

## ***EMENDATIO LIBELLI:***

A (in)observância do contraditório e da ampla defesa

Maurício Palmeira Pereira<sup>1</sup>

Prof. Dr. Jurandir Antônio Sá Barreto Júnior<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo trata da (in)constitucionalidade da *emendatio libelli*. Este vocábulo significa a correção da exordial acusatória. Este instituto processual permite que o magistrado modifique a classificação jurídica da infração penal, e já era aplicado desde o Brasil Império, quando vigorava o Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832. Neste período, durante a instrução do procedimento ordinário, era facultado ao juiz de direito formular quesitos, conforme a classificação do crime que considerava mais apropriada, entregando-os para a deliberação do Tribunal do Júri. Com o passar dos séculos, a *emendatio libelli* permaneceu no ordenamento jurídico. Atualmente, a mesma encontra-se em vigor nos arts. 383 e 418, ambos do CPP/41, e no art. 437, alínea “a” do CPPM/69. Ressalte-se que existe uma discussão sobre a *emendatio libelli*, aplicada no processo penal comum, questionando se o magistrado, antes de modificar a classificação jurídica, deve, ou não, conceder vista às partes. Conforme a corrente majoritária, entende-se que, caso haja a modificação da classificação do crime, não há necessidade de oitiva das partes, argumentando tal entendimento nos brocardos romanos *iura novit curia; da mihi factum, dabo tibi jus*. Entretanto, a corrente minoritária defende, corretamente, a necessidade de oitiva das partes, pois o Estado Democrático de Direito deve priorizar a dignidade humana, respeitando todos os seus direitos fundamentais, destacando-se o direito ao contraditório, à ampla defesa e outros.

**Palavras-chave:** Processo penal. *Emendatio libelli*. Direito ao contraditório. Direito à ampla defesa.

<sup>1</sup> Graduando do curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: [mpalmeira@outlook.com](mailto:mpalmeira@outlook.com)

<sup>2</sup> Professor orientador do curso de Direito da UCSal. Graduado em História pela UCSal. Graduado em Filosofia pela UCSal. Graduado em Direito pela UCSal. Mestrado em Direito Público pela UFPE. Mestrado em Ensino História e Filosofia da Ciência pela UFBA. Doutorado em Estudos Étnicos e Africanos pela UFBA. E-mail: [jurandirbarretojr@yahoo.com.br](mailto:jurandirbarretojr@yahoo.com.br)

**Abstract:** This article deals with the (in)constitutionality of *emendatio libelli*. This word means the correction of the accusation. This procedural institute allows the magistrate to modify the legal classification of the criminal offense. It was already applied since Brasil Império, when the Criminal Procedure Code of First Instance of 1832 was in force. On this date, during the instruction of the ordinary procedure, the judge of law was allowed to formulate questions, according to the classification of the crime that he considered most appropriate, delivering them for the deliberation of the Jury Court. Over the centuries, *emendatio libelli* remained in the legal system. Currently, the *emendatio* is in effect in arts. 383 and 418, both from CPP/41, and in art. 437, item “a” from CPPM/69. It should be noted that there is a discussion about the *emendatio libelli*, applied in the common criminal process, questioning whether the magistrate, before modifying the legal classification, should, or not, grant a view to the parties. According to the mainstream, it is understood that, if there is a change in the classification of the crime, there is no need for a hearing from the parties, arguing such an understanding in the *iura novit curia; da mihi factum, dabo tibi jus*. However, the minority current correctly defends the need for the parties to be heard, since the Democratic Rule of Law must prioritize human dignity, respecting all of its fundamental rights, highlighting the right to be heard, to ample defense and others.

**Keywords:** Penal proceedings. *Emendatio libelli*. Right to contradictory. Right to full defense.

**SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2. HISTÓRICO DA EMENDATIO LIBELLI. 3. NOÇÕES GERAIS DA EMENDATIO LIBELLI. 4. DESNECESSIDADE DE CONCEDER VISTA ÀS PARTES. 5. NECESSIDADE DE CONCEDER VISTA ÀS PARTES. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Código de Processo Penal, inspirado no *Codice Rocco* da Itália de Mussolini, foi introduzido através do Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, unificando as normas processuais penais que são aplicadas na apuração, no processamento e julgamento das infrações penais.

Mesmo após inúmeras reformas, o Código de Processo Penal ainda apresenta vestígios de um sistema processual penal centralizador e autoritário, servindo como exemplo, o instituto denominado pela doutrina como *emendatio libelli* (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015).

A *emendatio libelli* é o poder-dever conferido ao julgador, possibilitando a modificação da imputação jurídica, conforme o entendimento próprio, ainda que o acusado fique sujeito à uma pena mais gravosa.

Este instituto é objeto de uma grande divergência, pois é questionado se o magistrado, antes de modificar a *imputatio juris*, deve, ou não, conceder vista às partes, possibilitando a discussão da classificação criminal mais adequada.

O entendimento predominante defende que tal instituto é uma “mera correção” da classificação do crime, citando, por exemplo, a denúncia, em desfavor de Tício, imputando-lhe a conduta de subtrair, para si, uma corrente que pertencia a Mévio, machucando-o levemente no pescoço, mas requiere a condenação, conforme as penas do crime de furto, previsto no art. 155 do CP/40. Dessa forma, no momento da sentença, graças ao instituto da *emendatio libelli*, o juiz deverá modificar a classificação e condenar o acusado nas penas do crime de roubo, previsto no art. 157 do CP/40, independente de manifestação da acusação e da defesa, fundamentando a decisão nos brocardos jurídicos como: o acusado se defende dos fatos; *iura novit curia*; *da mihi factum, dabo tibi jus*.

Entretanto, tal entendimento não deve prevalecer, pois ele é contrário ao Estado Democrático de Direito e ao processo penal democrático, violando os princípios da dignidade humana, da igualdade jurídica, da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade e por último, é contrário ao sistema acusatório do processo penal brasileiro.

Este é o nosso entendimento que será defendido neste estudo.

## **2. HISTÓRICO DA *EMENDATIO LIBELLI***

Segundo Bajer (2002) e Mirabete (2000), no século XV, o Brasil foi descoberto e tornou-se uma colônia de exploração, aplicando-se, no território brasileiro, o ordenamento jurídico do Estado Português. Este era composto pelas Ordenações do Reino, que eram compilações das leis portuguesas, conhecidas como: Ordenações Afonsinas de 1456; Ordenações Manuelinas de 1521 e; Ordenações Filipinas de 1603. Todas elas inspiravam-se nas normas canônicas.

O Direito Canônico era aplicado pelo Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, responsável pelo julgamento daqueles que contrariavam as doutrinas religiosas, utilizando-se de métodos cruéis que violavam a dignidade humana, v.g.: a apuração incisiva de notícias imprecisas, procedimentos secretos e a utilização da tortura para obter a confissão (BAJER, 2002).

Completando essa ideia, Rangel (2010) e Nucci (2019) explicam que esse método de apuração da verdade real é conhecido, doutrinariamente, como sistema inquisitivo, pois faz relação à inquisição, ou seja, refere-se à jurisdição eclesiástica, responsável pela investigação e punição dos crimes contra a fé. Esse método pode ser descrito da seguinte forma: a) a acumulação do po-

der nas mãos de uma única pessoa, o julgador, responsável por investigar, acusar, defender e julgar, afetando a sua imparcialidade; b) o procedimento era escrito e sigiloso; c) a confissão era a rainha das provas e; d) a ausência de contraditório e defesa.

