo como base o conceito de democracia.

Somente a adoção de um novo paradigma para a organização estatal e jurídica poderá superar a crise de degenerescência instaurada, baseando-se em um conceito de democracia em que o cidadão se veja, ao mesmo tempo, como autor e destinatário da norma jurídica, com aumento dos métodos de participação discursiva (NASCIMENTO, 2008, p. 67).

Para o autor o devido processo legal constitucional pode se apresentar com meio de efetivação dos direitos fundamentais quando vinculado a um ideário participativo.

[...] processo Penal pode ser adimplido com a concepção neo-institucionalista, em que o devido processo legal constitucional se apresenta como meio de efetivação dos direitos fundamentais, vinculando a jurisdição a um ideário participativo, em que as funções podem ser mais bem divididas com os interessados no provimento final (NASCIMENTO, 2008, p. 68).

Adilson de Oliveira Nascimento conclui que deve ser criado um Processo Penal que tenha como escopo a obediência integral do devido processo legal, e que tenha uma base na visão democrática.

[...] deve-se criar um processo penal que tenha como escopo a obediência integral ao devido processo legal, reinterpretando-se o ordenamento existente com base em uma visão democrático-discursiva e estabelecendo-se novas técnicas, em que a dialeticidade seja preponderante na esfera procedimental, com direito ao contraditório e à ampla defesa (NASCIMENTO, 2008, p. 68).

Diante de todo este contexto, fica claro que o Estado Democrático de Direito tem o grande suporte da Constituição Federal da República, dando ao cidadão o direito de participar das decisões que envolvem a sociedade de uma forma democrática, além do mais, é amparado pelos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, entre vários outros princípios descritos na Constituição Federal de 1988.

3 PRINCÍPIOS NO PROCESSO PENAL

Este é um tema da mais alta relevância dentro do Direito Processual Penal, sem o qual o processo não terá em seu ordenamento um espírito jurídico do Estado Democrático de Direito. Somente com a obediência a todos os princípios contidos na Constituição Federal, conforme a norma do seu artigo 5º, é que se poderá falar em um "devido processo legal", cujo desrespeito a qualquer um deles, poderá prejudicar a liberdade do cidadão ou a nulidade de certos atos.

Princípios é uma palavra que tem o significado de primeiro lugar, início de qualquer coisa, são as ideias fundamentais que compõem o arcabouço jurídico, mas que no início não eram positivados, pois vinham do Direito Natural, ou como um Direito Divino, como entendia São Tomás de Aquino, e Groccio diz que adviria da razão (CARVALHO, 1998, p. 5).

Segundo o autor Luiz Gustavo Carvalho (1998, p.5-7), os princípios começaram a ser positivados inicialmente através dos códigos e logo depois passaram a ocupar as constituições, sendo que estes princípios ganharam destaque no Processo Penal através da Constituição de 1988, e hoje informam todo o Processo Penal vigente.

O direito processual penal é inspirado por uma série de princípios que representam os postulados fundamentais da política processual criminal do Estado, como diz Nestor Távora, "deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional" (TÁVORA, 2011, p. 54).

Existem alguns princípios que encontram respaldos expressos na Constituição da República e outros estão de forma implícita, embora todos eles tenham total relevância para o processo penal e mereçam grandes destaques.

A Constituição brasileira elencou entre os princípios fundamentais da República o respeito à dignidade humana, e como aduz o autor Carvalho, esse é um princípio que "serviu de suporte doutrinário para a construção de outros princípios fundamentais, como o da culpabilidade e da legalidade, princípios inteiramente dominantes no Direito Penal contemporâneo" (CARVALHO, 1998, p. 9).

Para o autor estão consagradas dentro deste mesmo princípio todas as garantias constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa, tendo o acusado o direito de se ver processado de forma legal. Nas palavras do autor verificamos:

Em síntese, está assegurado constitucionalmente, pelo princípio da dignidade, um Direito Processual que confira ao acusado o direito a ser julgado de forma legal e justa, um direito a provar, contra provar, alegar e defender-se de forma ampla, em processo público, com igualdade de

tratamento em relação à outra parte da relação processual (CARVALHO, 1998, p. 12).

A constituição se preocupou profundamente com o direito de defesa do acusado, fazendo com que entre a contradição e a acusação pudesse surgir à verdadeira justiça (CARVALHO, 1998, p.96). Desse modo tem-se o Princípio da Presunção de Inocência, previsto no artigo 5^o, inciso LVII da Constituição Federal, prevê que o acusado não poderá ser reconhecido como condenado até o trânsito em julgado da sentença. Antes do trânsito em julgado da sentença, a constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado, não podendo sofrer nenhum tipo de restrição pessoal e o ônus relativo à sua autoria recai exclusivamente a acusação. Nestor Távora relata o seguinte: “Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade” (TÁVORA, 2011, p. 55).

A Constituição proibiu que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado, e o encarceramento cautelar da liberdade só poderá ocorrer em casos de extrema necessidade, ou seja, a regra é a liberdade, porém o encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença condenatória deverá ser de estrita exceção (TÁVORA, 2011, p. 55).

O juiz tem um papel fundamental durante todo o processo, devendo agir com muita cautela e profissionalismo, e para ser um julgador conforme a lei, deverá se basear no Princípio da Imparcialidade do Juiz, que é entendido como uma característica fundamental no papel do magistrado visando que o mesmo possa julgar sem nenhum vínculo com as partes, indicando a sua honestidade e os valores da sua formação. Assim estará cumprindo uma postura conforme presa a Constituição. Nestor Távora confirma o dito acima:

Deveras, o ideal do juiz imparcial é de ser concebido aproximadamente. Vale dizer, a isenção preconizada pelo ordenamento jurídico implica na postura de um magistrado que cumpra a Constituição, de maneira honesta, prolatando decisões suficientemente motivadas. Isso não induz que o juiz se abstraia de seus valores para que exerça seu mister (TÁVORA, 2011, p. 57).

Não nos deixa dúvida que a imparcialidade é entendida como característica essencial do perfil do juiz e deve ser indicativa de honestidade.

Em relação ao Princípio da Igualdade Processual, decorrente do artigo 5º *caput* da Constituição Federal, é também conhecido como a paridade de armas. Neste princípio é garantida ao acusado uma igualdade técnica dentro do processo.

Ainda usando a obra de Nestor Távora:

O que deve prevalecer é a chamada igualdade material, leia-se, os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades. O referido princípio ganha força com as alterações introduzidas no art. 134 da Constituição Federal assegurando a autonomia da defensoria Pública (TÁVORA, 2011, p. 57).

Na verdade real, também um princípio bastante relevante para o Processo Penal, o magistrado deverá pautar o seu trabalho, o seu convencimento na reconstrução da verdade dos fatos. Não podendo se deixar levar por fatos fictícios ou afastados da realidade. Como a verdade real muitas vezes fica impossível de ser formulada deve ser buscada a verdade processual que se identifica com uma verossimilhança (verdade aproximada), que deverá respeitar o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e a imparcialidade do magistrado (TÁVORA, 2011, p. 60).

Segundo a obra de Nestor Távora (2011, p. 66), os princípios constitucionais apresentam forte elo que une um ao outro, e o devido processo legal, é explicitado no artigo 5º inciso LIV da Constituição Federal, que também engloba vários outros princípios. Este princípio assegura que "ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", isso quer dizer que é uma garantia do acusado ter os ditames constitucionais assegurados, ou seja, a pretensão punitiva deve estar dentro de um procedimento regular, como diz Távora, "deve existir uma autoridade competente, provas validamente acolhidas, respeitando-se sempre o contraditório e a ampla defesa" (TÁVORA, 2011, p. 67).

Em relação ao Princípio da Ampla Defesa o acusado poderá ter a defesa técnica, que é a defesa feita por um profissional habilitado, ou poderá exercer a autodefesa,

que é feita pelo próprio imputado, sendo a defesa técnica sempre obrigatória e a autodefesa a critério do acusado.

