



**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE –
CURSO DE DIREITO**

HUGO SANTOS DA SILVA

***EMENDATIO LIBELLI: FRENTE A DINÂMICA DO PROCESSO PENAL, À LUZ
DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO BRASIL***

**ARACAJU
2020**

S586e

SILVA, Hugo Santos da

EMENDATIO LIBELLI: FRENTE A DINÂMICA DO PROCESSO PENAL, À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO BRASIL / Hugo Santos da Silva; Aracaju, 2020. 20p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a): Prof. Me. Gleison Parente Pereira.

1. *Emendatio libelli* 2. Ampla defesa 3. Direito do contraditório
4. Poderes introdutórios do juiz.

347.965.45(813.7)

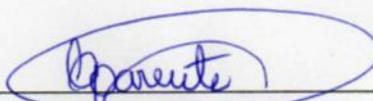
Elaborada pela bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

HUGO SANTOS DA SILVA

**EMENDATIO LIBELLI: FRENTE A DINÂMICA DO PROCESSO PENAL, À LUZ DOS
PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO BRASIL**

Artigo científico apresentado à Coordenação do curso de Direito da FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito, no período de 2020.1.

Aprovado (a) com média: 10,0



Prof. Me. Gleison Parente Pereira
1º Examinador (Orientador)

Prof. Esp. Márcio Danilo Santos Silva
2º Examinador

Prof. Me. Anderson dos Santos Campos
3º Examinador

Aracaju (SE), 11 de junho de 2020.

EMENDATIO LIBELLI*: Frente à Dinâmica do Processo Penal, à Luz dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no Brasil

Hugo Santos da Silva

RESUMO

O foco principal desse trabalho é debater a efetividade do contraditório à medida da pena, sob adequação dos preceitos democráticos da Constituição Federal de 1988. Versa sobre o *emendatio libelli*, previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal, entrelaçado ao princípio do contraditório no artigo 5º da Constituição Federal. O debate, é calcado na permanência alheia da *emendatio libelli* as novas nuances constitucionais: *Emendatio Libelli* está em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa no Brasil atualmente? Perpetuando, o permissivo poder ao magistrado de capitular um novo parecer, negando equidade ao contraditório em seu âmbito mais democrático, usando para isso, o argumento que o acusado se defende apenas pelos fatos. O primeiro momento, apresenta uma argumentação a respeito da aplicação do conceito da *emendatio libelli* no Brasil. No segundo, será debatido o direito ao contraditório e a ampla defesa e como essa garantia está sendo respeitada e aplicada durante o decorrer do processo. No terceiro momento, é argumentado a atuação dos juízes, e de que maneira são argumentadas suas teorias diante do contraditório. Por fim, examina-se em que medida a iniciativa instrutória do juiz é incompatível com alguns princípios e garantias processuais penais constitucionais, como a imparcialidade da jurisdição, a igualdade processual e a presunção de inocência.

Palavras chave: *Emendatio libelli*. Ampla defesa. Direito do contraditório. Poderes introdutórios do juiz.

*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Administração da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em julho de 2020, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Gleison Parente Pereira

1 INTRODUÇÃO

Por meio do estudo do *Emendatio Libelli*, baseado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, cingido sob a dinâmica atual do Processo Penal, esse trabalho tem como objetivo debater os princípios do contraditório e da ampla defesa. Diante do mau uso dessa ferramenta no sistema jurídico pode trazer danos catastróficos para a defesa técnica e o ordenamento jurídico atual ferindo princípios basilares do contraditório e da ampla defesa.

Esta pesquisa busca avaliar a efetividade do contraditório, diante das normas constitucionais e do ordenamento jurídico. Com foco na percução penal e na prevenção de eventuais arbitrariedades, a Constituição Federal de 1998, fundamentou suas preocupações na proteção da dignidade da pessoa humana e na garantia dos direitos humanos.

A garantia dos direitos processuais, deve ser analisado, unicamente, pelo processo legal, confirmando a igualdade, ampla defesa e o contraditório. Assim, não é aceitável que a prática, da falta de debate, de todas as questões suscintas do processo, acarretando ao acusado uma possível pena injusta. Isso, somado ao agravante, do desrespeito com os princípios constitucionais apresentados na Constituição Federal de 1988, o que poderá ainda, levar uma possível a nulidade do processo, a fim de garantir um processo justo para qualquer cidadão.