Felizmente esse sistema inquisitivo não durou *ad eternum*, muito pelo contrário, pois a Revolução Francesa de 1789 e suas ideias iluministas foram, paulatinamente, abolindo as técnicas inquisitivas, caminhando em direção ao sistema acusatório que, posteriormente, seria adotado pelo Brasil.

No dia 7 de setembro de 1822, D. Pedro declarou a independência do Brasil, outorgando, em 1824, a Constituição Política do Império do Brasil, influenciada fortemente pelo liberalismo. Posteriormente, surgem as primeiras codificações brasileiras referentes à seara criminal, v.g., o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832.

Inicialmente, em 1832, segundo Bajer (2002), a jurisdição era dividida, basicamente, entre os juízes de paz e os juízes de direito. Os primeiros eram responsáveis por investigar a autoria e materialidade dos crimes mais leves, julgando-os e condenando, se necessário fosse. Os juízes de direito, por sua vez, ficavam responsáveis pelos crimes mais graves submetidos ao procedimento ordinário do Tribunal do Júri.

Sucintamente, o procedimento ordinário adotava os seguintes atos: 01. Etapa preliminar de formação de culpa – Investigava e concluía se o crime foi praticado, indicando os prováveis autores e cúmplices; 02. O oferecimento do *libello* ou o ato de acusação; 03. Reunião de todos os meios de acusação e de defesa; 04. Constituição do Tribunal; 05. Apresentação, perante o Tribunal, da acusação, contestando-a e promovendo o debate sobre as circunstâncias do fato e suas provas; 06. Formulação dos quesitos; 07. Entrega da causa ao Júri; 08. Sentença (BUENO, 1857).

Ressalte-se que no momento da sentença, podia aplicar-se a *emendatio libelli*, pois, consultando-se a obra “Coleção das Decisões do Governo do Império do Brasil de 1843”, observa-se, no Aviso n.º 53, a informação de que o Juiz de Direito possuía a faculdade de afastar-se de quaisquer classificações, feitas anteriormente, quando fosse realizar os quesitos para os Jurados e aplicar a lei aos fatos, podendo afirmar que todas essas classificações são reformáveis, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença.

No mesmo sentido, Paula Pessoa (1899, p. 481) afirmou que:

O Juiz Municipal, sustentando a pronuncia, póde alterar a classificação do delicto, sendo permitido ao Promotor usar da mesma, faculdade, quando articula o libello, até porque é possível que se descubram novas circunstancias, **podendo com maioria de razão o Juiz de Direito em presença da discussão e provas exibidas, ante o Tribunal dos Jurados, que elle preside, adoptar afinal, a classificação do delicto que lhe parecer mais acertada e propôr de conformidade com ella, os quesitos que devem ser respondidos pelo Jury de sentença.** (grifo nosso).

Comprova-se, desde os primórdios do Brasil, a existência do instituto processual denominado, atualmente, *emendatio libelli*.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 167, de 05 de janeiro de 1938, responsável pela instituição do júri, dispõe, no § 4º do art. 14, que o magistrado, durante a sentença de pronúncia, poderá afastar-se da classificação feita na queixa ou denúncia, ainda que o réu fique sujeito à pena mais grave, desde que não haja prejuízo para a defesa.

Repare que esse dispositivo, mencionado acima, buscava ressaltar o direito à ampla defesa do acusado. Mas, infelizmente, com o passar dos anos, a *emendatio libelli* foi tornando-se menos garantista.

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas, às vésperas da eleição presidencial, instaurou um governo ditatorial que durou até o ano de 1945, sob a justificativa de proteger o Brasil de uma “ameaça comunista”.

Durante este período, conhecido como Estado Novo, Getúlio, simpatizante do regime de extrema direita, censurou os opositores, fechou o Congresso Nacional e, por último, fortaleceu o Poder Executivo, possibilitando a criação de decretos com força de lei.

Em 08 de setembro de 1941, o Sr. Francisco Campos, Ministro da Justiça e Negócios Interiores, entregou o projeto do CPP/41 para o Presidente Vargas. Na exposição de motivos deste código, Campos (1941) declarou o seguinte:

**As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária,** decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. (grifo nosso).

É neste contexto de exceção que surge o Decreto-Lei n.º 3.689/1941, mais conhecido como Código de Processo Penal, inspirado no *Codice Rocco* da Itália governada por Benito Mussolini.

Até os dias atuais, o Código de Processo Penal ainda apresenta os resquícios da ideologia autoritária, pois algumas normas processuais concentram o poder nas mãos do juiz, quando deveriam estabelecer limites para proteger o acusado e a sua liberdade.

Uma destas normas é a *emendatio libelli* que conforme a redação originária de 1941: “O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

Curiosamente, embora trate-se de um procedimento especial, o Código de Processo Penal Militar, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969, no art. 437, alínea “a”, dispõe que:

O conselho de Justiça poderá: a) dar ao fato definição jurídica diversa a que consta na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, **desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la.** (grifo nosso).

Trata-se da *emendatio libelli* aplicada nos processos penais militares, responsáveis pelo julgamento dos crimes militares, elencados no Código Penal Militar.

Atente-se que esta redação, vigente desde 1969, é mais garantista, pois exige claramente que a modificação jurídica do fato seja provocada pelo Ministério Público, possibilitando o exercício da defesa técnica.

Enquanto isso, o Código de Processo Penal continua com uma redação e interpretação que não contempla o direito ao contraditório e à ampla defesa, ferindo de morte o princípio da igualdade jurídica, previsto no *caput* do art. 5º da CF/88.

Posteriormente, no ano de 2001, constatou-se que as normas processuais penais precisavam fortalecer a celeridade, à ampla defesa e ao sistema acusatório. É nesse contexto que surgiu o Projeto de Lei n.º 4.207. Este tramitou no Congresso Nacional e, em 2008, foi sancionado pelo Presidente da República, dando origem à Lei n.º 11.719, responsável pela revogação e modificação de várias normas do CPP/41.

Após a reforma, a *emendatio libelli* apresentou a seguinte redação: “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” (grifo nosso).

Esta nova redação deixou o instituto mais claro, pois proíbe que o magistrado modifique os fatos narrados na exordial acusatória.

Além disso, acrescentaram-se dois parágrafos ao art. 383. Conforme o § 1º, se após a modificação jurídica, o acusado atender aos requisitos da suspensão condicional do processo, o juiz deverá conceder vista ao representante do Ministério Público, para que, concordando, ofereça a proposta do *sursis* processual. Por sua vez, o § 2º permite que o magistrado possa, depois de emendar o *libello*, remeter os autos, caso constate uma infração de competência de juízo diverso.

Os acréscimos e modificações, introduzidos pela Lei n.º 11.719/2008, são bem-vindos, mas, infelizmente, durante o longo procedimento legislativo do projeto de lei, ocorreu a exclusão de um dispositivo de extrema importância.

