

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

PAULA SCHMITT ÁVILA

A EMENDATIO LIBELLI E O CONTRADITÓRIO

Porto Alegre

2010

PAULA SCHMITT ÁVILA

A EMENDATIO LIBELLI E O CONTRADITÓRIO

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik.

Porto Alegre

2010

PAULA SCHMITT ÁVILA

A EMENDATIO LIBELLI E O CONTRADITÓRIO

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik.

BANCA EXAMINADORA

Prof. UFRGS

Prof. UFRGS

Prof. UFRGS

Orientador Prof. Dr. Danilo Knijnik - UFRGS

Conceito: _____

Porto Alegre, ____ de dezembro de 2010

Ao Timóteo Rafael Piangers e aos meus pais, por tudo.

Ao Professor Danilo Knijnik, não só pela orientação, como pela inspiração como mestre.

RESUMO

Este trabalho versa sobre a discussão doutrinária a respeito da mudança na qualificação jurídica feita pelo magistrado na sentença – ou seja, sobre a *emendatio libelli*, prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal – e os eventuais prejuízos à defesa com tal procedimento, em que não há qualquer observância ao contraditório.

O estudo foi dividido em duas partes: a primeira delas traz o aporte teórico necessário à compreensão do debate, enquanto a segunda expõe o panorama atual doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema.

Primeiramente, trata-se do princípio do contraditório, perquirindo a mais moderna concepção de seu conteúdo e abrangência. Frise-se a sua íntima relação com o princípio da ampla defesa, eis que, conforme será mais bem tratado, esta garante o contraditório, e por ele se manifesta e é garantida.

Posteriormente, investiga-se o objeto do processo – a pretensão processual. Sobre esta recai toda a discussão processual, então, imprescindível que seja bem delineada.

Encerrando a primeira parte, delimita-se a regra da correlação entre acusação e sentença, tratada no sistema processual brasileiro pelas denominadas *mutatio libelli* – quando ocorre mutação do fato processual – e *emendatio libelli*. Apontada a polêmica em torno da nova definição jurídica dos fatos trazidos ao processo pelo órgão acusador, discorre-se acerca do tratamento legal ao tema não só no Brasil, como em outros países.

Enfim, a segunda parte do trabalho expõe o panorama doutrinário e o panorama jurisprudencial a respeito da questão, para a qual se busca premente apaziguamento.

Palavras-chave: contraditório; *emendatio libelli*; objeto do processo penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
PRIMEIRA PARTE	
1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A SUA APLICAÇÃO ÀS QUESTÕES DE DIREITO	09
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	09
1.2 ANÁLISE HISTÓRICA.....	12
1.3 PRINCÍPIO OU GARANTIA?	15
1.4 DEFINIÇÃO DE CONTRADITÓRIO E O BINÔMIO INFORMAÇÃO E REAÇÃO ..	16
1.5 O JUIZ COMO PARTE INTEGRANTE DO CONTRADITÓRIO	19
1.6 CONTRADITÓRIO A RESPEITO DAS QUESTÕES DE DIREITO.....	21
2 O OBJETO DO PROCESSO	27
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	27
2.2 O OBJETO DO PROCESSO CIVIL.....	28
2.3 O OBJETO DO PROCESSO PENAL	30
3 CORELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA	40
3.1 O SIGNIFICADO DA REGRA NA DOUTRINA.....	40
3.2 TRATAMENTO LEGISLATIVO CONFERIDO À CORELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA.....	43
SEGUNDA PARTE	
4 PANORAMA DOUTRINÁRIO DA RELAÇÃO ENTRE A <i>EMENDATIO LIBELLI</i> E O CONTRADITÓRIO	47
4.1. VISÃO TRADICIONAL.....	48
4.2. CRÍTICA DOUTRINÁRIA	50
5 PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA RELAÇÃO ENTRE A <i>EMENDATIO LIBELLI</i> E O CONTRADITÓRIO	55
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

Entende-se que a regra da correlação entre acusação e sentença é das mais escabrosas do processo penal, pela dificuldade de estabelecerem-se critérios para averiguar sua observância. Para tanto, deve-se ter em vista que ela é uma das principais garantias processuais do acusado. A correlação impõe a necessidade de identidade de representação do objeto processual presente na peça acusatória e na sentença. Todavia, o objeto no processo penal é dinâmico, podendo sofrer mutações, respeitadas as regras e critérios estabelecidos.

Com a ciência de que a coincidência das representações do objeto presentes na denúncia e na sentença não é absoluta, importa anotar que ela não abrange a qualificação jurídica imprimida na ação. O princípio da congruência atém-se aos fatos imputados ao réu. Vigoram os brocardos *jura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi jus*, a assegurar ao magistrado a mais livre dicção do direito aplicável ao caso. Fala-se, por conseguinte, da chamada *emendatio libelli*.

Importa o exposto em afirmar que o acusado (e, também, o acusador) não possui qualquer garantia a ser assegurada diante da reclassificação jurídica dos fatos imputados, pelo juiz – *guardião absoluto da letra da lei* –, ao sentenciar, finda a instrução?

