



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

Lucas Vinicius Souza Franco

Crítica a Emendatio Libelli: Uma Releitura Hermenêutica e Constitucional

Dourados - MS
2016

Lucas Vinicius Souza Franco

Crítica a Emendatio Libelli: Uma Releitura Hermenêutica e Constitucional

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD – como pré-requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito sob a orientação do Prof. Me. Adilson Josemar Puhl.

Março – 2016

Dourados

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

S729c Franco, Lucas Vinicius De Souza
Crítica a Emedatio Libelli: Uma Releitura Hermenêutica e Constitucional /
Lucas Vinicius De Souza Franco -- Dourados: UFGD, 2016.
52f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Adilson Josemar Puhl

TCC (graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações
Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.
Inclui bibliografia

1. Linguagem Jurídica. 2. Tipificação dos Fatos. 3. Emendatio Libelli. 4.
Sentença Surpressa. 5. Contraditório Sobre Questões Jurídicas. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos vinte e oito dias do mês de Março de 2016, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Lucas Vinicius Souza Franco** tendo como título *“Crítica a Emendatio Libelli: Uma Releitura Hermenêutica e Constitucional”*.

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Adilson Josemar Puhl (orientador), Me. Everton Gomes Correa (examinador) e o Dr. Gustavo de Souza Preussler (examinador).


Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) aprovado.

Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Adilson Josemar Puhl
Mestre – Orientador


Everton Gomes Correa
Mestre – Examinador


Gustavo de Souza Preussler
Doutor – Examinador

RESUMO

É notório que na atividade de qualificar os fatos podem surgir dúvidas sobre os limites e alcance das normas legais em face dos acontecimentos fáticos. De fato, as palavras presentes nas normas jurídicas, em especial nos tipos penais, aludem a fatos, sucessos ou atividades humanas os quais podem ser potencialmente vagos diante de certo caso concreto, exigindo um esforço hermenêutico do intérprete para a solução do problema. Nesse contexto de vaguidade da linguagem jurídica (sua textura aberta), urge contestar a atual forma de aplicação da *emendatio libelli*, o qual concede ao magistrado, no momento da sentença, a possibilidade de mudar a tipificação dada aos fatos imputados ao réu, sem a necessidade de manifestação das partes quanto à alteração feita, ocasionando o fenômeno da decisão surpresa. Em verdade, o magistrado não pode subtrair da acusação e defesa a possibilidade de contestar a mudança na capitulação típica dos fatos, pois lhes seria retirado à possibilidade de apresentar sua visão de tipicidade. Com efeito, essa atuação *ex officio* do julgador viola a garantia processual por excelência, qual seja o desenvolvimento do processo em contraditório, que deve ser observado em todos os atos que possam ensejar prejuízos a esfera jurídica de qualquer uma das partes.

Palavras chave: Linguagem Jurídica; Tipificação dos Fatos; *Emendatio Libelli*; Sentença Surpresa; Contraditório Sobre Questões Jurídicas.

INTRODUÇÃO	1
1. A EMENDATIO LIBELLI	3
1.1 O entendimento Doutrinário e Jurisprudencial acerca da <i>Emendatio Libelli</i>	3
1.2 A diferença entre <i>Emendatio Libelli</i> e a <i>Mutatio Libelli</i>	8
1.3 De como a Aplicação da <i>Emendatio Libelli</i> não viola o Princípio da Correlação entre Acusação e Sentença.....	10
2. CONFRONTANDO A EMENDATIO LIBELLI COM O ENTENDIMENTO HERMENÊUTICO NO QUAL NÃO SE SEPARA FATOS DO DIREITO	14
2.1 A Hermenêutica Jurídica e o problema da concretização do Direito	14
2.2 Hermenêutica e Tipos Penais	17
2.3.O equívoco hermenêutico em separar Fatos do Direito.....	22
3. PROCESSO CONSTITUCIONAMENTE ADEQUADO: CONFRONTANDO A EMENDATIO LIBELLI COM A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL	29
3.1 Os Sistemas Processuais Penais: O sistema adotado pelo Constituição Federal ..	29
3.2 Processo Penal Constitucional	33
3.3 A <i>Emendatio Libelli</i> diante dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa.....	34
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
5. REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva problematizar o entendimento acerca da aplicação da *Emendatio Libelli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal. Assim, buscar-se-á demonstrar que esse instituto é tratado de forma rasa e superficial, sem maiores indagações teóricas. Destarte, o modo como o tema é tratado nos manuais de processo penal revela uma simplificação inquietante, porquanto em poucos parágrafos definem o instituto, informando o momento processual de sua aplicação, a necessidade de se oportunizar a proposição de suspensão condicional do processo, caso a alteração na tipificação o permita, assim como prescrevem o dever do magistrado em remeter os autos ao juízo que se mostrou realmente competentes, na hipótese do novo tipo penal impor tal medida.

Inicialmente verificaremos como doutrina e jurisprudência tratam este instituto processual, delineando seus principais contornos, para depois fazermos a necessária diferenciação com o instituto da *Mutatio Libelli*, prevista no art. 384 do CPP. Ancorado nessa diferenciação, buscaremos evidenciar que, por mais que o instituto da *Emendatio Libelli* apresente alguns equívocos na forma como é aplicado, tal formato não desrespeita o princípio da correlação entre acusação e sentença, indicando os motivos que fundamenta essa posição.

Ademais, com o propósito de desvelar os fundamentos que justificam a *Emendatio Libelli*, faremos uma exposição do que venha a ser Hermenêutica Jurídica e sua relação com a interpretação dos tipos penais, para ao fim fazermos o confronto do atual formato de aplicação deste instituto processual com o entendimento hermenêutico na qual não se separa questões de fatos das questões de direito, e, a partir dessa análise demonstrar o equívoco doutrinário e jurisprudencial que acredita que o réu se defende apenas dos fatos imputados, não tendo qualquer relevância a qualificação jurídica dada ao substrato fático.

Assim, alicerçados nesse entendimento, defenderemos que no momento de concretização do direito não se separa fatos do direito, evidenciando que a mudança da qualificação jurídica dos fatos acarreta prejuízos a defesa do réu, precisamente porque lhe retira a oportunidade de opinar sobre a tipicidade do fato lhe imputado.

Conforme se demonstrará, nossa tradição hermenêutica ainda se prende a visão do Direito como sendo entidade abstrata e coercitiva, o qual desconsidera a importância do

substrato fático para se alcançar o sentido do Direito, tornando-o, conseqüentemente, impermeável pelo mundo da vida.

Assim, buscaremos comprovar que no direito há uma imanente vinculação entre texto jurídico e fatos, isto é, entre linguagem normativa e o mundo da vida, não sendo possível ao magistrado realizar uma clara e indiscutível separação entre o juízo quanto ao direito e juízo dos fatos.

Essa separação rígida entre o que é “fato” e “direito”, desconsidera que, na operação de concretização do direito, facticidade e juridicidade se entrelaçam de forma tal que dificilmente se conseguirá delimitar com precisão e certeza o que se apresenta como matéria fática ou jurídica.

Por derradeiro, embasado nesse posicionamento hermenêutico, defenderemos que a atual forma de aplicação da *emendatio libelli* não esta constitucionalmente adequada a moderna concepção do processo penal, o qual deve desenvolver-se em contraditório (Fazzalari), devendo guardar sintonia com a principiologia constitucional.

Assim, por mais que a *emendatio libelli* possua amparo legal no art. 383 do Código de Processo Penal, assim como ampla aceitação pretoriana, sua configuração não subsiste a uma filtragem constitucional consistente, porquanto o contraditório, como garantia indelével do processo penal, não permite decisão sobre matéria o qual não tenha sido submetida à discussão da partes.

1. A *EMENDATIO LIBELLI*

Neste capítulo será abordado o que a doutrina nacional convencionou denominar *Emendatio Libelli*, e, a partir desta análise, faremos a diferenciação com o instituto da *Mutatio Libelli*. Ademais, se demonstrará que a aplicação do instituto previsto no art. 383 do CPP não fere o princípio da correlação entre acusação e sentença, explicitando-se os motivos dessa constatação.

1.1 O entendimento Doutrinário e Jurisprudencial acerca da *Emendatio Libelli*.

Segundo a doutrina processual penal, no momento de apreciar a demanda criminal, o magistrado não fica vinculado ao pedido formulado pela acusação, mas sim aos fatos que foram narrados na peça acusatória. Esse entendimento fundamenta a aplicação do instituto processual da *emendatio libelli*, o qual concede ao magistrado a possibilidade de mudar a qualificação jurídica dos fatos por ele apreciados. Assim, o julgador possui autonomia para dar ao fato classificação jurídica diversa da que consta na peça exordial, ainda que tenha de aplicar pena mais grave. Esse instituto está previsto expressamente no artigo 383 do Código de Processo Penal¹.

Quando o art. 383 do CPP menciona **diversa definição jurídica do fato**, refere-se à possibilidade de enquadrar o fato em artigo diferente daquele que foi anteriormente indicado na inicial acusatória. Trata-se, nos ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho (1997, v. 4, p. 232-233) e de Julio Fabbrini Mirabete (2003, p. 981-982), de simples correção da peça acusatória, que encontra sua razão no postulado *jura novit curia*, ou da livre dicção do direito, alegadamente vigente no processo penal pátrio, segundo o qual o julgador conhece o direito e deve declará-lo no caso concreto submetido a sua análise, não ficando, conseqüentemente, vinculado pela qualificação jurídica invocada pelo acusador ao oferecer a ação penal.

Conforme se constata pela própria redação da norma legal prevista no art. 383 do CPP, não é necessário qualquer elemento alheio à peça acusatória para que o juiz possa proceder à *emendatio libelli*. Para fazê-lo, o magistrado apenas apreciará os fatos narrados na inicial e, com base na sua visão de tipicidade, lhes atribuirá a capitulação legal que entender

¹Art. 383 do CPP “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

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

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

mais adequada para o caso concreto. Neste sentido caminha a lição do festejado doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 689):

(...) Portanto, neste artigo, o que o juiz pode fazer, na fase da sentença, é levar em consideração o fato narrado pela acusação na peça inicial (denúncia ou queixa), sem se preocupar com a definição jurídica dada, pois o réu se defendeu, ao longo da instrução, dos fatos a ele imputados e não da classificação feita. 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.

Ainda, para melhor entendimento do dispositivo previsto no art. 383 do CPP, convém citar a síntese feita por Denise Neves Abade (2014, p. 376):

É, portanto, a correção feita à peça acusatória em aspectos secundários da acusação (classificação do crime), com permanência de seus elementos substanciais. Não se trata, aí, de hipótese de aditamento da denúncia, mas mera nova classificação das infrações capituladas inicialmente na inicial acusatória.

Ainda pode ser observada referência à *emendatio libelli* no artigo 617 do Código de Processo Penal², que prevê a possibilidade de sua aplicação na instância recursal, com a ressalva, na parte final do dispositivo que, a corte não está autorizada a agravar a pena imposta quando somente a defesa houver apelado da sentença. Trata-se da proibição da *reformatio in pejus*.

Idêntica possibilidade encontra-se prevista no artigo 418 do mesmo Código de Rito³, ao prever aplicabilidade do instituto processual também nos crimes de competência do Tribunal do Júri.

Insta ainda destacar a posição da jurisprudência a respeito da forma de aplicação deste instituto processual previsto no art. 383 do CPP, no qual prevalece a visão legalista da *emendatio libelli*, porquanto defendem a desnecessidade de reabertura da fase instrutória após sua aplicação. No *Habeas Corpus* n. 247.252/PR, o STJ deixou muito bem evidenciado esse entendimento:

²Art. 617 do CPP “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 sentença”.

³ Art. 418 do CPP “O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave”.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4.º, II, DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. EMENDATIO LIBELLI.

POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A emendatio libelli pode ser aplicada em segundo grau, desde que nos limites do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a *reformatio in pejus*.

2. Não há ilegalidade no procedimento adotado pelo Tribunal estadual ao retificar a condenação da paciente, dando-a como incurso no artigo 312, § 1.º, do Código Penal, já que, nos exatos termos do artigo 617, combinado com o artigo 383, ambos do Código de Processo Penal, atribuiu definição jurídica diversa aos fatos contidos na inicial sem majorar-lhe a pena.