Assim diz Eugênio Pacelli “[...] pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado” (OLIVEIRA, 2011, p. 45).

Segundo o autor Carvalho, o réu tem o direito de exercer a defesa em um processo criminal, podendo ser feito por um profissional habilitado, mesmo contra a sua vontade quando presente, e na sua ausência, sendo revel. Assim diz o autor:

Entende-se, ainda, que a defesa consiste na possibilidade de contraditar as provas produzidas, contra provar, tomar conhecimento das alegações da parte contrária, contra-alegar, e, finalmente, tomar ciência dos atos e decisões judiciais para poder impugná-los. Esta noção do direito de defesa é extraída da própria noção do contraditório, que, comporta as noções de alegação e demonstração, inseparavelmente (CARVALHO, 1998, p. 80).

O Contraditório, dentre os mais relevantes princípios, está descrito no artigo 5º a Constituição Federal em seu inciso LV, tem um principal relevo por abranger os outros princípios já mencionados. Este é o princípio mais importante do processo acusatório, o que sustentará o devido trabalho.

Júlio Fabbrine Mirabete assim afirma:

Dos mais importantes no processo penal acusatório é o princípio do contraditório (ou da bilateralidade da audiência), garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5º, LV). Segundo ele, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes (MIRABETE, 2000, p. 43).

Vale lembrar que o princípio do contraditório não se confunde com o da ampla defesa, embora possuam íntima relação, o que é explicado por Eugênio Pacelli de Oliveira, "enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade e se quando prejudicial ao acusado" (OLIVEIRA, 2011, p. 45).

Assim também fala Aury Lopes Junior:

O direito de defesa, ainda que distinto do contraditório esteja a ele umbilicalmente ligado, pois o contraditório cria condições de possibilidade para a defesa se efetivar. E ambos dependem da eficácia da comunicação dos atos processuais. Eis a íntima relação entre eles (LOPES JUNIOR, 2011, p. 9).

Os elementos essenciais do contraditório são a necessidade de informação e a possibilidade de reação. Assim o mesmo autor citado acima esclarece:

Trata-se de comunicação ao réu da existência de uma acusação, dando-lhe assim "informação" que caracteriza o primeiro momento do contraditório. A partir dessa informação, cria-se a necessária condição de possibilidade para eficácia do direito de defesa pessoal e técnica (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 9).

No Processo Penal o contraditório se traduz na ciência dos atos de uma parte pela parte contrária com a oportunidade de contraditório, portanto a garantia do contraditório não é prerrogativa exclusiva da defesa, mas também da acusação.

A partir do momento em que o autor tem o direito de ação, o réu também tem o direito à defesa garantida constitucionalmente para que o processo tenha celeridade e ande conforme os preceitos constitucionais. Neste sentido Carvalho explicita:

Toma-se claro, pelo princípio do contraditório, que, se há direito à ação, para o autor, há também direito à defesa para o réu. Considerando que o processo é hoje entendido como instrumento de garantia constitucional, é evidente que a garantia de defesa importa em garantia ao processo, ou seja, garantia de regularidade do processo, de seus atos e de seus prazos processuais. Se para o autor da ação penal existe a garantia do direito de ação, para o réu há a garantia de desembaraçar-se desta, dentro dos prazos legais (CARVALHO, 1998, p. 83).

Por ser um direito aplicado às partes, é perfeitamente passível violá-lo e restar intacto o direito à defesa. Basta, para tanto, que não se permita a reação da acusação à determinada prova trazida pelo acusado, por exemplo.

E neste sentido conceitua Eugênio Pacelli:

[...] o contraditório é um dos princípios mais caros do processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado. [...] quando se tratar de violação ao contraditório em

relação à acusação será necessário a arguição expressa da irregularidade no curso, sob pena de preclusão, ainda que se cuide de nulidade absoluta. (OLIVEIRA, 2011, p. 43).

Ainda continuou o autor citado, que o Ministério Público deve zelar pela regularidade do processo em todas as fases, inclusive a não surpresa, até mesmo pelo próprio contraditório para a defesa, pois na ausência de impugnação da irregularidade no recurso da acusação, não teria como se manifestar sobre a mesma (OLIVEIRA, 2011, p. 43).

Por isso Eugênio Pacelli (2011, p. 43), diz que o princípio do contraditório – que também é visto como uma garantia - pode ser entendido como uma organização dialética do processo, através da tese e antítese legitimadoras das sínteses, é a afirmação e negação, ou seja, os atos processuais se desenvolvem de forma bilateral (bilateralidade dos atos processuais) na medida em que as partes poderão manifestar-se sobre cada ato do processo. O processo é, em essência, um método de busca da verdade por meio da contraposição dialética.

O juiz tem a função de assegurar o contraditório adotando uma postura ativa e sem colocar-se como contraditor. Aury Lopes diz que "não existe contraditório com o juiz, senão contraditório assegurado pelo juiz" (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 8).

Para o autor citado as partes têm o direito de ver seus argumentos considerados, que traz como consequência o dever do juiz de tomar conhecimento e de considerar as argumentações das partes e esse ato diz respeito ao princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

A partir da doutrina de Fazzalari, o autor Aury Lopes acentua que:

O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, pra fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo (FAZZALARI *apud* LOPES JÚNIOR, 2011, p. 8).

Diante de todo o exposto, podemos ver que o Processo Penal é essencialmente de fundo constitucional, podendo nele analisar e visualizar claramente os princípios

constitucionais como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos.

Esse conjunto de princípios nada mais é do que a preocupação da Constituição em esclarecer um processo legal e justo, visando que o desrespeito a qualquer um deles, poderá causar a nulidade do processo.

4 SENTENÇA NO PROCESSO PENAL

A doutrina conceitua a sentença como aquele ato jurisdicional por meio do qual se resolve a lide, sendo uma manifestação intelectual emitida pelo Estado, através de seus órgãos judiciais, como dispõe Capez, "na sentença consuma-se a função jurisdicional, aplicando-se a lei ao caso concreto controvertido, com a finalidade de extinguir juridicamente a controvérsia" (CAPEZ, 2011, p.511).

Código de Processo Penal não é sistemático quando se refere à sentença, não tem um padrão rígido de conceituação. Como diz Távora, "sem embargos, um critério exato do que seja sentença, isto é, um conceito abrangente de todas as suas possibilidades é um ideal distante. O que é viável é uma noção, um indicativo do que se poderia entender por sentença" (TÁVORA, 2011, p. 689).

O autor formula o pedido e o juiz deverá resolver a questão através da prestação jurisdicional, resolvendo o conflito existente. A denúncia ou queixa realizada pelo autor deverá conter alguns requisitos existentes no artigo 41 do Código de Processo Penal, ao quais são:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas (BRASIL, 2012, p. 558).

Como uma estrutura lógica da sentença, Tourinho Filho (2011, p. 238-239) diz que na ação entraram três ideias fundamentais que seriam: o fato litigioso, o direito aplicável e o do autor. Sendo assim, o autor leva ao conhecimento do juiz a notícia de algum acontecimento que deverá ser resolvido, e é através dessa ação que o juiz

terá conhecimento da lide.

A partir dessa informação, o juiz chamará o réu a defender-se, podendo contestar a pretensão deduzida pelo autor em juízo e ainda demonstrar a sua tese. É aí que começa uma relação processual que vai tomando uma proporção na medida em que cada parte vai produzindo os seus meios de acusação e defesa.

À medida que forem produzindo os meios de provas, o juiz vai tomando conhecimento e se inteirando cada vez mais dos fatos narrados, e assim fica inteirado da matéria sobre a qual irá incidir o julgamento.