O § 1º, do art. 383, do PL n.º 4.207/2001, continha a seguinte redação: “As partes, todavia, **deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença**” (grifo nosso). Tal dispositivo seria uma norma infraconstitucional que asseguraria uma interpretação adequada da *emendatio libelli* conforme a Constituição, pois, se o dispositivo fosse integrado, respeitaria o contraditório, a ampla defesa e outros princípios.

Infelizmente, tal dispositivo não foi inserido no ordenamento, dando origem à divergência que será abordada neste artigo.

### **3. NOÇÕES GERAIS DA *EMENDATIO LIBELLI***

Atualmente, o art. 383, *caput*, do CPP/41 dispõe que o juiz, diante dos fatos imutáveis, poderá modificar a classificação jurídica, mesmo que o acusado fique sujeito a uma pena mais gravosa.

No mesmo sentido, sobre os processos de competência do Tribunal do Júri, durante a instrução preliminar, o art. 418 giza que o magistrado, ao proferir a sentença de pronúncia, poderá atribuir ao fato uma definição jurídica diferente da qual consta na acusação.

Essa faculdade, conferida ao magistrado, é conhecida pela doutrina como *emendatio libelli*. Este vocábulo jurídico é composto pela união das palavras emenda e *libello*. Segundo Silva (1990), a palavra emenda deriva do latim *emendare* e significa a retificação de um erro, cometido no documento. Por sua vez, a palavra *libello*, derivada do latim *libellus*, denota a exposição arti-

culada, narrando detalhadamente os fatos criminosos, os agentes e finalizando com o pedido condenatório.

Assim, segundo Badaró (2019) e Capela (2009), o termo *emendatio libelli* significa a reforma da peça acusatória. Entretanto trata-se de um termo juridicamente inapropriado, pois o magistrado não possui legitimidade para elaborar a exordial acusatória e, conseqüentemente, não pode aditá-la, conforme o inciso I do art. 129 da CF/88 e o art. 30 do CPP/41, restando-lhe, apenas, a possibilidade de atribuir, ao fato, uma definição jurídica diversa. Ocorreria, tecnicamente, a *emendatio libelli*, quando o próprio órgão acusador realizasse a correção, conforme o art. 569 do CPP/41.

A *emendatio libelli* representa o poder-dever, concedido ao magistrado, de corrigir, ajustar ou retificar a classificação do crime que está contida na peça inicial acusatória, exercendo a sua função jurisdicional de aplicar o direito ao caso concreto.

A atribuição de nova definição jurídica deve respeitar o princípio da correlação entre acusação e sentença, também conhecido como princípio da congruência. Segundo este, a imputação criminal deve permanecer inalterada, desde o início da relação processual, possibilitando que o acusado possa se defender. A imputação trata-se da descrição de fatos, com todas as suas circunstâncias, que possuem repercussão na seara penal, atribuindo a prática de condutas, comissivas ou omissivas, em desfavor dos autores, coautores e partícipes (CAPELA, 2009).

Ela pode ser aplicada independentemente da natureza da ação penal, ou seja, sendo ação penal pública, condicionada ou incondicionada, ou ação penal privada, o magistrado está, devidamente, autorizado a proceder com a emenda da exordial acusatória.

Sabe-se que a denúncia ou queixa-crime deve conter minimamente o fato e todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas. Nesse caso, a classificação do crime, realizada pelo acusador, público ou privado, pode ser provisória, pois está sujeita à correção realizada pelo juiz que poderá conceder uma nova definição jurídica para o fato.

Segundo Nucci (2019), atribuir nova definição jurídica é alterar o juízo de tipicidade, através da subsunção da norma abstrata ao caso concreto. Dessa forma, considerando o seguinte caso hipotético: o agente X, com *animus* de assenhorar-se, remove um objeto Y, pertencente ao ofendi-



do Z, mas não consegue consumir o fato, por circunstâncias alheias à sua vontade. Neste caso, após o processo mental que reconhece a ocorrência dos elementos essenciais do tipo penal, deverá ser atribuído a tal fato, a definição jurídica de tentativa de furto, previsto nos arts. 155 c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

No caso da *emendatio libelli*, o acusador narra a *causa petendi*, descrita logo acima, mas, por algum motivo, informa, indevidamente, que o acusado está incurso nas penas do art. 157 c/c art. 14, inciso II, exigindo, portanto, que o magistrado realize a correção.

Inicialmente, houve discussão sobre o momento de aplicação da *emendatio*. Atualmente, sabe-se que o instituto corretivo deve ser aplicado quando o juiz for proferir a sentença. Este é o entendimento majoritário, pois o art. 383 do CPP/41 está previsto no título XII que trata sobre a sentença penal.

Entretanto outros doutrinadores, como é o caso de Lima (2019), sustentam que o magistrado pode aplicar a *emendatio* no ato de recebimento da denúncia ou queixa-crime, mas apenas em situações extraordinárias na qual a falta de correção gere prejuízo considerável para o denunciado ou querelado. Nesta situação, acredita-se que seja razoável e proporcional, realizar a emenda corretiva, pois, em certas situações, a ausência desta pode prejudicar o desenvolvimento regular do processo, tornando-se alvo de nulidade. No mesmo sentido, o informativo do STJ n.º 0553, de 11 de fevereiro de 2015, expõe, sucintamente, que o magistrado pode, antes da sentença, atribuir uma nova definição jurídica, pois, durante o trâmite processual, podem surgir questões de ordem pública, como por exemplo a prescrição, exigindo o correto enquadramento típico.

A aplicação da *emendatio libelli*, antes de proferir a sentença, pode afetar o desenvolvimento do processo. Se, após a nova classificação jurídica, o réu enquadra-se nos requisitos da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei n.º 9.099/1995, deverá o juiz conceder vista ao representante do Ministério Público para que este proponha o *sursis* processual, conforme a Súmula 337 do STJ e o § 1º do art. 383 do CPP/41.

Além disso, a *emendatio*, antes de proferir a sentença, poderá provocar o encaminhamento da causa para o juízo competente, conforme o § 2º do art. 383 do CPP/41. É o caso, por exemplo, da queixa-crime, endereçada a uma vara criminal comum, que narre uma conduta de injúria simples, prevista no art. 140 do CP/40, mas que, ao final, pede a condenação nas penas do art. 140 §

3º, caracterizando uma tipificação excessiva. Neste caso, deverá o juiz, proferir uma decisão fundamentada, limitando-se à tipificação do crime e, posteriormente, encaminhá-la ao juizado especial criminal, pois este é o juízo competente para os crimes de menor potencial ofensivo, conforme os termos do art. 61 da Lei n.º 9.099/95.

Ressalte que, conforme o art. 617 do CPP/41, existe também a possibilidade jurídica de aplicação da *ementadio*, em grau de recurso, pelo juízo *ad quem*, atribuindo nova classificação jurídica aos fatos julgados pela primeira instância. Entretanto, em respeito ao princípio da *reformatio in pejus*, não será cabível a *emendatio* se houver recurso apenas do acusado e a modificação possa agravar a pena, causando-lhe prejuízo. Sobre isto, Badaró (2017) esclarece o seguinte: “A expressão agravada a pena deve ser entendida em sentido amplo: abrange a espécie de pena, a natureza da pena, sua quantidade, o regime inicial de cumprimento etc.”.

