



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR  
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*  
CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**VALDEMAR DE SOUZA FERRAZ FILHO**

***Emendatio libelli* e a sua (in)compatibilidade com as garantias  
constitucionais do contraditório e da ampla defesa**

**SALVADOR  
2021**

**Valdemar De Souza Ferraz Filho**

***Emendatio libelli* e a sua (in)compatibilidade com as garantias  
constitucionais do contraditório e da ampla defesa**

Artigo Científico apresentado ao Curso de  
Especialização em Ciências Criminais da  
Universidade Católica do Salvador como requisito  
para a obtenção do grau de Especialista.

Orientador: Prof. Me. Marcelo Fernandez Cardilho  
de Moraes Urani.

**SALVADOR  
2021**

## **AGRADECIMENTOS**

Registro os meus agradecimentos ao professor Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani pelo cuidado, zelo e dedicação em sua nobre tarefa de orientar na confecção do presente trabalho.

## RESUMO

A doutrina e a jurisprudência majoritária sempre defenderam que a *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do CPP, para ser aplicada, não depende de prévia oportunidade ao exercício do contraditório, sob o fundamento de que o réu se defende dos fatos imputados e não da classificação inicial do delito. Contudo, surgiu uma minoritária corrente doutrinária sustentando que o réu se defende, não apenas dos fatos, mas também das relevantes matérias de direito que possam afetar o seu *status libertatis*. Destarte, a aplicação do instituto dependeria de prévia concessão de oportunidade ao exercício do contraditório, além de sua conformação com a garantia da ampla defesa do acusado. Daí a importância do tema, uma vez que a aplicação do art. 383 do CPP é recorrente na atividade forense, motivando o presente estudo que tem como objetivo discutir a *emendatio libelli* e a sua (in)compatibilidade com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, apontando a possível solução ao problema.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Emendatio libelli*. Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

## ABSTRACT

Majority doctrine and jurisprudence has always argued that the *emendatio libelli*, provided for in art. 383, of the CPP, to be applied, does not depend on prior opportunity to exercise the adversary, on the grounds that the defendant defends himself against the alleged facts and not the initial classification of the crime. However, a minority doctrinal current has arisen, claiming that the defendant defends himself, not only from the facts, but also from the relevant legal matters that may affect his libertatis status. Thus, the application of the institute would depend on prior concession of opportunity to exercise the adversary, in addition to its conformity with the guarantee of the defendant's broad defense. Hence the importance of the theme, since the application of art. 383 from CPP is recurrent in forensic activity, motivating the present study which aims to discuss the *emendatio libelli* and its (in) compatibility with the constitutional guarantees of the adversary and the broad defense, pointing out the possible solution to the problem.

**KEYWORDS:** *Emendatio libelli*. Constitutional guarantees of the adversary and of the broad defense.

## SUMÁRIO

<b><i>EMENDATIO LIBELLI</i> E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA .....</b>	<b>6</b>
1.0 - INTRODUÇÃO .....	6
2.0 - SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS .....	8
2.1 - O SISTEMA INQUISITORIAL.....	10
2.2 – O SISTEMA ACUSATÓRIO.....	11
2.3 - O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO .....	11
3.0 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	13
3.1 - A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO.....	15
3.2 - A GARANTIA DA AMPLA DEFESA .....	16
3.3 - PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA .....	17
4.0 – A <i>EMENDATIO LIBELLI</i> .....	22
5.0 – A (IN)COMPATIBILIDADE DA <i>EMENDATIO LIBELLI</i> COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA .....	25
6.0 - CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	30
REFERÊNCIAS .....	33

## **EMENDATIO LIBELLI E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

Valdemar de Souza Ferraz Filho<sup>1</sup>

Orientador: Prof. Me. Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani<sup>2</sup>

**RESUMO:** A doutrina e a jurisprudência majoritária sempre defenderam que a *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do CPP, para ser aplicada, não depende de prévia oportunidade ao exercício do contraditório, sob o fundamento de que o réu se defende dos fatos imputados e não da classificação inicial do delito. Contudo, surgiu uma minoritária corrente doutrinária sustentando que o réu se defende, não apenas dos fatos, mas também das relevantes matérias de direito que possam afetar o seu *status libertatis*. Destarte, a aplicação do instituto dependeria de prévia concessão de oportunidade ao exercício do contraditório, além de sua conformação com a garantia da ampla defesa do acusado. Daí a importância do tema, uma vez que a aplicação do art. 383 do CPP é recorrente na atividade forense, motivando o presente estudo que tem como objetivo discutir a *emendatio libelli* e a sua (in)compatibilidade com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, apontando a possível solução ao problema.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Emendatio libelli*. Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

### **1.0 - INTRODUÇÃO**

O Código de Processo Penal brasileiro - CPP (Decreto-Lei nº 3.689/1941), promulgado em 1941, fora elaborado sob forte influência do CPP italiano de 1930, este também conhecido como Código “Rocco”, em referência ao então Ministro da Justiça daquele país, Alfredo Rocco.

Deve-se dizer que, à época da elaboração do referido *codex* europeu, a Itália vivia sob forte regime autoritário fascista. No Brasil não foi diferente, haja vista que quando da

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1985). Promotor de Justiça do Estado da Bahia (aposentado). Ex-advogado. Pós-graduado, Lato Sensu, em Direito Processual Civil pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduando, Lato Sensu, em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador. Aprovado no concurso de Defensor Público do Estado da Bahia (1992).

2 Professor da Universidade do Estado da Bahia e Universidade Federal de Sergipe. Doutorando em Ciências Jurídicas na UFPB. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Bacharel em Direito pela UCSal. Advogado.

elaboração, e posterior publicação do nosso CPP em 13/10/1941, o país também passava por um forte regime de exceção, denominado de Estado Novo, sob a liderança do então Presidente Getúlio Vargas.

Não resta dúvida de que o direito, em qualquer Estado, sempre decorreu de sua ligação, subordinação e harmonização com o contexto social, econômico e político dominante em sua época. E assim não poderia ser diferente com o nosso CPP, isto é, se o Brasil estava vivendo um período ditatorial, não seria razoável que produzisse uma legislação penal e processual penal Democrática, mormente quando se sabe que historicamente tais ramos do direito sempre serviram como instrumentos de dominação e de opressão por parte dos Estados Totalitários.

Já são passados 79 (setenta e nove) anos de vigência do nosso CPP, e o instituto da *emendatio libelli* (“corrigenda do libelo”), previsto no art. 383, *caput*, a despeito das reformas do aludido Código, ainda continua com a mesma diretriz originária, permitindo ao Juiz quando da prolação da sentença condenatória, atribuir definição jurídica diversa da constante na peça inicial acusatória, sempre que não houver modificação dos fatos ali narrados, ainda que, por consequência, tenha que aplicar pena mais grave. Para tanto, tal dispositivo legal não exige que o Julgador, ao aplicar a *emendatio libelli*, conceda prévia oportunidade às partes (acusação e defesa) para se manifestar sobre a sua deliberação de alterar a classificação do tipo penal, constante na denúncia ou na queixa.

Considera-se irrelevante o prévio debate acerca da possível alteração da capitulação da infração penal, no momento da prolação da sentença, presumindo-se que essa forma de proceder não gera qualquer prejuízo ao acusado, ante a aplicação da teoria da consubstanciação ou substanciação, segundo a qual o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia ou na queixa, e não da classificação do tipo penal, inserida em tais peças processuais.

Esse sempre foi o posicionamento majoritário da nossa doutrina, seguido pela jurisprudência, e que persiste até os dias atuais.

Contudo, em que pese o entendimento majoritário, uma nova corrente doutrinária vem se formando, propondo uma releitura do art. 383 do CPP, que regulamentou a *emendatio libelli*, buscando a sua conformação com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Essa minoritária e nova corrente doutrinária defende a quebra dos paradigmas tradicionais, contidos na teoria da substanciação, base de sustentação do instituto em tela, argumentando que a correlação entre a acusação e a sentença, a despeito de encontrar-se vinculada apenas aos fatos imputados, contudo, por um imperativo constitucional, o



contraditório deve ser estendido a todas relevantes questões de direito, notadamente à tipificação da conduta, atribuída ao acusado.

E, dentro dessa linha de inteligência, o julgador não poderá fazer uma interpretação literal do disposto no art. 383 do CPP, e utilizando-a, aplicar diversa definição jurídica ao fato, em desacordo com a peça inicial, sem antes oportunizar o debate entre a acusação e a defesa acerca do tema, sob pena de incidir em grave afronta aos referidos princípios constitucionais.

Constata-se, pois, um grande e profundo dissenso de pensamentos, haja vista que a doutrina majoritária e o próprio Supremo Tribunal Federal são conclusivos quanto à constitucionalidade da *emendatio libelli*<sup>3</sup>, tal como se encontra regulamentada em nossa Lei Processual Penal.

Dentro desse contexto, o presente estudo se propõe a analisar o tema, cujo objetivo é discutir a *emendatio libelli* e sua (in)compatibilidade com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indicando a possível solução cabível, na hipótese de se constatar a existência de choque entre as ditas garantias e a aplicação literal do art. 383 do CPP, nos termos do entendimento da doutrina minoritária.