Tourinho Filho então conceitua o seguinte:

Concluída a instrução, cuja finalidade, como o nome está a sugerir, é instruir o juiz para que ele possa decidir, vêm às alegações das partes, pelas quais se fazem exames críticos do acervo probatório. O autor procura demonstrar, ante as provas produzidas, a procedência de seu pedido. Fala, por último, o réu, contrariando a pretensão deduzida. É a réplica final. O processo chegou a seu termo. Resta, agora, a decisão sobre a causa. O juiz, com os olhos voltados para o direito aplicável, procede a uma reconstrução dos fatos de acordo com o material de que dispõe que são as provas produzidas, e, num trabalho mental, de lógica, conclui condenando ou absolvendo, julgando improcedente ou procedente a pretensão deduzida (TOURINHO FILHO, 2002, p.239-240)

É com base nos dizeres de Tourinho Filho que verificamos que a sentença encerra um silogismo. Que é um raciocínio formado por três proposições: a premissa maior que seria o texto legal, a premissa menor que é o fato e a conclusão que é a subsunção do fato examinado à lei, o que chamamos de sentença.

Analisando todos os fatos e provas apresentadas, o juiz realizará mais que um trabalho mental e intelectual, procurando a verdade real. E concluindo os seus conhecimentos, chegará a uma decisão a qual irá colocar fim à lide, declarando a sentença.

Como diz Tourinho Filho (2011, p. 241) essa sentença tem uma "subsunção do fato à norma, e o magistrado, na sua parte conclusiva, como órgão do Estado, emite a vontade da lei", ou seja, o juiz como órgão do Estado emite sua vontade ao apreciar um caso concreto.

4.1 Atos do Juiz

No processo penal intervêm três sujeitos: juiz, acusador e réu, digam-se sujeitos as pessoas entre as quais se constitui a relação processual.

Segundo Lopes Junior (2011, p. 1), é sujeito o Ministério Público, o acusado e o juiz, sendo este o que se destaca entre os demais por estar em um plano superior enquanto os outros sujeitos solicitam uma atuação da lei, o juiz está chamado a decidir tais postulações, decidindo a pretensão formulada pelos demais.

Sem algum desses três sujeitos não há de se falar em processo, porém é feita essa distinção, no qual se coloca o magistrado em uma posição superior, justamente para garantir a sua imparcialidade e também consagrar o sistema acusatório.

No Estado Democrático de Direito, o juiz assume uma nova posição e a legitimidade de sua atuação não é política, mas sim constitucional, e o seu dever é proteger os direitos fundamentais dos indivíduos mesmo que isso tenha que ir contra a opinião de muitos.

Nas palavras do autor Lopes Junior:

Não há mais espaço para o juiz exegeta, paleopositivista e burocrata, fiel seguidor do senso comum teórico dos juristas. E, acima de tudo, está superada a mera subsunção à lei penal ou processual penal: deve o juiz operar sobre a principiologia constitucional.

Dessarte impõe-se uma postura mais corajosa por parte dos juízes e tribunais em matéria penal. Julgadores conscientes de que seu poder só está legitimado enquanto guardiões da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição (LOPES JUNIOR, 2011, p. 362).

Para que o juiz possa exercer sua função solucionando a lide, deverá praticar certos atos que são chamados atos judiciais. De acordo com Tourinho Filho a denominação que se dá aos atos jurisdicionais pode variar quando se considera qual órgão os praticou.

Assim explica o autor:

Quando o ato provier de juiz monocrático, fala-se em despacho, decisão ou sentença, sendo que o ato por meio do qual é julgado o *meritum causae* é denominado sentença. O julgamento proferido pelos tribunais recebe a denominação de acórdãos, Se este não mais comportar impugnação, fala-se em aresto. As respostas que os jurados dão às questões formuladas pelo juiz Presidente do Tribunal do Júri são denominadas veredictos. Os atos praticados pelos Relatores denominam-se despachos. Se o ato provier do Presidente do Tribunal, ora se usa o termo despachos, ora decisão (TOURINHO FILHO, 2002, p. 236-237).

Estes atos judiciais referentes ao juiz monocrático se classificam em: decisões despachos e sentenças.

Assim diz Eugênio Pacelli:

[...] há atos em que o juiz simplesmente determina o seguimento do feito, dando cumprimento ao curso das fases procedimentais, sem a deter no exame de qualquer questão controvertida. São os chamados atos de impulso processual, notoriamente designados por despachos. E há atos em que o juiz é chamado a resolver ponto ou questão sob os quais paire controvérsia relevante, seja sobre a própria pretensão de direito material (punitiva), seja sobre matéria exclusivamente processual, relativa tanto aos pressupostos processuais quanto às condições da ação, entre as quais se inclui a justa causa. Temos aqui as decisões judiciais (OLMEIRA, 2011, p. 620).

A decisão interlocutória se divide em simples e mistas. Simples, tem um pouco mais de relevância do que o despacho de mero expediente, como diz Tourinho Filho, "é que às vezes, o pronunciamento do juiz não apresenta a simplicidade de um despacho de mera movimentação do processo" (TOURINHO FILHO, 2002, p. 233). Também possui um caráter decisório e trás consequências para uma das partes, e em regra não cabe recurso dessa decisão, salvo quando houver disposição legal em contrário.

Tourinho Filho explica:

Há algumas questões emergentes relativas à sua regularidade ou marcha que exigem maior exame, e as decisões pertinentes a tais questões são denominadas decisões interlocutórias simples. Assim, quando o juiz recebe a denuncia ou queixa, quando decreta a prisão preventiva ou indefere pedido formulado com tal objetivo, quando desacolhe a alegação de ilegalidade de partes etc., está o magistrado a proferir decisões interlocutórias simples.

[...] em regra não comportam recursos, normalmente são irrecorríveis, salvo quando haja expressado disposição legal, tal como acontece com a decisão que arbitra a fiança e cujo recurso vem previsto expressamente no inc. V do art. 581 (TOURINHO FILHO, 2002, p. 233-234).

Interlocutória mista são aquelas consideradas com força de definitivas, tem caráter decisório e pode trazer prejuízos às partes atingidas. Pode ser terminativa quando encerra o processo sem julgamento do mérito ou põe fim apenas em uma etapa do processo. Em regra não há coisa julgada e podem ser atacadas pela via de recurso em sentido estrito, mas também poderá prevê apelação (LOPES JUNIOR, 2011, p. 372).

Enquanto as decisões interlocutórias simples servem para solucionar questões controvertidas e que digam respeito ao *modus procedendi*, sem, contudo trancar a relação processual, as mistas apresentam um *plus* em relação àquelas e trancam a relação processual sem julgar o *meritum causae* (TOURINHO FILHO, 2002, p. 234).

Os despachos de mero expedientes são os atos meramente ordenatórios não tem força de decisão e nem trás consequências para as partes, porém são irrecorríveis. Trata-se de "junte-se", "intime-se", "dê-se vista" etc.

Sentença tem pleno cunho decisório e que geram prejuízos às partes atingidas. Podem ser de caráter condenatório ou absolutório. Em regra caberá o recurso de apelação (LOPES JUNIOR, 2011, p. 372).

Dizem-se condenatórias as sentenças quando julgam, no todo ou em parte, a pretensão punitiva deduzida, infligindo ao responsável uma pena, já as absolutórias são aquelas que julgam improcedente a pretensão punitiva.

Entre esses atos judiciais, a sentença é o ato mais importante no processo, e em se tratando de processo penal, o juiz criminal julga definitivamente o mérito da pretensão penal, como diz Eugênio Pacelli "resolvendo-o em todas as suas etapas possíveis, a saber: a da imputação da existência de um fato (materialidade), a imputação da autoria desse fato, e por fim, o juízo de adequação jurídico penal da

conduta" (OLIVEIRA, 2011, p. 626).