3. Tendo o Tribunal coator pura e simplesmente atribuído definição jurídica diversa ao fato devidamente narrado na inicial acusatória, não se pode falar em cerceamento de defesa, tampouco em violação ao princípio do contraditório, uma vez que o acusado se defende das condutas que lhe são imputadas na peça vestibular, e não da capitulação jurídica a elas dada pelo órgão acusatório.

4. Habeas corpus não conhecido.

Neste julgado o paciente contesta o fato de ter sido condenado com base em norma jurídica não mencionada na inicial, o que lhe retirou a possibilidade de uma defesa efetiva, pois não teve oportunidade de se manifestar sobre a nova tipificação dada aos fatos lhe imputados pela acusação. Assim, percebe-se que a jurisprudência acredita que a aplicação da *emendatio libelli* não causa qualquer prejuízo a defesa, pois haveria tão somente o acerto no enquadramento típico dos fatos. Deste julgado infere-se que a atividade pretoriana restringe a abrangência do contraditório, porquanto o remete apenas as questões fáticas, subtraindo de seu conteúdo as questões jurídicas. De fato, convencionou-se que o contraditório não seria violado quando da aplicação do instituto processual previsto no art. 383 do CPP, uma vez que somente deve ser observado em relação ao substrato fático.

Desta forma, se o juiz mantiver os fatos conforme narrados na peça inicial, poderá modificar sua classificação jurídica, caso entenda que houve erro ou equívoco, sem, contudo, mudar a descrição fática, pois em nenhuma hipótese o julgador poderá mudar a narração fática.

Impende ressaltar que a *emendatio libelli* não se confunde com a hipótese de aditamento da peça acusatória. Isso porque, conforme demonstra Denise Neves Abade (2014, p. 375), o instituto previsto no art. 383 do CPP apresenta duas características peculiares: (a) quem realiza a alteração: o juiz; (b) o momento processual de sua aplicação: na prolação da sentença.

Assim se percebe a diferença entre a *emendatio libelli* e o ato processual de aditar a inicial acusatória, porquanto esta é possível em qualquer momento do processo antes de proferida a sentença, sendo que deve ser feita exclusivamente pelo acusador, conforme dicção do artigo 569 do Código de Processo Penal⁴.

Percebe-se que a possibilidade de sanar eventual equívoco na qualificação dos fatos deverá ocorrer no final da instrução processual, porquanto esse será o momento oportuno para o julgador analisar se o órgão de acusação descreveu os fatos corretamente, assim como se foi realizada a tipificação adequada.

Assim, em caso de erro na qualificação típica dos fatos imputados ao réu, poderá o magistrado corrigir o equívoco no juízo de tipificação feito pela acusação, inclusive para condenar o acusado às penas do tipo penal que considere correto.

Essa opinião predomina entre a maioria dos processualistas penais, qual seja a de que o juiz realiza mera correção da tipificação provisória dada pela acusação, assim, acredita-se que certamente ocorreu algum equívoco por parte do acusador no momento de adequar os fatos a tipologia penal existente na legislação brasileira.

Portanto, constata-se que a *emendatio libelli* é uma faculdade concedida ao julgador para alterar a tipificação dos fatos. Logo, o instituto busca dar proeminência a visão de tipicidade do órgão jurisdicional.

⁴Art. 569 do CPP “As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final”.

A desclassificação é considerada por alguns doutrinadores uma forma de aplicação da *emendatio libelli*. Norberto Avena (2014, p. 2985-2986), por exemplo, inclui dentre as hipóteses de incidência do instituto processual previsto no art. 383 do CPP, a não configuração de elemento do tipo penal o qual qualifica os fatos narrados na denúncia ou queixa. A situação se daria no caso de, durante a instrução probatória, o julgador verificar que alguma elementar do delito não restou comprovada, ao que restaria ao magistrado a possibilidade de condenar o acusado (se for o caso) por outro delito que não contenha o referido elemento. Tal situação pode ser observada quando se tratar de delitos complexos, que unem no mesmo tipo penal condutas que, sozinhas, também são tipificadas pela lei penal.

Assim, se verificaria a ocorrência da *emendatio libelli* nos casos de não haver provas da existência de alguma elementar ou circunstância especial⁵ do tipo penal inicialmente indicado, mas ainda haver possibilidade de se poder reconhecer a tipicidade da conduta com relação à outra infração penal ou subsistência dos elementos constitutivos do delito básico (geralmente expresso no caput).

Destarte, tal hipótese exige uma análise meritória das provas, na qual o juiz apreciando o poder de convicção da prova produzida pela acusação, conclua que ela não possui aptidão para corroborar a ocorrência de certa elementar ou circunstância especial do crime apontado na inicial acusatória. Neste caso, o juiz deverá analisar se do substrato fático que restou comprovado, subsistem elementos para a configuração de outro tipo penal. Por exemplo, caso o juiz não vislumbre provas das elementares "violência" ou "grave ameaça" no delito de roubo, poderá reconhecer ainda o crime de furto. Ou, quando não se encontrar prova da circunstância especial de estar o assaltante armado, pode o juiz desclassificar o crime do § 2º, I, do art. 157 do CP para o caput do mesmo artigo, passando da forma majorada para a forma simples.

Portanto, a desclassificação do crime consiste na conclusão o qual chegou o órgão julgante de não estar provada certa elementar ou circunstância especial do tipo penal inicialmente apontado, mas ainda assim subsiste outra infração penal (ou a figura simples do delito), com base no que restou comprovado. Ressalte-se que a supressão de um fato descrito na peça acusatória não exige a necessidade de aplicação da *mutatio libelli*.

⁵Essas circunstâncias especiais podem qualificar ou majorar a figura simples do crime.

Por derradeiro, cumpre trazer a conhecimento o magistério de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2013, p. 147-148), a respeito do termo *emendatio libelli*, que segundo ele significa a emenda do libelo, ou seja, da peça inicial acusatória. Nesse sentido, o autor entende não tratar o artigo 383 do Código de Processo Penal de *emendatio libelli*, porque a exordial acusatória em si não sofre qualquer alteração ou aditamento que viole o princípio da correlação entre acusação e sentença.

Em verdade, por mais que o instituto concede ao juiz a possibilidade de corrigir a libelo, essas correções dizem respeito à tipificação do crime, nada mudando no conteúdo fático veiculado na denúncia ou queixa.

1.2 A diferença entre *Emendatio Libelli* e *Mutatio Libelli*

Segundo o entendimento doutrinário, através da *emendatio libelli* o juiz pode qualificar o fato de maneira diversa da originariamente feita pelo órgão acusador, ainda que com isso acabe por aplicar pena mais grave ao réu, desde que não haja alteração do conteúdo fático presente na inicial acusatória.

Assim, no processo vigora a premissa na qual o acusado se defende dos fatos narrados, não estando o julgador vinculado a qualquer qualificação jurídica apontada pelo acusador (*narra mihi factum, dabo tibi jus*). Logo, acredita-se que, o objeto da defesa são somente os fatos narrados pela acusação e não a qualificação jurídica atribuída a esses fatos. Logo, para aplicação da *emendatio libelli* não seriam necessárias às precauções exigidas pelo art. 384 do CPP⁶.

De modo diverso, a *mutatio libelli* tem sua hipótese de aplicação configurada quando, no percurso da instrução processual, surgem novas provas de elementar ou circunstância não indicadas anteriormente na peça acusatória. Logo, como se acredita que o

⁶Art. 384 do CPP “Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o 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.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 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.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1o e 2o do art. 383 ao caput deste artigo.

§ 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.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá”.

réu se defende apenas dos fatos, havendo alteração no substrato fático da demanda penal, a regra procedimental prevista no art. 384 do CPP deverá ser observada, oportunizando-se o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

O instituto processual da *mutatio libelli* encontra previsão legal no artigo 384 do Código de Processo Penal, o qual prescreve que uma vez configurada a alteração na imputação fática presente na peça acusatória, deverá o Ministério Público aditá-la, objetivando introduzir no processo os novos fatos surgidos ou descobertos na instrução probatória, sendo que após essa alteração deverá se proporcionar ao réu o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Quando o juiz analisa a ocorrência de um fato, penalmente relevante, deverá verificá-lo como um todo. Logo, quando o Ministério Público concluir que o fato narrado na peça inaugural não corresponde aos fatos provados na instrução, deverá aditá-la, inserindo nela os aspectos fáticos novos, permitindo, assim, que o magistrado julgue os fatos desconhecidos no momento da proposição da ação penal. Percebe-se que se a inicial acusatória deixar de imputar algum aspecto do fato, e sendo obrigatório que o julgador aprecie o fato em sua totalidade, deverá haver a alteração do objeto do processo, porquanto os fatos provados são distintos dos fatos narrados pela acusação.

É necessário deixar claro que o art. 384 disciplina a situação em que, na instrução criminal, se descobre um aspecto fático que não está contido na imputação, mas que, ainda assim, mantenha relação com o fato originalmente imputado ao réu. Assim, o dado fático desconhecido pode modificar a narrativa acusatória, mas deve manter algum liame com os fatos constantes da peça inicial.

Portanto, se o fato provado é diverso do fato imputado pela acusação, porquanto surgiu nos autos aspecto fático diverso do conteúdo veiculado na peça acusatória, deverá o juiz observar o art. 384 do CPP. Porém, se não houver mudança nos fatos, mantendo-se a mesma narrativa fática da peça acusatória, alterando-se, tão somente, a qualificação jurídica, estará configurado o pressuposto de aplicação do art. 383 do CPP.

Ademais, enquanto a *emendatio libelli* é operada de ofício pelo juiz no momento da sentença, sem necessidade de qualquer participação ou provocação das partes, além de poder ser aplicada em ação de qualquer natureza, seja pública ou privada, a *mutatio libelli* deve ser realizada voluntariamente pela acusação (Ministério Público, uma vez que somente ocorre em

ação de natureza pública), no prazo de cinco dias após o encerramento da instrução probatória, admitindo à legislação a provocação do órgão acusador pelo magistrado com o objetivo de evitar eventual inércia do Ministério Público.

Tratando-se de sede recursal, poderá as partes pleitear a aplicação da *emendatio libelli* no tribunal. Contudo, conforme foi salientado acima, se apenas a defesa interpor recurso, e caso a incidência do instituto venha a causar prejuízo para o réu, sua aplicação ficará impossibilitada, por imposição da *non reformatio in pejus*. No que concerne a *mutatio libelli*, está não poderá ser aplicada em segundo grau de jurisdição em caso de recurso (Súmula 453 STF⁷), mas somente quando se tratar de competência originária dos Tribunais de 2º grau.

1.3 De como a aplicação da *Emendatio Libelli* não viola o Princípio da Correlação entre Acusação e Sentença

A justificativa que fundamenta a tese na qual a *emendatio libelli* não fere o princípio da correlação entre acusação e sentença se assenta no entendimento formulado por Gustavo Badaró (2013, p. 231), de que o objeto do processo, que é a pretensão processual, relaciona-se, no processo penal, com a imputação, ou seja, com a atribuição a alguém de um fato penalmente relevante. Se a pretensão é o objeto do processo e sendo a imputação a formulação da pretensão, o objeto do processo não é a própria imputação, mas o conteúdo da imputação. Assim, o fato juridicamente qualificado imputado ao réu é que constitui o objeto do processo, devendo, em regra, permanecer inalterado durante todo o desenrolar do processo.

Destarte, o objeto do processo é o **fato processual**, ou seja, o acontecimento histórico concreto, um fato naturalístico, diferente do **fato penal** que é senão um modelo ou tipo penal abstrato, extraída de uma situação hipotética. Assim, percebe-se que o conceito processual de fato é distinto da noção penalística. Portanto, o *tatbestand* do fato penal não se confunde com o fato concreto realizado pelo acusado, o qual foi introduzido no processo através da imputação (BADARÓ, 2013, p. 101).