A questão é controvertida, e o presente trabalho visa a esclarecer os dissonantes entendimentos a respeito dela. Isso implica no estudo da técnica processual e dos alicerces teóricos de institutos processuais pertinentes ao tema ora em debate, embora, por si só, o estudo destes seja insuficiente. Interessa, também, a análise de princípios de ordem constitucional: a Lei Maior assegura o devido processo legal aos acusados, apenas alcançável se respeitadas os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Para tal análise, tem-se em conta a força normativa da Constituição de conformar a realidade, que só é possível quando a convicção sobre a inviolabilidade desta se faz presente

dentre os principais responsáveis pela vida constitucional, nos quais se inclui o legislador e, principalmente, o juiz.¹

O estudo foi dividido em duas partes: a primeira delas traz o aporte teórico necessário à compreensão do debate em torno da *emendatio libelli* e de sua relação com o contraditório, enquanto a segunda expõe o panorama atual doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema.

Assim, inicialmente trata-se do princípio do contraditório, perquirindo a mais moderna concepção de seu conteúdo e abrangência. Frise-se a sua íntima relação com o princípio da ampla defesa, eis que, conforme será mais bem tratado, esta garante o contraditório, e por ele se manifesta e é garantida.

Posteriormente, investiga-se o objeto do processo – a pretensão processual. Sobre esta recai toda a discussão processual, então, imprescindível que seja bem delineada.

Encerrando a primeira parte, delimita-se a regra da correlação entre acusação e sentença, tratada no sistema processual brasileiro pelas denominadas *mutatio libelli* – quando ocorre mutação do fato processual – e *emendatio libelli*. Apontada a polêmica em torno da nova definição jurídica dos fatos trazidos ao processo pelo órgão acusador, discorre-se acerca do tratamento legal ao tema não só no Brasil, como em outros países.

Enfim, a segunda parte do trabalho expõe o panorama doutrinário e o panorama jurisprudencial a respeito da questão, para a qual se busca premente apaziguamento.

Espera-se que este estudo contribua para elucidação do debate, tendo como premissa a busca pelo aperfeiçoamento e adequação do instrumento denominado processo.

¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p 24-25

1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A SUA APLICAÇÃO ÀS QUESTÕES DE DIREITO

1.1. Considerações iniciais

O direito processual, como fenômeno cultural, produto exclusivo do homem e por consequência empolgado pela liberdade, não encontrável *in rerum natura*, tem o seu tecido interno formado pela confluência das idéias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço, não sendo possível assimilá-lo a mero ordenamento de atividades técnicas e formais estipuladas arbitrariamente pelo legislador.²

Acentua Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que a estrutura mesma do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas por escolhas de natureza política, visando aos meios “mais adequados e eficientes para a realização dos valores que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada estado”.³

Essas palavras, direcionadas ao processo civil, têm ainda mais relevo no tocante ao direito processual penal – no qual as escolhas de natureza política, motivadas por projetos, interesses sociais, etc., refletem, especialmente, o regime de liberdades de uma sociedade⁴.

² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 227.

³ *Ibidem*, p. 227.

⁴ Ensina J. Goldschmidt que “los principios de la política procesal de una nación no son outra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritários de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal há desarrollado um número de principios opuestos constitutivos del proceso. (...) El predominio de uno u outro de estos principios opuestos en el derecho vigente, no es tampoco más que um tránsito del derecho pasado al derecho del futuro”. (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, Barcelona: Bosch, 1935. p. 67 *apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. ed. p. 55

Nesse sentido, Aury Lopes Junior, citando Maier, para quem no direito penal “a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais à flor da pele que nos demais ramos jurídicos”⁵, alerta que “esse fenômeno é ainda mais notório no processo penal, na medida em que é ele, e não o Direito Penal, que toca o homem real, de carne e osso. [...]. Por isso, conclui Maier, é no direito processual penal que as manipulações do poder político são mais frequentes e destacadas, até pela natureza da tensão existente (poder de penar *versus* direito de liberdade)”.

Diante dessas considerações, deve-se ter presente que o Código de Processo Penal atual, Decreto-Lei de 03 de outubro de 1941, é fruto do regime ditatorial imposto por Getúlio Vargas (que se estendeu entre 1930 e 1945), e possui inspiração no fascismo italiano. Tem, então, vocação ideológico-autoritária, marcada pela primazia dos “interesses da sociedade” em detrimento dos interesses individuais.⁶

Todavia, os “valores que dominam o meio social”, aludidos por Alvaro, hodiernamente, são outros. Sob a égide da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se um Estado Democrático de Direito, garantidor dos direitos fundamentais individuais e coletivos – nos quais se insere a garantia de se ver processado, exclusivamente, pelo devido processo legal, marcado pela igualdade, ampla defesa, contraditório e diversos outros princípios.

É certo que o código de 1941 passou por sucessivas reformas que o modernizaram, porém, a doutrina majoritária atual entende que há, ainda, longo caminho a seguir para que se cumpram apropriadamente os ditames constitucionais. Por isso, importa lembrar o ensinamento de Ada Pellegrini de que “o importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à regra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional.”⁷

Quanto ao princípio do contraditório, essa situação não difere.