Segundo Tourinho Filho (2011, p. 539) sentença é um ato "*piú eminente*" da relação processual. Explica o autor que a palavra vem do latim *sententia*, derivada de *sentiendo*, que provém do verbo *sentire*. Essa distinção dá a ideia de que o juiz declara o que sente (*quo iudex per eam quid sentiat declaret*).

Para Aury Lopes "o juiz atua como o interprete da regra legal que sempre necessita de uma atribuição de sentido. A lei diz o que o interprete diz que a lei diz" (LOPES JUNIOR, 2011, p. 634).

Eugênio Pacelli ainda fala que o mais importante nesta fase da sentença é saber distinguir o conteúdo da decisão, em toda a sua extensão e profundidade a matéria relativa ao caso levado a juízo, com o objetivo de absolver ou condenar o acusado, sendo por este motivo que se fala em decisão definitiva.

A sentença definitiva ou sentença em sentido estrito é aquela que define o juízo, concluindo-o e exaurindo-o ao menos na instância em que foi proferida, por tanto é a sentença final do procedimento de primeiro grau podendo ser condenatória ou absolutória, é o que se refere os artigos 386 e 387 do Código de Processo Penal.

Para o juiz tomar essa decisão deverá dar uma interpretação constitucional à norma, essa pode apresentar vários significados principalmente por causa dos princípios gerais do Direito que são cruciais no sistema penal (LOPES JUNIOR, 2011, p.367-368).

A sentença deve conter os requisitos expostos no artigo 381 e incisos do Código de Processo Penal:

Art. 381. A sentença conterá:

- I- os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II- a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III- a indicação dos motivos do fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV- a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V- o dispositivo;

VI- a data e a assinatura do juiz (BRASIL, 2013, p. 40).

A falta de algum desses requisitos poderá a sentença ser passível de nulidade, salvo pequenas omissões, que não causem dúvidas sobre pontos relevantes.

Assim fala Grinover e outros:

São atos processuais inexistentes aqueles aos quais falta, de forma absoluta, algum dos elementos exigidos pela lei; neles, o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-los como atos processuais; são, na verdade, não-atos, em relação aos quais não se cogitam de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre validade. [...] como exemplo extremo de inexistência de atos processuais, poderíamos lembrar a sentença proferida por quem não é juiz ou a sentença a que falte a parte dispositiva [...] (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 20).

Grinover (2001, p. 208-209) fala que se houver inexistência da sentença, não ocorrerá à formação da coisa julgada e existindo a nulidade, após esgotamento dos recursos ou tiver decorrido o prazo para recorrer, só poderá impugnar mediante *habeas corpus* ou revisão criminal. E quando houver vício na sentença poderá o Tribunal optar por proferir um julgamento absolutório do que declarar a nulidade da sentença.

Tanto na esfera penal como na civil, a sentença deverá ser clara e precisa, indicando a qualidade e quantidade das penas e conter-se nos limites do pedido. Diferente do civil, o pedido na esfera penal, não poderá ser genérico, deverá à inicial caracterizar perfeitamente o fato delituoso, tendo um pedido certo, ou seja, a inicial deverá descrever perfeitamente a espécie delituosa que constitui causa *petendi*, o que originou o pedido, a causa do pedido TOURINHO FILHO, 2002, p. 249).

4.2 Do princípio da correlação

Toda sentença proferida pelo juiz deverá ter uma correlação com o pedido, o que indica que o juiz não pode julgar aquém do pedido e nem além do que foi pedido, e muito menos em sentido diverso do pedido, ou seja, o juiz não pode proferir uma sentença *citra petita*, *ultra petita* ou *extra petita*.

Pelo fato do juiz não poder julgar fora do pedido é que a sentença deverá ter uma correlação com a acusação pelo princípio da correlação entre acusação e sentença. Aury Lopes diz que "o juiz não pode prover sem que haja um pedido e, como consequência, daí outro princípio: o juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido" (LOPES JUNIOR, 2011, p. 382).

Guilherme de Souza Nucci expõe o seguinte:

A correlação entre acusação e sentença: é a regra segundo a qual o fato imputado ao réu, na peça inicial acusatória, deve guardar perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo juiz, na sentença, sob pena de grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, conseqüentemente, ao devido processo legal (NUCCI, 2009, p. 687).

A vinculação do magistrado na sentença final ao pedido exposto na exordial pela parte acusadora é decorrência clara do princípio do contraditório, haja vista se tratar de garantia dada às partes, principalmente ao acusado, de que o juiz não pode julgá-lo por fato diverso daquele inicialmente imputado. Igualmente deve ser oportunizada ao réu a possibilidade de se defender de forma ampla daquilo que lhe foi imputado, uma vez que a defesa no processo penal não pode ser simples defesa, mas ampla defesa.

Aury Lopes conceitua:

A regra da correlação ou congruência, somente tem razão de ser em um sistema acusatório, pois é um mecanismo que concretiza, na dinâmica do processo penal, os princípios constitucionais citados, especialmente do contraditório que somente encontra condições de existência no sistema acusatório. [...] do contraditório, nascem às condições de possibilidade do exercício do direito de defesa. Assim, quando falamos em "defesa", neste momento, não o fazemos no sentido estrito, de direito de defesa, distinto do contraditório, por suposto; mas sim amplo, do todo, integrando o contraditório e o direito de defesa (LOPES JUNIOR, 2011, p. 382).

Eugênio Pacelli (2011, p. 629), fala que no processo penal o autor delimita somente a *causa petendi*, ou melhor, dizendo, o fato que merece a reprimenda penal, pois em um processo penal, o que se espera é unicamente a absolvição ou condenação do

réu.

No entanto, da mesma forma que acontece no processo civil, o processo penal não deve deixar dúvidas quanto ao pedido pretendido, pois a correlação é uma garantia do indivíduo ao devido processo legal. Quando não existirem dúvidas na petição inicial o réu não poderá ser condenado por um fato delituoso no qual não consta na denúncia.

Nestor Távora (2011, p. 695) fala sobre o momento em que o juiz sentenciar, poderá se deparar com situações nas quais poderá dar uma nova definição aos fatos é o caso da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*.

Neste sentido vale lembrar-se do princípio do *jura novit cúria*, que significa dizer- o juiz conhece o direito, e em outras palavras, *narra mihi factum dabo tibi ius*, ou seja, narra-me o fato que te darei o direito. O juiz se valendo desses princípios dará a sentença com uma definição diversa do que foi pedido.

Assim Aury Lopes diz:

Quanto ao contraditório, igualmente relacionado com o princípio da correlação, pois o binômio informação-reação deve pautar o campo decisório, não podendo o juiz decidir sobre questões que não foram debatidas pelas partes no processo. Crucial nesta questão é compreender que o contraditório deve incidir sobre as questões de fato e de direito, não havendo mais espaço constitucional para continuarmos mutilando o contraditório em nome de uma equivocada leitura do adágio *narra mihi factum, dabo tibi ius* (LOPES RJNIOR, 2011, p. 382).

Ada Pellegrini complementa:

O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamada de congruência da condenação com a imputação, ou, ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação. (GRINOVER; FERNANDES, GOMES FILHO, 2001, p. 222).

Considerando o que foi exposto sobre os atos do juiz, verificamos que se classificam como decisões, despachos ou sentenças, sendo o ato mais importante do processo

criminal a sentença, e essa vêm a designar a decisão definitiva de primeiro grau, julgando procedente ou improcedente o mérito da causa.

Os atos decisórios poderão ser de caráter absolutório ou condenatório, e o juiz ao proferi-los deverá respeitar o artigo 381 do Código de Processo Penal como também alguns princípios constitucionais aos quais regem o processo criminal, sob pena de nulidade de seus atos.