Conforme o magistério de Badaró (2013, p. 102), o fato processual constitui o objeto do processo penal, sendo que o julgador não pode condenar o réu por fato não descrito na peça acusatória, sem antes proceder como o procedimento previsto do artigo 384 do Código

⁷ Súmula 453 do STF “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa”.

de Processo Penal, pois deve dar ao réu a oportunidade de se manifestar sobre os novos elementos fáticos surgidos na instrução processual.

Com efeito, a conduta penalmente relevante do acusado está contida na peça acusatória, sendo que essa narrativa serve para delimitar o objeto do processo. Assim, os fatos devem ser narrados de forma clara, indicando com precisão quais atos e resultados são de responsabilidade do réu. Portanto, a imputação de um fato ao acusado depende da descrição de sua conduta, porquanto é necessário especificar qual a contribuição causal do acusado para a ocorrência do crime (BADORÓ, 2013, p. 154).

Ora, se o fato penalmente relevante que se imputa ao acusado é o objeto do processo, caso o magistrado vislumbre a necessidade de atribuir aos fatos narrados na denúncia definição jurídica diversa daquela indicada pelo órgão acusatório, aplicando, por conseguinte, o instituto da *emendatio libelli*, não se verificará violação em específico ao princípio da correlação entre acusação e sentença. Isso porque, havendo correspondência entre os fatos reconhecidos na sentença e aqueles imputados ao réu na inicial acusatória, não se observando qualquer alteração significativa, leva-nos a conclusão de não ocorrência de ofensa ao princípio da congruência.

Assim, caso o substrato fático veiculado na acusação se manter o mesmo considerado na sentença, não haverá alteração do objeto do processo. Em verdade, a correlação entre acusação e sentença se refere à estabilidade do fato processual, isto é, a ocorrência fática imputada ao réu. Logo, diz respeito precisamente ao fato e não ao tipo penal usado para qualificá-lo.

Conforme nos ensina Gustavo Badaró (2013, 129-130), para aferição da correlação entre acusação e sentença, o qual se traduz na necessidade de identidade do fato veiculado na peça acusatória e o fato considerado na sentença, urge analisar a relevância processual do fato, ou seja, sua concretude espaço-temporal. Exatamente por isso que, concretamente, o que pode ser indiferente em relação a uma imputação pode ser relevante em relação à outra, ainda que ambos os caso concretos sejam qualificados pelo mesmo tipo penal incriminador.

Ademais, qualquer alteração do fato que se mostre relevante penalmente, ou seja, em algum elemento ou circunstância do tipo penal incriminador, sempre o será para o processo penal, porquanto não é possível condenar alguém sem que o fato concreto, que foi imputado

ao réu, apresente todos os elementos que abstratamente integram o *tatbestand* hipotético da norma penal.

Para efeitos de correlação entre acusação e sentença, Gustavo Badaró (2013, p. 133-134) define precisamente o que não pode ser mudado (sem a observância do art. 384 do CPP), ferindo assim a identidade entre acusação e sentença:

“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”.

Depreende-se do exposto que, o acusado se defende dos fatos a ele imputados (com precisão e coerência), ou seja, ele se defende não do universo de fatos eventualmente constantes dos autos, mas somente dos fatos que, dessa totalidade fática, a acusação selecionou e resolveu, com precisão, delimitar e imputar-lhe a autoria. Ora, de nada adiantaria exigir precisão e certeza da narrativa dos fatos, se além daqueles fatos a ele imputados, o acusado tivesse que se defender, assim como pudesse ser condenado por fatos, que não foram descritos na peça acusatória. Esse é o conteúdo do chamado princípio da correlação ou congruência entre pedido e sentença, corolário lógico da inércia da jurisdição, e garantia ao réu de não ser condenado por fato sobre o qual não teve a oportunidade de se defender.

Deve-se levar em conta que a regra da correlação entre acusação e sentença advém duma imposição do contraditório, o qual busca assegurar o direito de informação e participação das partes como fator legitimador dos pronunciamentos jurisdicionais. Desta forma, sempre será necessário o aditamento da peça processual acusatória, nos termos do art. 384 do CPP, quando surgir, no curso da instrução, um novo delineamento fático não contido na inicial. Portanto, a regra da correlação exige que haja identidade entre o fato imputado e o fato constante na sentença, não entrando nessa exigência o tipo penal invocado pela acusação.

Por derradeiro, é necessário ressaltar que, assim como a sentença não pode conter algo que não foi objeto da imputação, ao menos que seja introduzida no processo através da *mutatio libelli*, também não poderá o magistrado deixar de pronunciar-se sobre algum aspecto fático que tenha sido imputado ao réu pela acusação.

Assim, conforme preleciona Badaró (2013, p.123), a regra da correlação entre acusação e sentença impõe que a sentença julgue somente o que foi objeto da imputação, mas

também tudo o que foi objeto da imputação. Logo, a sentença deve esgotar o conteúdo da pretensão, resolvendo-a totalmente, e nada resolvendo que esteja fora da mesma.

2. CONFRONTANDO A *EMENDATIO LIBELLI* COM O ENTENDIMENTO HERMENÊUTICO NO QUAL NÃO SE SEPARA FATOS DO DIREITO.

Neste capítulo procuraremos demonstrar que o atual formato da *emendatio libelli* se assenta no modo de operar da hermenêutica tradicional, mormente no método silogístico de aplicação do Direito. Assim, com o objetivo de contestar esse entendimento acerca do que consiste a hermenêutica jurídica, demonstraremos que os tipos penais incriminadores, sejam aqueles que contêm elementos fechados ou abertos, exigem a mediação interpretativa do intérprete, porquanto os enunciados normativos não contêm termos unívocos, mas sim palavras (símbolos linguísticos) que podem ter vários sentidos (ALVES JUNIOR, 2010, p. 76).

2.1 A Hermenêutica Jurídica e o problema da concretização do Direito

É cediço que o direito positivado no enunciado normativo (texto jurídico) não prevê antecipadamente todos os problemas que podem surgir do meio social. As disputas diuturnas da sociedade podem apresentar situações inéditas, o qual não se resolve com a simples aplicação subsuntiva da regra legal ao caso concreto. Assim, existem casos que exigiram uma resposta inovadora do Poder Judiciário. É exatamente sobre essa problemática de concretização do enunciado normativo abstrato aos problemas singulares da vida que se debruça a Hermenêutica Jurídica.

Note-se que o problema ocorre no momento de concretização do preceito normativo, porquanto não há uma correspondência clara entre o que foi previsto na regra legal e o caso fático. Assim, o intérprete deve resolver o problema da distância existente entre a generalidade do enunciado normativo e a singularidade do caso concreto, ou seja, “a antinomia entre o abstrato e o concreto” (COELHO, 2001, p. 47-51).

Reconhece-se que essa generalidade é característica necessária da lei escrita, uma vez que não há possibilidade do legislador antever todas as situações do mundo real, razão pela qual o enunciado normativo é previsto de forma genérica e abstrata. A situação é ainda mais tormentosa quando se trata de enunciados normativos abertos, que segundo Roberto Freitas Filho consiste em “conceitos jurídicos indeterminados no intuito de permitir a aplicação a situações que se modificam de acordo com a dinâmica de uma sociedade complexa” (2009, p. 19).

Assim, interpretar o enunciado normativo é tarefa necessária, pois sempre há margem de interpretação. Isso porque, as palavras da lei somente revelam seu significado a partir de sua aplicação, que já sempre ocorre em face de um mundo concreto. Logo, as palavras só têm sentido a partir de um contexto, e disso decorre o caráter alográfico do direito, como diz Eros Roberto Grau (2006, p. 30).

Segundo o magistério do eminente jurista Lenio Streck (2014, p. 14) a tese de que o direito estava contido na lei, de forma pronta e acabada, foi construção do positivismo exegético. Logo, acreditava-se que o texto era a própria norma, sendo que o processo de concretização do Direito seria resolvido pelo método subsuntivo, no sentido de que a lei deveria ser apenas acoplada ao caso concreto. Entretanto, nasce a consciência de que existe diferença entre o texto jurídico (conceito legal) e a norma (o sentido expresso pela lei em face de um caso concreto). Em verdade, constatou-se que a norma (sentido do texto) está apenas parcialmente preexistente no texto ou enunciada normativo.

Assim quando o intérprete realiza a interpretação do texto jurídico ele também já estará o aplicando ao caso concreto. Nessa operação de interpretação/aplicação o julgador atribui sentido a regra legal, e a partir daí delimita os fatos juridicamente importantes.

Portanto, quando o juiz realiza a interpretação, ele parte do texto até a criação da norma a qual resolverá o caso concreto, firmando o sentido ou significado do Direito para aquela singular situação fática. Eros Roberto Grau argumenta que o enunciado normativo não é completo, passando a sê-lo somente quando é aplicado a um acontecimento concreto, momento o qual se realiza a concretização do Direito (2006, p. 30).

Contudo, o pensamento dogmático de aplicação do direito ainda está atrelado ao modelo positivista-normativista, que tem na lei escrita o ideal máximo de justiça, por meio da qual se busca o maior grau possível de certeza, ancorado, primordialmente, na aplicação dedutivista da lei aos fatos.

Esse modo de aplicar o Direito consiste na operação de enquadramento do fato concreto deduzido em juízo a previsão legal, de forma simples e pretensamente lógica, se aproximando quase dum esquema matemático. O Direito toma essa feição no final do século XVIII, sob influência do pensamento iluminista, que buscava extinguir qualquer forma de arbítrio por parte dos magistrados, elevando a lei escrita a categoria de dado inquestionável.

De forma ímpar, Castanheira Neves (1967, p.108) resume a questão da seguinte forma:

“E o que se pretendia era, sem dúvida, destes postulados políticos-jurídicos: a exclusiva titularidade do direito pelo Estado, pelo poder legislativo, segundo o princípio revolucionário e parlamentar da “separação dos poderes”; e a total exclusão do poder criador de direito por parte da função judicial”.

Como resultado dessa crença a prática forense distingue no momento de concretização da regra legal o que é fato, e o que se apresenta como direito. Assim, no momento de analisar o caso, fatos são simplesmente separados do Direito, sem nenhuma complicação, como no caso do exame pelas Cortes de Sobreposição dos Recursos Especiais (art. 105, III, “a”, da Constituição Federal) e Recursos Extraordinários (art. 102, III, “a” da Constituição Federal), na qual é feita uma análise meramente jurídica da decisão recorrida, excluindo-se do exame as questões fáticas, como se isso fosse possível.

A súmula 7^o do Superior Tribunal de Justiça⁸ consagra a crença da separação de questões de fato e de direito. No entanto, ao fazerem essa separação, os Tribunais Superiores criam um imbróglio hermenêutico, porquanto certas causas são enquadradas em entendimentos dessa corte, sem nenhuma preocupação com as particularidades e especificidade fáticas de cada caso concreto. Assim há a reprodução de teses jurídicas os quais estão desvinculadas de seu contexto fático original, situação que leva a sua aplicação a processos nos quais as circunstâncias fáticas possuem peculiaridades próprias e únicas.

Essa situação converte o Direito em mera abstração, desvinculada dos problemas reais da vida, cuja aplicação se opera mediante um sistema legal fechado em si mesmo, na qual seus agentes são treinados para conhecer a lei escrita, tornando pouco relevante o exame apurado dos fatos.

Sintetizando o estado da dogmática jurídica, Ovídio Baptista da Silva (2004, p. 36) afirma que:

“A busca de segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino universitário suprimissem o estudo de “casos”, preocupando-

⁸Súmula 7 do STJ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a “norma”, com eliminação do “fato”. A separação entre “direito” e “fato”, inspirada nos dois mundo kantianos, o mundo do ser e do dever ser, que deita raízes no racionalismo filosófico do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ciência da compreensão, exista no “fato”, hermeneuticamente interpretado”.

E para arrematar a crítica, Ovídio Baptista (2004, p. 302) afirma que a sustentação do atual pensamento dogmático advém da:

“alienação dos juristas, a criação do "mundo jurídico" - lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores - impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre “fato” e “direito””.