Observa-se, pois, a importância prática do presente trabalho, haja vista que a aplicação do instituto em análise é recorrente. Outrossim, para a realização do estudo, adotou-se como metodologia, a revisão de literatura legislativa, bibliográfica, além do exame jurisprudencial.

## 2.0 - SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

A abordagem, ainda que sucinta, sobre os sistemas processuais penais historicamente conhecidos, para em seguida identificar e caracterizar o atual sistema processual penal brasileiro, é de suma importância, haja vista que a existência de um sistema de processo implica no reconhecimento de uma coordenada e lógica interligação de normas (regras e princípios), que formam um conjunto organizado, voltado para uma determinada finalidade. Portanto,

---

<sup>3</sup> Reiteradamente, o STF tem aplicado a *emendatio libelli*, nos termos de sua redação literal, dispensando o prévio contraditório e o exercício da defesa, implicando, com isso, no reconhecimento da constitucionalidade do instituto. Em recente julgamento do Agravo Regimental em Habeas Corpus, proferido pela 2ª Turma, assim restou decidido: “1. Devidamente verificada a descrição de fato que resultou na condenação do recorrente, a hipótese insere-se na espacialidade legalmente admitida da *emendatio libelli*, não havendo que se falar em nulidade ou afronta ao princípio da correlação. [...] 4. Agravo regimental desprovido (STF; HC-AgR 168.855; SP; 2ª Turma; Rel. Min. Edson Fachin; DJE 28/9/2020; Pág. 134). No mesmo sentido: “[...] fatos que foram descritos, com clareza, na denúncia – hipótese de simples “*emendatio libelli*” – aplicabilidade do art. 383 do CPP, em sua redação original – “habeas corpus” indeferido” (STF; HC 84.594; SP; 2ª Turma; Rel. Min. Celso de Mello; julg. 30/06/2009; DJE 29/05/2013; Pág. 42).

sistema implica na existência de um “norte”, de uma “bússola”, ou seja, de um mesmo sentido, cujo caminho se faz de forma organizada e coordenada<sup>4</sup>.

Por conseguinte, via de regra, mostra-se incompatível com qualquer sistema, a coexistência de normas antagônicas entre si, posto que se traduz na quebra da harmonia, da inteligência, da coordenação e da lógica do todo.

E, uma vez identificado o sistema processual penal brasileiro, dever-se-á observar se o instituto da *emendatio libelli* encontra-se regulamentado com coerência e em conformidade com as diretrizes do sistema no qual está inserido. Vale ainda observar que o referido instituto deve atender às finalidades do processo penal como um todo, conformando-se com a atual concepção desse ramo do direito, que consiste, segundo Aury Lopes Junior (2020, p. 39), em limitar o poder punitivo estatal, assegurando as garantias fundamentais do indivíduo a ele submetido, não mais se admitindo o processo penal “como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito penal).” Em seguida, arremata o autor, no tocante à finalidade do referido processo, concluindo: “assim, existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal.”

Do ponto de vista histórico, alguns doutrinadores, a exemplo de Hélio Tornaghi (1990, p. 8-9) e Magalhães Noronha (1990, p. 234), relatam a existência de 03 (três) sistemas processuais penais: o inquisitório; o acusatório e o misto.

Vale de logo observar que, na atualidade, não mais existe nenhum sistema processual “puro”, razão pela qual Aury Lopes Junior (2020, p. 45-51)<sup>5</sup> assevera que a “questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório.” E, mais adiante, o autor diz que, em não mais existindo sistema puro, também não existe o chamado “sistema misto”, asseverando “estar com plena razão Jacinto Coutinho quando explica que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema.”

---

<sup>4</sup> Para Denise Neves Abade (2014, p. 47), sistema consiste num “agrupamento coordenado e lógico de elementos vinculados por um princípio ou ideia, destinados a uma finalidade determinada.” Paulo Rangel (2020, p. 41) define sistema processual penal como sendo o “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986, p. 1594) aponta o seguinte significado de sistema: “Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada.”

<sup>5</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

## 2.1 - O SISTEMA INQUISITORIAL

Segundo Aury Lopes Junior (2020), o sistema inquisitivo ou inquisitorial de processo já existia desde o período

[...] da ascensão dos Imperadores romanos, no final da República e início do Império, com a *cognitio extra ordinem*, é sem dúvida a Inquisição surgida ao longo dos séculos XI e XII, no seio da Igreja Católica espanhola, que nos dá o principal modelo processual inquisitório para estudo. [...] O processo penal canônico (antes marcado pelo acusatório) contribuiu definitivamente para delinear o modelo inquisitório [...]. Finalmente, no século XVIII, a Revolução Francesa e suas novas ideologias e postulados de valorização do homem levaram a um gradual abandono dos traços mais cruéis do sistema inquisitório (LOPES JUNIOR, 2020, p. 217-218).<sup>6</sup>

Os autores que se aprofundaram no exame histórico dos sistemas processuais penais, a exemplo de Hélio Tornaghi (1990), informam que o processo inquisitório “[...] apareceu como subsidiário do acusatório e os dois coexistiram durante muitos séculos; ao tempo de Diocleciano ele passou a ser de iure, a forma normal [...]”. Enfatadamente, o referido autor afirma que gradativamente o processo acusatório, em sua primeira fase histórica, foi entrando em “desuso”, ao tempo em que se firmou o inquisitório.

No tocante às causas ensejadoras da mudança desse sistema, no mundo antigo, Tornaghi (1990, p. 10-14) atribuiu às falhas do próprio sistema acusatório, reconhecidas em seu momento histórico (primeira fase), quais sejam: facilidades às falsas acusações, dado que bastava a realização de uma acusação privada para desencadear o processo criminal, e somente depois de formalizada a acusação “é que se ia pesquisar o crime, na sua materialidade e autoria. Era um verdadeiro inquérito, mas posterior à *accusatio*”. Ademais, o sistema acusatório, segundo o autor, propiciava a “impunidade” dos delinquentes, na medida em que a aplicação da lei penal fica exclusivamente nas mãos da vítima ou de seus representantes, enquanto que o despreparo e, por vezes, o temor dessas pessoas, contribuía para a impunidade.

Resumidamente, a doutrina elenca as seguintes características do sistema inquisitorial: inexistência do contraditório; ausência de regras de igualdade e de liberdade processuais; concentração das funções de acusar, defender e julgar em mãos do juiz, permitindo-lhe a produção de provas; o réu é visto e tratado como objeto do processo e não como sujeito de direitos; a confissão é considerada a “rainha das provas”, viabilizando, por si só, a condenação; o procedimento é sigiloso, e predominantemente escrito, desenvolvendo-se por impulso oficial.

---

<sup>6</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

## 2.2 – O SISTEMA ACUSATÓRIO

Após o declínio da primeira fase do sistema acusatório, ainda no mundo antigo, firmou-se o sistema inquisitorial, substituindo-o, conforme as lições de Hélio Tornaghi (1990), anteriormente mencionadas. É evidente que o sistema inquisitivo, após a sua propagação, notadamente pela grande influência do Direito Penal da Igreja e dos Tribunais de Inquisição na Idade Média, passou, ao longo da história, a servir como instrumento de dominação dos Estados, oprimindo e suprimindo as liberdades das pessoas, subjugando-as como forma de ostentação de poder. Esse importante aspecto foi observado por Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 79), ao asseverar que “em seguida, viram os soberanos, nesse tipo de processo, uma arma poderosa, e por isso espalhou-se entre os Tribunais seculares.”

Séculos depois, os ideais iluministas e a Revolução Francesa, segundo Aury Lopes Júnior (2020, p. 227-228)<sup>7</sup>, “repercutiram no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo. Coincidindo com a adoção dos Júris Populares [...]”. A partir desse momento histórico, surgiu o “sistema misto”, reunindo ao mesmo tempo as características do sistema acusatório e o inquisitivo, espalhando-se por diversos países, de forma que não mais existe nenhum sistema de processo penal puro, quer seja acusatório, quer seja inquisitivo. Por conseguinte, a classificação de cada um desses dois sistemas leva em conta a preponderância de características.<sup>8</sup>

Resumidamente, os autores elencam as seguintes características do sistema acusatório: o contraditório, como garantia do cidadão; as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas; o processo é público, e preferencialmente oral; preza pela igualdade de direitos e obrigações entre as partes; proibição da prática de torturas; valoração das provas pelo livre e motivado convencimento do julgador, e relativização da confissão; o réu é visto, não como objeto do processo, mas como sujeito de direitos; vedação à atuação *ex officio* do julgador, inclusive quanto à abertura do processo, com vista a manter a sua imparcialidade.

## 2.3 - O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

---

<sup>7</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

<sup>8</sup> Conforme já fora observado anteriormente, Aury Lopes Jr (2020) e Jacinto Coutinho (1998 apud LOPES JUNIOR, 2020) negam a existência do “sistema misto” por ausência de um princípio informador.

No tocante à exata classificação do sistema processual penal brasileiro, como já era de se esperar, não existe consenso no meio doutrinário e os embates são intermináveis. Destarte, uma corrente define o sistema pátrio como sendo inquisitorial; outra corrente classifica-o como acusatório; e uma terceira corrente, não menos prestigiada, define o nosso sistema processual como sendo misto.