Após a emenda da acusação, ocorrerá a subsunção da norma correta aos fatos, consequentemente a sanção penal poderá permanecer inalterada, agravar-se ou tornar-se mais branda, a depender do tipo penal sobre a qual recairá a nova definição jurídica.

Esse instrumento jurídico encontra respaldo no brocardo romano *iura novit curia*, ou seja, o juiz conhece o ordenamento jurídico e, portanto, é a autoridade competente para realizar a função de dizer qual é o direito e como ele deve ser aplicado, considerando as peculiaridades do caso concreto, porém, antes de solucionar o caso, é fundamental atender ao brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus*, narrando o fato criminoso e sua autoria, possibilitando que o réu defenda-se dos fatos e, por último, o juiz possa julgar de maneira serena e justa.

Feito essas explicações iniciais, partiremos para a exposição das espécies de *emendatio libelli* que foram criadas pela doutrina. Lima (2019), explica didaticamente que existem ao menos três espécies de *emendatio libelli*.

A primeira hipótese é conhecida como *emendatio libelli* por defeito de capitulação. Nesta situação, o magistrado diverge quanto à classificação criminal apresentada na exordial, pois constatou um erro de direito, total ou parcial (LIMA, 2019). É o caso, por exemplo, da imputação, em desfavor do querelado, de ter praticado injúria nas redes sociais contra o querelante, classificando tal crime como injúria simples, conforme previsão do art. 140, *caput*, do CP/40. Neste caso, o magistrado poderá classificar tal fato como injúria majorada, por causa da causa especial de au-

mento, prevista no art. 141, inciso III, devido à utilização de meios que facilitem à divulgação dos crimes contra a honra.

A segunda espécie é denominada *emendatio libelli* por interpretação diferente. Esta ocorre quando uma determinada circunstância do fato criminoso pode ser interpretada, juridicamente, por mais de uma forma (LIMA, 2019). É o caso, por exemplo, do momento consumativo do roubo. Existem várias teorias sobre o que deve ser considerado um roubo consumado. A teoria da *amotio* é a mais comum. Segundo esta, o roubo consuma-se com a simples inversão da posse, conforme a súmula n.º 582 do STJ. Diferentemente, a teoria da *aprehensio* exige que a *res furtiva* saia da esfera de disponibilidade da vítima, ficando na posse tranquila do agente. Assim, neste contexto, o acusador pode narrar um crime de roubo, que na sua ótica configura uma modalidade tentada, mas que não impede que o magistrado aplique a *emendatio libelli* e condene o acusado por roubo consumado, desde que os fatos permaneçam inalterados.

A terceira e última espécie é a *emendatio libelli* por supressão de elementar e/ou circunstância. Nesta hipótese, o magistrado poderá desclassificar o crime cometido, pois durante a instrução não houve comprovação de algum elemento essencial para configurar determinado tipo penal (LIMA, 2019). É o caso, por exemplo, da acusação de roubo, mas como não houve comprovação do emprego de violência ou grave ameaça, nesse caso, o magistrado deve aplicar a *emendatio* e condenar nas penas do crime de furto.

Após uma exposição dos conceitos gerais sobre a *emendatio*, abordaremos a divergência, resultante da seguinte questão: O magistrado, antes de modificar a *imputatio juris* na sentença, deve conceder vista às partes?

#### **4. DESNECESSIDADE DE CONCEDER VISTA ÀS PARTES**

Sucintamente, a corrente majoritária afirma que o juiz, ao aplicar a *emendatio libelli*, pode atuar de ofício, dispensando a oitiva das partes e modificando a classificação do crime, conforme o art. 383 do CPP/41.

O Código de Processo Penal é o único instrumento jurídico responsável pela aplicação do Direito Penal ao caso concreto, protegendo os valores e bens jurídicos mais relevantes da sociedade, através da aplicação da sanção penal correspondente. A pena privativa de liberdade deve ser

aplicada conforme os valores do devido processo legal, respeitando a legalidade, a igualdade e a justiça, pois o maior interesse do Estado é a condenação daquele que é culpado e a absolvição dos inocentes, aplicando-se corretamente a lei penal ao caso concreto, independente de qual seria o direito sustentado pelas partes. Neste contexto, a *emendatio libelli* é o instrumento mais contundente de preservação da ordem jurídica. Claramente, ela não deve ser aplicada conforme os desejos das partes, pois existe uma questão de ordem pública nestas questões e, como trata-se de uma questão de direito, não haverá prejuízo à defesa do acusado, pois a função de dizer o direito compete ao Poder Judiciário (PACELLI, 2018).

O processo penal não exige a necessidade de que o pedido condenatório seja exato e preciso, diferentemente do processo civil. A denúncia ou queixa-crime deve narrar fatos que podem constituir infração penal, imputando-os em desfavor de alguém, requerendo, por último, a sua responsabilização conforme as penas determinadas no Código Penal. Essa classificação jurídico-penal não vincula o juiz. Este deverá interpretar os fatos e aplicar o direito, conforme a sua livre convicção motivada. Curiosamente, o processo civil, nas questões que tratam de direitos indisponíveis, acontece o mesmo, ou seja, a vontade das partes não se sobrepõe à determinação legal (FISHER; PACELLI, 2018).

O art. 41 do CPP exige que a exordial acusatória contenha a classificação criminal. Entretanto, sabe-se que tal exigência é um elemento dispensável, pois trata-se de uma classificação temporária que poderá ser corrigida pelo magistrado, independente de novas oportunidades de defesa. Dessa forma, a classificação equivocada, apresentada pela acusação, não causará nenhuma nulidade, pois a parte fundamental da imputação são os fatos e, com base nesses, o acusado defende-se (AVENA, 2017).

O direito à ampla defesa do acusado será assegurado, desde que os fatos estejam totalmente narrados na denúncia ou queixa-crime de maneira clara, direta e inteligível. Basicamente, a exordial acusatória atribui a alguém a prática de uma infração penal. Diante desta imputação gravíssima poderá o acusado exercer a sua autodefesa, preferencialmente em juízo, expondo a sua versão dos acontecimentos. Por sua vez, a defesa técnica, realizada através do advogado ou defensor público, não necessita da exata classificação do crime. O erro quanto à classificação do crime é irrelevante, pois a defesa conhece o direito material que pode ser aplicado. Dessa forma,

é incabível alegar que a *emendatio libelli* viola os direitos do contraditório e da ampla defesa (NUCCI, 2016).

A autodefesa e a defesa técnica devem focar nos fatos e não na classificação realizada na denúncia ou queixa-crime. Segundo a corrente minoritária, o magistrado, caso desejasse modificar a classificação do crime, precisaria converter o julgamento em diligência, abrindo vista às partes para que se manifestem sobre a possibilidade de uma nova classificação, pois caso afirmasse que se trata de crime X, já estaria julgando. Entretanto, tal postura, de conversão do julgamento em diligência, seria uma decisão incomum. Não haveria serventia alguma se o magistrado interrompesse o processo de fundamentação da sentença e abrisse vista às partes, possibilitando a fundamentação de que se trata do crime X e não Y. Essa renovação das alegações finais apenas tornaria o procedimento burocrático e longo e, conseqüentemente, afetaria a velocidade do Poder Judiciário de solucionar as questões criminais (NUCCI, 2019).