2.2 Hermenêutica e Tipos Penais

Analisando a interpretação da lei penal, Carlos Maximiliano relata que deve ser interpretada como qualquer outra lei, segundo “os vários processos de Hermenêutica”, desde que não se amplie o “catálogo de crimes”, pois só ao legislador cabe tal tarefa (2000, p. 320-322).

Segundo Néelson Hungria os normas penais tem a característica peculiar de se aterem a legalidade estrita, consistente numa rigidez que delimita com certo grau de precisão quais condutas são penalmente relevantes. Assim, o que não é proibido pela lei penal será um indiferente penal (1955, p. 11-12).

Na seara penal o princípio da legalidade impõe que certa conduta somente será punida penalmente, caso haja prévia norma legal proibindo o comportamento humano contrário aos interesses da sociedade. E não é só, a lei deve estatuir a conduta que visa proibir, de forma clara, possibilitando que o indivíduo consiga de antemão determinar qual a abrangência do preceito primário da lei penal.

O Direito Penal corporaliza sua legalidade primordialmente através de enunciados normativos incriminadores que definem hipóteses fáticas puníveis com sanções. Tais enunciados incriminadores são chamados usualmente de tipos penais (*Tatbestand*), e traz em seu bojo a descrição dos elementos materiais do delito. Trata-se de um método que busca

limitar o arbítrio dos governantes através da exigência de prévia estipulação do que venha ser as condutas criminosas (LUIZI, 1987, p. 13-15).

Assim, a legalidade penal se baseia na técnica de descrição de condutas reprováveis em enunciados normativos precisos, assegurando ao indivíduo um grau de previsibilidade dos fatos puníveis como crime (GOMES, 2008, p. 7). Essa exigência impõe que os enunciados normativos sejam claros e determinados, o qual deve especificar a conduta considerada criminosa, delimitando a fronteira do que é típico e atípico.

Percebemos que do princípio da legalidade decorre a exigência de que os tipos penais sejam determinados, ou seja, taxativos. Tal princípio é dirigido ao legislador, o qual tem o dever de criar figuras incriminadoras de forma clara e precisa, não podendo valer-se de expressões ambíguas, equívocas ou vagas (LUIZI, 2003, p. 24).

A determinação taxativa do tipo penal é garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, restringindo a discricionariedade no julgamento do caso concreto (LUIZI, 2003, p. 25). Ora de que adiantaria a exigência da lei ser anterior se não houvesse clareza significativa, possibilitadora da compreensão de quais situações fáticas incide as proibições do Direito Penal.

Portanto, no Direito Penal, a interpretação realizada pelo intérprete deve pautar-se pela contenção, limitando o alcance do poder punitivo estatal. Por isso há certa demanda de se criarem enunciados normativos penais fechados, com conceitos delimitados o qual não deem espaço para discricionariedades do julgador.

Segundo Roberto Freitas Filho, a diferença entre os enunciados abertos e fechados é que neste há a possibilidade de utilizar-se do silogismo, pois há palavras descritivas, enquanto que naquele há somente palavras valorativas, avaliatórias (2009, p. 265).

Segundo Luciano Santos Lopes, no enunciado normativo penal são encontrados elementos objetivos “que são meramente descritivos, há clareza e simplicidade no conceito”, no entanto, também são encontrados elementos, com “estruturas típicas que precisam ser especialmente interpretadas para terem sentido pleno. Não são compreendidas pela mera percepção descritiva/ontológica do objeto”. E mais, o tipo descritivo necessita de elementos com “carga axiológica”, pois “o tipo penal deve ir além da mera descrição de condutas proibidas, valorando-as também”, revelando a proibição almejada pela lei (2010, p. 66-69).

Se seguirmos essa linha de ideias, concluiremos que o problema da interpretação tem seu ápice apenas na aplicação de enunciados normativos abertos, uma vez que quando o intérprete se depara com enunciados fechados, ele utiliza a técnica da simples subsunção direta, enquanto que nos abertos deve haver um esforço hermenêutico que muitas vezes enseja a discricionariedade judicial.

Contudo, conforme preleciona Lenio Streck as palavras da lei não contêm um “sentido em si”, não sendo possível a norma legal antecipar os diversos sentidos que exsurtem da multiplicidade de casos concretos (2014, p. 06). Assim, mesmo que se trate de tipo penal composto precipuamente por elementos objetivos, possuidores de conceitos determinados e delimitado, urge reconhecer que as expressões jurídicas (como no caso dos verbos nucleares integrantes dos tipos penais) não conseguem abranger de antemão as diferentes possibilidades fáticas que irrompem do mundo da vida, reveladoras de situações peculiares e únicas.

Destarte, percebe-se que as expressões linguísticas presentes nas leis não exprimem com clareza qual extensão da realidade cobrem, de modo que a construção no âmbito das leis de descrições conceituais rigorosas não elimina a dificuldade em precisar quais casos concretos se enquadram às hipóteses legislativas.

Assim, por mais que o tipo penal contenha elementos objetivos que delimitem com certa precisão seu espectro de incidência, não é possível uma eliminação absoluta da imprecisão das palavras, havendo situações no qual subsiste uma *zona de penumbra*, conforme ensinamentos de Genaro R. Carrió.

O professor Genaro Carrió (apud LIMA, 2010, p. 17) nos ensina que certos acontecimentos do mundo estão situados em zonas de obscuridade, uma vez que não é possível definir se alguma norma jurídica incide sobre eles. Isso acontece porque as palavras que usamos para descrever (compreender) os eventos da vida carecem de determinação rígida sobre seus limites de incidência. Desta forma, por mais consolidado que pareça o uso das expressões jurídicas, sempre haverá situações fáticas que suscitaram dúvida quanto a suas hipóteses de aplicação.

Assim, o professor argentino tem chamado de *zona de penumbra*, os casos concretos que não estão claramente incluídos na área de significação central das palavras de uma regra legal, mas também não está claramente excluídos dela.

Nessas situações, o caso fático não está claramente incluído, nem claramente excluído pelo significado “descoberto” ou “atribuído” as palavras da lei. Trata-se de uma situação em que o intérprete realizou completamente a operação cognoscitiva, mas ainda persiste dúvida sobre o exato alcance do espectro de incidência da regra legal. A perplexidade não deriva da falta de certeza acerca dos fatos, mas de imprecisão quanto ao significado efetivo da regra em relação àqueles fatos.

A hermenêutica contemporânea reconhece que o problema da indeterminação do sentido expresso pelas palavras da lei se apresenta como questão central da ciência jurídica. Em verdade, a complexidade das situações fáticas extravasa os conceitos da dogmática jurídica, de modo que sempre haverá situações da vida que ficarão em zonas “cinzentas”, no qual não se poderá estabelecer precisamente quais os limites e alcance da norma legal, que oscilará conforme a singularidade de cada caso concreto. Assim, conforme nos ensina Genaro R. Carrió (apud LIMA, 2010, p. 25), não se pode negar que, as fórmulas verbais são claramente aplicáveis a alguns supostos de fato, claramente inaplicáveis a outros e duvidosamente aplicáveis a casos atípicos, anômalos ou marginais. Assim, entre as áreas dos casos claros e a dos inequivocamente excluídos, estende-se situações localizadas numa imprecisa zona de fronteiras, não suscetíveis de deslinde. Tais casos reclamarão, a seu momento, autênticas decisões (e não simples deduções). Logo, uma vez consolidadas, esses pronunciamentos judiciais aportarão uma resposta jurídica clara a uma situação da vida que, até então, carecia dela.

Destarte, conforme o magistério de Eros Grau (2006, p. 74) a lei escrita só é clara após ter sido interpretada, porquanto a clareza de uma lei, que nunca se encontra isolada do contexto fático, somente se revela a partir de sua aplicação, ou seja, de sua concreção ao caso concreto. Assim o mesmo texto jurídico é claro ou dúbio segundo os contextos concretos o qual incidirá.

Da mesma forma se posiciona Friedrich Müller (2000, p. 61-62) ao dizer que:

“uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer ‘clara’ ou mesmo ‘unívoca’ no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deva ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente ‘destituída de clareza’. Isso se evidencia sempre somente na tentativa de concretização. Nela não se ‘aplica’ algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas a norma jurídica não está pronta nem ‘substancialmente’ concluída”.

Outrossim, Nilo Batista assevera que a lei é inegavelmente interpretada, pois impossível que tenha uma precisão absoluta e exaustiva diante da complexidade do mundo moderno. Logo, a atividade de interpretar na prática judiciária é necessária diante da singularidade dos casos que surgem no dia-a-dia, o qual não é resolvido pela simples “subsunção” do texto normativo ao caso concreto (1984, p. 292).

Da mesma forma, Antônio C. Castanheira Neves observa que, o texto solto nada mais é que um amontoado de palavras, um jogo linguístico. Assim, o enunciado normativo somente ganha vida quando aplicado ao caso concreto, quando o intérprete realiza o direito e, para tanto, o adapta à realidade atual (2003, p. 190-195).

Conforme afirma Lenio Streck (2014, p. 12) é o caso concreto que definirá o sentido de uma determinada lei, porquanto os sentidos jurídicos que emergem do texto legal exsurtem a partir da concretude, enfim, das situações de aplicação (*applicatio*), mas isto não significa que não haja algo antes do caso concreto.

Destarte, Streck (2014, p. 12) afirma que as palavras exprimem um sentido mínimo, naquilo que chamamos de “dogmática”, consistente em conceitos que nos auxiliam a compreender os institutos jurídicos. Entretanto, as expressões jurídicas não dão conta do caos que é a realidade, de modo que embora precisemos do núcleo semântico das palavras para iniciar o processo de compreensão, elas não possuem aptidão de abarcar antecipadamente as respostas que teremos que dar a cada situação fática. Contextualizando, o eminente jurista expõe o seguinte:

“Minimamente, todos nós sabemos o que é “legítima defesa”. Todavia, não podemos imaginar as múltiplas possibilidades em que se dá a legítima defesa. Ou seja, concluímos disso que o legislador não trata das legítimas defesas, mas, sim, de um conteúdo “dogmático” de legítima defesa, que busca servir de bússola para as hipóteses aplicativas. É fundamental que entendamos isso. Do texto exsurtem normas, pois. Afinal, a norma é sempre o resultado da aplicação do texto. No fundo, é aquilo que Gadamer chama de Sinngebung (dar sentido)”.

Contudo, deve-se acentuar que a necessária intermediação hermenêutica feita pelo magistrado entre a regra legal abstrata e o caso concreto não pode dar lugar ao solipsismo do intérprete, numa clara aposta ao protagonismo judicial, no qual o juiz julga com base em

critérios não jurídicos, a partir de uma discricionariedade ensejada ou possibilitada pelas vaguezas e ambiguidades dos textos normativos.

2.3 O equívoco hermenêutico em separar Fatos do Direito

Apesar do entendimento a respeito da *emendatio libelli* encontrar-se pacificada na doutrina, assim como na atividade pretoriana, o que se tem vislumbrado na maioria das análises é mera reprodução de comentários e julgados que revelam uma falta de profundidade teórica na forma de aplicação do instituto processual.

Contudo, cumpre registrar que existe um crescente apelo pela releitura crítica da *emendatio libelli*, no qual se realiza análise para além dos limites da legalidade estrita. Assim, diversas correntes de pensamento têm buscado oferecer melhores formas de aplicação do instituto processual previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal, dando-lhe um formato que o coadune com os parâmetros constitucionais, assim como pelos avanços teóricos da hermenêutica contemporânea.

A forma como é aplicado a *emendatio libelli* evidencia como o pensamento jurídico brasileiro ainda continua vinculado ao modelo clássico de hermenêutica, na qual a realização do Direito se prende à lógica silogística como método de aplicação da lei. Portanto, no processo de concretização do Direito ao caso concreto, acredita-se que a questão de direito (premissa maior) deve apenas ser sobreposta à questão de fato (premissa menor), sem maiores dificuldades.