Segundo Diogo Rudge Malan (2003),

Nosso ordenamento jurídico-constitucional adotou um sistema acusatório ao outorgar a órgão distinto do Judiciário a exclusividade do exercício da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I), garantir o Juiz Natural (art. 5º, LIII), o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), a publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX, 93, IX), o procedimento oral nos Juizados Especiais Criminais (art. 98, I), dentre inúmeras outras garantias igualmente importantes, previstas tanto no próprio texto constitucional quanto nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, incorporadas ao nosso ordenamento interno com força de norma constitucional (art.5º, §2º) (MALAN, 2003, p.88).

Contudo, os doutrinadores que qualificam o sistema de processo penal brasileiro como sendo o acusatório, em geral, ressaltam que o nosso sistema não é “puro”, na medida em que ele também apresenta alguns traços do sistema inquisitivo, conforme bem acentuou Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 79): “No Direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema com laivos de inquisitivo.”

Paulo Rangel (2020, p. 46) compartilha com o mesmo ponto de vista, aduzindo que o nosso sistema acusatório não é puro, lembrando que o inquérito policial, em que pese constituir procedimento administrativo preparatório, com tramitação secreta, relegando o indiciado à condição de objeto da investigação, mesmo assim, esse procedimento é transportado para os autos da ação penal, servindo de orientação ao julgador na condução da instrução processual. Portanto, na concepção do autor, o referido procedimento preliminar não fica restrito à mera formação da *opinio delicti* do órgão de acusação, como teoricamente se tem falado.

A corrente doutrinária que classifica o sistema de processo penal brasileiro como sendo inquisitório (“neo-inquisitório”) tem como expoentes, Aury Lopes Junior (2020) e Jacinto Coutinho (1998, p. 29 apud LOPES JUNIOR, 2020). Tais autores defendem que o nosso sistema se encontra regido por um princípio inquisitivo, na medida em que a gestão da prova se encontra, primordialmente, nas mãos do julgador.

Os autores que sustentam a tese, classificando o nosso sistema como misto, justificam tal conclusão salientando que a fase processual, na qual predomina os elementos do sistema acusatório, via de regra, é precedida por uma fase investigativa, consubstanciada pelo inquérito

policial, que tramita utilizando-se de ingredientes inquisitivos, tais como o sigilo, a forma escrita e a ausência do contraditório.

Entretanto, deve-se dizer que a existência de dois sistemas antagônicos e inconciliáveis, quais sejam, o acusatório e o inquisitorial, jamais poderiam ser fundidos para resultar na criação de um terceiro “sistema”, notadamente o ‘misto’, mormente quando se sabe que o sistema acusatório é próprio de um Estado Democrático, enquanto que o sistema inquisitorial é próprio de um Estado Totalitário. Assim, faltaria ao dito “sistema misto” um princípio informador ou unificador, razão pela qual Lopes Junior (2020, p. 45-51)<sup>9</sup> e Coutinho (1998 apud LOPES JUNIOR, 2020), com razão, negam a existência dessa terceira categoria de “sistema.”

Em termos críticos, ante tanta divergência doutrinária, poder-se-á afirmar que se a Constituição Federal do nosso país adotou o sistema acusatório, em face das várias garantias fundamentais, aplicáveis ao processo penal, por conseguinte, quaisquer disposições conferidas por lei hierarquicamente inferior, que venham a colidir com as diretrizes da Magna Carta, deverão ser consideradas substancialmente inconstitucionais. Logo, nenhum dispositivo do CPP possui força suficiente para negar o sistema acusatório que fora introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988<sup>10</sup>.

### 3.0 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Nas palavras de José Afonso da Silva (2014, p. 183-191), as garantias constitucionais especiais “são normas constitucionais que conferem aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus

---

<sup>9</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

<sup>10</sup> Conforme já fora destacado, Diogo Rudge Malan (2003, p. 88), ao abordar o tema, diz que o “nosso ordenamento jurídico-constitucional adotou um sistema acusatório ao outorgar a órgão distinto do Judiciário a exclusividade do exercício da ação penal de iniciativa pública”, além de conferir diversas garantias processuais penais. Finalmente, o autor conclui admitindo que o CPP contém diversos dispositivos de cunho inquisitorial, destinados a fase judicial, contudo, ele lança as seguintes reflexões: “A questão é saber se o sistema acusatório trazido à baila pela nova ordem jurídico-constitucional pode ser mitigado por lei (i) hierarquicamente inferior; (ii) cronologicamente anterior; (iii) confessadamente inspirada no Código de Processo Penal fascista de 1930” (MALAN, 2003, p. 90-91). No mesmo sentido, Badaró (2019, p. 34) diz que, pela sistemática da nossa Constituição, que separou as funções de acusar, defender e julgar, outrossim, “o contraditório é previsto de forma ampla e expressamente se assegura a presunção de inocência; mesmo mantido o inquérito policial, estamos, indiscutivelmente, diante de um sistema acusatório.” Por último, conforme adverte Aury Lopes Junior (2020, *op. cit.*, p. 49), a despeito do art. 3º-A, do CPP (introduzido pela lei nº 13.964/19) estabelecer expressamente que o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, a eficácia do referido dispositivo legal encontra-se suspensa, *sine die*, em decorrência da “concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn’s n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6305 pelo Min. FUX”.

direitos.” Mais adiante, o autor, reforçando o entendimento no sentido de que as garantias fundamentais ou constitucionais são criadas e postas com o escopo de assegurar o respeito, a efetividade e a satisfação dos direitos fundamentais, esclarece que, por essa razão, tais garantias “não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. Estão a serviço dos direitos humanos fundamentais.” Quanto aos direitos fundamentais, na concepção do autor, constituem um conjunto de “faculdade e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular”, acrescentando ainda que, dada a forte ligação entre os direitos e as garantias em análise, “é fácil perceber que tais normas constitucionais de garantia são também direitos – direitos conexos com os direitos fundamentais.” Como características dos referidos direitos, o autor elencou as seguintes: inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

Deve-se também dizer que a nossa Constituição Federal divide o gênero – direitos e garantias fundamentais em cinco espécies: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos políticos e aqueles vinculados aos partidos políticos, todos essenciais ao pleno desenvolvimento do homem. Quanto aos direitos e garantias individuais, atualmente denominados de primeira geração (direitos civis e políticos), correspondem às liberdades clássicas, cuja origem histórica remonta ao surgimento e ao fortalecimento da burguesia, frente ao poder centralizador do Rei, na época da monarquia absolutista.

Na visão de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2014),

Os direitos fundamentais seriam declarações da imprescindibilidade de um rol de situações jurídicas de vantagem que corresponderia a um núcleo mínimo de direitos necessários, essenciais e fundamentais para o desenvolvimento do homem. As garantias seriam os mecanismos de proteção de tais direitos (CARVALHO, 2014, p. 45).

Rogério Lauria Tucci (2011, p. 54-55) traz o conceito de direito individual fundamental de Pimenta Bueno (1958, p. 380 apud TUCCI, 2011): “são faculdades, as prerrogativas morais que a natureza conferiu ao homem como ser inteligente; são atributos essenciais de sua individualidade [...]” Finalmente, o autor completa aduzindo que, uma vez estabelecidos os direitos fundamentais, torna-se indispensável o “dualismo - direitos e garantias”, reservando-se a essas o essencial papel de preservar e tutelar os referidos direitos “mediante atuações judiciais.”

No que tange às garantias dos direitos fundamentais, aplicáveis ao processo penal, grande parte delas se encontram, explicitamente, dispostas no texto da atual Constituição Federal, distribuídas em vários incisos do art. 5º, a exemplo dos princípios ou garantias da ampla defesa e do contraditório (LV); da presunção de inocência (LVII); do juiz natural (LIII); da vedação das provas ilícitas (LVI); do devido processo legal (LIV). Vale também observar a

existência de outras garantias processuais constitucionais implícitas, a exemplo do princípio do duplo grau de jurisdição e o princípio da iniciativa das partes. Também existem os princípios de ordem infraconstitucional, a exemplo do princípio da verdade real; do impulso oficial e o princípio da indivisibilidade da ação penal privada.

Por outro lado, o § 2º do art. 5º, da nossa Constituição Federal, fez incorporar ao nosso ordenamento jurídico todos os direitos e garantias fundamentais constantes nos tratados internacionais, subscritos pelo nosso país.<sup>11</sup>

A seguir, serão analisadas as garantias fundamentais ou constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além do princípio da correlação entre acusação e sentença, por guardarem uma maior ligação com o instituto da *emendatio libelli*.

### 3.1 - A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

Deve-se dizer que a garantia do contraditório encontra sede constitucional, na medida em que o art. 5º, LV, da nossa Lei Maior a estabeleceu de forma expressa, utilizando-se dos seguintes termos: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Em que pese os princípios ou garantias do contraditório e da ampla defesa se encontrarem normatizados no mesmo dispositivo constitucional, e da estreita ligação entre ambos, versando sobre garantias fundamentais individuais, esses institutos não se confundem, haja vista que a garantia do contraditório é assegurada em benefício tanto da acusação quanto da defesa, ao passo que a garantia da ampla defesa somente se aplica em favor dos acusados.