Todo esse desgaste não tem valor algum, pois o órgão acusador, aponta os fatos e pede sua condenação em caráter genérico. Inclusive, esse pedido de condenação, quando é realizado nas ações penais públicas, não vincula o magistrado. Assim, o juiz, ao sentenciar as ações movidas pelo Ministério Público, pode absolver ou condenar nas penas do crime que, segundo a sua livre convicção, enquadra-se melhor nos fatos julgados, independentemente do pedido sustentado nas alegações finais, conforme os termos do art. 385 do CPP/41 (NUCCI, 2019).

Por sua vez, os autores Fisher e Pacelli (2018) pugnam que o magistrado não deve conceder vista às partes para que se manifestem sobre uma possível nova classificação do crime, pois a sentença não é ato que pode ser fracionado. Trata-se de todo um pensamento criado após a análise da exordial acusatória, da resposta à acusação, da instrução probatória e das alegações finais, aplicando, por último, o direito cabível. Esse convencimento judicial jamais poderá ser quebrado ou dividido. Na verdade, a defesa deve analisar os fatos, imaginando todas as possíveis classificações, formulando, assim, as teses defensivas em benefício do acusado.

O princípio da eventualidade afirma que o defensor público ou advogado, ao redigir as peças defensivas, deverá utilizar todos os argumentos, fáticos e jurídicos, que possam favorecer o acusado, não podendo, alegar posteriormente que a nova classificação jurídica dos fatos causou

uma surpresa processual, pois a defesa deve focar na *imputatio facti*, antecipando as possíveis variáveis processuais que podem afetar a *imputatio juris*.

No mesmo sentido, outros sábios defendem, também, a dispensabilidade de conceder vista às partes, pois o acusado se defende dos fatos e não da capitulação, como é o caso de: 1. Bonfim (2012); 2. Caliar, Carvalho e Lépre (2017); 3. Capez (2016); 4. Marcão (2016); 5. Mirabete (2000); 6. Misaka (2014); 7. Rangel (2010); 8. Schmitt (2015).

O entendimento jurisprudencial, por sua vez, é pacífico no sentido de que o acusado se defende dos fatos, narrados na exordial acusatória, e não da classificação criminal nela contida, conforme o trecho do seguinte julgado:

[...] Nulidade da Sentença por Violação ao Princípio da Correlação – Sabe-se que, o Juízo, no processo penal, não está adstrito a capitulação jurídica realizada pela Acusação, de modo que, ao sentenciar, ele poderá modificar a definição jurídica, desde que não altere a descrição do fato. Assim, nas hipóteses de emendatio libelli, vigora o princípio *iuria novit curia*, ou seja, o juiz ou tribunal conhece o direito, ou *narra mihi factum dabo tibi ius* (narra-me o fato e te darei o direito), **sendo possível e permitido que o juiz profira a sentença condenatória com a capitulação jurídica que lhe parecer mais adequada, como ocorreu neste caso concreto, não havendo que se falar em violação ao princípio da correlação, ou a ampla defesa e o contraditório.** [...] RECURSO CONHECIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO – PROVIMENTO PARCIAL. (TJBA – 1ª Câmara Criminal – 1ª Turma – Apelação n.º 0000101-15.2018.8.05.0253 – Relatora: Desa. Aracy Lima Borges – Publicação: 15/04/2020). (grifo nosso).

## 5. NECESSIDADE DE CONCEDER VISTA ÀS PARTES

Por sua vez, a corrente minoritária defende que o juiz, antes de proferir a sentença, aplicando a *emendatio libelli*, deve informar as partes sobre a possibilidade de modificar a definição jurídica, possibilitando que a acusação e a defesa possam argumentar sobre qual deve ser a imputação jurídica correta, conforme o entendimento próprio.

No mesmo sentido, a *emendatio libelli*, quando for aplicada no segundo grau de jurisdição, também deve respeitar o contraditório (BADARÓ, 2019). Dessa forma, por exemplo, impetrado o recurso de apelação, o trâmite deve seguir a seguinte forma: após conceder vista ao procurador-geral, o relator ou até mesmo o revisor, vislumbrando a necessidade de aplicar a *emendatio libelli*, deverá intimar as partes para manifestarem-se sobre a nova classificação, encaminhando, posteriormente, a causa para a sessão de julgamento.

Este entendimento é fruto de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, indo além da interpretação literal do art. 383 do CPP, responsável pela aplicação acrítica do brocardo reducionista, segundo o qual o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica (LOPES JR., 2019).

Sobre os brocardos jurídicos, Nucci (2019) afirma que os brocardos são meros pensamentos resumidos que podem auxiliar na interpretação e não possuem força obrigatória, podendo, inclusive, sofrer alterações.

Caso o brocardo reducionista continue sendo aplicado, o magistrado afirmará, implicitamente, que existe uma norma constitucional determinando que “o réu se defende dos fatos”, causando sérios conflitos com o contraditório e à ampla defesa, resultando na mitigação desses.

Por outro lado, o entendimento minoritário interpreta a *emendatio libelli* de maneira totalmente compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, consequentemente, com o restante da legislação infraconstitucional.

Este posicionamento será exposto, exaustivamente, nos parágrafos seguintes.

A Constituição é responsável por estabelecer os contornos básicos do Estado brasileiro. Nos termos do art. 1º da CF/88, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Isto significa que o Estado deve observar os princípios fundamentais, listados no título I da Constituição. No caso sob análise, destaca-se o princípio da separação dos poderes, o objetivo fundamental de construir uma sociedade mais justa e o princípio da dignidade humana.

Defender a manifestação das partes sobre a nova classificação do crime, fortalece a separação das funções e o princípio acusatório, pois permite que o acusador realize, completamente, o seu mister de imputação, requerendo, antes da sentença, a inovação da classificação jurídica, possibilitando que o juiz atue, apenas, como órgão julgador.

Além disso, conforme o art. 3º, inciso I, da CF/88, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade mais justa. Segundo Ferraz Filho (2018) e Nucci (2019), esse objetivo será alcançado, desde que os conflitos, particulares e públicos, sejam solucionados de maneira justa, dando a cada um o que é seu. Assim, na seara penal, espera-se que os agentes que praticaram infrações penais sejam devidamente processados e, se necessário, con-

denados, aplicando-se à Justiça Retributiva ou Restaurativa, conforme a gravidade da infração penal cometida.

Mas essa responsabilização penal encontra freios nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, destacando-se o princípio da dignidade humana. Embora este possua um conteúdo polêmico, acredita-se que a dignidade do homem restará assegurada, desde que o Estado observe, cada vez mais, os direitos e garantias fundamentais (NUCCI, 2019).

Na seara penal, Fernandes (*apud* NUCCI, 2019, p. 72) afirma que o *status* do Estado Democrático de Direito, repercute no processo penal, resultando na construção e operação de um processo que deve proporcionar a participação, efetiva e contraditória, das partes, possibilitando que possam contribuir para o julgamento da causa.