Para este estudo, ele tem particular relevo, consistindo a regra da correlação entre acusação e sentença em verdadeira decorrência deste princípio.⁸ Logo, mostra-se necessário averiguar seu real significado e abrangência.

⁵ MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal – Fundamentos, p. 260. *apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. ed. p. 55

⁶ MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A correlação entre a acusação e sentença nas ações penais condenatórias**: A conformidade entre a lei processual penal e a Constituição Federal. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. xv.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 14.

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28

Para tanto, o presente trabalho parte de uma rápida e superficial investigação histórica de sua aplicação ao longo da história ocidental. Analisar-se-á, a princípio, a evolução dos sistemas de persecução penal (sistema acusatório – do qual o contraditório representa um dos pilares, ao lado do direito de defesa e do princípio da igualdade, sendo que todos estão umbilicalmente ligados⁹ -, sistema inquisitório e sistema misto) e, essencialmente, a distribuição de poderes entre os juízes e as partes.

Antes, porém, cabe acentuar que o contraditório e a ampla defesa não se confundem, mas possuem íntima relação,¹⁰ que é explicada por Ada Pellegrini sob dois enfoques. De início, vê-se que a defesa brota do contraditório: este possui dois elementos – informação e reação – e sem o primeiro deles, a defesa seria inviabilizada pela ignorância. Pelo o segundo enfoque, percebe-se que a defesa garante o contraditório, pois nele se manifesta (a defesa é posta como aspecto integrante da ação, e o paralelismo entre estes se dinamiza no exercício do contraditório). A autora assim explicita: “defesa, pois, que garante o contraditório e que por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos – a informação – e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento – a reação.”¹¹

O princípio do contraditório não se atém, então, à defesa.¹² Aplica-se a ambas as partes, cabendo também ao juiz observá-lo. Por isso, é perfeitamente possível violá-lo e restar intacto o direito à defesa. Basta, para tanto, que não se permita a reação da acusação à determinada prova trazida pelo acusado, por exemplo.

Consabido, pois, que os direitos fundamentais não são privilégios dos indivíduos enquanto nessa condição. São, também, da coletividade, que anseia pelo seu direito fundamental a um processo justo e eficaz, assim como a vítima do crime perquirido. Este processo, pois, só é alcançado quando há o devido respeito, também, à acusação.

⁹ NICOLITT, André Luiz. A Garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na reforma do código de processo penal de 2008, *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48. Diogo Malan fala ainda em princípio da ação, a garantia de imparcialidade do juiz e a própria correlação entre acusação e sentença, p 125.

¹⁰ É evidente a convergência de conteúdo nos conceitos constitucionais de ação, defesa e contraditório, e o denominador comum consiste “nella costante possibilità di partecipare attivamente allo svolgimento del processo cooperando sia alla ricerca dei fatti ed alla raccolta delle prove sia alla elaborazione e formazione del convincimento del giudice.” MARTINETTO, verb. “Contraddittorio (principio del)”, *In*: Novissimo Digesto Italiano, Turim, 1959, v. IV, p. 460, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. Cit.* p. 19.

¹¹ *Idem*, p. 5-6.

¹² No conteúdo da garantia do contraditório, Ada assenta que “do contraditório, como princípio de participação, surge uma importante indicação, que foi salientada pelas doutrinas alemã e italiana: o objetivo principal da garantia não é a defesa, entendida em sentido negativo como oposição ou resistência, mas sim a ‘influência’, tomada como ‘Mitwirkungsbefugnis’ (Zleuner) ou ‘Einwirkungsmöglichkeit’ (Baur), ou seja, ‘como

1.2. Análise histórica

Enfim, quanto à parte histórica, salienta-se que se busca apenas traçar, em linhas gerais, a evolução da repartição das atribuições processuais entre juiz e partes, ilustrando a evolução do contraditório. Assim, com o aperfeiçoamento da organização social, salientou-se a necessidade de sistematização dos métodos de implementação do direito penal, tendo em vista a preservação da sociedade.

Discorrendo sobre a evolução histórica dos sistemas processuais penais, Geraldo Prado lembra que, durante a antiguidade, adquiriu destaque na Grécia o modelo ateniense de persecução penal, caracterizado pelo sistema acusatório popular quanto aos chamados crimes públicos (distintos dos privados por interessarem à ordem e à paz públicas). Nestes, qualquer cidadão sustentava uma acusação perante o Arconte, que convocava o Tribunal, onde o acusado defendia-se por si mesmo (por vezes, com auxílio externo). Pairava o princípio da soberania popular, eis que o tribunal era popular (como visto, também a acusação o era). Havia igualdade entre acusador e acusado, o qual costumava responder ao processo em liberdade, formulando livremente alegações, em procedimento oral e público – consagrava-se, em sua plenitude, o contraditório, podendo a defesa influir na totalidade do conteúdo decisório. Contudo, admitia-se a tortura e os juízos divinos como meios probatórios, e a decisão era irrecorrível.¹³

Em Roma, foram estabelecidos institutos com características bem distintas. Diferentemente da Grécia, sempre havia maior intervenção do Estado. O mais antigo dos procedimentos penais foi a *cognitio*, baseado na *inquisitio*, em que o magistrado, como representante do rei, possuía demasiados poderes de iniciativa, instrução e deliberação. O acusado podia apelar ao povo, pela *provocatio*, quando haveria ulterior procedimento designado *inquisitio* (este período foi denominado comicial).¹⁴

Outro procedimento adotado foi a *accusatio* (também conhecida por *judicium publicum* ou *quaestio*), promovida por acusador particular, semelhante à forma grega. Marcado pela publicidade e oralidade, os debates formavam o eixo central, dos quais derivava o fundamento da decisão, pelo contraditório substancial (o Estado apenas julgava).

direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo”. Idem, p. 19.