A hipótese levantada neste trabalho, defende possíveis danos causados, devido à uma fase específica, o contraditório, ser violada, acarretando assim, outros preceitos constitucionais, como a ampla defesa.

Diante desse contexto, num primeiro momento, se discute neste artigo, o sistema processual penal, sob à luz da evolução das concepções relacionadas ao *Emendatio Libelli* no Brasil. No segundo momento, averigua-se, com mais proximidade, as aplicações e congruência dos juízes, diante das modificações existentes nos últimos anos, nas atividades desenvolvidas pelos julgadores, dosada pela valoração previstas do Código Penal. São levantadas considerações acerca da relação base-pena, e então explanadas circunstâncias judiciais e suas problemáticas. No terceiro momento, por fim, examina-se em que medida a iniciativa instrutória do juiz é incompatível com alguns princípios e garantias processuais penais constitucionais, como a imparcialidade da jurisdição, a igualdade processual e a presunção de inocência.

A vertente metodológica deste trabalho é teórica-dogmática. Pretende-se nesse artigo, demonstrar a desproporcionalidade dos atos dos juizes, com o Código Penal Brasileiro, artigo 383, que tem com foco o princípio do contraditório, promulgado pela Constituição Federal de

1988. A pesquisa foi baseada unicamente qualitativa, através de estudo bibliográfico, doutrinário e de legislações com intretações jntamente com raciocínio crítico.

2 CONCEPÇÕES REFERENTE À *EMENDATIO LIBELLI* NO BRASIL

No Código de Processo Penal, artigo 383, está definida a *Emendatio Libelli*. Essa emenda, permite que o juiz, tenha a possibilidade de emitir a sentença condenatória, podendo assim, aplicar ao réu, uma penalidade mais grave prevista pelo crime ao qual foi inicialmente indicado.

Alguns autores brasileiros, como Tourinho Filho e Edilson Mougnot Bonfim, defendem que o réu, apenas se pronunciará sobre sua defesa, não sendo necessário que o juiz, conhecedor do Direito, precise ter acesso aos novos autos.

Essa linha de raciocínio, defende que não existe uma grande variação, mas apenas, uma pequena correção na peça acusatória (MIRABETE, 2000, p. 453). Assim, baseado nessa teoria, a nova definição dos fatos, juridicamente, não afeta de maneira significativa o contraditório e a ampla defesa, já que a sentença final, é baseada na peça inicial (NUCCI, 2009, p. 689). Entretanto, essa postura, vai de encontro ao Estado Democrático de Direito, violando o princípio do contraditório e a tão almejada ampla defesa.

Para garantir que os direitos fundamentais, individuais e coletivos se entrelacem, o Estado Democrático de Direito, foi implementado. O mesmo, visa garantir que o acusado discuta e tenha um amplo debate, nas questões arguidas em seu processo.

Por outro lado, autores como Aury Lopes Junior (2011) e Fabiano Pimentel (2015), defendem que o *emendatio libelli*, fere, o princípio do contraditório. Baseados na teoria que ao réu, não foi conferido o direito do contraditório, com uma nova oportunidade de defesa mais qualificada diante dos fatos já descritos.

Assim, a definição de Badaró (2000, p. 133-134), é bastante sucinta e direta quanto ao assunto exposto:

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

A matriz complexa, que envolve a teoria do injusto penal, deverá ser aplicada, para garantir as possíveis causas de exclusão. Sendo o rito de trabalho determinado apenas pelo agravante do delito (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 385). Porém, sabido que em tese, o réu não se defende apenas do seu delito, mas também do tipo penal. Já que o juiz, poderá alterá-lo, mesmo sem fazer alteração aos fatos já então descritos, o que leva a um prejuízo para o acusado (PIMENTEL, 2009).

Ainda, para melhor entendimento, analisa-se a definição de Bonfim (2010, p. 659).