Conforme foi exposto acerca da *emendatio libelli*, a capitulação típica dada aos fatos pela acusação na peça inaugural não vincula o órgão julgador, que, entendendo que a definição jurídica apontada na inicial acusatória está equivocada ou errada, pode dar outra tipificação ao fato imputado e provado, ainda que tenha de aplicar sanção penal mais gravosa. Observe-se que, nesse caso, a instrução processual não revela nenhum aspecto fático inédito, que não esteja contido na imputação. Por conseguinte, há perfeita identidade entre o fato narrado e o efetivamente provado, modificando-se apenas a qualificação jurídica dada ao substrato fático analisado no processo.

Consoante a doutrina e jurisprudência, no processo penal brasileiro vigora a premissa segundo o qual o magistrado conhece do direito (*jura novit cúria*) e deve declará-lo ao caso concreto submetido a sua apreciação. Logo, convencionou-se que o sujeito passivo da relação

processual penal defende-se apenas dos fatos a ele imputado na peça acusatória, não tendo relevância para sua defesa a capitulação jurídico-legal.

O argumento de que o réu se defende somente da narrativa fática lhe imputada, não entrando na esfera defensiva as questões de direito, provém da intitulada teoria da consubstanciação, o qual é invocado pela doutrina para justificar a aplicação literal do artigo 383 do Código de Processo Penal (AVENA, 2014, p. 2982-2983).

Logo, se a atividade do juiz orienta-se pela premissa de que o réu se defende dos fatos, não tendo relevância a qualificação jurídica proposta pelo acusador, fica fácil perceber que nossa tradição hermenêutica acredita ser possível a perfeita distinção entre a atividade de delimitar os fatos e aquela de lhes qualificar juridicamente. Assim, exaurida a instrução probatória, comprovado os fatos, presume-se não haver qualquer problema ou prejuízo à defesa do réu a circunstância do magistrado atribuir aos fatos classificação jurídica diversa da indicada na inicial acusatória. Destarte, há uma crença quase inabalável de que o magistrado apenas confere aos fatos - que seriam trazidos “puros” pelas partes processuais - a correta qualificação jurídica, sem que isso deturpe a dialética de teses travada durante todo o processo entre acusação e defesa.

Conforme adverte Badaró (2013, p. 104), deve-se ter em conta que, sendo a imputação a atribuição de um fato penalmente relevante a alguém, ela exige não só a atribuição do fato, mas também que esse fato esteja juridicamente qualificado de acordo com os tipos penais existentes na legislação penal. Logo, a atribuição de um fato concreto ao réu precisa estar enquadrada num determinado tipo penal que coloque o fato natural no âmbito da tipicidade, tornando-o penalmente relevante.

Se levarmos em conta essa constatação, forçoso reconhecer que haverá certa dificuldade em sustentar, hermeneuticamente, a tese da separação de juízos quanto às questões de fato e de direito. Por isso têm surgido teses que buscam analisar a concretização do Direito de outra forma, se contrapondo a atual dogmática jurídica, rejeitando a premissa na qual a decisão judicial penal consiste em mera subsunção da lei aos fatos.

Destarte, dificilmente se conseguirá uma clara separação entre fato e direito, porque ambos se interpenetram: do fato se origina o direito, assim como somente a partir da linguagem jurídica os fatos adentram no mundo jurídico. Portanto, raramente num processo há tão somente fatos puros ou normas jurídicas puras, porquanto o direito é concretizado a

partir da valoração de fatos, que ao serem selecionados na realidade fática, ingressando assim no mundo jurídico, acabam por adquirirem status de juridicidade, tornando-se fatos jurídicos.

Em verdade, quando se cuida de qualificação jurídica dos fatos, a matéria de “fato” inevitavelmente se confunde com a de “direito”. Logo, a distinção entre “juízo de fato” e “juízo de direito” mostra-se intensamente controvertida, principalmente em face da envergadura que se pretende imprimir ao Direito, mormente pela ótica da hermenêutica.

Assim, quando se submete certa matéria fática a apreciação jurisdicional, o mais certo é que o Direito invocado em relação àqueles fatos revele-se qualitativa e materialmente análogos entre si, visto que, por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita ou compreendida através das expressões da ordem jurídica. Destarte, no mundo jurídico um acontecimento fático somente pode ser considerado “existente”, caso seja apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica. (LARENZ, 1997, p. 295-296)

Logo, se percebe que, muitas vezes, a “seleção” da situação de fato exige tal profundidade compreensiva, que, ao final de sua delimitação da realidade total, também já se realizou certa apreciação jurídica. Nesse sentido caminha a lição do processualista José Carlos Barbosa Moreira (1980, p. 235), o qual defende que quando se averigua à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento do fato em determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito. Isso porque, para se negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei, pois o juiz deve delinear os contornos e abrangência da regra legal para poder determinar até onde se estende o sentido e o alcance da regra de direito. Portanto, dizer que determinada norma legal abrange ou não certo acontecimento é, portanto, interpretá-la e concomitantemente aplicá-la.

Com efeito, percebe-se um imperativo que necessita ser solucionado em qualquer processo judicial, qual seja a tensão entre o texto jurídico positivado e seu exato sentido em face da situação concreta. Assim, o processo de concretização do Direito perpassa necessariamente pela mensuração do sentido a ser atribuído ao texto jurídico ou enunciado normativo e sua precisa abrangência sobre o mundo fático.

Destarte, se confrontarmos a *emendatio libelli* com o entendimento hermenêutico mais balizado, facilmente perceberemos que não há como cindir fatos dum lado e direito do outro, uma vez que a própria noção do que é um fato, penalmente relevante, é dada pela lei (tipo penal) ao descrever uma conduta como delituosa.

Assim, a separação entre fatos e Direito no processo penal se torna ainda mais controvertida uma vez que, a acusação somente imputa certo acontecimento fático ao acusado, caso julgue que esses fatos se enquadrem na hipótese abstrata do tipo penal.

Suponhamos a situação de alguém ser acusado pela prática de certa conduta, considerada criminosa pela acusação, e, em vez de negar os fatos, a defesa demonstra que, por mais que o réu tenha realizado os fatos imputados, tal conduta não é típica, porquanto existe dúvida se realmente ficou configurado algum elemento ou circunstância especial do tipo penal.

Assim, não há dúvida sobre a ocorrência ou prova dos fatos imputados ao acusado, mas não há certeza se o sentido abstraído das palavras contidas na norma penal abrange a conduta praticada pelo acusado. Logo, haverá tanto teses que buscam ampliar o espectro de incidência do tipo penal (acusação), como as que buscam restringi-la (defesa).

Portanto, nestes casos, pode o juiz chegar à conclusão que não houve uma adequação perfeita entre a conduta praticada pelo acusado e o modelo abstrato da norma penal. Logo, nessa hipótese, o réu não está se defendendo apenas de fatos, mas também de sua qualificação jurídica. Em verdade, estará se defendendo dos fatos na forma como foram tipificados pela acusação, ou seja, ele não se defende de fatos “puros”, mas da correspondência entre os fatos que lhe foram imputados com o tipo penal indicado pela acusação.

Uma explicação possível para a tese que sustenta que o réu se defende apenas dos fatos está assentada na constatação na qual os fatos é o que se busca provar no processo, sendo por isso mesmo mais importante que as normas jurídicas invocadas para justificar a intervenção judicial.

Assim, a distinção entre fatos e Direito estaria na separação de juízos feitos pelo magistrado, na qual as questões de fato são julgadas pelo juiz com base nas alegações das partes e na instrução probatória, enquanto que as questões de direito são resolvidas sem a necessidade dum exame apurado dos elementos fáticos do caso em análise.

Daí percebe-se que a tese que separa fatos do direito se apoia na crença que as partes no processo têm como objetivo fulcral a prova dos fatos, não tendo qualquer importância a tese jurídica que trazem para embasar seu interesse, visto que ao órgão jurisdicional é dado conhecer o Direito. Logo, com base nessas premissas acredita-se que os argumentos jurídicos

apresentados pelas partes não influenciam a forma como o juiz ira decidir e fundamentar a sentença.

Mas, incorre em odiosa simplificação quem acredita na separação entre constatação de fatos e a apreciação jurídica dos fatos, uma vez que somente se pergunta pelos fatos no Direito devido à necessidade de se perquirir se há alguma importância jurídica que se possa extrair do substrato fático analisado. Logo, falar que fatos são avaliados sem levar-se em conta o ordenamento jurídico significa desconsiderar todos os avanços obtidos pela hermenêutica jurídica. Destarte, a apreensão do fato pelo magistrado já implica certa apreciação jurídica, porquanto o fato não pode existir, juridicamente, caso não lhe seja atribuído algum valor jurídico.

Mesmo se admitindo que os fatos possuam mais importância para o processo penal do que os tipos penais, uma vez que a fase processual busca primordialmente provar os fatos imputados ao réu, forçoso reconhecer que para se identificar os fatos penalmente relevantes, isolando-os do mundo da vida com as características que têm importância para a aplicação das normas penais, carece-se do *Tatbestand* hipotético dos tipos penais. Neste sentido Néviton Guedes (2014, ONLINE):

(...) o jurista apenas pode aproximar-se juridicamente dos fatos a partir da classificação ou descrição jurídica que, certo ou errado, entenda por bem imputar-lhes. No mundo do direito, não há possibilidade de conhecer fatos — distingui-los da realidade total — sem a intermediação das normas jurídicas, como também não há possibilidade de conhecer as normas — distingui-las da ordem jurídica total — sem a intermediação dos fatos antecipados como importantes à nossa decisão. Um concorre para a distinção cognoscitiva do outro.

Portanto, quando a decisão judicial confere aos fatos certa capitulação legal, chega-se a conclusão que esses fatos já fazem parte do mundo jurídico, porquanto adquiriram significado jurídico em virtude de terem auferido uma qualificação jurídica. Destarte, conforme preciosa colocação de Ovídio Baptista da Silva (2007, p. 272):

“o que se busca no processo é o significado a ser atribuído aos fatos. O juiz não labora com a simples descrição empírica dos fatos. Ele deve interpretar tanto a norma legal quanto atribuir aos fatos significados que haverão de ser qualificados como jurídicos”.

Contudo, conforme salientado acima, o sentido normativo da lei somente é identificado quando consideramos também o substrato fático do caso concreto, uma vez que

os fatos influenciam no sentido atribuído a normas legais. Isso porque, a lei escrita se mantém estática, enquanto o conteúdo fático possui diversas nuances.

Com efeito, qualquer submissão de fatos concretos a normas jurídicas se depara com o imbróglio de que as normas se apresentam, em regra, com considerável grau de abstração e generalidade, contendo poucos caracteres distintivos, enquanto os fatos são individuais e concretos, relevando-se de forma particular e com marcas distintivas que os podem separar com facilidade dos outros acontecimentos fáticos.

Assim, nesta operação de reconhecer ou reputar certo fato como típico, é certo que o magistrado seleciona a norma a partir do fato colhido na realidade, mas da mesma forma, o fato somente é considerado penalmente relevante porque se opera uma prévia antecipação da norma penal que o interprete pretende aplicar aqueles fatos.

Com efeito, na preciosa colocação de João de Oliveira Filho (1954, p. 501) "Quase sempre os elementos "fato" (ocorrência material) e "direito" (norma aplicável) se entrelaçam sutil e imperceptivelmente, embaraçando o intérprete". Deste modo, forçoso reconhecer certa dificuldade em separar fatos do direito de forma clara e precisa, pois o juízo feito pelo magistrado a respeito dos fatos e do Direito é unitário, sendo que o resultado desse juízo realizado pelo julgador será a norma a ser aplicada ao caso concreto.

Logo, tal cisão pode levar a certos equívocos no momento de concretização do Direito. Lenio Streck assim resume a desídia "não há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato ou em sentido inverso, há, sim, uma interdependência de tais questões, possibilitadora da ambicionada compreensão" (2011, p. 275).

Destarte, o texto jurídico (tipos penais) incide sobre fatos, logo fato jurídico não é senão o fato sobre o qual se afirma a incidência de uma norma jurídica. Portanto, a defesa pode caminhar no sentido de demonstrar que a conduta praticada pelo réu não está abrangida pelo espectro de incidência da norma penal apontada pela acusação na inicial acusatória.