5 EMENDATIO LIBELLI

Ao proferir a sentença final condenatória, deverá o magistrado fazer uma correlação entre a sentença proferida e a acusação feita pelo Ministério Público ou querelante. Esta correlação é uma norma que irá obrigar o julgador a respeitar o fato descrito na denúncia ou queixa, e em se tratando de uma condenação, não poderá se afastar dos fatos narrados, pois estes fatos se tomam uma garantia do acusado. Com efeito, Bonfim dispõe o que se segue:

No que se diz respeito à causa de pedir, o princípio da correlação constitui garantia do réu. É que os fatos narrados pelo acusador constituirão, ao longo do processo, os únicos fatos dos quais o acusado poderá e deverá defender-se. É contra aqueles fatos que se deve dirigir a prova da defesa (BONFIM, 2010, p. 658).

Desta mesma forma se posiciona Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho, dizendo que o princípio da correlação entre acusação e sentença, conhecido também como congruência da correlação com a imputação, está devidamente ligado com o princípio da inércia da jurisdição, "e em se tratando do processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação" (GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 222).

A correlação entre a sentença e acusação, deverá ser bem observada para que não haja nulidade da sentença, porque a inobservância deste princípio trará grande prejuízo ao acusado ferindo-lhe o direito ao contraditório e a ampla defesa (BONFIM, 2010, p. 658).

O autor supra, relata que a sentença que conceder mais do que foi pedido na acusação, será denominada *extra petita*, da mesma forma àquela que deixar de apreciar algum dos pedidos será classificada como *cifra petita*, e ainda há a sentença *ultra petita*, é aquela que é decidida além do pedido. Em todos estes casos, haverá o desrespeito à correlação e corresponderá a uma nulidade.

Cumprido observar, todavia, que no Processo Penal vigora dois princípios, os quais são: *jura novit cúria*, ou seja, "o juiz conhece o direito", e *narra mihi factum dabo tibi jus*, que significa, "narra-me o fato que te darei o direito". Essas duas máximas indicam a autonomia do juiz para decidir, sempre fundamentando suas decisões sobre a ordem jurídica vigente.

Se embasando nestes princípios, duas situações podem ser verificadas: a *Emendatio Libelli* e *Mutatio Libelli*, embora esta última não se confunda com tema do devido estudo, será explicada de uma forma rápida, para melhor entendimento.

A *mutatio libelli* está discriminada no artigo 384 do Código de Processo Penal, quer dizer uma mudança (*mutatio*) na acusação (*libelli*). Como diz Fernando Capez "e uma modificação da descrição fática constante da inaugural" (2011, p. 518). Neste caso, não há uma correção da acusação, acontece uma verdadeira mudança nos fatos descritos, feito pelo Ministério Público, o que implica a produção de novas provas, levando a uma readequação da denúncia.

Em outro sentido está a *emendatio libelli*, prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal, como segue adiante:

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

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

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos (BRASIL, 2012, p. 582).

Em decorrência da autonomia decisória dada ao juiz, poderá este, dar ao fato uma

definição jurídica diversa da existente na peça acusatória, mesmo que tenha que aplicar uma pena mais grave ao acusado. Essa é a figura da *emendatio libelli*, onde sua função primordial é a correção da inicial para adequar o fato narrado e efetivamente provado ao tipo penal previsto em lei (OLIVEIRA, 2011, p. 631).

Bem colocado às palavras do autor Bonfim:

Pela *emendatio libelli*, mantêm-se os fatos narrados, mas se conclui que esses fatos - que constituem a causa *petendi* da demanda — correspondem a um tipo penal diverso daquele atribuído pela acusação na peça inicial, e não oferecendo uma nova, temos a figura aqui estudada (BONFIM, 2010, p. 659).

Assim, a *emendatio libelli* não tem outro significado a não ser a correção da inicial (libelo), adequando o fato narrado, sem modificá-los, ao tipo penal previsto em lei, observando a exigência do artigo 41 do Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 41- A denuncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-los, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas (BRASIL, 2012, p. 558).

Aplicando o juiz a *emendatio libelli*, não estará fazendo uma alteração do libelo, ou seja, da peça acusatória, e sim uma corrigenda da mesma, e neste caso, Tourinho Filho (2002, p.250) aduz que três hipóteses poderão ocorrer as quais são elas: a pena não se altera; modifica-se para melhor; modifica-se para pior.

O autor continua o raciocínio dizendo que em qualquer dos casos acima, "não haverá, surpresa para a defesa, visto que os fatos do qual o réu vai defender-se está perfeitamente descrito na peça acusatória" (TOURINHO FILHO, 2002, p. 251).

Em consequência da nova qualificação jurídica dada aos fatos, poderá também o réu receber benefícios que não foram concedidos anteriormente. É o que nos traz o parágrafo primeiro do artigo referente à *emendatio libelli*, devendo o juiz, caso verifique a possibilidade da suspensão condicional do processo aonde a pena venha a ser inferior a um ano, abrir vista ao Ministério Público para que possa avaliar e oferecer a proposta (NUCCI, 2009, p. 691-692).

Se em razão da nova classificação jurídica verificar-se que a competência é de outro juízo, os autos deverão ser remetidos para este. Bonfim acredita que no caso de remessa dos autos ao juízo competente "deva ser aberta oportunidade de manifestação às partes, facultando-se a estas, inclusive, o requerimento de produção de provas, antes da prolação da sentença. Respeita-se assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa" (BONFIM, 2010, p. 660).

Essa regra do artigo 383 do Código de Processo Penal pode ser aplicada tanto em primeira instância quanto na segunda instância, pois não trará nenhuma surpresa para as partes, Fernando Capez diz o que se segue:

Não existe qualquer limitação para a aplicação dessa regra em segunda instância, pois não há que se falar em surpresa para as partes; entretanto, se a *emendatio libelli* importar em aplicação de pena mais grave, o tribunal não poderá dar à nova definição jurídica que implique prejuízo do réu, no caso de recurso exclusivo da defesa, sob pena de afrontar ao princípio que veda a *reformatio in pejus* (CAPEZ, 2011, p. 517).

Quando se tratar de *emendatio libelli* em segunda instância, não poderá ser aplicada uma pena mais grave ao réu, quando somente a defesa tiver interposto o recurso, respeitando assim à chamada *reformatio in pejus*, e o que prevê o artigo 617 do Código de processo Penal: "O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos artigos 383, 386 e 387, no caso que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença" (BRASIL, 2012, p. 602).

Em virtude dos brocardos já mencionados, "*jura novit caria*" e "*narra mihi factum dabo tibi jus*", não precisará o juiz baixar os autos para um novo pronunciamento da defesa, que o juiz conhece o direito e o réu se defende dos fatos e não da qualificação jurídica.

Então, poderá o juiz de primeiro grau, sentenciar em face da nova qualificação jurídica, mesmo que seja uma pena mais grave para o réu.

É justamente neste ponto que podemos encontrar uma divergência doutrinária em relação à *emendatio libelli*, sendo uma grande parte dos doutrinadores afirma não

haver surpresa, nem prejuízo para defesa, enquanto outros acreditam haver não só um prejuízo para a defesa, mas como também está ferindo o princípio da correlação entre acusação e sentença, do contraditório e da ampla defesa. É o que podemos verificar no próximo tema.

5.1 Relação entre *emendatio libelli* e o contraditório

Este é um tema que traz divergências entre os doutrinadores, começando com a posição de Tourinho Filho que entende que a defesa não sofre prejuízo porque ela é apenas direcionada aos fatos narrados na denuncia. Da mesma forma se posiciona Edilson Mougnot Bonfim, Fernando Capez, Júlio Fabbrine Mirabet. Esse último sustenta que "não há no caso uma verdadeira mutação, mas, simplesmente, uma corrigenda da peça acusatória" (MIRABETE, 2000, p. 453).

Podemos verificar também oposição de Grinover quando diz:

De acordo com o artigo 383, o juiz, ao julgar a pretensão, deve dar ao fato imputado à correta qualificação jurídica, dizendo qual o direito aplicado ao caso concreto. A adequação feita pelo Promotor de Justiça ou querelante é meramente provisória; por sua vez, o réu se defende da imputação relativa a determinado fato e não de sua capitulação jurídica (GRINOVER; SCARANCA FERNANDES, GOMES FILHO, 2001, p. 222).