¹³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 79-80.

¹⁴ Ibidem, p. 80-84.

Abandonou-se qualquer sentido mítico e subjetivo da prova, para encará-la objetivamente, como reconstrução histórica. Com as *quaestiones*, o direito penal e o direito processual penal adquiriram, enfim, certa autonomia. Todavia, as exigências de repressão à criminalidade não restaram cumpridas, e a fonte da soberania passou da cidadania ao Imperador. As atribuições dos magistrados foram ampliadas, ao ponto de cumularemos tanto a acusação, como o julgamento (alicerçados na chamada *cognitio extra ordinem*).¹⁵

A Idade Média foi marcada pela invasão bárbara e pelo extraordinário desenvolvimento do Direito Canônico. Para Igreja, o crime era questão de salvação da alma pela penitência. O procedimento inquisitório – sem contraditório, secreto, escrito, marcado pela tortura como forma de alcançar a verdade real – foi implementado em 1215, no IV Concílio de Latrão, por Inocêncio III. O Sistema Inquisitório, em seu apogeu, correspondeu à concepção absolutista de Estado.¹⁶

Geraldo Prado¹⁷ assenta ainda que com o iluminismo, a partir dos séculos XVII e XVIII, “iniciou-se o período moderno de administração da justiça, reduzindo-se e amenizando-se as características inquisitoriais dos procedimentos penais”, como forma de contestação ao Antigo Regime, adotando-se um sistema processual penal inspirado nos aplicados em Roma Republicana e na Inglaterra.

Aboliu-se, então, a tortura e postulou-se “um novo modelo que, a rigor, recolocaria a oralidade e a publicidade no lugar da escrituração e do segredo, assegurando a defesa e a liberdade de julgamento pelos jurados, com a proscrição do sistema de provas legais.”¹⁸

Esse sistema, principiado na França, mas com as guerras napoleônicas, adotado por outros países, disciplinava o processo penal em duas fases. A primeira delas é a instrução, em que, secretamente, sob comando de um juiz-instrutor, procede-se a perquirição das infrações penais, com todas as circunstâncias capazes de influir na qualificação jurídica, de modo a preparar o exercício da ação penal. A segunda fase é o júízo, quando as atuações são públicas e perante um tribunal colegiado ou um júri, com debate entre as partes de forma igualitária. Assim, na primeira fase o contraditório não resta devidamente assegurado, ao passo que na segunda fase, ao menos formalmente, ele é garantido.

O autor explicitou que

a instituição do júri, no continente europeu, obedeceu à lógica da identidade entre o direito e a lei, pela qual a verdade política por esta expressa, de

¹⁵ Ibidem, p 80-84.

¹⁶ Ibidem, p. 85-96.

¹⁷ Ibidem, p. 99.

¹⁸ Ibidem, p. 100.

forma genérica e abstrata, haveria de ser *meramente proclamada pelo juiz profissional*, a quem não era dado, no processo de aplicação da lei, interpretá-la com maior liberdade. Tratava-se, portanto, de mais uma reação ao Antigo Regime, desenvolvendo os jurados – juízes leigo – o *papel de guardiões dessa presumida verdade política da lei*, em um clima de abstrata homogeneidade de uma sociedade, marcada, naturalmente, por uma nova categoria de conflitos que, ao logo do séculos XIX e XX, poriam a nu o dogma da universalidade dos interesses burgueses.¹⁹

Daniel Mitidiero critica a perda de densidade do contraditório no Direito Moderno, fruto das mudanças político-sociais, que permitiram que da difusão de poder de outrora, sobreviesse uma concentração na figura do Estado, com crescente tensão entre este, a sociedade civil e o indivíduo. O príncipe, então, passou a ver no direito um poderoso instrumento de coação, entendendo a lei não como regra social, mas como regra de governo, cujo monopólio de elaboração precisava ser protegido.²⁰

Assim, como forma de controle social, retirou-se dos juristas a qualidade de práticos, que descobriam o direito no caso concreto, visando, principalmente, à justiça, tornando-os técnicos: de uma racionalidade prática sucedeu uma racionalidade teórica.²¹

Desse modo que a atividade do juiz e das partes, outrora inventiva e criativa do direito, tornou-se uma atividade mecânica e subsuntiva (e com isso, visou-se também a assegurar a certeza e a segurança jurídicas). O juiz passou a exercer uma jurisdição limitada à declaração – o juiz como boca da lei.