Assim, inviável a atual configuração da *emendatio libelli*, porquanto se assenta no entendimento de que, no processo penal condenatório, o réu defende-se apenas do substrato fático imputado, não sendo relevante a qualificação jurídica atribuída aos fatos.

Destarte, com base nesse equívoco hermenêutico se legitima o argumento da desnecessidade de abertura de vista às partes para que se pronunciem a respeito da aplicação

da *emendatio libelli*. Essa justificativa se soma ao argumento de que o contraditório e a ampla defesa não são violados, ante a inocorrência de alteração do fato constante na inicial acusatória.

Entretanto, diante da nova ordem constitucional, não se aceita qualquer processo, mas somente o devido processo legal, na qual não há espaço para desrespeitos aos direitos e garantias constitucionais do acusado. Assim, quando a legislação processual penal não for suficiente para assegurar o devido processo, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa deverão ser aplicados, mediante controle difuso de constitucionalidade, para suprir lacunas que possam prejudicar as partes, mormente a defesa.

Portanto, se quisermos um processo penal compatível com a Constituição, e inspirado na ideia de processo como instrumento de participação política, o contraditório deve guiar o processo, e assim garantir as partes possibilidade de influenciar o conteúdo da sentença. Diante dessa nova conformação do contraditório, surge a problemática de se condenar o réu com base em norma diversa da apontada na petição inicial acusatória (*Emendatio Libelli*), sem lhe dar a necessária oportunidade para se manifestar sobre a nova qualificação jurídica dada aos fatos, ocasionando o fenômeno da sentença surpresa.

3. PROCESSO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO: CONFRONTANDO A *EMENDATIO LIBELLI* COM A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

Nesse capítulo faremos uma análise sobre o sistema processual penal adotado pela nossa Constituição Federal, assim como delinearemos os contornos do que se convencionou chamar de processo penal constitucional. A partir desses pressupostos confrontaremos o instituto processual previsto no art. 383 do CPP com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Por derradeiro faremos uma análise sobre o conteúdo do contraditório, objetivando verificar se ele diz respeito apenas às questões de fato, ou também, se há exigência dele nas questões de direito, e de como a ampliação ou restrição desse conteúdo influencia o direito de defesa.

3.1 Os Sistemas Processuais Penais: O sistema adotado pela Constituição Federal.

Historicamente, são reconhecidos dois modelos de processo penal, que identificam qual a matriz seguida por determinado Estado para orientar a aplicação do Direito Penal, são eles o sistema inquisitório e o sistema acusatório.

Há também autores que afirmam existir um terceiro modelo de sistema processual penal: um sistema misto, que reuniria características de ambos os sistemas inquisitório e acusatório. (NUCCI, 2014, p. 235).

Esses autores acreditam inexistem, contemporaneamente, sistemas processuais puros (inquisitórios ou acusatórios), existindo somente sistemas mistos, na qual se observam características dos dois modelos processuais penais.

Apenas a título de observação sobre o tema, Aury Lopes Jr. (2014, p. 165) e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2000, p. 5), não reconhecem a existência de um "sistema misto", porquanto afirmam que os sistemas acusatórios e inquisitórios são tipos históricos, que em suas formas puras, são inexistentes nos dias atuais. Entretanto, acreditam que mesmo que não haja nenhum sistema “puro”, é necessário identificar o princípio informador de cada sistema processual para classificá-los em acusatório ou inquisitivo.

De fato, e isso será abordado quando da análise do modelo processual penal adotado no Brasil, é necessário admitir que exista sistemas processuais penais no qual predominam

certas características de um sistema, mas que contêm disposições que fogem ao princípio informador de tal sistema.

Assim, se partimos do pressuposto que cada Estado adere a algum sistema processual penal, isso significa reconhecer que o conjunto das regras processuais penais será regido por um princípio unificador e informador de todo o sistema. Esse princípio revelará a essência das regras que regulamentam precipuamente o processo penal.

Nessa linha de raciocínio forçoso delinear os contornos de cada sistema processual. Assim, o princípio informador do sistema inquisitório é o inquisitivo, na qual inexistente a concepção de partes processuais (acusação e defesa), porquanto as funções de investigar, acusar e julgar são atribuídas ao julgador (inquisidor). Assim, se o único sujeito processual é o juiz, facilmente perceberemos que a ele caberá gerir e produzir a prova, objetivando, segundo essa forma de processo, alcançar a propalada "verdade material". Ademais, esse modo de aplicação do Direito Penal é pautado pela quase inexistência de contraditório.

Já no sistema acusatório, é o princípio acusatório que impera, no qual vigora a disposição de interesses pelas partes, quais sejam acusação e defesa, no qual se contrapõem em igualdades de posições sob o olhar dum terceiro desinteressado (juiz), que se sobrepõe a ambos. Nesse modelo de processo há uma nítida separação das funções de acusar, defender e julgar. A gestão da prova é responsabilidade entregue as partes, restando ao magistrado à mera posição de espectador da atividade probatória, porquanto não possui qualquer iniciativa probatória.

Verifica-se que a gestão da prova é a característica diferenciadora dos regramentos processuais penais. Desse modo, todos os demais elementos dos sistemas inquisitórios e acusatórios são marginais em relação à atribuição ao julgador da gestão e produção da prova. Por isso há certo consenso que a gestão da prova venha a ser a "régua" para a delimitação da natureza de um sistema processual penal.

Ademais, o sistema inquisitivo é regido pelo sigilo, na qual não há contraditório, nem ampla defesa, sendo o acusado mero objeto do processo e não sujeito de direito. O sistema probatório vem a ser da prova tarifada, ou prova legal, sendo a tortura, inclusive, admitida, e a confissão do acusado sendo o meio de prova por excelência para se alcançar a "verdade real".

Em contraposição, o sistema acusatório apresenta as características de maior publicidade dos atos processuais. Ademais, o princípio da presunção de inocência informa o

processo, se admitindo a restrição de liberdade do acusado como última medida acautelatória. O sistema de provas vigente é o do livre convencimento motivado, na qual o julgador aprecia livremente a prova produzida pelas partes, mas sem poder considerar provas que não adentraram no processo, assim como aquelas obtidas de forma ilícita. A inércia do magistrado é um requisito pelo qual se garante a imparcialidade do julgamento, pressuposto para se alcançar a justiça nas decisões. Para o processo ser tido como um sistema acusatório puro, necessária seria a total abstenção do julgador na gestão da atividade probatória, que ficaria com as partes e cujo ônus recairia sobre a acusação.

Feitas essas considerações, se buscará identificar quais as características do processo penal brasileiro. É notório que a maioria dos autores sobre processo penal afirma ser o sistema brasileiro acusatório, por duas principais razões: a separação das funções de acusar e julgar entre órgãos estatais diversos e as garantias fundamentais relativas ao processo penal inseridas na Constituição Federal.

Parte minoritária da doutrina considera o sistema processual penal brasileiro como um sistema misto, porquanto reconhecem que o regramento acerca da matéria processual penal contém, de um lado, normas de natureza acusatória, e, de outro, certas normas de feição inquisitorial. Essa corrente defende que a devido à existência de um momento inquisitorial (pré-processual, de investigação, o inquérito policial) e uma fase acusatória (a partir do recebimento denúncia, com o desenvolvimento do processo penal propriamente dito) seria a evidência do eclétismo de nosso sistema processual.

Convém observar que a Constituição Federal possui extenso rol de direitos e garantias fundamentais, no qual buscam indelevelmente limitar o poder punitivo do Estado. Assim, se atentarmos para o conteúdo do artigo 5º da Carta Magna, facilmente se percebe que o constituinte intentou adotar o modelo acusatório. Entretanto, não o fez de forma clara e rígida, não sendo, portanto, um sistema genuinamente acusatório, mas apenas tendencialmente puro (CHOUKR, 1999, p. 62-80; PRADO, 2006, p. 243).

Nesse contorno pretensamente acusatório do sistema processual penal brasileiro convém destacar o emblemático artigo 129º, inciso I da Constituição Federal⁹, o qual atribui ao Ministério Público a função institucional de acusar nas ações penais públicas, em clara

⁹ Art. 129 da Constituição Federal “São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

separação dessa e da função jurisdicional, assim como a previsão no art. 5º, inciso LIX¹⁰, que conferiu a ação penal privada subsidiária da pública assento constitucional.

Assim, fica evidente a pretensão da nossa Constituição Federal em adotar o sistema processual penal de natureza acusatória, privilegiando assim o devido processo legal, a separação das funções (estatais) de acusar e julgar, com pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, a maior publicidade dos atos processuais, entre outros aspectos característicos de um sistema de partes.

Por mais que o sistema acusatório vigente em nosso país não seja puro em sua totalidade, tendo em vista que ainda há resquícios do sistema inquisitorial em nosso sistema processual (mormente na fase preliminar ao processo judicial propriamente dito), convém registrar que o legislador tem buscado aprimorar o sistema acusatório, embora o faça com forte resistência de nossa doutrina e jurisprudência, os quais ainda estão presos a uma visão de processo pautado pela supremacia da jurisdição sobre as partes processuais.

A título de exemplo pode-se mencionar a nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal pela lei 11.690/08¹¹, que estabeleceu uma nova forma de inquirição de testemunhas. Enfim, pela nova redação, institucionalizou-se, pelo menos em parte, o tão propalado sistema acusatório. Portanto, um considerável avanço produzido pela legislação na busca por um autêntico processo de partes, no qual o magistrado atuaria somente complementarmente na produção da prova. Entretanto, o dispositivo não vem sendo cumprido pelos juízes, sob a benção dos Tribunais de Sobreposição.

Enfim, conforme foi demonstrado à saciedade, a *emendatio libelli* consiste na possibilidade do órgão jurisdicional atuar de ofício no momento da sentença, julgando o caso conforme entende conveniente, sem se prender ao juízo de tipificação realizado pela acusação, porquanto procede à condenação do acusado às penas de tipo penal diverso daquele inicialmente indicado pela acusação na denúncia ou queixa.

Diante dessa conformação dada ao instituto previsto no art. 383 do Código de Processo Penal, deve-se aferir se ele está adequado ao princípio acusatório (que como foi

¹⁰ Art. 5º, inciso LIX da Constituição Federal “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

¹¹ Art. 212 do CPP “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.

afirmado se apresenta como regra informadora do nosso modelo de processo penal), e os outros princípios decorrentes dele.

Nesta linha de raciocínio, imperioso verificar se a atual configuração da *emendatio libelli* está constitucionalmente adequada aos princípios do contraditório e da ampla defesa (os quais decorrem do princípio acusatório), uma vez que ambos também incidem sobre poder estatal de punir.

3.2 Processo Penal Constitucional

Sabe-se que em razão da supremacia da Constituição o texto constitucional tem prevalência em detrimento de dispositivos infraconstitucionais. Assim o respeito e adequação aos preceitos constitucionais passaram a ser condição de validade das normas infraconstitucionais. Em verdade, os mandamentos constitucionais informam todo o ordenamento jurídico, de modo que as leis somente serão válidas caso estejam de acordo com Constituição Federal, o qual é fonte precípua das normas do Estado.

No Direito Penal brasileiro, a Constituição Federal, de forma dirigente, estabelece garantias que busca regular e limitar a atuação punitiva do Estado. Assim, o legislador infraconstitucional deve obediência à Constituição Federal, tanto no aspecto formal como material, uma vez que prestam à realização dos fins constitucionais.

A lei, para ter validade, não basta ser formalmente constitucional, ela deve ser também substancialmente constitucional. O significado do enunciado normativo deve estar em conformidade ao estabelecido pela Carta Maior (GOMES, 2003, p. 26-27).

O contraditório e a ampla defesa além de terem assento constitucional, são tidos como princípios cardeais da persecução penal, sendo consectários lógicos do *due process of law*. Essas garantias processuais buscam assegurar aos acusados em geral o direito de participar do desenvolvimento processual, porquanto seu conteúdo normativo impede que alguém seja atingido por uma decisão judicial sem ter a possibilidade de influir na formação da sentença que atingirá sua posição jurídica.

Destarte, a Constituição de 1988 contemplou amplos direitos e garantias fundamentais ao acusado, dando caráter constitucional aos mais importantes direitos materiais e processuais àquele que figura na posição de réu, sendo que seus preceitos repercutem de

forma direta nas normas penais e processuais penais (fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional).