Nucci fala que a nova definição jurídica dos fatos será irrelevante para o contraditório e não prejudica a ampla defesa, podendo o julgador na fase de sentença, levar em consideração os fatos narrados pela acusação na peça inicial, sem se preocupar com a definição jurídica dada, e promover de acordo com seu entendimento a classificação cabível aos fatos.

Dispõe o autor:

[...] O juiz pode alterá-la, sem qualquer cerceamento de defesa, pois o que está em jogo é a sua visão de tipicidade, que pode variar conforme o seu livre convencimento. Se o promotor descreveu, por exemplo, um furto com fraude (pena de dois a oito anos de reclusão), mas terminou classificando como estelionato (pena de um a cinco anos de reclusão), nada impede que o magistrado corrija essa classificação, condenando o réu por furto qualificado-convenientemente descrito na denuncia - embora tenha que aplicar pena mais grave (NUCCI, 2009, p. 689).

Seguindo a mesma linha de raciocínio dos autores mencionados, Eugênio também se posiciona falando que o réu se defende dos fatos e não da qualificação jurídica desses, tanto que não se faz necessário o pedido expresso de condenação na inicial acusatória, como também afirma que o artigo 41 do Código de Processo Penal expressa pouquíssima utilidade quanto à classificação do crime por ocasião da *emendatio libelli*.

Vejamos o que dispõe o autor:

Não se exige, então, a adoção de quaisquer providências instrutórias, bastando à prolação da sentença com a capitulação jurídica (do fato) que parecer mais adequado ao juiz. Nem mais, nem menos, sobretudo porque o réu não se defende da capitulação, mas da imputação da prática de conduta criminosa. Por isso, ainda que da nova definição jurídica resulte pena mais grave, não haverá qualquer prejuízo à defesa (pelo menos em face do Direito) (OLIVEIRA, 2011, p. 631-632).

Nucci fala que a alteração ou modificação da classificação é totalmente possível e não vê a menor necessidade da abertura de vista à defesa para se defender, uma vez que não está sendo prejudicada em nenhum momento, porque não há modificação fática, pois os elementos da nova qualificação jurídica estão contidos nos fatos iniciais (NUCCI, 2009, p. 689).

Em contra partida a esta posição, tem autores que se posicionam dizendo que a *emendatio libelli* fere o princípio do contraditório por não dar ao réu, a oportunidade de se defender da nova qualificação jurídica dada aos fatos, causando surpresa para a defesa, sendo a favor de abertura de vista à defesa para novas manifestações. Vejamos o posicionamento de Badaró:

Em síntese, o juiz não pode condenar o acusado, mudando as circunstâncias instrumentais, modais, temporais ou espaciais de execução do delito, sem dar-lhe a oportunidade de se defender da prática de um delito diverso daquele imputado inicialmente, toda vez que tal mudança seja relevante em face da tese defensiva, causando surpresa ao imputado (BADARO, 2000, p. 133-134).

Para Aury Lopes Junior (2011, p. 384), o problema está justamente no ato do magistrado dar uma nova definição jurídica aos fatos contidos na acusação, porque

não são fatos novos, por isso há uma mutação na definição jurídica.

O autor ainda faz uma crítica ao brocardo do *jura novit cúria*, dizendo que este é um pensamento do senso comum, que infelizmente a maior parte da doutrina é defensora deste princípio que já está incompatível com o Processo Penal e com os princípios constitucionais.

Vejamos:

Tal postura demonstra um errôneo e ingênuo reducionismo de complexidade, ainda atrelado a uma concepção simplista do processo penal e repetido acriticamente desde um passado bastante longínquo, incompatível com o nível de evolução do processo penal e dos cânones constitucionais contemporâneos.

Ademais, em muitos casos, a correção na tipificação legal decorre, na essência, do desvelamento de nova situação fática, como sói ocorrer na mudança de crime doloso para culposos (LOPES JUNIOR, 2011, p. 384).

Fazendo uma análise da correlação entre acusação e sentença Aury Lopes diz que "é possível destacar que na realidade, o acusado não se defende, como normalmente se afirma, somente dos fatos descritos, mas também da classificação a ele dada pelo órgão acusatório" (LOPES JUNIOR, 2011, p. 384).

O autor acredita que ao defender-se dos fatos e da qualificação jurídica, o "defensor irá debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal" (LOPES JUNIOR, 2011, p. 385).

Neste caso, afirma o autor que dependendo do delito, a defesa irá trabalhar com maior ou menor intensidade, limitando-se no que constar na imputação penal para desenvolver suas teses.

Fabiano Pimentel, professor de Direito processual penal, em seu artigo diz: o fim da *emendatio libelli* diante de um processo penal garantista, para doutrina majoritária, não havendo mudança no fato descrito na acusação, o juiz pode aplicar o instituto da *emendatio libelli*, pois o réu se defende dos fatos e não do tipo penal, mas o autor faz uma crítica dizendo que esta doutrina parte de uma premissa falsa, ou seja, o réu

não se defende somente dos fatos, mas também do tipo penal.

Vejamos:

[...] prova disso é a tese referente à atipicidade, largamente utilizada pela defesa, quando busca demonstrar que os fatos narrados na denúncia não se adequam ao tipo penal imputado pelo Ministério Público. Não, o réu não se defende só dos fatos, mas do tipo penal também.

De tal modo, mesmo havendo emendatio libelli, deve sempre ser concedida vista à defesa para manifestar-se sobre a mudança do tipo.

O autor supra, relata que quando o juiz modifica o tipo penal, mesmo sem alterar os fatos descritos na acusação, ele surpreende a defesa com a nova definição jurídica para o crime, trazendo prejuízo para o acusado. Para ele qualquer mudança na acusação, em qualquer circunstância, deve ser determinada intimação para que a defesa se manifesta sobre a mudança, respeitando assim o princípio da ampla defesa.

Nas palavras de Fabiano Pimentel:

Dizer-se que o juiz pode mudar esta classificação jurídica é gerar nova acusação sem defesa, é dar ao magistrado o poder de alterar a acusação, aplicando pena mais gravosa ao réu, com violação ao sistema acusatório constitucional. É enfim, e mais uma vez surpreender o acusado ao final do processo com uma acusação desconhecida, reduzindo o contraditório e cerceando o princípio da ampla defesa.

Por isso, o autor sustenta que a emendatio libelli descrita pelo art. 383 do código de processo penal deve ser abolida do ordenamento jurídico, por sua total inconstitucionalidade, não se adequando aos princípios garantistas do processo penal atual.

Gustavo Badaró, diz que os fatos têm grande relevância para o Direito Penal e Processo Penal, pois, "o fato para o direito processual penal confunde-se com o fato concreto, ou seja, aquele acontecimento da vida real e indivisível"; e para o direito penal, "relaciona-se com o tipo penal abstrato, ou seja, aquela descrição hipotética feita pelo legislador e que constitui o tipo penal" (BADARÓ, 2000, p. 113).

Essa observação feita por Badaró tem grande relevância para fazer uma análise e verificar em que medida é possível à alteração do fato, sem conduzir a uma mutação de pretensão acusatória. Aury Lopes dispõe o seguinte:

A acusação (imputação) deve ser clara e individualizada os fatos e a participação de cada réu. Mas não podemos esquecer que a qualificação jurídica do fato também é elemento imprescindível da acusação, pois assim determina o artigo 41 ao-categoricamente - exigir que a denúncia ou queixa contenha a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-los, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Com isso, evidencia-se que o fato processual é mais amplo que o fato penal, pois abrange o acontecimento naturalístico, com todas as suas circunstâncias e também a classificação do crime (exigência do art. 41); ou seja, fato processual = fato natural + fato penal (LOPES JUNIOR, 2011, p. 385).