Nos termos dos ensinamentos de Nereu Giacomolli (2016, p. 183), a garantia do contraditório, também conhecida como princípio de audiência, em sua concepção clássica ou meramente formal, “abarca a possibilidade de ciência bilateral às partes dos atos e termos do processo, reação, contradição, resposta, contraposição de teses.”

Entretanto, dentro de um contexto evolutivo conceitual, o autor afirma que a “metodologia dialética, com a valorização do contraditório em seu aspecto material ou substancial, ou seja, de igualdade de tratamento (*audiatur et altera pars*), de possibilidade de

---

<sup>11</sup> Nesse contexto, pode-se dizer que as garantias e os direitos fundamentais, voltados ao direito processual penal e penal, normatizados pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), esta conhecida pelo Pacto de São José da Costa Rica, também integram o nosso ordenamento jurídico, dado que o Brasil subscreveu tal Convenção (direcionada aos países integrantes da OEA - Organização dos Estados Americanos), cuja vigência em nosso território se deu a partir do Decreto nº 678, de 06/11/1992.



influir na construção dinâmica do espaço processual, das decisões” trouxe à tona a perspectiva de um processo isonômico e horizontalizado. Essa é a moderna concepção do sentido material ou substancial do contraditório, cuja função, nas palavras do autor, “vai além do conhecimento do alegado e da reação à acusação e às alegações contrárias, abarcando a perspectiva de influir no processo e no próprio *decisum*. Por isso, o debate contraditório constrói uma decisão mais justa ou menos injusta [...]” (GIACOMOLLI, 2016, p. 183-185).

Ainda, para o autor, “toda matéria, fática e jurídica, diante da exigência de tutela efetiva, é objeto do tensionamento do contraditório.” Portanto, em sua visão, as relevantes questões de direito deverão ser objeto da referida garantia, além dos fatos, tidos como delituosos (GIACOMOLLI, 2016, p. 185).

No mesmo sentido, é o entendimento de Gustavo Badaró (2019), que também reconhece a evolução do alcance da referida garantia, afirmando que o “contraditório deixa de ser uma mera possibilidade para se transformar em uma realidade. Deve haver uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo”, acrescentando ainda sobre a necessidade de se estimular a reação, para que “a estrutura dialética do processo se aperfeiçoe através de tese e antítese com conteúdos e intensidades equivalentes, para se atingir uma síntese que [...] seja mais justa.”

Na visão do autor, a releitura dos dispositivos processuais, voltados a concretude do contraditório, impõe uma interpretação “que assegure ao máximo a efetividade e plenitude”, contando com a participação igualitária das partes e do próprio juiz (BADARÓ, 2019, p. 38-39).

Outrossim, Badaró (2019) é categórico ao asseverar que a incidência do contraditório, cuja garantia fundamental é extensiva a ambas as partes (acusação e defesa), deve também alcançar as questões de direito.

### **3.2 - A GARANTIA DA AMPLA DEFESA**

Segundo Giacomolli (2016, p. 144), a “suficiência e a efetividade integram o conceito de ampla defesa, como núcleo substancial dessa garantia fundamental. Por isso, tanto a ausência, quanto a deficiência, limitação ou insuficiência, afastam a garantia constitucional” em tela. Mais adiante, o processualista, em complementação dos seus ensinamentos, declara que “essa garantia abarca o direito de contestar, de resistir, de responder à acusação, por meio de defensor

ou pessoalmente, de omitir-se, de calar. A defesa técnica obrigatória se dá através da constituição de defensor ou da nomeação de defensor dativo ou público [...].”

Quanto a distinção entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, asseveram Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1992),

[...] defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao da ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1992, p. 63).

De modo geral, a doutrina divide o direito de defesa em autodefesa e defesa técnica. Por sua vez, a autodefesa, também denominada de defesa pessoal, é subdividida em direito de presença, direito de audiência e direito de postular pessoalmente.

Se por um lado, a autodefesa é sempre facultativa, o mesmo não acontece com a defesa técnica; esta deve ser necessariamente exercida, de forma efetiva e eficiente, por advogado, da escolha do acusado. Não havendo essa possibilidade, a defesa técnica deverá ser exercida por defensor público ou dativo. A obrigatoriedade dessa espécie de defesa decorre da própria estrutura dialética do processo democrático e do acatamento ao princípio da isonomia processual, assegurando às partes a denominada paridade de armas, conforme bem sintetizou Giacomolli (2016, p. 158) quando diz que “diante de uma acusação técnica, há necessidade de uma resistência e reação técnica.”

### 3.3 - PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

O estudo aprofundado do princípio da correlação ou congruência entre acusação e sentença, por si só, demandaria um vasto trabalho, dada a extensão do tema e as suas importantes repercussões em outros institutos, a exemplo da litispendência, da coisa julgada, inércia da jurisdição, princípio do contraditório, da ampla defesa, *mutatio libelli e emendatio libelli*. No entanto, não cabem neste momento outras abordagens acerca do princípio da correlação entre acusação e sentença, senão aquelas estritamente necessárias para uma melhor compreensão do tema, objeto do presente estudo – *Emendatio libelli* e a sua (in)compatibilidade com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Com muita propriedade, Gustavo Badaró (2019) diz que

A regra da correlação entre o fato imputado e o fato constante na sentença implica que o objeto do processo permaneça inalterado, durante o desenvolver do iter procedimental. Não pode haver alteração do objeto do processo, considerado em seus

momentos extremos. Desde o momento inicial, com a acusação, até o seu término, com a sentença, o objeto do processo não pode, em regra, sofrer alterações (BADARÓ, 2019, p. 103).

Segundo o autor, se no curso do processo a instrução revelar a existência de fatos diversos “que alterem o objeto do processo, para que tais fatos possam ser considerados pelo juiz é necessário respeitar determinadas regras que visam [...] assegurar o respeito ao princípio do contraditório e, até mesmo, o princípio da inércia da jurisdição” (BADARÓ, 2019, p. 103-104).

Constata-se, de plano, que o princípio da correlação entre acusação e sentença impõe limitações, delimitando o campo decisório do juiz, na medida em que a sentença penal condenatória deve guardar identidade ou correspondência com os fatos narrados na inicial acusatória, não podendo o juiz condenar o acusado para além dos fatos imputados, ou por fatos que não foram imputados, muito menos por fatos diversos da imputação, sob pena de produzir uma sentença incongruente, enquadrada numa das seguintes modalidades: *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*, todas eivadas de nulidade.

No caso da sentença *citra petita*, ou seja, aquela que não julga a integridade da pretensão acusatória, com essa modalidade de incongruência se estará violando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, além do princípio do contraditório, pedra angular do sistema acusatório.

Quanto às sentenças *extra e ultra petita*, guardadas certas peculiaridades entre si, ambas julgam fora da imputação, e por essa razão ofendem o princípio da inércia da jurisdição, comprometendo a imparcialidade do julgador, além de desconsiderar o mandamento da Lei Maior que confere à iniciativa da ação penal pública, privativamente, ao Ministério Público. Tais sentenças, igualmente incongruentes, também ofendem o contraditório, podendo, a depender do caso, ofender a ampla defesa. Em resumo, restaria desconsiderado o próprio sistema processual acusatório, ante qualquer modalidade de sentença incongruente.

Por outro lado, a regra geral, que impõe a imutabilidade do objeto do processo ou da pretensão acusatória, é flexibilizada com a possibilidade do aditamento da peça inicial, na modalidade denominada de *mutatio libelli*, prevista no art. 384 do CPP. Assim, uma vez realizado o aditamento, estar-se-á ampliando o campo acusatório, sendo adicionado à peça inicial novos fatos, surgidos no decorrer da instrução processual.

Nessa hipótese, deverá ser observado o procedimento próprio, em acatamento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e somente ao final, dependendo da prova produzida, o juiz poderá prolatar a sentença condenatória, acolhendo os novos fatos, para efeito

de aplicar uma outra definição jurídica aos fatos (juízo de tipicidade), quando então se estará diante de uma sentença congruente, em que pese à anterior mutação do objeto do processo ou da pretensão acusatória.

Contudo, Badaró (2019, p. 104) admite a possibilidade de mudanças pontuais do objeto do processo, ou seja, de determinados dados do fato imputado, sem que tal ocorrência implique em violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença, esclarecendo que “a questão é saber em que medida é possível alterar o objeto do processo” para então concluir pela violação ou não ao mencionado princípio.

No entendimento do autor, se no decorrer do processo ocorrer variação do fato imputado em seus aspectos “não relevantes”, ainda assim restará respeitada a regra da correlação entre a acusação e a sentença. Em outras palavras, somente as alterações dos dados fáticos, considerados relevantes poderiam ensejar a quebra da referida regra, caso a sentença condenatória seja proferida, sem o prévio aditamento da peça inicial acusatória, nos termos do disposto no art. 384 do CPP.

Para Badaró (2019, p. 104), “o perímetro dentro do qual se desenvolveu o contraditório é que determinará a relevância ou irrelevância da alteração do objeto do processo.”