Obviamente, o entendimento minoritário é compatível com o princípio da dignidade humana, pois reconhece que a inovação da classificação jurídica é uma decisão que pode ter graves repercussões, cerceando a liberdade alheia e, portanto, deve atender aos direitos fundamentais, especialmente o contraditório e a ampla defesa.

Assim, a oportunidade de manifestação das partes sobre a aplicação, ou não, da *emendatio libelli* é um entendimento que fortalece o Estado Democrático de Direito, pois defende a efetividade total do direito ao contraditório e da ampla defesa, bem como separa, claramente, as funções de acusar – comumente atribuída ao Ministério Público –, de defender e a de julgar, distanciando-se do sistema inquisitivo e aproximando-se do sistema acusatório, e além disso possibilita a construção de uma sociedade mais justa, pois a aplicação da lei, conforme todas as normas, constitucionais e penais, favorece a pacificação social, tornando-a mais justa.

A exigibilidade de participação das partes encontra-se em conformidade com outros princípios fundamentais. Esses princípios atuam como verdadeiras bússolas normativas, apontando o caminho correto e justo que deve ser seguido, pois favorecem a interpretação, a unidade e a aplicação correta da lei ao caso concreto. Ressalte-se, também, que se tratam de princípios constitucionais, ou seja, eles representam os valores principiológicos mais contundentes do ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, devem ser observados rigorosamente (NUCCI, 2019).

Conforme Nery Jr. (*apud* CAPELA, 2009, p. 54), o direito ao contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV da CF/88, incumbe o magistrado de informar sobre a existência da ação penal,



pública ou privada, e todos os atos processuais relevantes, através, respectivamente, da citação e da intimação, possibilitando que as partes possam reagir contra os atos desfavoráveis.

Infelizmente, existe um entendimento majoritário, defendendo que o princípio do contraditório deve ser respeitado, apenas, nas questões fáticas. Este entendimento limita a efetividade do contraditório, pois sabe-se que, primeiramente, é difícil separar quais são as questões fáticas e as de direito, além disso o ordenamento jurídico brasileiro é complexo, tipificando várias condutas, existindo, também, diversas interpretações das normas penais, por isso é prudente que haja a possibilidade de discussão sobre as questões de direito, tornando o processo penal mais democrático e favorecendo a correta interpretação e aplicação da legislação penal ao caso concreto (CAPELA, 2009).

O instituto da *emendatio libelli* pode ser compreendido como questão de direito, devendo ser solucionada pelo magistrado, desde que seja observado o contraditório e à ampla defesa, pois trata-se de um *decisum* relevante que pode repercutir gravemente na dosimetria da pena, afetando o bem jurídico da liberdade humana, concedida a todos os seres humanos, desde o seu nascimento.

Além disso, o magistrado é uma pessoa como todas as demais, possui suas qualidades e defeitos, dessa forma considera-se imprudente, que o juiz possa modificar a tipicidade da conduta, sem ouvir as demais partes do processo, pois poderia cometer equívocos gravíssimos, condenando pessoas que mereciam, verdadeiramente, à absolvição.

Dessa forma, caso o magistrado modifique, de ofício, a *imputatio juris*, ele causará um abalo contundente ao princípio do contraditório, pois, em momento algum, informou sobre a possibilidade de modificação da classificação jurídica e, conseqüentemente, não se desenvolveu o elemento fundamental do processo penal democrático: a disputa argumentativa.

Por sua vez, no processo penal, o princípio da ampla defesa, previsto, também, no art. 5º, inciso LV da CF/88, é o direito concedido ao acusado e seu representante jurídico de promoverem a defesa da imputação. Conforme Capela (2009), ela pode ser separada, doutrinariamente, na autodefesa, exercida pelo acusado durante o interrogatório, e na defesa técnica, realizada pelo advogado ou defensor público. Esta defesa não se trata de mera defesa, mas da ampla defesa, pois autoriza-se, em benefício do acusado, a utilização de todos os argumentos, fáticos e jurídicos, todos

os meios de prova, lícitos e ilícitos, podendo, inclusive, interpor exceções de impedimento e suspensão, expondo à imparcialidade do julgador.

Observe que o direito à ampla defesa é uma conquista histórica. Ela busca evitar as condenações abusivas. Atualmente, a defesa técnica, em especial, é um dos elementos essenciais do processo penal democrático, pois ninguém pode ser processado sem defesa, conforme os arts. 261 e 263 do CPP/41. Inclusive, caso a defesa técnica elabore, por exemplo, as alegações finais, deixando de sustentar teses defensivas relevantes, deverá o juiz declarar o réu indefeso, nomeando-lhe novo defensor, conforme o art. 497 do CPP/41 (CAPELA, 2009).

Dito isto, recomenda-se que a defesa seja a mais ampla possível, mas para possibilitar que isto aconteça é fundamental que a acusação seja clara, direta e objetiva. O Estado Democrático de Direito não pode permitir que a exordial acusatória possua “pequenos equívocos” na classificação do crime, ou, pior ainda, que o magistrado possa realizar uma “mera correção da classificação”, deixando de escutar as partes.

A modificação da *imputatio juris*, que não respeite os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, causará surpresas desnecessárias para a acusação e defesa. Inclusive, o Código de Processo Civil estabeleceu no art. 9, *caput*: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e continua no art. 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Tais normas constituem o princípio de não surpresa que deveria ser adotado na seara penal, pois o art. 3º do CPP/41 admite o uso da analogia (LIMA, 2019; REIS, GONÇALVES, 2018; TÁVORA, ALENCAR, 2017).

Ressalte-se que o art. 41 do CPP/41 exige que a denúncia ou queixa-crime contenha a classificação do crime. Tal requisito não deve ser desconsiderado levemente, pois trata-se de um requisito formal, previsto, expressamente, na legislação ordinária. Assim, a exordial acusatória que violasse este requisito deveria ser considerada inepta ou então, minimamente, que o juiz iniciasse uma discussão sobre a imputação jurídica correta.

Obviamente, a classificação do crime deve ser realizada de maneira correta, razoável e proporcional para não prejudicar o exercício da ampla defesa, pois sabe-se que, às vezes, o tipo

penal imputado pode afetar o rito processual, os meios defensivos e as teses apresentadas pela defesa técnica.

No mesmo sentido, Lopes Jr. (2019) explica que o pensamento, segundo o qual, o réu se defende dos fatos está, parcialmente, correto, pois é o que acontece durante o interrogatório do acusado, neste momento, ele exercitará o seu direito de autodefesa. Entretanto, não devemos esquecer que incumbe ao defensor, advogado ou defensor público, realizar a defesa técnica, usando a teoria do injusto penal, buscando as causas que afastem a tipicidade, ilicitude e a culpabilidade da conduta, conforme a classificação criminal.