Sendo assim, Aury Lopes continua a dizer que as mudanças fáticas, irrelevantes para o Direito Penal, podem ser totalmente relevantes para a definição do fato processual, deve-se exigir cuidados para se produzir uma mutação sem gerar uma sentença incongruente. Desta forma, a mera correção da tipificação legal, modifica o fato penal e, por conseguinte, o processual.

Nas palavras de Badaró podemos certificar os dizeres acima:

[...] o tema da correlação entre acusação e sentença é pertinente ao fato processual, isto é, ao acontecimento histórico imputado ao réu. A importância está na relevância processual do fato. Por isso, concretamente, o que pode ser indiferente em relação e uma imputação pode ser relevante em relação à outra, ainda que se trate do mesmo tipo penal. Assim, o que é acidental em relação ao tipo penal - por exemplo, uma agravante - pode modificar o fato processual, isto é, o objeto do processo. Já a alteração do fato que se mostre relevante penalmente sempre o será para o processo penal, visto que o fato concreto imputado apresente todos os elementos que abstratamente integram o tipo penal (BADARÓ, 2000, p. 129-130).

Segundo Aury Lopes, essas alterações são de grande significado probatório, podendo suas provas condenar ou absolver o réu, sendo assim "essas questões fáticas absolutamente determinantes na imputação, na produção de provas, no debate e na sentença, como também para o contraditório e o próprio desfecho do processo" (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 386).

Continuando o estudo acima, se as mudanças processuais podem ser relevantes para o direito penal, não se pode falar no caso contrário como explica Badaró:

A alteração do fato que se mostre relevante penalmente sempre o será para o processo penal, visto não ser possível condenar alguém sem que o fato concreto imputado apresente todos os elementos que abstratamente integram o tipo penal, salvo, é claro, na hipótese de eliminação de um determinado dado fático que implique atipicidade relativa (BADARÓ, 2000, p. 130).

Continuando com a obra de Aury Lopes, "as chamadas questões de direito estão intimamente vinculadas ao fato penal", sendo assim, o autor acredita que mesmo não estando previsto no artigo 383, o juiz deveria dar às partes a oportunidade de se manifestarem sobre a possibilidade (ou não) de uma modificação na qualificação jurídica (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 387).

Como dito acima, não há previsão legal para a manifestação das partes nos casos de *emendatio libelli*, mas houve um Projeto de Lei nº 4.207/2001, proposto por Pellegrini ao artigo 383 do Código de Processo Penal, e que não foi aprovado pelo congresso.

Através do artigo escrito por Danielle Souza de Andrade, Juíza Federal do Estado de Pernambuco, é possível verificar a redação dos parágrafos que foram propostos.

O parágrafo primeiro da redação do Projeto de Lei 4.207/2001 previa que as partes deveriam ser intimadas da nova definição jurídica dada aos fatos, antes da prolação da sentença, inserindo o contraditório nesta operação. Sua redação era a seguinte: "As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença".

Segundo Danielle Souza, em seu artigo, esta proposta seria uma adequação da *emendatio libelli* ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que supera a ideia do tradicional de que o acusado se defende dos fatos, como se a classificação jurídica destes não pudessem trazer-lhe consequências prejudiciais (ANDRADE, 2009, p. 13).

Vejamos o que previa no projeto de Lei 4.207/2011, postado por Maria Fernanda

Erdelyi, na Revista Consultor Jurídico:

PL 4.207/2001— Alteram dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

Proposta: garante o contraditório na "*emendatio libelli*"; estabelecendo nova sistemática para a "*mutatio libelli*", exigindo exata correlação entre acusação e sentença; alterando as formas procedimentais; o procedimento ordinário, para os crimes com pena igual ou superior a quatro anos; procedimento sumário, para os crimes com pena inferior a quatro anos. Estabelecendo a competência privativa do ministério público para o exercício da ação penal pública (ERDELYI, 2007).

A Juíza Federal diz que esta proposta foi rejeitada e o verdadeiro motivo não se sabe, mas talvez por se entender que ao intimar às partes a respeito da emenda a acusação antes mesmo da prolação da sentença, poderia o juiz estar fazendo um prejulgamento, revelando antecipadamente uma possível condenação. Então o legislador entendeu que se não houve modificação dos fatos que serão considerados na sentença, faz-se desnecessário intimar as partes sobre sua reclassificação jurídica.

Podemos ver o entendimento da juíza Danielle quando expõe o que se segue:

A emendatio libelli, portanto, assim reservada, apenas ao momento da sentença, implicará sempre uma surpresa para a defesa, a menos que se proceda a requerimento expresso do acusado, caso em que este assuma a culpa do crime menos grave de que resulta da desclassificação. Em todo caso, se quando da prolação da sentença o juiz vislumbrar nova classificação jurídica do fato imputado, que determine rito processual mais amplo, deve converter o julgamento em diligência, possibilitando a manifestação das partes, como forma de garantir o regular processo, com respeito ao contraditório e a ampla defesa, e sob pena de nulidade (ANDRADE, 2009, p. 13).

A segunda proposição, que também foi rejeitada, era previsão para o parágrafo 4 segundo do artigo 383, que trazia expressa a possibilidade de que o juiz adotasse a providência da demanda da acusação no ato de recebimento da denúncia ou da queixa. Como também não foi aprovada esta proposta, o juiz se limita em fazer a *emendatio* apenas por ocasião da sentença (ANDRADE, 2009, p. 13).

Aury Lopes (2011, p. 392) está totalmente de acordo com o fato de que poderia colocar em risco a imparcialidade do julgador, pois realmente poderia estar fazendo um pré-juízo do caso penal como também afastando a eficácia da presunção de, caso a parte acusadora impuser a defesa a sua tipificação, sem qualquer

possibilidade de o juiz, mesmo não concordando, se manifestar até o momento da sentença, pois neste caso, limitaria a sua aplicação. Porém, o autor também concorda com a aplicação da *emendatio* quando do recebimento da denúncia, como podemos verificar:

Portanto, o artigo 383 pode perfeitamente ser aplicado no momento do recebimento da denúncia, com o natural contraditório em relação a essa nova classificação jurídica do fato, que se dará na resposta à acusação. Inclusive, quanto mais cedo for aplicado o artigo 383, melhor, pois só assim se garante a máxima eficácia do contraditório e da estrutura acusatória do sistema processual (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 393).

A juíza Danielle Souza, fala que merece ser desmitificada a máxima defendida pela doutrina majoritária, de que o sujeito passivo se defende dos fatos imputados na peça acusatória, e não de sua capitulação legal, pois o réu também tem o interesse em defender-se da classificação emprestada ao delito.

Danielle Souza relata em seu artigo o seguinte:

[...] permite-se a *emendatio* apenas no momento da sentença, como quer o pensamento majoritário, viola a estrutura acusatória do processo penal, pois o magistrado altera a veiculação da imputação. É necessário que o ajuste seja feito antes da emissão da sentença para que as partes se manifestem, sobretudo quando os reflexos forem de profunda gravidade (ANDRADE, 2009, p. 14).

Segundo Aury Lopes, o processo penal brasileiro não pode mais tolerar a aplicação acrítica dos brocardos *juria novit cúria e narra mihi dabo tibi ius*, uma vez que o fato processual abrange a qualificação jurídica e logo, o rei não se defende somente dos fatos, mas sua defesa também se relaciona com a tipificação atribuída pelo acusador. O autor diz o seguinte “a garantia do contraditório, artigo 5º, LV, da Constituição, impõe a vedação da surpresa, pois incompatível com o direito a informação clara e determinada do caso penal em julgamento” (LOPES JUNIOR, 2011, p. 391).