Outro aspecto merece observação. A imputação consiste em atribuir um fato penalmente relevante ao acusado. Portanto, o conceito de imputação inclui o fato naturalístico, ou seja, o acontecimento da vida real, concreto e histórico, supostamente verdadeiro e atribuído ao imputado, além da necessária relevância desse fato para o direito penal. Vale dizer, o fato concreto, próprio da vida humana, deverá encontrar correspondência em um prévio e determinado tipo penal. Por conseguinte, para o aperfeiçoamento da imputação, faz-se necessário que o fato natural seja juridicamente qualificado, na medida em que se mostra irrelevante para o processo penal a ocorrência de fatos atípicos.

Constata-se, pois, que a imputação contém, ao mesmo tempo, o que a doutrina denomina de fato penal e fato processual, cuja distinção fora objeto dos ensinamentos de Badaró (2019, p. 105): “O fato processual penal é um acontecimento histórico concreto, um fato naturalístico.” Já o fato penal consiste “em uma entidade extraída de uma situação hipotética, de um tipo penal, e não um fato concreto que foi realizado pelo autor e que foi introduzido no processo através da imputação.”

Deve-se também dizer que a grande maioria dos doutrinadores compartilham com as palavras de Malan (2003, p. 117), no sentido de que a “relação de congruência que deve ser estabelecida entre o conteúdo da imputação e a sentença condenatória concerne única e exclusivamente às questões de fato, e não às questões de Direito.”

Com efeito, em não havendo alterações do fato processual no curso do processo, o juiz não ficará vinculado à qualificação jurídica, inicialmente atribuída a esse fato, formulada na denúncia ou na queixa (art. 41 do CPP). Por conseguinte, o juiz pode conferir definição jurídica diversa aos fatos (subsunção) em perfeita sintonia com o princípio da correlação, posto que predomina em nosso ordenamento jurídico o princípio da livre dicção do direito. Tal possibilidade se encontra regulamentada no art. 383 do CPP, que trata da *emendatio libelli*.

No sentido de que a mera alteração da qualificação jurídica do fato não modifica o objeto do processo (pretensão acusatória ou processual) e, dessa forma, não gera incongruência entre acusação e sentença, salienta Malan (2003)

No que tange à qualificação jurídica dos fatos imputados ao réu, pensamos que ela não integra o objeto do processo [...]. Ao se adotar entendimento diverso, chegar-se-ia a soluções absurdas: a uma nova acusação, pelos mesmos fatos já imputados àquele réu em processo anterior, mudando-se tão somente a sua qualificação jurídica, não seria oponível exceção de litispendência ou coisa julgada, porque os objetos processuais seriam diferentes (MALAN, 2003, p. 116).

Com a mesma concepção, são as palavras de Badaró (2019, p. 108-109), “a relação de correlatividade, portanto, diz respeito, unicamente, ao fato e não ao direito.” Contudo, o autor esclarece que, embora o juiz possa modificar a qualificação jurídica dos fatos “sem que se altere o objeto do processo”, deverá observar o princípio do contraditório, oportunizando a prévia manifestação das partes, antes de aplicar outra qualificação jurídico-penal ao caso. Por certo, o debate prévio acrescentará novas reflexões, podendo indicar diferentes rumos a serem adotados pelo juiz, ou mesmo ratificar a necessidade de uma nova capitulação jurídica dos fatos.

Quanto ao campo de incidência do princípio da correlação entre acusação e sentença, Lopes Junior (2011), indo mais além, assevera que “não há mais razão, no marco do processo penal constitucional, para aceitar-se a exclusão das questões de direito do princípio da correlação, havendo uma imperiosa necessidade de (re)ler-se o art. 383”. E, justificando essa premissa ampliativa quanto ao alcance da correlação, o autor sustenta que “essa lógica binária de questão de fato – questão de direito, na complexidade contemporânea, não é nada clara, ou seja, as questões se misturam e coexistem, não se excluem.”

Finalmente, o autor arremata o seu ponto de vista, dizendo que a “correlação na verdade não é apenas entre acusação e sentença, mas entre acusação, defesa, instrução e sentença.” Outrossim, Lopes Junior (2011, p. 381-382), invocando o magistério de Aragonese e Alonso, aponta para a necessidade de “identidade entre a decisão e o que foi ‘debatido’ [...] há que se ter sempre presente o necessário contraditório e a defesa” integrando a correlação.

Deve-se dizer, todavia, que a tese ampliativa do princípio da correlação para alcançar as questões de direito, notadamente, a tipicidade do fato, não encontra ressonância em outros doutrinadores pátrios, valendo lembrar que o direito processual civil, em nosso país, sempre fez clara opção pela teoria da substanciação, influenciando sobremaneira o nosso processo penal, embora com uma certa mitigação, haja vista que a classificação da infração penal constitui requisito essencial da denúncia e da queixa (art. 41 do CPP), sendo a sua ausência, causa de rejeição da peça inicial acusatória, por inépcia, nos termos do art. 395, I, do referido código<sup>12</sup>.

Assim, no processo penal, o juiz não fica vinculado à classificação do fato, constante na denúncia ou queixa, aplicando-se os seguintes axiomas: *jura novit cúria* (“o juiz conhece o direito”) e *narra mihi factum dabo tibi jus* (“narra-me o fato e te darei o direito”), que muito bem retratam a opção pelo princípio da livre dicção do direito, bem como a fidelidade do nosso processo penal à teoria da substanciação, adotada com mitigação.

Conforme já fora dito anteriormente, a quase totalidade dos doutrinadores pátrios asseveram que a correlação entre acusação e sentença se limita aos fatos imputados, não alcançando as questões de direito. Porém, a despeito da referida limitação ao princípio da correlação, surgiu uma minoritária corrente doutrinária em nosso país, defendendo à necessidade da prévia concessão de oportunidade às partes para o exercício do contraditório, antes do juiz conferir uma diversa definição jurídica aos inalterados fatos. São exemplos de autores que defendem o referido posicionamento, Gustavo Badaró<sup>13</sup>, Diogo Rudge Malan<sup>14</sup>, Geraldo Prado<sup>15</sup> e Antônio Scarance Fernandes<sup>16</sup>.

Entretanto, no entendimento de Aury Lopes Junior (2011, p. 380-381), a correlação entre acusação e sentença inclui, além dos fatos imputados, as questões de direito, a exemplo da definição jurídica do fato.

---

<sup>12</sup> No processo civil, que conta com um maior grau de aderência à teoria da substanciação, a indicação do dispositivo legal, que poderá (ou não) ser aplicado ao caso, não constitui requisito da petição inicial, na medida em que o art. 319 do CPC não impõe esse requisito, sendo tal observação, objeto do Enunciado nº 281 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A indicação do dispositivo legal não é requisito da petição inicial e, uma vez existente, não vincula o órgão julgador.”

<sup>13</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 151.

<sup>14</sup> MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 178-179.

<sup>15</sup> Prado (2001, p. 168) diz que “[...] mesmo o simples ajustamento da qualificação jurídica da infração penal [...] quando a petição inicial acusatória descrever minuciosamente o fato, haverá de ser promovido antes da emissão da sentença” o debate contraditório.

<sup>16</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *A mudança do fato ou da classificação no novo procedimento do júri*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4588/>. Acesso em: 06 maio 2021.

#### 4.0 – A *EMENDATIO LIBELLI*

A *emendatio libelli*, tal como se encontra regulamentada no art. 383 do CPP, corresponde à possibilidade de o juiz, quando da prolação da sentença, condenar o acusado, aplicando diversa definição jurídica ao fato, sempre que esse permanecer inalterado no curso do processo, ainda que venha resultar em pena mais grave.

Nessa hipótese, observa-se que o fato, descrito na peça inicial acusatória, não sofre qualquer alteração ao longo do processo, entretanto, o juiz, discordando da classificação delituosa, contida na denúncia ou na queixa, condena o acusado, dando a esse mesmo fato uma capitulação jurídica diversa.

Eis o disposto no art. 383, *caput*, do CPP, que trata do instituto em exame (com a redação determinada pela lei nº 11.719/08): “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.”

Outrossim, o parágrafo primeiro do referido artigo estabelece que “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.” Por último, o parágrafo segundo do mesmo dispositivo legal assim preceitua: “Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.”

Constata-se, de plano, que o referido dispositivo legal, incluindo os seus parágrafos (primeiro e segundo), em momento algum determina que o magistrado, antes de sentenciar, adote alguma providência, no sentido de intimar as partes (acusação e defesa) para se manifestar, querendo, quanto à possibilidade da aplicação de outra classificação jurídica aos fatos.

Deve-se dizer que a base jurídica que ainda continua sustentando a *emendatio libelli*, tal como se encontra regulamentada no nosso CPP, sempre levou em consideração as seguintes máximas ou axiomas: *jura novit cúria* (“o juiz conhece o direito”) e *narra mihi factum dabo tibi jus* (“narra-me o fato e te darei o direito”), predominando em nosso processo o princípio da livre dicção do direito.