A defesa criminal é consequência dos fatos narrados e da classificação apresentada pelo acusador. Dessa forma, considerando a complexidade do ordenamento jurídico, bem como a possibilidade da acusação criminal expor simultaneamente mais de um fato criminoso, conclui-se que, em respeito ao princípio da ampla defesa, a imputação jurídica deve ser apresentada corretamente. Se por acaso, houver a necessidade de modificar a classificação criminal, o procedimento deverá respeitar aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A título de exemplo, se Mévio, proprietário de bar, é citado por edital para defender-se da acusação de ter servido bebidas alcoólicas para dois adolescentes embriagados, imputando-lhe a infração penal prevista no art. 243 do ECA/90 c/c o art. 70, primeira parte, do CP/40. Mas, durante a instrução processual, não houve a comprovação da menoridade dos ofendidos, exigindo, portanto, a aplicação da *emendatio libelli*, pois restou comprovado que o acusado serviu bebidas alcoólicas para pessoas que já estavam em estado de embriaguez, configurando a contravenção penal, prevista no art. 63 da LCP/41 c/c art. 70, primeira parte, do CP/40.

Entretanto, nesse caso, o magistrado, antes de sentenciar, deve convocar as partes, possibilitando que a defesa técnica apresente novas teses complementares compatíveis com a nova classificação, como por exemplo: 01. Afirmar que o art. 63 da LCP/41 não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois ele atenta contra a autonomia, a livre-iniciativa e a dignidade humana e, portanto, é incabível condenar alguém por violar uma norma penal que não possui sintonia com a Constituição de 1988; 02. Sustentar que Mévio não cometeu a infração penal, pois exercia regularmente o direito de servir bebidas alcoólicas, conforme o art. 23, inciso III, do CP/40; 03. Alegar que o acusado não tinha a consciência de ilicitude de

sua conduta, pois vive desde criança no Brasil, país extremamente cervejeiro, bem como nunca teve conhecimento de alguém que foi detido, processado ou condenado por servir bebidas alcoólicas para alguém embriagado, afastando ou mitigando a culpabilidade do acusado, conforme art. 21 do CP/40.

Esta dilatação processual atende, também, ao direito constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88. Esse princípio estabelece, segundo Ferraz Filho (2018), que todos os processos, judiciais ou administrativos, devem ser solucionados em tempo razoável. No contexto da *emendatio libelli*, isto significa que o processo não pode tramitar muito rápido, sob pena de violar o contraditório e à ampla defesa. Dessa forma, torna-se, inadmissível, decretar uma sentença, absolutória ou condenatória, antes de ouvir, completamente, a acusação e a defesa, pois eles podem sustentar argumentos importantes ou, até mesmo, requerer diligências pertinentes.

Ressalte-se que, segundo Badaró (2019), mesmo que trate-se de uma mera correção da classificação criminal, o magistrado não deve excluir, automaticamente, a necessidade de produção de provas complementares sobre a nova imputação jurídica, pois tal medida é compatível com o princípio da verdade real e tem o objetivo de sanar dúvidas relevantes.

Dessa forma, por exemplo, se uma denúncia imputa, em desfavor de Tício, narrando que o acusado subtraiu, mediante violência, a motocicleta de Mévio, sendo, posteriormente, preso em flagrante, pois transportava a *res furtiva*, requerendo a condenação nas penas de roubo. Entretanto, após a instrução probatória, o magistrado constata que a classificação adequada, para o caso, seria, hipoteticamente, o crime de receptação e, portanto, determina a intimação das partes para manifestarem-se sobre a nova classificação. Neste contexto, a defesa poderia requerer alguma diligência. E após cumprida, ficasse constatado que o acusado fosse revendedor de automóveis há muitos anos, realizando diversas transferências de maneira lícita e com êxito. Dessa forma, conforme a lei das médias, seria uma questão de tempo para que uma motocicleta com procedência criminosa caísse nas mãos de um inocente, afastando o *animus* de apropriar-se da coisa alheia, exigindo, portanto, uma sentença absolutória.

Além disso, a providência prévia, respeitando o contraditório e à ampla defesa, assegurará que não haverá tratamento desigual, pois comparando os processos que aplicaram a *emendatio li-*

*belli* com outros que não utilizaram deste instituto, restará constatado que a imputação, em ambos os casos, composta pelos fatos, autoria e a classificação jurídica, foi formulada pela acusação, possibilitando, diretamente, que a defesa realize a impugnação dos fatos qualificados juridicamente.

Seguindo tal pensamento, a *emendatio libelli*, aplicada nos processos de competência da Justiça Militar, dispõe que o Conselho de Justiça, órgão julgador coletivo, poderá modificar a imputação jurídica, aplicando, se necessário, uma pena mais gravosa, desde que a nova definição jurídica seja formulada pelo Ministério Público, através das alegações escritas, concedendo-se a possibilidade de resposta da defesa, conforme a alínea “a” do art. 437 do CPPM/69.

Esta necessidade formal deveria ser aplicada por analogia ao processo penal comum, pois os dois códigos tratam das normas aplicáveis aos julgamentos criminais, bem como o *caput* do art. 5º da CF/88 determina o tratamento igualitário. Dessa forma, não deve haver uma liberdade humana que se encontre mais resguardada do que outra, ou então, algum exercício de contraditório e ampla defesa que seja mais extenso do que outro, pois, perante a lei, todos são iguais.

No mesmo sentido, Badaró (2019) elogia o avanço do processo penal militar, pois a modificação da imputação jurídica exige, expressamente, a discussão sobre as questões de fato e de direito, respeitando, efetivamente, o direito ao contraditório e à ampla defesa e, por último, requer que estas providências sejam aplicadas no processo penal comum.

Além disso, diante do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF/88, do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica e do art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, percebe-se a existência de um direito constitucional de ser ouvido e julgado por um magistrado imparcial. Dessa forma, o entendimento minoritário é mais compatível com o princípio da imparcialidade, pois ele aumentará a distância entre o magistrado e as partes, bem como permitirá uma decisão judicial mais justa, pois poderá solucionar o caso com base nas provas complementares.

Observe, também, que o art. 383 do CPP/41 não autoriza, expressamente, que o magistrado modifique, de ofício, a imputação jurídica. Tal entendimento caracteriza uma interpretação *in malam partem*. Caso o legislador tivesse esta vontade, ele teria se manifestado de maneira expressa como fez na antiga redação do art. 311 do CPP/41 que estabelecia o seguinte: “[...] caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **de ofício**, ou a requerimento [...] (grifo nosso)”. Dessa

forma, a “mera correção”, defendida pelo entendimento majoritário, viola o princípio da inércia, pois o magistrado está provendo algo que não foi pedido ou provendo algo diverso do pedido, decidindo sobre uma matéria que não integrou, diretamente, o objeto do processo (BADARÓ, 2019).

Caso o princípio da eventualidade continue sendo levado aos extremos haverá a violação do princípio constitucional da isonomia, pois o acusado, diante do extenso rol de infrações penais existentes, das inúmeras interpretações jurídicas, das variáveis processuais e dos órgãos persecutórios, torna-se a parte mais vulnerável da relação e, portanto, por uma questão de igualdade material, não deveria ser incumbido, também, do ônus de defender-se de uma imputação jurídica implícita ou incorreta.

Se o entendimento majoritário prevalecer, ele facilitará, excessivamente, o ônus processual da acusação, já favorecida pelos órgãos do Estado, pois bastará narrar fatos e apontar à autoria. Em contrapartida, a defesa precisará estar extremamente atenta a toda e qualquer palavra escrita na exordial acusatória, pois uma única palavra pode aumentar à responsabilidade penal do acusado.