Assim, verifica-se certa tendência nas Constituições dos Estados Nacionais em veicularem garantias e princípios em matéria penal e processuais penais objetivando a defesa dos direitos individuais dos acusados (LUIZI, 2003, p. 12).

Com efeito, a doutrina nacional mais moderna busca adequar nosso processo criminal as garantias expressa pela Constituição, concebendo-lhe como instrumento de garantia aos direitos fundamentais do acusado, desiderato que se alicerça precipuamente no sistema acusatório. Essa concepção de processo tende a impor limites ao poder de punir do Estado, permitindo assim o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Logo, quando a liberdade do acusado estiver ameaçada pelo desenvolvimento do processo (exigência punitiva do Estado), há o imperativo de se oferecer amplas condições e oportunidade para o exercício dos direitos fundamentais, em especial do contraditório, com o escopo de impedir a efetivação do *jus puniendi*.

Portanto, o princípio da ampla defesa e do contraditório são garantias do indivíduo frente ao poder-dever do Estado em punir aqueles que infringem as normas penais incriminadoras. Assim são formas de se assegurar ao acusado a possibilidade de efetuar a mais completa defesa quanto à imputação que lhe foi atribuída.

Entretanto, conquanto as normas constitucionais possuam caráter eminentemente acusatório, nosso Código de Processo Penal vigente através de certos dispositivos caminham em sentido contrário, prevendo regras explicitamente inquisitoriais, como a autorização da atividade probatória de ofício pelo julgador e a dispensa do contraditório na aplicação de alguns institutos processuais.

3.3 A *Emendatio Libelli* diante dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa

A definição clássica do que venha ser o conteúdo do contraditório provém dos ensinamentos de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1937, p. 110), o qual define o contraditório como “uma ciência bilateral dos termos e atos do processo e a possibilidade de contrariá-los”.

A ciência bilateral garante às partes a necessária informação sobre os atos realizados no processo, enquanto a possibilidade de contrariá-los consiste na obrigação de oportunizar a reação aos atos processuais que possa interferir ou prejudicar a esfera de interesse de alguma das partes.

Na assertiva colocação de Badaró (2013, p. 33) a ciência bilateral dos termos e atos do processo corresponde à necessária informação das partes. E a possibilidade de contrariá-los representa a possível reação aos atos desfavoráveis. Nesse sentido, o princípio do contraditório impõe o dever de cientificar às partes de todos os atos e fatos do processo, para que então possam expressar-se contrariamente, em clara manifestação da possibilidade de reação.

De forma analítica Norberto Avena (2014, p. 186) define o contraditório como sendo o: “[...] direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional.”

Assim, o contraditório impõe a necessária informação para que se permita a reação do acusado, porquanto ao conceder ao réu o conhecimento das acusações que pesam contra sua pessoa, enseja-lhe a possibilidade de defesa.

Quando a doutrina e jurisprudência tratam do contraditório fica perceptível que seu conteúdo fica limitado basicamente ao conjunto fático-probatório, isto é, nas questões meramente fáticas. E esta situação decorre essencialmente da noção de que ao magistrado cabe conhecer e ditar a lei aplicável ao fato posto em julgamento (narra-me o fato que te darei o direito).

Essa despreocupação como contraditório nas questões de direito fica mais latente quando analisamos a *Emendatio Libelli*. Na sua configuração fica evidente a restrição no alcance do contraditório, porquanto limitam seu conteúdo ao substrato fático, subtraindo assim da discussão das partes as questões jurídicas.

Com efeito, amparado no instituto da *emendatio libelli* o juiz pode dar aos eventos delituosos descritos na inicial acusatória a tipificação que entender mais adequado. Esse entendimento se baseia, conforme foi ressaltado acima, na premissa de que o acusado se defende dos fatos narrados e não da capitulação dada pela acusação. Logo, não geraria qualquer surpresa para a defesa a alteração típica dos fatos imputados ao réu.

É com base nesse entendimento que se restringe o contraditório apenas às questões de fato, porquanto se entende que às partes cabe se manifestar sobre os fatos, sendo o direito de conhecimento dos órgãos jurisdicionais. Essa forma de restringir o contraditório apenas a questões fáticas deriva de certa forma do modelo subsuntivo de aplicação do direito, que concebe a lei escrita como sendo clara e racional, o qual seria capaz de apresentar uma resposta lógica e mecânica a qualquer situação real da vida. Logo, esclarecidos os fatos, a aplicação da lei seria imediata e perfeita, com exatidão igual às ciências da natureza.

Entretanto, não há como relegar as questões de direito a um simples processo de subsunção. Mesmo se admitindo que a tipicidade penal atenua o problema, é inegável que a atividade de capitular os fatos, segundo os tipos penais existente na legislação penal, pode acabar se tornando um imbróglio hermenêutico. Isso porque, na determinação de qual tipo penal será aplicável ao fato penalmente relevante, surgem muitas vezes problemas de concurso aparente ou real de normas, assim como conflitos de lei no tempo e no espaço. Tem-se ainda o problema de validade das leis, na onde se verifica adequação material e formal das normas penais em face da Constituição Federal.

Ademais, as peças defensivas muitas vezes seguem uma linha de defesa pautada primordialmente no tipo penal e suas elementares, ou seja, as teses buscam demonstrar que os fatos narrados na peça acusatória não possuem o atributo da tipicidade, seja formal ou material. As alegações ainda podem tentar provar a incidência de alguma excludente de ilicitude da conduta, ou a hipótese de aplicação de escusas absolutórias, dentre tantos fatores peculiares de cada situação concreta.

Devemos levar em consideração que as teses jurídicas possuem fundamental importância no resultado do processo, por isso tem razão à doutrina processual moderna quando prega que o contraditório precisa ter conteúdo mais abrangente do que outrora teve, consistente na necessidade de os órgãos jurisdicionais em ouvir as partes quanto às questões de direito. Assim, o contraditório experimentou um processo de robustecimento, sendo que agora se exige a efetiva participação das partes na escolha da tese jurídica que fundamentará a decisão do magistrado.

Deve-se ressaltar que, a ampla defesa está intrinsecamente ligada ao princípio do contraditório. Isso porque, dependendo do que se considera como objeto do contraditório, se estará determinando qual será o alcance da ampla defesa.

De fato, percebe-se que o conteúdo do contraditório influencia na abrangência da ampla defesa. Logo, se limitarmos o conteúdo do contraditório as questões meramente fáticas, consequentemente estaremos restringindo a amplitude de defesa.

Contudo, por mais que a ampla defesa seja uma das formas de se efetivar o contraditório, havendo influências recíprocas, ambas não se confundem. Com efeito, pode haver desrespeito ao contraditório, sem se ferir a ampla defesa. Em sumo, como preleciona Gustavo Badoró (2013, p. 42), o exercício do direito de defesa é uma manifestação do contraditório, mas não a única. Consequentemente, nem toda violação ao contraditório será um desrespeito ao direito de defesa.

Isso se mostra correto uma vez que o contraditório pressupõe duas figuras, uma que acusa e, outra que defende. Assim, a garantia prevista na Constituição Federal, art. 5.º, LV, abarca tanto o acusado, como também a figura do acusador. Logo, há desrespeito ao contraditório sempre que houver prejuízos à defesa, como também a acusação.

Urge salientar que a doutrina processual contemporânea passou a considerar o contraditório como elemento fundamental do processo, uma vez que integra sua concepção. Assim, em regra deve o contraditório anteceder qualquer provimento judicial capaz de ensejar gravame na esfera jurídica de alguma das partes.

Logo, o contraditório deve ser observado pelo próprio órgão julgador, antes de qualquer decisão que possa causar prejuízo na esfera de interesse das partes, e isto não só em relação ao substrato probatório introduzido no feito, mas também no que concerne à matéria de direito invocada.

Nesses contornos, o contraditório passou a ser visto como garantia de participação com influência e de proibição de decisão surpresa, os quais resguardariam as partes de sofrerem prejuízos ilegítimos em suas posições. Contudo, para que o processo se desenvolva efetivamente em contraditório não basta tão somente garantir o direito de manifestação sobre as questões de direito, sendo imprescindível que se assegure também o direito à consideração dos argumentos, isto é, a garantia de que os argumentos apresentados pelas partes serão levados em conta pelo magistrado no momento de formular a sentença.

É preciso ter em consideração que o processo acusatório manifesta-se através da controvérsia de duas teses, sendo que esse método dialético é o mais adequado a averiguação da verdade. Destarte, o magistrado deve estar disposto a ouvir as considerações jurídicas das

partes. Logo, a batalha de argumentos precisa ser levada a sério pelo juiz, pois aceitar o contrário seria tratar o contraditório e a ampla defesa como meras abstrações.

Assim, a democratização da decisão perpassa necessariamente pela abertura do juiz a pluralidade de possibilidades discursivas que a teoria do direito oferece, contando, para isso, com a participação das partes na discussão a respeito das questões de direito.

Com efeito, se considerarmos que o processo é um procedimento que se desenvolve em contraditório, e sendo a participação elemento inerente da garantia insculpida no art. 5º. Inciso LV da Constituição Federal, facilmente se percebe que qualquer provimento jurisdicional para ser legítimo deverá possibilitar a participação de quem será atingido pelos seus efeitos.

Logo, diante da atual dimensão conferida ao contraditório, o magistrado deve submeter a debate entre as partes as questões jurídicas, mormente quando a escolha de certa norma jurídica poder influir na esfera de interesse de alguma das partes, como no caso da adequação típica do fato imputado, feita no início do processo penal, o qual tem enorme importância para o acusado, porquanto lhe permite ter direito a medidas despenalizadoras logo no início da persecução penal. Em verdade, a depender de como o fato imputado pela acusação na denúncia ou queixa for qualificado, inevitavelmente se estará determinando quais as medidas de que o réu poderá se valer para atenuar as consequências no seu *status libertatis*.

Assim, varias vezes têm se levantado para defender a obrigatoriedade do magistrado de conceder vista às partes, quando houver a possibilidade de modificação da classificação do crime, porquanto a tese defensiva também se norteia pelo tipo penal indicado na peça acusatória.

A dogmática jurídica exara que não há necessidade de abertura de vista às partes para que se pronunciem a respeito da *emendatio libelli*, sob a alegação de que o contraditório e a ampla defesa não são violados, uma vez que somente no caso de alteração do fato reportado na inicial acusatória é que se poderia invocar desrespeito a essas garantias processuais.

Para ilustrar esse posicionamento doutrinário, trazemos a conhecimento o magistério de Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 504), o qual refuta a suposta mácula ao contraditório e a ampla defesa, argumentando que:

“[...] feita a imputação, seja pelo Ministério Público, seja pelo particular, o réu deve manifestar-se não só sobre a existência do fato, mas da adequação

desse fato a uma norma penal. Os órgãos acusatórios não detêm o poder ou a prerrogativa de escolher a definição jurídica do fato. Essa é uma missão constitucionalmente atribuída ao Judiciário; por isso, a defesa há de voltar-se para o ordenamento jurídico, e não para a escolha, eventualmente malsucedida, feita pelo responsável pela acusação.”

Ora, é certo que o indivíduo somente se defende daquilo o qual é acusado, pois ninguém vai se defender de possíveis tipificações que poderiam ser atribuídas ao fato imputado, pois tal atitude seria dispendiosa e desnecessária. Destarte, não é justo onerar a defesa com o dever de prever todas as tipificações possíveis que poderiam ser atribuídas a narração fática constante da inicial acusatória, porquanto tal atitude imporá um ônus ilegítimo a defesa do réu. Portanto, por mais que se admita, com as ressalvas feitas acima, que o réu se defenda de fatos, o mais certo é que se defenderá dos fatos na forma em que foram tipificados pela acusação na denúncia ou queixa.

Ademais, a aplicação literal da *emendatio libelli* prejudica tanto a defesa como a acusação. À acusação, porque a mudança deturpa seu juízo de tipicidade, prejudicando sua pretensão acusatória. À defesa, porque o instituto lhe tira a oportunidade de abordar a (a)tipicidade da conduta ou ausência de elementares do tipo, entre outras alegações cabíveis.