Assim, dentro dessa linha de inteligência, o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência pátria sempre foi no sentido de que o réu se defende dos fatos, imputados na peça inicial acusatória, e não da classificação do crime ali contida. Ademais, não estando o juiz vinculado à capitulação, inserida na exordial acusatória, poderá ele sentenciar, segundo o seu livre e motivado convencimento, condenando o acusado, atribuindo aos fatos, diversa definição

jurídica, sem necessidade de prévia manifestação das partes, em atenção ao contraditório, ou de concessão de oportunidade para esse fim.

Deve-se dizer que tal entendimento majoritário parte do pressuposto de que a *emendatio libelli* nada mais representa senão uma simples correção do libelo (peça inicial), portanto, em permanecendo inalterados os fatos imputados, ao longo do processo, sobre os quais o acusado teve ampla oportunidade de se defender, não se vislumbra, contra a sua pessoa, nenhum prejuízo.

São exemplos de consagrados autores que comungam com esse entendimento: Hélio Tornaghi<sup>17</sup>, Magalhães Noronha<sup>18</sup>, Júlio Fabbrini Mirabete<sup>19</sup>, Fernando da Costa Tourinho Filho, Guilherme de Souza Nucci, Hidejalma Muccio<sup>20</sup> e Eugênio Pacelli de Oliveira, dentre outros tantos.

Contudo, Badaró (2019) chama a atenção para a impropriedade terminológica do termo – *emendatio libelli* (“correção do libelo”), na medida em que o juiz ao aplicar o disposto no art. 383 do CPP, na verdade, não corrige, nem muito menos emenda a peça inicial (libelo), cuja faculdade somente é conferida ao acusado, através do aditamento, que poderá ser realizado a todo o tempo, antes da sentença, nos termos do art. 569 do CPP.

Na realidade, segundo o autor, ao prolatar a sentença condenatória, o juiz, discordando da classificação jurídica, inicialmente dada ao fato pela acusação, aplica diversa definição jurídica, notadamente aquela que considera cabível ao caso. Assim agindo, o juiz não estará emendando ou corrigindo à peça inicial, mas simplesmente sentenciando, segundo o seu livre e motivado convencimento (BADARÓ, 2019, p. 154).

No que diz respeito ao entendimento acerca da desnecessidade de prévia concessão de oportunidade ao exercício do contraditório<sup>21</sup> quando da aplicação do art. 383 do CPP, Eugênio Pacelli de Oliveira (2020) argumenta que

Assim, a *emendatio* não é outra coisa senão a correção da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato narrado e efetivamente provado ... ao tipo penal previsto na lei. [...] Não se exige, então, a adoção de quaisquer providências

---

<sup>17</sup> TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 168. Vol. 2.

<sup>18</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito processual penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Obra atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha.

<sup>19</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. Obra atualizada por Renato N. Fabbrini, p. 462-463.

<sup>20</sup> MUCCIO, Hidejalma. Curso de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1496-1497.

<sup>21</sup> No mesmo sentido são os ensinamentos de Nucci (2020, p. 756), ao dizer que “a defesa – autodefesa e defesa técnica – volta-se aos fatos imputados e não à classificação feita.” Portanto, no entendimento do autor, o prévio exercício do contraditório antes de proceder a *emendatio libelli* seria uma “superfetação do princípio do contraditório e inócuo para a ampla defesa”.

Também, Tourinho Filho (2009, p. 320) sustenta a mesma tese, considerando despicendo o prévio exercício do contraditório, antes do juiz aplicar o disposto no art. 383 do CPP, argumentando que a defesa do acusado não se estende à provisória e inicial qualificação jurídica da infração, “afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim deste.”



instrutórias, bastando a prolação da sentença com a capitulação jurídica (do fato) que parecer mais adequada ao juiz ... sobretudo porque o réu não se defende da capitulação, mas da imputação da prática de conduta criminosa. Por isso, ainda que da nova definição jurídica resulte pena mais grave, não haverá qualquer prejuízo à defesa [...] (OLIVEIRA, 2020, p. 499).

Por outro lado, observa-se que o entendimento doutrinário majoritário é seguido pela quase totalidade da jurisprudência<sup>22</sup>, no que tange à aplicação literal do art. 383 do CPP, ou seja, dispensando o prévio exercício do contraditório.

Deve-se também dizer que o art. 617 do CPP autoriza expressamente à aplicação da *emendatio libelli* em segundo grau, dentro da mesma sistemática que ocorre no primeiro grau de jurisdição. Entretanto, em havendo recurso exclusivo da defesa, ainda que o Tribunal aplique ao fato outra qualificação jurídico-penal, não poderá agravar a pena do sentenciado em face da proibição da *reformatio in pejus*, cuja vedação se encontra no próprio dispositivo legal já referido. Outrossim, não havendo recurso da acusação, visando a elevação da pena imposta, qualquer acréscimo também ensejaria violação à regra do *tantum devolutum quantum appellatum*<sup>23</sup>.

Outro aspecto que merece destaque reside na possibilidade da aplicação da *emendatio libelli* quando do recebimento da denúncia. Em que pese o art. 383 está inserido na parte do CPP, que trata da sentença, a doutrina vem admitindo a sua excepcional aplicação no momento do recebimento da denúncia, notadamente diante de uma eventual e excessiva acusação, de fácil percepção, gerando prejuízos à defesa do acusado, a exemplo de uma classificação jurídica do fato, constante na peça inicial, que por atribuir um tipo penal mais grave ao acusado, o impede de obter o benefício da suspensão condicional do processo, posto que o mínimo da pena

---

<sup>22</sup> Com efeito, a título de ilustração, segue um recente julgado do Supremo Tribunal Federal, e outro do Superior Tribunal de Justiça, ambos na mesma linha do pensamento da doutrina tradicional: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. *EMENDATIO LIBELLI*. ART. 383 DO CPP. [...] 1. O acusado defende-se dos fatos descritos na denúncia e não de sua classificação jurídica. Precedente: Inq 4093, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-101 18.05.2016. 2. Não configuram ilegalidade ou abuso de poder as hipóteses em que o juiz sentenciante, a partir de elementos decorrentes da instrução probatória, dá aos fatos nova definição jurídica, nos termos do artigo 383 do CPP (*emendatio libelli*). [...] 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (Ag. Reg. no Habeas Corpus nº 134686/RJ, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber. j. 05.10.2018, maioria, DJE 16.10.2018).

“Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus. [...] 2. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da sua capitulação legal, que é sempre provisória, podendo o juiz – no momento da sentença – atribuir definição jurídica diversa, nos termos do art. 383 do CPP, ainda que tenha que aplicar pena mais grave [...] 5. Agravo regimental improvido (STJ, AgRHC 134.280, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro; julg. 15/12/2020; DJE 18/12/2020).”

<sup>23</sup> No que toca ao instituto da *mutatio libelli*, regulamentado pelo art. 384 do CPP, por implicar em alteração do fato processual, verificado no curso da instrução, desencadeando a consequente mudança do objeto processual, a sua aplicação encontra-se condicionada a prévio procedimento probatório, dessa forma, ante a tais peculiaridades, a *mutatio libelli* não poderá ocorrer em segundo grau, sob pena de supressão de instância. Essa vedação se encontra regulamentada pelo enunciado da súmula nº 453 do STF.

privativa de liberdade, em abstrato, prevista para aquele tipo penal é superior a um ano (art. 89, *caput*, da lei nº 9.099/95).

O mesmo se diz em relação às infrações de menor potencial ofensivo (art. 61, da lei nº 9.099/95), quando a peça inicial acusatória, por equívoco, atribuir ao fato um tipo penal mais grave, impedindo o acusado de receber o benefício da transação penal.

Ademais, o quanto da pena privativa de liberdade máxima, abstratamente prevista no tipo penal, igual ou inferior a quatro anos, ainda que diante de crime doloso, poderá (salvo exceções) constituir óbice legal à decretação da prisão preventiva, consoante dispõe o art. 313, I, do CPP, por interpretação a contrário sensu, valendo observar que tal dispositivo fora introduzido no nosso Código de Processo Penal pela lei nº 12.403/2011.

Diante de tais situações e outras mais, não há como negar o poder-dever do juiz em proceder, em casos excepcionais, a aplicação da *emendatio libelli*, quando do recebimento da peça inicial acusatória, evitando-se a incidência de eventuais prejuízos em desfavor do acusado.

## **5.0 – A (IN)COMPATIBILIDADE DA *EMENDATIO LIBELLI* COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

Nos últimos tempos, vozes minoritárias da doutrina pátria tem se levantado contra a forma tradicional de aplicação da *emendatio libelli*, notadamente quanto à possibilidade do juiz, no momento de prolatar a sentença condenatória, conferir uma diversa definição jurídica ao fato imputado, sem antes submeter a sua deliberação ao conhecimento das partes, possibilitando-as exercer o prévio direito ao contraditório, conformando assim a aplicação do referido instituto com o sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988.

A nova corrente de pensamento repele o antigo paradigma de que o acusado se defende dos fatos imputados na peça inicial e não da classificação da infração penal, produzida pelo acusador. Assim, para essa corrente, o acusado se defende tanto dos fatos imputados, quanto da capitulação delituosa.