O jurista atenta ao paradigma cartesiano adotado, pelo qual se geometriza o direito, passando-se a entendê-lo como uma ciência exata,²² quando não são mais necessárias três pessoas para “formar um juízo, como uma experiência problemática”. O juiz tornou-se o vértice do discurso judiciário, a quem cabia dizer o direito de forma exclusiva, logo, a manifestação das partes tornou-se incapaz de alterar o direito enquanto objeto. O contraditório, pois, limitou-se a uma bilateralidade de instância (e não à arte de alegar, de provar e de responder, ou seja, um momento de conformação do direito, fundamental à experiência judiciária).²³

¹⁹ Ibidem, p. 101.

²⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. **A garantia do contraditório do *ordo judicarius medieval* ao processo cooperativo contemporâneo**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em <www.tjrs.jus.br> Acesso em 12-09-2010, p. 4-5.

²¹ Ibidem, p. 4-7.

²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 229 e *passim*. O autor também trata dessa questão, assentando que com a apropriação do *ordo judicarius* pelo soberano, ou seja, com a estatização do processo, a investigação dialética da verdade provável passou a ter aspirações de certeza, próprias das ciências da natureza.

²³ MTIDIERO, Op. Cit., p. 4-7.

A tradicional definição de contraditório de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, qual seja, que o princípio consiste em “ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los” segue esse entendimento de garantia formal do contraditório.²⁴ Pode-se dizer o mesmo a respeito da idéia de audiência bilateral, considerada atendida quando à parte contrária assegura-se a oportunidade de ser ouvida.

1.3. Princípio ou garantia?

No que se refere à questão terminológica do contraditório, que ora é tratado como princípio, ora como garantia, importa anotar que ele é as duas coisas, é um princípio-garantia. A análise dos conceitos destes importa, pois, para que se tenha presente as próprias funções de princípio e de garantia no ordenamento jurídico, de modo a empregá-las ao contraditório.

Humberto Ávila conceitua princípio como normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, acentuando que a positivação de princípios implica a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias a sua promoção. Para o autor, os princípios têm diferentes tipos de eficácia, destacando-se, para este estudo, a eficácia bloqueadora (que afasta elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido), e a eficácia externa subjetiva (da qual se extrai que os princípios jurídicos atuam como direitos subjetivos quando proíbem as intervenções do Estado em direitos da liberdade).²⁵ Enquanto que para Alexy, os princípios são deveres de otimização aplicáveis em vários graus diante das possibilidades normativas e fáticas.²⁶

Já garantias são de índole assecuratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade²⁷. José Afonso da Silva aponta que impedem o arbítrio e limitam a atuação dos órgãos estatais ou mesmo de particulares, protegendo a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos

²⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 81.

²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70 e 78-82.

²⁶ ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. Archives Rechts und Sozialphilosophie. Beiheft 25. Frankfurt AM Main, 1985, *apud* NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na reforma do código de processo penal de 2008. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). Op. Cit. 50.

²⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 2. A autora alude ser esse o sentido traçado por Rui Barbosa.

fundamentais de modo especial, e ainda sua reintegração ou restauração nos casos de violação.²⁸

Destaca-se, ainda, o perfil objetivo das garantias processuais, que não são apenas das partes, mas também do *justo processo*, segundo a ótica do tipo publicista que confere relevância ao interesse geral na justiça da decisão.²⁹

1.4. Definição de contraditório e o binômio informação e reação

Posto isso, o princípio-garantia do contraditório pode ser entendido como “a organização dialética do processo através da tese e da antítese legitimadoras da síntese, é a afirmação e negação, ou seja, os atos processuais se desenvolvem de forma bilateral (bilateralidade dos atos processuais) na medida em que as partes poderão manifestar-se sobre cada ato do processo”³⁰. O contraditório é, em essência, um método de busca da verdade por meio da contraposição dialética.

Ressalva-se que “o contraditório não é uma garantia formal consistente no direito de manifestação no curso do processo, ao contrário, o seu conteúdo essencial consiste no fato de que a decisão judicial (síntese) deve ser fruto do diálogo (tese e antítese), deve ser a resultante do colóquio ou diálogo entre a acusação e defesa.”³¹

Eduardo Couture, “com uma verdadeira poética processual”³², assinala:

(...) a justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade. O eterno vir a ser, dizia Hegel, obedece à dialética. Põe-se, opõe-se e compõe-se num ciclo que presume um começo e que só o alcança ao final. O todo e suas partes se integram reciprocamente ao imenso torvelinho. Fora dele, tudo perde o impulso e a vida. Nada é estável. Apenas o torvelinho é permanente.

Não há processo justo sem a realização do contraditório, e há quem defenda, inclusive, a não existência de processo sem a realização do contraditório. Elio Fazzalari já afirmou que o processo é “todo procedimento realizado em contraditório”³³, assim, em

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 94.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.

³⁰ NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na reforma do código de processo penal de 2008. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Op. Cit.* 50.

³¹ *Ibidem*, p. 50.

³² *Ibidem*, p. 50.

³³ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 131

especial nos procedimentos penais, em que se põe em risco o *status libertatis* dos indivíduos, não há falar, hoje, em contraditório apenas formal.