Assim, cabe ressaltar que a alteração da tipificação da conduta imputada ao réu no momento da sentença, sem prévia oportunidade de manifestação das partes em relação ao novo tipo penal, viola o contraditório, assim como diminui a abrangência de defesa.

Isto posto, torna-se imperioso a adequação da *emendatio libelli*, o qual precisa ser aplicada em conformidade a principiologia constitucional, garantindo-se um processo penal constitucionalmente adequado. Destarte, a efetividade do processo penal como instrumento de garantias do acusado passa, necessariamente, pela adoção de medidas que amplie ao máximo um sistema acusatório que, embora não possa ser considerado puro, ao menos enseje a aplicação de mecanismos que garanta o pleno exercício da defesa do acusado perante o poder de punir do Estado.

Assim, caso o magistrado se depare com a situação de que os fatos narrados na peça acusatória venham a ensejar a aplicação de outro tipo penal que não aquele indicado na inicial acusatória, deverá abrir vistas às partes para que se manifestem acerca da correspondência do fato com o novo tipo penal apontado. Isso porque, como só há crime quando a ação praticada pelo acusado se amoldar perfeitamente ao *tatbestand* hipotético do tipo penal, forçoso que se

proporcione as partes a oportunidade de se manifestar a cerca da tipicidade formal ou legal, pois deve haver um exato enquadramento da conduta realizada com a descrição contida no tipo penal. Destarte, conforme preleciona Rogério Greco (2010, p. 152), a necessidade de correspondência típica perfeita quer dizer que “por mais que seja parecida a conduta levada a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver um encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade”.

Nesta situação, o contraditório estaria sendo respeitado, porquanto haveria sua incidência sobre as questões de direito. Ademais, a ampla defesa teria sido exercida na maior amplitude possível, e a sentença teria sido construída na participação, a qual daria a decisão o atributo da legitimidade.

Verdade seja dita, se a elaboração da sentença puder prescindir das alegações das partes, estaremos reconhecendo que o processo penal possa se desenvolver sem acusação e defesa, e assim nos aproximando das feições dum sistema inquisitivo. Ora, a decisão não pode continuar a ser vista como um ato solipsista, produzida por um sujeito cujo único limite será sua própria consciência. É por isso que, para ser democrática, ela precisa ser construída intersubjetivamente, ou seja, com a participação dos atores processuais. Assim, conforme as lições de Fazzalari (2006, p. 109-124) o processo deve ser visto como procedimento que se desenvolve em contraditório. Assim, não é legítimo retirar das partes a discussão a respeito da aplicação da *emendatio libelli*.

Portanto, conforme salientamos, a efetividade do contraditório é pressuposto de legitimidade do provimento jurisdicional. Dessa forma, a participação das partes passa a ser condição necessária da sentença judicial, mormente no processo penal, na qual está em jogo o bem fundamental da liberdade. Em vista disso, não é possível admitir que o magistrado possa dispensar a opinião das partes quanto ao fundamento jurídico que justifica a tutela jurisdicional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir desse estudo se podem fazer algumas constatações acerca da aplicação do instituto da *emendatio libelli*. Assim, é possível deduzir algumas conclusões acerca do tema.

Primeiramente de que a aplicação da *emendatio libelli* se baseia nos contornos lhedado pelo artigo 383 do Código de Processo Penal, prevalecendo uma versão literal do instituto, sem preocupação de observar o contraditório quanto às questões jurídicas. Assim, ao juiz é concedida uma autorização para se proceder à alteração do tipo penal indicado pela acusação na peça inaugural, sem qualquer comunicação às partes ou oportunização de manifestação sobre o novo tipo penal apontado.

A *emendatio libelli* se diferencia da *mutatio libelli* em aspectos materiais e procedimentais. Isso porque, esta última tem sua hipótese de aplicação configurada no caso de surgir aspectos fáticos desconhecidos no momento de oferecimento da peça acusatória. Assim, para que o magistrado possa julgar os fatos novos, forçoso que observe as precauções do art. 384 do CPP, pois somente nessas condições será possível à alteração fática da narrativa acusatória. Ademais, se dá por iniciativa do acusador, além de ser necessária a reabertura da fase instrutória, assim como dos debates com fim de proporcionar o contraditório, sob pena de violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença.

Destarte, o princípio da congruência incide precisamente sobre o fato processual, ou seja, um fato concreto praticado pelo acusado, com todas as suas peculiaridades. Portanto, o fato que serve como suporte do objeto do processo não pode ser confundido com o artigo de lei, ou seja, com certo tipo penal, que embora possua destacada importância na condução da tese defensiva, não têm qualquer relevância quanto a este princípio em específico.

A justificativa para a aplicação literal da *emendatio libelli* estaria assentada no entendimento de que o acusado se defende dos fatos narrados, não estando o julgador vinculado a qualquer qualificação jurídica utilizada pelas partes (*narra mihi factum, dabo tibi jus*). Logo, acredita-se que, o objeto da defesa são somente os fatos narrados pela acusação e não a qualificação jurídica atribuída a esses fatos.

Entretanto, conforme se infere dos ensinamentos da hermenêutica jurídica os enunciados normativos são defeituosos por natureza e, ao confrontá-los com o caso concreto, verifica-se que, na maioria das vezes, não há uma correspondência imediata e exata. E isso é

assim, devido à inevitável ambigüidade presente nas palavras da lei, uma vez que nenhuma expressão possui significado unívoco.

Assim, o enunciado incriminador, denominado tipo penal, diante de um caso concreto poderá apresentar o problema de imprecisão quanto ao sentido e alcance de suas expressões, impondo a mediação interpretativa do magistrado para a concretização do direito. Logo, forçoso que o intérprete discirna o sentido do texto jurídico (tipo penais) a partir de determinado caso fático.

Quando o juiz realiza o juízo de tipicidade em relação aos fatos trazidos a sua apreciação, é evidente que o faz tendo em consideração certo tipo penal. Em verdade, para delimitarmos os fatos penalmente relevantes da realidade total, precisamos da perspectiva do tipo penal, da mesma forma que para selecionarmos o tipo penal correto, necessitamos da perspectiva do fato concreto.

Assim, o acusado não se defende somente da descrição de um fato, tido como “puro”, mas dum fato concreto que se amolda a algum tipo legal incriminador, ou seja, um fato que ostente aparência de tipicidade. Logo, o tipo penal mencionado na peça acusatória funciona como um parâmetro para mensurar se o fato possui o atributo da tipicidade.

De fato, essa aferição impõe-se, devido à necessidade de evitarmos à situação de aplicarmos à lei penal a hipótese não contida em seu âmbito de incidência, assim como deixar de aplicá-la a hipótese nele contida. Deverás, somente haverá incidência da norma penal quando o fato se encaixar perfeitamente em sua moldura conceitual. Contudo, para se apurar a precisa abrangência do núcleo significativo da regra penal em relação aos fatos da vida, precisamos delimitar o sentido extraído dos elementos constitutivos do tipo penal.

Em vista dessa situação, a defesa do acusado pode se debruçar na tentativa de demonstrar que os fatos imputados não possuem conexão perfeita como o modelo típico descrito na lei. Essa forma de defesa busca evidenciar que a conduta praticada pelo réu não encontra correspondência nos sentidos atribuídos ao *tatbestand* hipotético da norma penal. Assim, o defensor pode buscar o juízo negativo de tipicidade, colocando a conduta do réu no âmbito dos fatos impuníveis.

Destarte, não tem razão de ser a alegação de que o réu não se defende da qualificação jurídica dado aos fatos a ele imputados, uma vez que o juízo de tipicidade realizado pelo acusador transforma um acontecimento fático qualquer em fato penalmente relevante,

ensejando a persecução penal. Em verdade, se um fato somente pode ser considerado criminoso caso esteja tipicamente previsto na legislação penal, a classificação jurídica apontada pelo acusador não pode ser considerada irrelevante.

Enfim, tanto na fase pré-processual como em todo o processo de conhecimento condenatório, o réu não se defenderá apenas dos fatos, mas também de sua classificação. Isso porque, a qualificação jurídica dada ao substrato fático pode impedi-lo de se valer de certos institutos processuais, que são disponibilizados somente a certos tipos de crime. Logo, a permissão que o ordenamento jurídico concede ao juiz para mudar a capitulação jurídica do fato não significa que possa fazê-lo a revelia das partes, sem lhes conceder a possibilidade de manifestação sobre a alteração feita.

Portanto, para se evitar prejuízos as partes, e dessa forma não causar perda de efetividade do contraditório, o órgão julgador deverá antes de mudar a classificação jurídica, dar oportunidade as partes de influenciar sua decisão. Somente assim o contraditório deixará de ser mera possibilidade e se tornará uma verdadeira realidade do processo, na qual o julgador além de impor a observância do contraditório entre as partes deverá ele mesmo observá-lo.

O sistema acusatório consiste, essencialmente, na separação das funções de acusar e julgar. Entretanto, não é o suficiente, pois é necessário se atentar para atuação de ofício do órgão julgador. Destarte, qualquer decisão do juiz que reflita na esfera de interesses das partes, deverá ser discutida previamente por elas, para que tenham a oportunidade de influenciar no conteúdo da decisão. Trata-se da adoção do contraditório como garantia de influência e não surpresa. Nesse sentido caminha o Novo Código de Processo Civil, o qual em seu art. 10 diz "Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício". Em verdade se o contraditório possui tal envergadura no processo civil, que muitas vezes é orientado pelo princípio da disponibilidade, quanto mais no processo penal, que atinge mais violentamente a vida dos que figuram na posição de réu.

Assim, por mais que a doutrina considere que a aplicação da *emendatio libelli* se opere de ofício pelo magistrado no momento da sentença, urge reconhecer que essa atuação de ofício, a revelia das partes, acabará por surpreendê-las, causando-lhes prejuízos ilegítimos,

porquanto não houve observância do contraditório, o qual também é exigido nas questões de direito.

5. REFERÊNCIAS

- ABADE, Denise Neves. **Processo Penal**. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.
- ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. **Direitos Constitucionais Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. **A correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Habeas Corpus n. 247.252/PR**. Bruna Cândido Giacomini e Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ, 25 março 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=247252&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 22 janeiro 2016.
- BATISTA, Nilo. **Temas de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1984.
- CASTALHEIRA NEVES, Antonio Carlos. **Questão de Fato e Questão de Direito. O problema metodológico da juridicidade**, Coimbra: Livraria Almedina. 1967
- _____. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Portugal: Coimbra Editora, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios do Direito Processual Penal Brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 - jan/fev/mar 2000.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal á luz da constituição: temas escolhidos**. Bauru: EDIPRO, 1999.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.
- GUEDES, Néviton. **Quem só pode se defender dos fatos acaba sendo atingido pelo direito**. Revista Consultor Jurídico (Conjur). São Paulo, 23 de setembro de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-set-23/constituicao-poder-quem-defender-fatos-acaba-sendo-atingido-direito>>. Acessado em 10/01/2016.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-BOOK*.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**: vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

LIMA, Claudio Augusto Silva de. **Exposição da Filosofia da Linguagem Jurídica de Genaro Carrió**. 2010. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-BOOK*.

LOPES, Luciano Santos. **A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total do injusto**. 2010. 245 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

LARENZ, Karl, "**Metodologia da Ciência do Direito**", 3ª edição. Trad. de José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

_____. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Müller, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2º edição. Trad. De Peter Naumann. São Paulo, Max Limonar, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-BOOK*.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Oliveira Filho, João de. **Questão de fato, questão de direito**. Revista Forense n. 155. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Processo e Ideologia, o paradigma racionalista. Rio de Janeiro.** Editora Forense. 2004.

_____. **Verdade e significado.** Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, v. 89, 2007. Disponível em: www.batistadasilva.com. Acessado em: 17 de janeiro de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **A relação “texto e norma” e a alografia do direito.** Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 1 - jan-abr 2014.

_____. **Hermenêutica jurídica em crise,** Livraria do Advogado, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4.