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

Assim, pode-se apenas definir a *emendatio libelli*, não como uma correção inicial, não modificando, mas apenas aduenado o fato narrado, ao tipo penal já previsto em lei, observando o artigo 41, de Código Penal (BRASIL, 2012, p. 558):

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

Diante disso, Pimentel (2013) aduz que:

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

Ora, é fato que não é possível impedir por completo que a decisão final seja contaminada por algum valor, ideal ou crença pessoal do juiz. O contexto social e histórico no qual o magistrado está inserido sempre refletirá de alguma forma em seus juízos. Nesse sentido, conforme Theodoro Junior (2015a, p.65):

[...] a apresentação do juiz como protagonista do sistema que com imparcialidade julga corretamente traz algo a ser contestado. O mito da imparcialidade (neutralidade) como blindagem ao elemento anímico do juiz faz crer no seu desinteresse no julgamento, de modo absoluto, conduzindo ao desprezo de suas pré-compreensões e propensões cognitivas solitárias no ato de julgar.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, elevou o contraditório, a garantia fundamental do jurisdicionado. Logo, tanto o Código Penal (Decreto-Lei nº

2.848/1940) quanto o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), ainda que sejam legislações prévias a promulgação da Carta Magna, devem ser interpretados de forma a observar os preceitos instituídos por esta. O que sem dúvidas é de muita relevância, haja vista que sem o respeito ao contraditório formal, restaria prejudicada a sua dimensão material.

Todavia, pouco se debate sobre a origem e validade dos elementos que o juiz utiliza para fundamentar sua decisão. A mera exposição dos motivos que levaram a pena a ser cominada como fora, bem como, o fato de os critérios usados para aferi-la constarem todos nos autos, não são garantias da efetivação do contraditório.

3 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO BRASIL

No Direito Penal, o contraditório, definido como princípio e aplicado como garantia, é uma oportunidade de confrontar o que está sendo apresentado. É a busca pela verdade, por meio da antítese, que ocorre de forma bilateral, entre o julgador e o acusado (FAZZALARI, 2006).

O contraditório, se tornou essencial, para a garantia de um processo justo. Este então já previsto no artigo 5º da Constituição Federal, pode ser melhor entendido, com a explicação do Avena (2014, p.186):

[...] direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional.

A composição do contraditório, pode ser formulada como a soma da informação e a reação. Assim, esse princípio, se inicia com o repasse das informações, como atos e fatos ocorridos nos processos, para que então se inicie as reações (BADARÓ, 2013). Isso, garante que o processo penal seja aplicado de maneira democrática, por garantir a ampla defesa. Uma definição clara, foi apresentada por Oliveira (2014, p.43):

[...] permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão .

Apesar de explicado e debatido pelos juristas, como tantas outras garantias constitucionais, o contraditório não pode ser analisado isoladamente. Ademais, este princípio está intimamente ligado à ampla defesa. De acordo com Marcão (2014, p.133):

[...] são indissociáveis na medida em que ao exercer o contraditório o acusado se defende, mas disso não se extrai relação de primazia ou derivação entre um e outro.

Isso confirma que o contraditório e ampla defesa, estão entrelaçados e correlacionados, porém, garantias independentes que devem ser analisadas separadamente. O que não é uma tarefa fácil, já que a ampla defesa está presente no mesmo dispositivo constitucional do contraditório. Essa diferenciação, foi explanada de forma coerente pelos autores Brito et al. (2014, p.134):

Em seu significado estrito, a palavra defesa exprime o direito de alguém se opor a uma pretensão, a fim de garantir um direito ou interesse que afirma existir e de que entende ser o titular. No plano processual, a defesa é assim resistência transformada em contrariedade à pretensão do autor. Ampla defesa é o direito de defender-se utilizando todos os meios processuais possíveis: direito do indivíduo trazer ao processo todas as provas lícitas e também se omitir e silenciar para não se auto-incriminar. Compreende, além da possibilidade de se defender, a de criar perspectivas favoráveis ao convencimento de sua inocência. Em decorrência dela, assegura-se durante o procedimento, a posição processual da manifestação da defesa, sendo sempre a última a postular.

Partindo da perspectiva constitucional, o processo só pode ser legítimo com o contraditório. Cabe assim, adentrar no espaço da discricionariedade, que é um campo tão vasto como a dosimetria de pena. Essa discricionariedade, se trata da liberdade que o magistrado possui, para atuar dentro do limite das leis. Diferentemente da arbitrariedade, que ocorre, quando o juiz age sem respeitar os preceitos legais. Assim, essa definição é mais esclarecida com este sentido de acordo com Meirelles (2008, apud MOURA, p.14):

Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente a lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido, ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

Diante da correlação entre o fato e a condenação, poderá existir uma lacuna significativa, que pode ser a não aplicação do contraditório. Essa lacuna, possibilita o juiz, aplicar a sentença ao tipo penal que convém mais adequado, levando a danos posteriores para a vida do acusado.