Hermes Zaneti Júnior anota:

Logo, se o processo é a *specie* e o procedimento é o *genus*, se o processo é a *espécie de procedimento adjetivada do contraditório*, e se os meios do direito são os meios da dialética em contraditório (*audiatur et altera pars*) e o da racionalidade prática procedimental (com a formação da decisão no *iter* discursivo), conseqüentemente não há dúvida de que o contraditório é o é o “valor-fonte” do processo (qualquer processo), em particular do processo judicial.³⁴

Os elementos básicos da garantia apontados pela doutrina consistem em informação e reação (ou participação)³⁵. Pode-se indicar também o direito das partes de ver seus argumentos considerados, que traz como necessária conseqüência o dever do juiz de tomar conhecimento e de considerar as argumentações das partes (que, essencialmente, decorre do princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais).³⁶

Nesse sentido, destaca Nicolitt que “não basta que as partes falem no processo, é preciso que elas sejam ouvidas. Assim, se o contraditório deve reger todo o curso do processo, a sentença – como o ato pelo qual o juiz esgota sua atividade jurisdicional – deve ser a manifestação apoteótica do contraditório”.³⁷

O direito à informação é o pressuposto para a efetiva participação, possuindo, de certa forma, caráter instrumental, uma vez que sem o conhecimento da demanda, dos argumentos, das provas, etc., discutidos, não há a possibilidade de reação. Evidentemente, a informação se dá pela comunicação idônea dos atos processuais, através da citação e da intimação, as quais a lei confere grande relevância.

Já o direito à participação permite a efetivação do contraditório. Em conferência proferida na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1982, Cândido Rangel Dinamarco ressaltou o enquadramento do direito processual, da jurisdição, num sistema estatal de exercício de poder (o poder como capacidade de influir nas decisões ou capacidade de impor as suas decisões, exercido pelo Estado). Esse poder, necessariamente, deve ser limitado pelo

³⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 194.

³⁵ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 131. Os autores destacam a síntese de Delosmar Mendonça Jr.: “Dinamarco aponta informação e participação como elementos do contraditório. Já Nelson Nery Jr., na esteira de Sérgio de La China, fala em informação e reação. Joaquim Canuto Mendes de Almeida se refere à informação e ‘contrariedade’. Rogério Lauria Tucci aduz informação e ‘manifestação’. Vicente Greco Filho se refere à informação e contraposição”.

³⁶ *Ibidem*, p. 131.

estabelecimento de normas que impõem as medidas à interferência estatal e as formas de exercício do poder, as quais devem ser conhecidas para a segurança de todos.³⁸

O Estado Democrático de Direito, além de garantir a liberdade e a igualdade, destaca-se pela garantia de participação das pessoas nas suas atividades, na vida do Estado. Esta se dá em todos os níveis e sob todos os aspectos, e na medida em que o Estado seja verdadeiramente democrático, também ocorrerá no processo. O jurista impõe, então, essa participação como premissa constitucional para apreciação do contraditório no processo.³⁹

Dessa forma, “a participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da idéia, plantada na ordem política, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados.”⁴⁰ Os atos de poder, então, têm sua força vinculante na participação dos destinatários segundo as regras pertinentes:

Tal é uma derivação da conhecida tese da *legitimação pelo procedimento*, lançada em sede de sociologia política e de valia em relação a todas as áreas de exercício do poder (Niklas Luhmann). Na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a *participação* que mediante o correto cumprimento das normas procedimentais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em *legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal*.⁴¹

Não basta, assim, uma garantia meramente formal do contraditório. Faz-se necessário que a participação seja efetiva e substancial.⁴²

É evidente que o interesse pessoal que move as partes (no caso do processo penal, apenas o acusado) é a mais eficiente “mola de defesa dos direitos e da sua efetividade”⁴³, mas hoje se entende que a participação dos sujeitos não se limita à possibilidade de obterem uma decisão favorável. Serve, ainda, à própria cooperação no exercício da jurisdição. A estrutura dialética do processo atua para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.

³⁷ NICOLITT, André Luiz. Op. Cit., p. 51.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 19, dez 1981/dez 1982. p. 21.

³⁹ Ibidem, p. 22.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 214

⁴¹ Ibidem, p. 214

⁴² Dinamarco costuma lembrar as palavras do Desembargador Antonio Celso Camargo Ferraz, para quem o contraditório precisa ser *efetivo e equilibrado* (O princípio do contraditório... p. 33).

⁴³ Expressão utilizada por Dinamarco. **Instituições...** p. 214.

Aliás, diz-se que a própria garantia de imparcialidade da jurisdição é fruto da colaboração entre as partes e o juiz.⁴⁴

Para a participação ser, de fato, efetiva e substancial, “as partes hão de gozar de igual idoneidade técnica e dispor de situações subjetivas análogas, de modo que a função que exercem tenha a mesma eficácia dinâmica no plano dialético.”⁴⁵ É imprescindível, pois, que sejam utilizados todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre o seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças.⁴⁶

1.5. O juiz como parte integrante do contraditório

Assim, apesar do interesse pessoal ser essencial no processo, por si só não é suficiente. A efetividade e a igualdade nessa participação dependem, ainda, da atuação do magistrado.