O autor supracitado coloca seu ponto de vista dizendo que o juiz ao alterar a qualificação jurídica dos fatos deverá ouvir o acusador e o réu, mesmo que a *mutatio libelli* não seja imprescindível nesses casos, ou seja, não há um fato novo. O juiz deverá se ater para a garantia do contraditório e oportunizar as partes a se

manifestarem previamente sobre a possível tipificação atribuída aos fatos, mesmo que seja após a *emendatio libelli* (LOPES JUNIOR, 2011, p. 391-392).

O autor deixa dois caminhos a serem adotados, quais são:

Consultar previamente as partes em nome do princípio constitucional do contraditório, em que as partes são convidadas a esclarecer o juiz sobre a possível reclassificação do fato; ou, se não houver a consulta prévia, devem as partes ser intimadas após a *emendatio libelli* sobre a nova classificação jurídica do fato (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 392).

O autor ainda conclui que qualquer uma das posições acima, irá amenizar ou evitar a violação do contraditório, pois o que não pode acontecer, é fazer a aplicação literal do artigo 383 do Código de Processo Penal, sem a devida observação das conformidades constitucionais.

Para finalizar o capítulo, Badaró enfatiza a ideia que já vem crescendo entre os doutrinadores, vejamos:

Desde que os fatos imputados permaneçam inalterados pode o juiz dar-lhe definição jurídica diversa da constante da denuncia ou da queixa, mesmo sem aditamento dessas peças. Porém, antes de sentenciar, em respeito ao contraditório, deve o juiz convidar as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma nova classificação jurídica dos fatos, evitando que sejam surpreendidas com a nova capitulação, sem que tenha tido oportunidade de debatê-la. Embora o réu se defenda dos fatos imputados e não da classificação legal dos fatos, o certo de que o tipo penal exerce influencia decisiva na condução da defesa, de forma que sua alteração poderia surpreendê-la (BADARO, 2000, p. 162-163).

Verificou-se ao longo deste capítulo, a divergência entre doutrinadores em relação ao artigo 383 do Código Processo Penal é extensa, e uma parte majoritária expressa seu total apoio em relação à *emendatio libelli*, afirmando não haver surpresa para a defesa em caso de uma nova classificação jurídica dada aos fatos pelo juiz, pois o réu se defende simplesmente dos fatos já narrados e que não foram modificados.

Porém, tem crescido bastante a posição de doutrinadores que defendem a aplicação

da regra do mesmo artigo, em que o juiz condena o réu pela prática de um crime cuja tipificação não fora debatida pelas partes, viola o princípio do contraditório e da ampla defesa. Essa posição vem sendo criticada por ser incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que o contraditório está sendo violado afasta-se a presença do processo e esvazia-se a democracia.

6 CONCLUSÃO

A *emendatio libelli* consiste em uma simples operação da emenda ou correção da acusação no aspecto da qualificação jurídica dos fatos, ou seja, o magistrado ao emendar a inicial, colocando em prática o dispositivo do artigo 383 do Código de Processo Penal, poderá condenar o réu por um crime diferentemente daquele constante na denuncia ou queixa, podendo até mesmo responsabilizar o acusado em uma pena mais grave do que aquela prevista inicialmente, sem precisar abrir vistas às partes para se manifestarem a respeito.

Ao longo deste trabalho, buscou-se expor os principais pontos que influem no debate acerca da necessidade de garantir-se o contraditório na ocasião da mutação da capitulação legal dos fatos narrados na peça inicial acusatória, tendo como ponto de partida o Estado Democrático de Direito, fruto da Constituição da República de 1988.

Embora grandes autores brasileiros entendam não haver a necessidade de o juiz baixar os autos para a defesa se pronunciar porque o acusado se defende dos fatos narrados e não da capitulação jurídica dada a eles, outra parte da doutrina, vem defendendo que o acusado não se defende apenas dos fatos narrados, mas também da acusação jurídica, pois a defesa é feita com maior ou menor intensidade, de acordo com a qualificação do crime.

Realmente, os respeitosos doutrinadores que defendem não haver prejuízo para o réu quanto à *emendatio libelli*, se posicionando em favor dos brocardos "*jura novit cùria*" e "*narra mihi factum dabo tibi jus*", fazem uma grande defesa, até mesmo chega a convencer que não há prejuízo para o acusado uma vez que se defendem

dos fatos narrados e não da capitulação jurídica e o juiz conhece o direito, por isso não está sendo ferido o princípio do contraditório.

Entretanto, quando se passa a observar as garantias constitucionais no processo penal, constituídas pelo Estado Democrático de Direito no qual vivenciamos, verifica-se que os brocardos citados acima são princípios ultrapassados, sendo assim, o acusado deverá se manifestar em todas as fases do processo para que não haja surpresa quanto a sua condenação.

É certo que a palavra final pertence ao magistrado, mas a decisão deste não deveria dispensar de forma automática a atuação das partes na discussão a respeito da nova decisão.

Mesmo defendendo-se dos fatos narrados, o acusado se surpreenderá com uma condenação na qual não esperava, uma vez que a defesa se prepara para tal tipificação e logo se surpreende com uma sentença condenatória diversa daquela proposta pelo acusador, tipificando os fatos em outro crime diferente do proposto na denúncia.

Dessa forma, pode-se verificar que o rompimento da correlação entre a acusação feita pelo órgão acusador e a sentença proferida pelo juiz, gera um sério gravame ao acusado, na medida em que poderá se surpreender por uma condenação em razão de um crime não contido na imputação.

É certo que os fatos continuam os mesmos, porém a sua qualificação é diversa da proposta, sendo assim, pode-se considerar que surge um fato novo no processo, ou seja, uma nova qualificação jurídica dada pelo magistrado.

Visto que o juiz é autorizado para tal ato no processo, poderia ele abrir vistas às partes para se manifestarem a respeito, desse modo estaria o magistrado exercendo sua função, sem desrespeitar a Lei maior, que assegura o devido processo legal aos acusados, que só é possível se respeitado os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Caso contrário, como é no atual Código de Processo Penal - sendo que o acusado não tem direito a se defender da nova capitulação jurídica dos fatos - importa o exposto em afirmar que o acusado (e também o acusador) não possui qualquer garantia a ser assegurada diante da reclassificação jurídica dos fatos imputados, pelo juiz-guardião absoluto da lei.

Concluiu-se com este trabalho, embora a doutrina majoritária possa defender o oposto, que a aplicação do referido artigo do Código de Processo Penal tem uma incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, podendo-se verificar que o contraditório não é respeitado, sendo que este deveria ser analisado a partir de uma interpretação constitucional adequada, de forma a garantir a participação dos afetados no processo de formação das decisões judiciais. Melhor dizendo, garantiria o contraditório e a ampla defesa no ato da *emendatio libelli*.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Danielle Souza de. *Emendatio libelli* e a *mutatio libelli* na reforma do código de processo penal. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, nº44, p.13, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www2cifjus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1123/1222>>. Acesso em: 23 out. 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2000.

BARROS, Flaviane dede Magalhães. **(RE) forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº11.690/08, 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

BONFIM, Edilson Mougénat. **Código de processo penal anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da**

Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ERFELYI, Maria Fernanda. Congresso analisa mais oito projetos para conter o crime. **Revista Consultor Jurídico.** 20 fev. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-fev-20/congresso_analisa_oito_projetos_leis_penais>. Acesso em: 22 out. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; MAGALHÃES FILHO, Antônio. **As nulidades no processo penal.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES JÚNIOR Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal.** 4. ed. São Paulo: Atlas. 1994.

_____. _____. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais penais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 15 ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIMENTEL, Fabiano. O fim da emendatio libelli no processo penal garantista. **Jus Navigandi**, 13 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25494/>>. Acesso em: 7 nov. 2013.

TÁVORA, Nestor Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal.** 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIUM, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 24. ed. rev. e ampl. São - Paulo: Saraiva 2002. v.4.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011