4 ATOS DO JUIZ DIANTE DA *EMENDATIO LIBELLI*

A partir do século XXI e baseado no modelo acusatório, o modelo processual iniciou pelo modelo de acusação, que foi modificado para o modelo inquisitório e por fim, retornou

ao modelo acusatório, devido ao surgimento do Estado Democrático de Direito. Sendo, hoje, esse sistema acusatório, exercido pela jurisdição de um órgão público (PRADO, 2006, p. 34).

Em tese, o principal reflexo no princípio do contraditório, na presunção de inocência e no direito da ampla defesa, estão alicerçadas principalmente nas leis penais, aliados aos sistemas processuais, que atuam como espécie de subsistema jurídico. Esses, que diante do anseio por punição, a ampliação dos poderes conferida aos magistrados, e o gozo penal desfrutado por eles, a pauta da aplicação das normas infraconstitucionais brasileiras, torna-se um assunto interessante (FERRAJOLI, 2002, p. 170).

Sob à óptica das posturas conduzidas da ação penal, já é esperado, que o julgador assumira postura de garantir a ampla defesa e o princípio do contraditório, evitando condenações injustas e conseqüentemente, diminuir a impunidade (GOMES FILHO, 1997, p. 56).

Pode-se então, considerar que o modelo acusatório, exige uma separação, de forma efetiva, entre o acusado e o julgador. Como define Ferrajoli (2002, p.133-134):

Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.

É esperado que o juiz, esteja diante do Estado Democrático de Direito, e assumira uma postura não política, mas apenas constitucional. É primordial para que ocorra a aplicação dos direitos fundamentais valorosos e tão bem estabelecidos na constituição.

Lopes Júnior (2011) ensina que:

Não há mais espaço para o juiz exegeta, paleopositivista e burocrata, fiel seguidor do senso comum teórico dos juristas. E, acima de tudo, está superada a mera subsunção à lei penal ou processual penal: deve o juiz operar sobre a principiologia constitucional. Dessarte impõe-se uma postura mais corajosa por parte dos juízes e tribunais em matéria penal. Julgadores conscientes de que seu poder só está legitimado enquanto guardiões da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição.

Para Lopes Júnior (2018) “o juiz atua como o intérprete da regra legal que sempre necessita de uma atribuição de sentido. A lei diz o que o intérprete diz que a lei diz”. Subtende-se, pode ser definido, que a decisão do juiz, deve estar baseada nos princípios constitucionais que são cruciais para fazer valer os princípios penais (LOPES JUNIOR, 2011, p.367).

A verdade, praticada através da justiça, deve estar intrinsecamente ligada a todas as formas de poder. Os poderes intrínsecos ao julgador é um tema que deve ser mais debatido, discutindo as características já então estruturadas dos sistemas processuais penais, para que haja a verdade na ciência jurídica (LOPES JÚNIOR; 2014 p.154). Essa necessidade, surge desde então, devido à obsessão do inquisitor para conseguir a confissão do acusado e dá uma satisfação ao público e ganhar respeito do público (GOMES FILHO, 1997, p. 21-22).

É inconcebível, em um Estado Democrático de Direito, a obtenção unilateral da verdade, sem a observância de princípios e de regras constitucionais.

Atitudes de “limpeza social” não cabem aos juízes. Seu papel no processo penal é garantir que a Constituição seja aplicada de maneira eficaz, através dos direitos e garantias, ampla defesa e a dignidade humana.

A obtenção da verdade, oriunda de apenas um lado, não compreende a observância dos princípios e regras constitucionais. Isso é bem descrito nas observações constitucionais de Lopes Júnior (2013, p. 575):

Aos juízes não lhes compete o papel de inquisidores, de guardiões da segurança pública e responsáveis pela “limpeza social”, como muitos – até inconscientemente – pensam ser. O papel do juiz no processo penal é de guardião da Constituição e da máxima eficácia dos direitos fundamentais do réu a ele submetido. Daí por que não lhes incumbe, democraticamente, a missão de reveladores da verdade.