Com efeito, o contraditório se identifica e é confundido com a *par condicio* – igualdade de armas –, não com a igualdade formal, estática, limitada à superação das desigualdades pela simples afirmação de uma igualdade puramente jurídica. Esta se exprime pela mera exigência dos sujeitos agirem em plano de paridade, cuja atividade – seja efetiva, seja nula – será levada em conta pelo juiz. É visão superada, portanto, a informação necessária em conjunto com a *possibilidade* de reação.

O contraditório (que para alguns autores é corolário do princípio da igualdade) é identificado com a dimensão dinâmica da igualdade. Dinâmica, porque é vista sob o ângulo do esforço de transformação da igualdade formal em igualdade material – cabendo ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real.⁴⁷

Essa concepção exige que o Estado-juiz tenha sua equidistância adequadamente temperada pela atribuição de poderes mais amplos ao magistrado, a fim de estimular a efetiva participação das partes, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo.⁴⁸ Isso é permitido graças à tomada de consciência de que o juiz é também um agente político do

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 8.

⁴⁵ Ibidem, p. 4.

⁴⁶ Ibidem, p. 7.

⁴⁷ Ibidem, p. 6.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 8.

Estado, portador de poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos.⁴⁹

Dinamarca, ressaltando a indisponibilidade bilateral presente na ação penal pública (o réu não pode dispor de seu próprio direito de liberdade e o promotor público não pode dispor da ação, por ser um representante da sociedade), com conotações muito mais publicistas do que o processo civil dispositivo, denota a maior importância do papel do juiz nesta ação, por prescindir de uma maior preocupação e participação do magistrado.⁵⁰

Logo, a falta de participação deve ser suprida pelo órgão julgador, devendo-se garantir um contraditório efetivo pela nomeação de defensor ao réu revel, por exemplo, e, inclusive, pela anulação de um processo em que se evidenciou a negligência do advogado em defender o acusado.⁵¹

Desse modo, a participação do juiz – a quem, juntamente com as partes, cabe exercer o contraditório - é fundamental, assegurando a igualdade de atuação entre os litigantes. Ada Pellegrini assenta que incumbe ao juiz penal integrar e disciplinar o contraditório no momento da síntese, pela apreciação do resultado de atividades justapostas e paritárias, desenvolvidas pelas partes.⁵²

Importa ressaltar que esses poderes assistenciais não têm o condão de afetar a imparcialidade do juiz. Entende-se que ela não apenas é mantida, como resta acrescida, no momento da síntese, pela avaliação de provas produzidas em condições efetivamente paritárias pelas partes.⁵³

A garantia do contraditório como imperativo da função do juiz no processo, e não como mera faculdade, recebe destaque de Dinamarca em sua própria definição do princípio, a saber:

A garantia do contraditório, imposta pela Constituição em relação a todo e qualquer processo – judicial ou não (art. 5º, inc. LV) – significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, vol. 59, ano XX, nov. 1993. p. 232.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 214

⁵¹ *Ibidem*, p. 214

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 18.

⁵³ *Ibidem*, p. 3.

afirmação de haver contraditório exclusivamente para as partes, desconsiderada a participação do juiz.⁵⁴

1.6. Contraditório a respeito das questões de direito

Quanto à extensão, a doutrina brasileira insiste em relacionar o conteúdo da garantia do contraditório direta e unicamente ao direito à prova. A atividade probatória é, de fato, o momento central do processo, visando à demonstração da verdade dos fatos alegados. Porém, o conteúdo da garantia discutida não termina aqui. Por todos, segue o entendimento combatido de Barbosa Moreira:

A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que ambas as partes hão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas. [...] Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão jurisdicional. Também significa que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados.⁵⁵

A crítica que se faz é que o contraditório estende-se, igualmente, às chamadas questões de direito.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira explica que foi a partir dos anos cinquenta do século XX que o contraditório passou a receber o novo enfoque tratado neste trabalho, qual seja, o de consistir em uma garantia efetiva e paritária, merecedora de maiores cuidados por parte do julgador, e não mais meramente lógico-formal. Os estudos da lógica jurídica, progressivamente, renovaram-se, de forma a revitalizar o sentido problemático do direito. Isso ocorre na medida em que se tornavam mais agudos e prementes os conflitos de valores, assim como mais imprecisos e elásticos os conceitos. Recuperou-se, pois, o valor essencial do diálogo na formação do juízo. O contraditório passou a ser, enfim, um atributo inerente a todos os momentos do processo.⁵⁶

A evolução social, política e cultural de nossa época permitem caracterizar a sociedade atual como complexa, rica e conturbada, em constante mutação. A interpretação da *regula iuris* somente pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, a

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...** p. 212.

⁵⁵ MOREIRA, Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *In: Temas de direito processual*. Terceira Série, São Paulo, 1984. p. 67.

⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 233.

qual, muitas vezes, não é unívoca, possuindo forte carga de subjetividade. A investigação solitária do órgão judicial a respeito da lei mostra-se, em consequência, inadequada.

Observa-se que o “monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador, e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”.⁵⁷

A faculdade outorgada às partes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo os impede de se sujeitarem passivamente à definição jurídica ou fática da causa pelo magistrado. O tratamento da parte como simples “objeto” de pronunciamento judicial é obstado, de forma a assegurar o direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento e o resultado do processo.