Com muita propriedade, Gustavo Badaró (2019, p. 151) diz que “o contraditório não se aplica apenas à matéria fática, principalmente aos dados probatórios, mas também diz respeito às questões de direito.” Com essa concepção, o autor se mostra favorável à aplicação da *emendatio libelli*, em permanecendo inalterados os fatos no curso do processo, mesmo sem aditamento da peça inicial acusatória, porém torna-se imprescindível que, antes da sentença, as partes sejam intimadas para se manifestar sobre a possibilidade de uma nova classificação

jurídico-penal dos fatos, em acatamento ao princípio do contraditório, evitando-se a surpresa de uma decisão condenatória por um diverso tipo penal, não cogitado e não debatido pelas partes.

Outrossim, o autor esclareceu que a necessidade do prévio contraditório, frente às relevantes decisões, envolvendo as questões de direito, ficaram ainda mais evidentes com o disposto no art. 10 do CPC/15, que veda ao julgador proferir qualquer decisão com base em fundamentação a qual não se conferiu às partes a prévia oportunidade de se manifestar, ainda que a matéria esteja sujeita à decisão *ex officio* (BADARÓ, 2019, p. 130).

Destarte, Badaró (2019, p. 41) foi conclusivo ao afirmar que constitui um “verdadeiro dever do juiz de provocar o prévio contraditório entre as partes, sobre qualquer questão que apresente relevância decisória, seja ela processual ou de mérito, de fato ou de direito.”

O autor também declarou que não se pode compreender que o contraditório, no processo cível, possa ser mais intenso do que no processo penal (BADARÓ, 2019, p. 150). Finalmente, argumentou que a iniciativa do juiz, convidando às partes para se manifestar sobre as relevantes questões de direito antes da decisão, não implica na quebra da sua imparcialidade, por estar prejudgando o caso (BADARÓ, 2019, p. 42).

Comungando com o mesmo pensamento, ou seja, pela necessidade da prévia comunicação às partes para se manifestar acerca da possível aplicação da *emendatio libelli*, posiciona-se Giacomolli (2016, p. 188), afirmando que a falta da referida garantia “fere o contraditório, tanto em seu aspecto formal quanto substancial, diante da surpresa com a nova definição jurídica, a qual não foi objeto do debate processual e nem sequer aventada por qualquer das partes.” Também o autor faz referência ao art. 10 do CPC/15, que veda ao magistrado proferir decisão, utilizando-se de fundamentação a qual não se conferiu às partes a prévia oportunidade de manifestação, mesmo diante daquelas situações em que o juiz deve decidir de ofício, cuja regra procedimental, positivada no processo cível, no seu entender, também deverá ser aplicada ao processo penal.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Malan (2003, p. 178-179) sustenta que “pode-se concluir, na contramão de remansosa jurisprudência, que o réu não se defende tão somente de fatos, e sim de fatos qualificados juridicamente”. Ademais, destacando a necessidade de concessão de oportunidade em favor das partes para se manifestar sobre a nova classificação jurídica dos fatos, em sede de *emendatio libelli*, o autor esclarece que tal providência assegura “o contraditório em sua dimensão substancial, efetiva, contribuindo para uma maior legitimidade do provimento jurisdicional.”

Também Lopes Junior (2020, p. 968-969)<sup>24</sup> defende a mesma linha de entendimento, sustentando que o “contraditório, igualmente relacionado com o princípio da correlação, pois o binômio informação-reação deve pautar o campo decisório, não podendo o juiz decidir sobre questões que não foram debatidas pelas partes no processo.” Arrematando o seu ponto de vista, o autor sustenta que o contraditório deve recair sobre as questões de fato e de direito, na medida em que a acusação e o contraditório delimitam o campo da decisão.

Em que pese o entendimento doutrinário majoritário acerca do tema, não há como negar que a aplicação literal da *emendatio libelli* não mais encontra sustentação em nosso ordenamento jurídico em face das garantias do contraditório e da ampla defesa.

No tocante à garantia do contraditório, afrontada pela aplicação do art. 383 do CPP, quando se procede sem o prévio conhecimento das partes, incluindo a oportunidade de manifestação, tal constatação constitui uma inegável realidade. Observa-se que a dita garantia constitucional se traduz no binômio informação e reação. E, uma vez inexistindo qualquer informação ou cogitação prévia quanto à possível aplicação do instituto em exame, as partes estarão impossibilitadas de defender os seus pontos de vista e suas teses jurídicas acerca do tema, que muito bem poderiam contribuir para a construção de uma decisão mais justa e democrática.

Quanto à situação específica do acusado, pode-se dizer que, uma vez negado o direito ao contraditório, concomitantemente restará neutralizada a garantia constitucional à ampla defesa, posto que ele somente tomará conhecimento da outra definição jurídica do fato após a prolação da surpreendente sentença, que tendo adotado uma classificação do fato diversa daquela constante na peça inicial, não lhe oportunizou a prévia reação através dos meios defensivos cabíveis. Destarte, na hipótese, haverá cerceamento de defesa, posto que o juiz estará decidido relevante questão, não previamente debatida nos autos, ensejando a nulidade da decisão.

Outrossim, no nosso entendimento, não se mostra correta a assertiva de que a aplicação literal da *emendatio libelli* não gera prejuízo ao acusado, sob o argumento de que este se defende dos fatos imputados na peça inicial, e não do direito, cabendo exclusivamente ao juiz a aplicação das normas jurídicas ao caso. Na realidade, a ocorrência de prejuízo mostra-se evidente e possível, em face da chamada “decisão surpresa”, com a possibilidade de atingir com mais intensidade a pessoa do réu, frente ao seu *status libertatis*.

---

<sup>24</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

Nesse particular, a realidade tem se mostrado totalmente diversa da conclusão simplista apresentada pela corrente majoritária, posto que a subsunção do fato ao tipo penal, em muitos casos, tem se revelado uma tarefa das mais difíceis, percorrendo caminhos cheios de dúvidas e incertezas, à exemplo das questões de direito envolvendo os conflitos aparentes e reais de normas; as inconstitucionalidades substanciais de certos tipos penais, que não poderão ficar isentas do controle difuso da constitucionalidade a ser apreciada em cada caso concreto; e as aplicações das regras atinentes aos concursos de crimes (materiais, formais e crimes continuados), com grandes repercussões nos resultados finais das penas e nas fixações dos regimes iniciais dos seus cumprimentos.

O quantitativo e a intensidade das divergências existentes no tocante à aplicação de um vasto número de regras de direito pelos órgãos do Judiciário tem se mostrado de tal forma relevante, que uma das funções precípua do Superior Tribunal de Justiça, este criado com a Constituição de 1988, reside exatamente na uniformização da jurisprudência dos Tribunais ordinários em face das interpretações da lei federal (art. 105, III, c, da CF). Outro ponto de observação acerca da complexidade das questões de direito mostra-se evidente quando se olha para as inúmeras decisões com votos divergentes dos integrantes dos órgãos colegiados do Judiciário, começando pela nossa Corte Constitucional.

A verdade não pode continuar sendo negada em nome de uma superada tradição de origem inquisitorial. Assim, ao contrário do que se prega, não há dúvida de que o réu se defende, não só dos fatos, mas de tudo que tem a potencialidade de atingir a sua liberdade ou agravar a sua situação processual, tal como acontece, dentre outros institutos, com a aplicação do tipo penal ao fato imputado (subsunção).

Portanto, em que pese o princípio da correlação entre acusação e sentença envolver somente os fatos, não se estendendo às questões de direito, contudo, por um imperativo constitucional, dever-se-á aplicar o contraditório a todas relevantes questões, inclusive aquelas atinentes ao direito.

Sob o prisma do possível prejuízo à acusação, ante a inobservância do prévio contraditório quando da aplicação da *emendatio libelli*, veja-se o seguinte exemplo: ocorrendo a desclassificação de um crime para outro de menor gravidade, por falha de percepção do juiz, a fixação de uma pena privativa de liberdade mais branda poderá resultar na incidência de uma prescrição retroativa, que constitui causa extintiva da punibilidade. E, nessa hipótese, estando o sentenciado preso em decorrência de uma prisão preventiva, deverá ele ser posto em imediata liberdade, ainda que tenha ocorrido a interposição de apelação por parte da acusação.

Todas essas situações poderiam encontrar uma melhor solução se todos os protagonistas do processo fossem previamente ouvidos pelo julgador, antes de prolatar a sentença.

Por outro lado, o argumento por alguns utilizado no sentido de que a prévia intimação das partes para se manifestar antes de se proceder *a emendatio libelli* representaria a quebra da imparcialidade do juiz, ensejando o prejulgamento do caso, no nosso entendimento, essa argumentação não procede, haja vista que tal atitude por parte do juiz não se enquadra no conceito de “parcialidade.” Sobre esse tema, Giacomolli (2016) nos ensina que:

[...] a imparcialidade identifica a inexistência... de preconceitos inautênticos ou indevidamente adquiridos que possa viciar o julgamento, traduzindo-se na inexistência de uma convicção pessoal prévia acerca do objeto do julgamento, de uma opinião sobre o caso penal [...] ou um aderir às razões de uma das partes antes do momento processual estabelecido. Em suma, não ter interesse pessoal no caso. Assim, presume-se a imparcialidade subjetiva do julgador (GIACOMOLLI, 2016, p. 278)

Portanto, na hipótese de uma instrução processual concluída, já tendo o juiz examinado todas as provas constantes nos autos (técnicas, documentais e testemunhais), além das teses jurídicas, apresentadas pelas partes, em sede de alegações finais, destarte, não se pode dizer que, em tal estágio do processo, o juiz ainda se encontre numa fase intelectual de desconhecimento e desorientação sobre o possível desfecho do processo, a ponto de ser visto como “parcial” caso venha oportunizar o exercício do contraditório entre as partes, antes de prolatar a sentença condenatória, atribuindo uma diversa definição jurídica ao fato.