Para o legislador, aplicar e atuar com as leis infraconstitucionais, sem extrapolação, é necessária uma ordem axiológica dos princípios fundamentais. Assim, o legislador será orientado e limitado a agir dentro das normas. O que impede que os mesmos, reproduzam concepções dogmáticas conservadoras e disseminadas por certos aplicadores do Direito (THUMS, 2006, p.201).

A Constituição Federal, ressalta a importância dos direitos e garantias à persecução penal, que sem dúvidas, são oriundos dos princípios fundamentais. Essa argumentação, foi bem definida por Prado (2006, p. 74):

Parece evidente que, se é possível encontrar na Constituição da República as diretrizes da estrutura processual, tais diretrizes concebem-se certamente como decorrentes dos princípios fundamentais do Estado de Direito e da Democracia, com a divisão e controle de poderes, ao lado da publicidade, e dos princípios-garantias, vinculados à exigência de juiz imparcial, do exercício privativo da ação penal pública pelo Ministério Público, da garantia da ampla defesa (autodefesa e defesa profissional ou técnica e da prescrição da atividade de polícia judiciária a determinados órgãos, consistindo estas diretrizes em subprincípio derivado daqueles estruturantes, relacionados aos dois citados, como, indiscutivelmente, o princípio da separação de poderes .

Assim, com um olhar mais afundo dessa perspectiva, o processo sempre foi visto como um instrumento de jurisdição, devendo ser um auxílio para o juiz, que baseado na sua experiência, garantiria a aplicação do Direito em nome do Estado (LEAL, 2008, p. 60). Porém, na prática, tem acontecido uma completa rejeição dessa teoria, como define o autor Leal (2008, p.63):

como Bülow não se alinhara à concepção do processo como meio de controle da atividade dos juízes, mas como instrumento de viabilização de um movimento hipoteticamente emancipatório pela atividade criadora do direito pela magistratura nacional alemã, o aproveitamento de sua teoria restou prejudicado em paradigmas que não se alinhassem ao do Estado Social, em cujas bases o Direito Livre se justificava.

A dualidade de paradigmas, Estado Social que não se cabe na contemporaneidade, e no paradigma procedimental do direito e da democracia, não permite mais que a jurisdição seja exclusiva dos juízes. O ajustamento, deve ocorrer como uma diligência entre as partes, segundo Leal (2008, p. 151):

A jurisdição, a partir das propostas científicas do processo tematizado no âmbito do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, não mais pode ser considerada atividade exclusiva do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo [...] que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fáticos-normativos pelos destinatários da decisão.

Esse alinhamento, deve ocorrer, diante do novo paradigma democrática, que na prática, permite a sentença antes do encerramento do processo, através da condensação dos argumentos apresentados pelas partes. Assim, é necessário, um nível de fundamentação das sentenças por parte do órgão jurisdicional. A parte da sentença, além de ser decisiva, faz a ligação entre o relatório e o dispositivo. É nessa fase, que o juiz deve se pronunciar à respeito dos fatos, apresentados na inicial acusatória e realizar um amplo debate entre as partes, baseado no conteúdo normativo.

O problema em foco, se refere a *emendatio libelli*, com prejuízo ao réu, *in pejus*. O axioma é baseado na atitude da aplicação da norma, que ocorre de maneira unilateral, em que o juiz, centra a aplicação de certas normas, que não se aplicam diretamente ao caso.

A (in)constitucionalidade da regra, que prevê a *emendatio libelli*, deverá ser analisada de perto. Os casos, são de violação do princípio do contraditório, que deve ser afastada para que não ocorra prejuízo ao réu, que pod ser mais definida pelas paçavras de Habermas (2003, p.295):

Aqui nesse ponto do debate, com mais experiência sobre o assunto, cabe uma pausa para novamente definirmos e explicar a definição do conceito da *emendatio libelli*. Mas agora sob um olhar mais crítico, argumentando então, que a mesma se define, na prática, apenas como uma acusação proferida pelo juiz, que não deu oportunidade ao réu de debater sua causa sob as relações normas jurídicas e estado das coisas e dos fatos.