Este sistema processual penal cria tamanha desigualdade que acaba violando o princípio da paridade de armas, pois permite-se a imputação criminal implícita, favorecendo à surpresa processual, afetando, conseqüentemente, o direito da defesa de influenciar o magistrado, podendo caracterizar prejulgamento e cerceamento de defesa.

Sabidamente, Reis e Gonçalves (2018) expõem o seguinte exemplo: A denúncia narra que duas pessoas foram presas em flagrante, pois estavam vendendo cerca de 100 quilos de *cannabis sativa*, requerendo, ao final, a condenação conforme as penas do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Durante a audiência de instrução, os fatos foram devidamente comprovados. Dessa forma, segundo o entendimento majoritário, o magistrado, ao sentenciar, deverá aplicar a *emendatio libelli*, condenando os acusados nas penas do art. 33 e do art. 35, ambos da Lei n.º 11.343/06, c/c art. 70 do CP/40, independentemente de qualquer manifestação sobre a acusação implícita do crime de associação para o tráfico.

Entretanto, visando inibir à surpresa processual, Capela (2009), Badaró (2019) e Brito; Fabretti e Lima (2015) afirmam que algumas legislações estrangeiras reconhecem a necessidade

de discutir a nova classificação do crime, como é o caso do: I. Código de Processo Penal Português no art. 358º, 1 e 3; II. Código de Processo Penal Espanhol, Ley de Enjuiciamiento Criminal, no art. 733; III. Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América no art. 322; IV. Código de Processo Penal Alemão, StPO, seção 265.

Assim, o instituto da *emendatio libelli* é constitucional, pois compete ao magistrado aplicar o direito ao caso concreto, entretanto o exercício da função jurisdicional deve respeitar, também, os direitos e garantias fundamentais, como é o caso do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e outros.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios do Brasil, durante a vigência do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, o ordenamento jurídico permitia que o magistrado modificasse a imputação jurídica. Nesta época, durante o trâmite do procedimento ordinário, o magistrado formulava os quesitos, conforme a sua livre convicção, propondo a modificação da classificação do crime para o Tribunal do Júri.

Alguns séculos depois, este instituto processual foi denominado pela doutrina como *emendatio libelli*, denotando a correção do ato acusatório e, conforme o entendimento majoritário, esta correção deve ser realizada durante o ato de sentenciar.

Atualmente, existe uma discussão sobre a *emendatio libelli*, regulada pelo art. 383 do CPP/41, questionando se o magistrado, antes de modificar a classificação do crime, deve intimar as partes, possibilitando a colaboração da acusação e da defesa nesta decisão.

A corrente majoritária afirma que não há necessidade, pois prevalece o entendimento segundo o qual o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica, portanto, se durante o trâmite processual ocorrer alguma modificação jurídica, torna-se incabível sustentar a ocorrência de nulidade ou qualquer prejuízo para a defesa.

Entretanto, a mutabilidade jurídica deve ocorrer respeitando os princípios do contraditório, da ampla defesa e outros. Dessa forma, percebe-se que a *emendatio libelli* é uma norma constitucional, desde que, o magistrado, caso deseje aplicar a *emendatio*, intime as partes para participarem da discussão, independente do grau de jurisdição, sustentando teses novas e produzindo

provas complementares, objetivando descobrir a verdade real e a classificação criminal adequada, democratizando, verdadeiramente, o processo penal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, N. **Processo Penal**. São Paulo: Método, 2017.

BADARÓ, G. H. R. I. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, G. H. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BAJER, P. **Processo Penal e cidadania**: Descobrimo o Brasil. Rio de Janeiro: J. Jahar, 2002.

BONFIM, E. M. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Coleção das Decisões do Governo do Império de 1843**. Disponível em <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18342/collecao\\_leis\\_%201843\\_parte3.pdf?sequence=3](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18342/collecao_leis_%201843_parte3.pdf?sequence=3)>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 4.207/2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emenda-tio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação criminal n.º: 0000101-15.2018.8.05.0253**. Relatora: Desa. Aracy Lima Borges. DJ: 15/04/2020. Disponível em <<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/96794f9a-7776-35b0-9678-34f7a4fc543f>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

BRITO, A. C. de; FABRETTI, H. B.; LIMA, M. A. F. **Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

BUENO, J. A. P. **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional do Diário, 1857.

CALIARI, F. R.; CARVALHO, N. C. B. de; LÉPORE, P. **Manual do Advogado Criminalista**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CAMPOS, F. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em <[http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf)>.

CAPELA, F. **Correlação entre acusação e sentença**. Curitiba: Juruá, 2009.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.



FERRAZ FILHO, J. F. C.; MACHADO, C. (org.). **Constituição Federal interpretada**. São Paulo: Manole, 2018.

FISHER, D.; PACELLI, E. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018.

LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARCÃO, R. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

MISAKA, M. Y. **Sentença Criminal**. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, G. de S. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, G. de S. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, G. de S. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2018.

PESSOA, V. A. de P. **Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Brasil**. Rio de Janeiro: Porto, 1899.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHMITT, R. A. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e prática**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

SILVA, O. J. de P. e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2017.

## RELATÓRIO ANTI-PLÁGIO DO PROGRAMA COPYSPIDER

CopySpider Scholar Análises de documentos

[← Voltar](#)
[Exportar relatório HTML](#)
[Exportar relatório PDF](#)
[Visualizar ▾](#)
[Gerador de Referência Bibliográfica \(ABNT, Vancouver\)](#)

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDATIO LIBELLI - A (in)observância do contraditório e da ampla defesa; graduando - Maurício Palmeira Pereira; prof. orientador - Dr. Jurandir Antônio Sá Barreto Júnior. (25/05/2020):

**Documentos candidatos**

- meusitejuridico.edit... [1,7%]
- ambitojuridico.com.b... [0,51%]
- www5.tjba.jus.br/por... [0,46%]
- manualdepericias.com... [0,1%]
- todamateria.com.br/p... [0,05%]
- researchgate.net/fig... [0,02%]
- qconcursos.com/quest... [0,02%]
- books.google.com.br/... [0%]

Arquivo de entrada: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDATIO LIBELLI - A (in)observância do contraditório e da ampla defesa; graduando - Maurício Palmeira Pereira; prof. orientador - Dr. Jurandir Antônio Sá Barreto Júnior.pdf (7890 termos)

Arquivo encontrado	Total de termos	Termos comuns	Similaridade (%)	
meusitejuridico.edit...	Visualizar 1366	155	1,7	
ambitojuridico.com.b...	Visualizar 5284	67	0,51	
www5.tjba.jus.br/por...	Visualizar 3432	52	0,46	
manualdepericias.com...	Visualizar 509	9	0,1	
todamateria.com.br/p...	Visualizar 828	5	0,05	
researchgate.net/fig...	Visualizar 3778	3	0,02	
qconcursos.com/quest...	Visualizar 407	2	0,02	
books.google.com.br/...	Visualizar 67	0	0	
honoriscausa.weebly...	-	-	-	Parece que o documento foi removido do site ou nunca existiu. HTTP response code: 404
genjuridico.com.br/2...	-	-	-	Conversão falhou

Obs.: O relatório completo possui 147 páginas. Ele foi enviado, também, por e-mail.