É evidente que o juiz, nessa etapa final do processo, a que tudo indica, já tem uma convicção formada acerca do desfecho do caso, que embora não seja definitiva porque ainda se encontra sujeita a reformulações, entretanto, tal convicção não pode ser entendida como preconceito sobre o destino do processo, ou com opinião prévia, com posição preconcebida, com interesse pessoal pela condenação ou pela absolvição do réu, etc. Assim, o exercício do contraditório antes da sentença, aplicando a *emendatio libelli*, não serve para considerar o julgador como parcial.

Não há dúvida que o atributo da imparcialidade integra o conceito de jurisdição, além de constituir requisito de validade do processo, quer seja cível, quer seja penal. Assim, as percepções sobre a imparcialidade do juiz, no processo cível, via de regra, se aplicam ao processo penal e vice-versa. Isso porque não se admite, em um país democrático, julgamentos dotados de vícios da parcialidade em nenhuma área do direito, lembrando que o Estado detém o monopólio da jurisdição.

Sobre a aventada questão do prejulgamento, que na realidade não se aplica ao ato do juiz que, antes de concretizar a *emendatio libelli*, assegura às partes o exercício do contraditório,

observa-se que, também pela linha do entendimento da doutrina processual civil, em situações assemelhadas (*mutatis mutandis*), não se visualiza que tal proceder do juiz criminal constitua causa geradora de parcialidade.

Segundo Nery Junior e Nery (2003, p. 541-542), “as razões de fato e de direito dadas pelo juiz como fundamentação de decidir sobre liminar ou tutela Antecipada não constituem, per se, prejulgamento, mas se integram no conceito de cognição sumária, imprescindível para que o juiz possa decidir o pedido [...]”

Na concepção de Cândido Rangel Dinamarco e de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2017), consta que:

O juiz participa em contraditório também pelo diálogo. A moderna ciência do processo afastou o irracional preconceito segundo o qual o juiz que durante o processo expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa estaria prejulgando e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. [...] O juiz mudo tem algo de Pilatos e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça (DINAMARCO; LOPES, 2017, p. 65-66).

Na realidade, o exercício do contraditório quando da aplicação da *emendatio libelli* fortalece a estrutura dialética do moderno processo constitucional, que pressupõe a construção de julgados de forma colaborativa e integrada por todos os protagonistas do processo, mormente quando se encontra em jogo a liberdade alheia. E, quanto à perspectiva do acusado, pode-se dizer que o respeito ao contraditório também implica no respeito e na valorização à própria garantia da ampla defesa.

Sem esses novos horizontes, não haverá processo constitucional, sistema acusatório, muito menos decisões democráticas, mantendo-se um inconcebível apego a certas tradições do processo penal inquisitorial.

## 6.0 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais, pode-se dizer que inteira razão assiste ao seguimento doutrinário que defende à necessidade de se estender o prévio contraditório as relevantes questões de direito, em cuja categoria se inclui a *emendatio libelli*, notadamente, por um imperativo constitucional, bem como pelo disposto no art. 10 do CPC/15, aplicável ao processo penal, cujo dispositivo veda ao julgador proferir qualquer decisão com base em fundamentação a qual não se tenha conferido às partes a prévia oportunidade de se manifestar, ainda que a matéria esteja sujeita à decisão *ex officio*. Induvidosamente, não há razão para se atribuir ao CPP uma menor intensidade do contraditório em relação ao CPC.

Em sendo o contraditório e a ampla defesa, garantias individuais fundamentais, nenhum dispositivo do Código de Processo Penal terá força suficiente para excluir ou limitar o campo de abrangência das diretrizes constitucionais. Assim, o dispositivo legal que regulamentou a *emendatio libelli* deverá ser interpretado e aplicado segundo a Constituição Federal, e não o inverso, posto que somente houve uma parcial recepção do referido instituto.

Com efeito, também ficou demonstrado que o exercício do contraditório, como condição *sine qua non* à aplicação do art. 383 do CPP, não implica na parcialidade do juiz, por estar prejudgando o caso.

Observa-se que o conceito de imparcialidade impõe a inexistência de preconceito sobre o destino do caso, ausência de opinião prévia do julgador, de posição preconcebida, de interesse pessoal pela condenação ou pela absolvição do acusado.

Ademais, demonstrou-se que na fase conclusiva do processo, com a instrução processual já realizada, além da presença das alegações finais das partes, nesse momento, o juiz, a que tudo indica, já deve ter uma convicção formada sobre o destino do caso, que embora não seja definitiva porque ainda se encontra sujeita a reformulações, contudo, a sua deliberação em oportunizar o exercício do contraditório, antes de concretizar a *emendatio libelli*, não pode ser entendida como ato de parcialidade.

Nessa linha de intelecção, a doutrina processual civil, também aplicável ao CPP quanto ao tema da imparcialidade do juiz, pelas mesmas razões (*mutatis mutandis*), não considera a decisão de antecipação da tutela como sendo um ato de prejudgamento da lide. Tal decisão interlocutória é compreendida como sendo de cognição sumária e imprescindível ao julgamento do pedido, não ensejando a parcialidade do juiz.

Ademais, na moderna sistemática processual, o contraditório, em sua concepção material ou substancial, deve ser participativo, envolvendo todos os sujeitos do processo, inclusive o próprio juiz, uma vez que os provimentos jurisdicionais deverão ser fruto da efetiva participação e colaboração de todos os integrantes da relação processual, visando sempre as decisões mais justas e democráticas.

Em relação ao acusado, a ausência do contraditório também implica em negação à garantia constitucional da ampla defesa, posto que ele ficará impossibilitado de fazer uso dos meios defensivos, cabíveis em seu benefício, implicando também em afronta ao princípio constitucional do devido processo legal, que reúne em si, todas as demais garantias penais e processuais penais.

Finalmente, deve-se dizer que, a presente pesquisa, sem pretender esgotar o tema, respondeu ao problema identificado, asseverando que a aplicação literal da *emendatio libelli*,



nos termos de sua regulamentação, não encontra conformidade com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, a título de solução ao problema, propõe que o art. 383 do CPP deverá ser interpretado e aplicado, não em conformidade com a sua redação literal, mas em conformidade com as referidas garantias constitucionais, sob pena de produzir uma sentença condenatória substancialmente inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

- ABADE, Denise Neves. **Carreiras Federais - Processo Penal**. [S.I.]: Método, 2014. E-BOOK.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre Acusação e Sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Palácio do Planalto, Presidência da República. Brasília, Diário Oficial da União de 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 mar. 2021;
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Palácio do Planalto, Presidência da República. Rio de Janeiro, Diário Oficial da União de 03 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 22 mar. 2021;
- BRASIL. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos**. Palácio do Planalto, Presidência da República. Brasília, Diário Oficial da União de 20 jun. 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm). Acesso: 22 mar. 2021;
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Palácio do Planalto, Presidência da República. Brasília, Diário Oficial da União de 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 22 mar. 2021;
- BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Palácio do Planalto, Presidência da República. Brasília, Diário Oficial da União 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm). Acesso em: 22 mar. 2021;
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO DE HABEAS CORPUS nº 134.280**. 6ª Turma. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 15 dez. 2020, Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 18 dez. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002339242&dt\\_publicacao=18/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002339242&dt_publicacao=18/12/2020). Acesso em: 22 mar. 2021;
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS nº 134.686/RJ**. 1ª Turma, Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em 05 out. 2018, Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 16 out. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748440277>. Acesso em 22 mar. 2021;
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS nº 168.855/SP**. 2ª Turma, Relator Ministro Edson Fachin. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 28 set. 2020, Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20200928\\_051.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200928_051.pdf). Acesso em 22 mar. 2021;
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 84.594/SP**. 2ª Turma. Relator Celso de Mello. Julgado em 30 jun. 2009, Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 29 mai. 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3882983>. Acesso em 22 mar 2021.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 453**. Poder Judiciário. Data de Aprovação – Sessão Plenária de 1º/10/1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2735>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-168, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carillho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FERNANDES, Antônio Scarance. **A Mudança do Fato ou da Classificação no Novo Procedimento do Júri**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4588/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**: 2ª edição revista e ampliada. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Vol. 2.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MALAN, Diogo Rudge. **A Sentença Incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. Obra atualizada por Renato N. Fabbrini.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Obra atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 28. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 4.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais No Processo Penal Brasileiro: Atualizado com a Lei da Prisão: Lei 12.403/2011**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.