A prática desse instrumento jurídico poderá ser entendida através da análise do Supremo Tribunal Federal (STF). Vamos debater o caso julgado, que ocorreu em 2008, referente ao julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90114/PR. Escolhido alguns trechos, dará embasamento ao debate à respeito da *emendatio libelli*. O ministro Eros Grau e os demais julgadores se manifestaram à respeito da sentença. “*Conheço do recurso somente quanto aos temas ligados à inobservância dos artigos 383 e 384 do CPP e ao cálculo da pena.*” A propósito, o seguinte trecho do parecer da lavra do sub-procurador da República não deixa dúvidas quanto à improcedência das razões recursais. “*...ao sentenciar o magistrado decidiu por dar aos fatos capitulação diversa da contida na denúncia, julgando que o art. 1º, inciso I, da Lei 8137/ 1990, consiste somente no fato de se atingir ou não o resultado final, qual seja, a efetiva sonegação tributária...*”.

A posição do Supremo Tribunal Federal, foi acertiva. O caso, não obstante, se resume unicamente de *emendatio libelli*, art. 383 do Código de Processo Penal. Ainda, outra questão é relatada entre a acusação e defesa. “*Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal porquanto o réu se defende dos fatos e não de sua capitulação inicial. Podem ser reconhecidas então qualificadoras, causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave, ou até mesmo por outro crime, não capitulado na inicial. Não há na hipótese do art. 383 necessidades de ser aberta vista à defesa para manifestar-se a respeito. Por outro lado, se o fato ou circunstância não está descrita na inicial, não pode o juiz considerá- -lo na sentença em detrimento do acusado.*”

Entretanto, é importante ressaltar, que em uma peça acusatória, os fatos citados, faz com que o julgador fique limitado. Esperando que sua decisão final, esteja em consonância com a acusação inicial feita pelo órgão acusador e que ao mesmo tempo, tenha exercitado o direito de defesa.

Pela análise das palavras proferidas pelo Ministro, entendemos que o atual posicionamento do STF, se baseia no *emendatio libelli in pejus*. Baseado no Código Penal, artigo, o crime em questão, a sonegação de impostos, 1º da Lei 8.137/1990, e aplicar a pena

respectiva que varia entre 02 a 05 anos de reclusão. Vale notar, que toda a argumentação foi construída sobre a tipicidade do crime de declaração falsa e omissão de rendas, sendo a pena prevista para esses crimes é de 06 a 02 anos de detenção.

Assim, como não caberia a defesa, debater a respeito do regime da pena aplicada, modificar substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Já que o entendimento da Corte do país, o juiz é quem conhece o Direito, não sendo significante a colaboração dos afetados. Porém, vale lembrar que o réu, em um processo de acusação, se defende dos fatos e não a tipicidade do crime.

É cabível, que o Código de Processo Penal, foi desenvolvido a partir de um Decreto Lei da década de 40. O foco, era resolver as necessidades do novo regime político que se implantava no tocante a *emendatio libelli*. Francisco Campos deixou assentado em sua exposição de motivos do Código de Processo (BRASIL, 2007, p. 11).

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

A leitura desse trecho, leva ao entendimento o porquê, os motivos do nascimento do Código Penal Brasileiro. É bem claro, a influência do paradigma social, de um Estado totalitário, que se preocupa com os direitos e garantias fundamentais, com a repressão à criminalidade. Entretanto, a atual concepção é bem diferente. A partir da definição do paradigma democrático, é possível entender, segundo Habermas (2003 p.192):

[...] a consideração de fins coletivos não podem destruir a forma jurídica – que é função própria do direito; essa consideração não pode deixar o direito diluir-se em política. Caso contrário, desapareceria a tensão entre facticidade e validade, delineada no direito moderno. A legitimidade seria assimilada à positividade de uma eticidade substancial imitada, caso o direito se limitasse à articulação de “ordens concretas” dadas preliminarmente – como no modelo institucionalista.

A égide, “paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito” norteia a Constituição Federal (LEAL, 2004, p.27). Extirpou, de maneira implícita, as regras contidas no Código de Processo Penal, nitidamente baseado do Código de Processo Penal da Itália, de 1930 (TORNAGHI, 1995). O trecho a seguir, de transcreve esse aspecto muito bem, de Coutinho (2002, p.2002):

A Constituição Federal de 1988, traçou como se sabe, uma base capaz de, sem muito boa vontade, enterrar grande parte do atual CPP, marcado pela concepção fascista do processo penal e ancorado na tradição inquisitória, inclusive da fase processual da

persecução, só não percebida por todos em razão da pouca perquirição que se faz das suas matrizes ideológicas e teóricas, a começar pelo velho código de processo penal italiano e seu inescrupuloso difusor e defensor, camícia nera de todos os instantes, Vincenzo Manzini.

A falta de regras explícitas nesse processo, não impede que o juiz proceda dessa forma. Segundo Badaró (2000, p. 162), o princípio do contraditório já marcado na Constituição, encerra normativamente impositiva:

Desde que os fatos imputados permaneçam inalterados, pode o juiz dar-lhes definição jurídica diversa da constante da denúncia ou da queixa, mesmo sem aditamento dessas peças. Porém, antes de sentenciar, em respeito ao contraditório, deve o juiz convidar as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma nova classificação jurídica dos fatos, evitando que sejam surpreendidas com a nova capitulação, sem que tenham a oportunidade de debatê-la.

O processo penal da *emendatio libelli*, devido as suas práticas, pode ser considerado impróprio. Isso, pode ser comprovado, não apenas pelas atitudes conhecidas dos juízes, mas também por estar principalmente contida no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

O juiz tem a possibilidade em mãos, de dar ao fato à definição jurídica da constante acusação: Art. 418. O mesmo, poderá dar ao fato, uma definição jurídica diferente da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.

Ainda, no Código de Processo Penal, faz menção a *emendatio libelli*, no artigo 617. Ainda, pode ser observada referência legislativa no artigo 617 do Código de Processo Penal, que prevê sua aplicação na instância recursal (BRASIL, 1941):

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

Nas palavras do autor Lopes Junior (2011, p.362):

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

tribunais em matéria penal. Julgadores conscientes de que seu poder só está legitimado enquanto guardiões da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição.

Antes, que o magistrado exerça à lide, é necessário, antes, praticar os chamados atos judiciais. De acordo com Tourinho Filho (2002, p. 236-237), a definição desse termo pode variar, a depender do órgão que a praticou. Como se explica no trecho a seguir:

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

Os atos judiciais, tomados pelos juízes monocráticos, são definidos por Oliveira (2011, p.620):

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

Como afirma Tourinho (2002, p. 233-234), esses atos, possuem um caráter decisivo e no final, acarreta consequências para uma das partes. Assim define-se que:

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

[...] em regra não comportam recursos, normalmente são irrecuráveis, salvo quando haja expressado disposição legal, tal como acontece com a decisão que arbitra a fiança e cujo recurso vem previsto expressamente no inc. V do art. 581.

O pedido que vem do lado acusatório, é decorrência evidente do contraditório. Assim, para o réu, existe a possibilidade de defender de maneira ampla das acusações em questão, garantindo que a defesa penal ocorra de forma ampla. Essa defesa, à respeito da defesa do réu, é conceituada nas palavras do Lopes Júnior (2011, p.382):

A regra da correlação ou congruência, somente tem razão de ser em um sistema acusatório, pois é um mecanismo que concretiza, na dinâmica do processo penal, os princípios constitucionais citados, especialmente do contraditório que somente

encontra condições de existência no sistema acusatório. [...] do contraditório, nascem às condições de possibilidade do exercício do direito de defesa. Assim, quando falamos em "defesa", neste momento, não o fazemos no sentido estrito, de direito de defesa, distinto do contraditório, por suposto; mas sim amplo, do todo, integrando o contraditório e o direito de defesa.

Sob o olhar crítico de Didier Junior (2015, p.79):

Como poderia o órgão jurisdicionado punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição? Por exemplo, demonstrado que os fatos em que baseia sua decisão ou não ocorreram, ou ao menos não permitem a aplicação daquela sanção. Se não fosse assim, teríamos punição sem contraditório. Não é lícita a aplicação de qualquer punição processual sem que se dê oportunidade de o "possível punido" manifestar-se previamente, de modo a que seja possível, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.

Portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal, foi baseada no óbvio que o *emendatio libelli* (art. 383) não se confunde, de maneira alguma, com a *mutatio libelli* (art. 384, CPP). Porém, o juiz tem o poder de qualificar o fato, diferentemente do original feito pelo órgão acusador. Já que o acusado se defende dos fatos narrados, considerando que o juiz, vinculado a qualificação jurídica, sendo aplicada a *narra mihi factum, dabo tibi jus*.

Ainda, baseado nas palavras do Hércules (2003), de que os juizes por serem humanos, estão fadados a erros. E baseado nessa indignação, e trazendo para o âmbito dessa pesquisa, afirmamos que as decisões no âmbito jurídico poderão sim, serem equivocadas, devido a deficiências técnicas ou a ausência de virtude do julgador (GADAMER, 2004).

Entretanto, uma mudança poderá acontecer, através de um modelo de um modelo de processo penal, ou seja, um modelo constitucional, que diminua a probabilidade de erros, oriundas das decisões humanas (LEAL, 2008, p.67). Esses apontamentos de erros, nada mais são, que resquícios de tradições autoritárias, que tentam engajar normas a estas atitudes (HABERMAS, 2003 p.21). Assumindo assim, perante as vestimentas constitucionais, desastrosos recursos, considerados retóricos quando tratados sem a positivação do controle da discricionariadade (LEAL, 2002, p. 39).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerada por muitos juristas, uma simples correção de acusação, a *emendatio libelli*, permite ao magistrado, colocar em prática o artigo 383 do Código Processual Penal, que poderá levar ao réu, uma condenação injusta e mais grave, a qual deveria ser imposta aquela denúncia prevista inicialmente.

Durante todo o esboço desse trabalho, buscou-se expor os principais pontos, que defendem o contraditório e a não arbitrariedade nos julgamentos. Com um olhar sempre direto e preciso nas garantias do direito a ampla defesa, supra descrita na Constituição Federal de 1988. Porém, a proximidade do processo penal com o Estado Democrático de Direito, faz com que os direitos adquiridos, variem em consonância ao sistema processual adotado. Assim, é nítido que no sistema processual brasileiro, o papel do juiz pode variar, entre um caráter acusatório e inquisitório.

Seguindo os expostos, é evidente a discrepância que há no ordenamento jurídico brasileiro. Em um mesmo Brasil, podemos presenciar a aplicação de um modelo acusatório baseado na Constituição Federal de 1998, que garante a dignidade da pessoa humana. Entretanto, também nos deparamos com atitudes infraconstitucionais, que concede plenos poderes instrutórios aos juízes, que se apresentam levemente com traços inquisitórios, levando a condenação injusta do réu.

Por fim, baseado na defesa que o sistema jurídico brasileiro precisa de forma urgente, de uma revisão comparativa, entre a iniciativa instrutória do julgador e algumas garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

REFERENCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-BOOK*. Ver no modelo TCC Artigo um exemplo para *E-Book*!

BADARÓ, G. H. R. I. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADARÓ, G. H. R. I. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BONFIM, E. M. **Curso de processo penal**. Saraiva Educação SA, 2010.

BRASIL. **Lei nº 7209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: Falta o link! Acesso em: 18 fev. 2020.

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

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90.114/PR**. Relator: Ministro Eros Grau. 5 de junho de 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756946/recurso-em-habeas-corpus-rhc90114-pr?ref=serp>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRITO, A. C.; FABRETTI, H. B; LIMA, M. A. F. **Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. E-BOOK.

COUTINHO, D. R. **Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil**. Regulação, direito e democracia, 2002.

DA COSTA, T. F. F. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. Editora Saraiva, 2000.

DIDIER JUNIOR., F. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FLHO, A. M. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GADAMER, H-G. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

GOMES FILHO, A. M. **Direito à prova no processo penal**. 1997.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, J. **Teoría de la acción comunicativa, i racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 2003.

JÚNIOR, A. L. A. **Tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: Existencial, Identitária da jurisdição e de (in) eficiência do regime de liberdade individual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2018, ed 43.2018.

JUNIOR, LOPES. A. **Direito processual penal**, 2011.

LEAL, A. C. **O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, A. C. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

MARCÃO, R. **Curso de Processo Penal**. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, H. V. B. **Das funções da pena. In: Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620. Acesso em jan 2020.

NUCCI, G. S. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 2009.

OLIVEIRA, M. F. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. 2014. PhD Thesis. Universidade de São Paulo.

PIMENTEL, F. **As misérias do processo penal atual**. Acesso em, 16 de mar. 2020.

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

PIMENTEL, F. C. **O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal**, 2015.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comu**. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015 b.

THUMS, G. **Sistemas processuais penais**: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, H. **Curso de direito penal**. São Paulo: saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal**, ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.