O jurista vincula essa matéria à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, os quais, no tocante ao processo, têm sua melhor expressão no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada.⁵⁸

Com isso, a compreensão dos antigos brocardos *da mihi factum, dabo tibi ius* (ao autor cabe narrar o fato, para que o julgador diga o direito aplicável)⁵⁹ e *iura novit curia* (o juiz conhece o direito),⁶⁰ esposada na literatura tradicional, deve ser revista. Não apenas por caber às partes participarem da busca pela norma aplicável, seja porque possuem esse direito, seja para colaborarem ao interesse público da qualidade do pronunciamento judicial, como também porque se afigura arbitrário valorizar a abstrata distinção entre o juízo sobre o fato, em total divórcio do juízo sobre o direito.

Com efeito, Alvaro afirma que “não somente se exhibe artificial a distinção entre fato e direito – porque no litígio fato e direito se interpenetram –, mas perde força sobretudo no tema ora em exame, em virtude da necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato.”⁶¹

A própria distinção que se faz entre fato e direito é, muitas vezes, imprecisa. Isso pode causar incertezas no processo, e traz prejuízo à ampla defesa, conforme será visto em

⁵⁷ Ibidem, p. 233-234.

⁵⁸ Ibidem, p. 234.

⁵⁹ O autor fala, ainda, que se mostra evidente a relatividade da primeira parte do aforismo, eis que ao órgão julgador também cabe responsabilidade quanto aos fatos trazidos ao processo. A exemplificar, cita-se a iniciativa deste na apreciação de fatos em matéria concernente aos pressupostos processuais e às condições da ação e os fatos extintivos do direito (Ibidem, p. 235).

⁶⁰ Por este, entende-se, tradicionalmente, que impõe ao juiz conhecer o direito e investigá-lo de ofício, se não o conhece, tornando-o, ainda, completamente independente na sua aplicação dos pedidos e alegações das partes a respeito. Permitindo-lhe extrair do material fático trazido pelas partes conclusões jurídicas não aportadas por elas nos autos (Ibidem, p. 235).

⁶¹ Ibidem, p. 234.

momento oportuno. Danilo Knijnik, em nota de sua obra *O recurso especial e revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça acerca dos limites da quaestio juris e da quaestio facti*, lembra entendimento do mestre Castanheira Neves, segundo o qual “esta identificação, que outra coisa não é com efeito, que uma confusão, v. infra, entre o problema geral da distinção e os problemas dogmáticos aos quais o conceitualismo tradicional referida directa e imediatamente àquele problema, persistiu sobretudo – ainda depois da autonomização metodológica-teleológica dos problemas dogmáticos positivos – quanto aos problemas jurídico-processuais (...).”⁶²

O juiz, evidentemente, tem o poder de ditar o direito no caso concreto, consoante os tradicionais brocardos citados, mas isso não significa de modo algum que as partes não devam colaborar nessa investigação.

Conforme alude o Carlos Alberto, “entendimento contrário significaria transformar o juiz em máquina, pois, como já se ressaltou com agudeza, dentro de uma concepção puramente silogística diria às partes *date mihi factum* e às leis *date mihi jus* e, recebidos tais elementos, emitiria a decisão com a mecânica indiferença, como um aparelho emissor de bilhetes a toda introdução de duas moedas”⁶³

A liberdade outorgada ao magistrado na eleição da norma a ser aplicada, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao processo, em homenagem ao princípio do contraditório. Os litigantes não podem ser surpreendidos por sentença que tenha suporte em visão jurídica passada despercebida no decorrer da ação. Essa é a realidade atual do processo.

A questão, aliás, não deve ser enfrentada unicamente sob o ponto de vista do interesse das partes. Qualquer imprevisto capaz de surpreender a defesa atua no sentido de minorar a crença da sociedade na boa administração da justiça e, conseqüentemente, de aumentar o desprestígio do Judiciário, alargando o abismo muitas vezes verificado entre este e os cidadãos.

Defende Alvaro que o diálogo judicial torna-se, no fundo, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a

⁶² CASTANHEIRA NEVES. Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade, Comibra, Almedina, 1997, p. 18, *apud* KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 236.

um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.⁶⁴

Eis, então, o porquê da doutrina vir atentando à necessidade de extensão do contraditório às questões de direito.

Ada Pellegrini anotou que

mesmo quando a Constituição garantia a observância do contraditório, *na atividade instrutória* (art. 153, § 15, da Constituição Federal anterior), salientava-se que a participação na instrução devia ser entendida em seu sentido verdadeiro, não limitado à atividade probatória, mas estendido a tudo quanto servisse para preparar o espírito do juiz.⁶⁵

Dinamarco apontou que instruir equivale a preparar, logo, a instrução em sentido lato, abarca todos os atos capazes de levar à efetiva tutela do direito material, seja pela prova, seja fora dela.⁶⁶

Ada, inclusive, asseverou que a doutrina européia é pacífica no ponto. Por todos, destacou Chiavario, que assinala, em sua obra *Processo e garazie della person*, (p. 157 e ss.), quer para o processo civil, quer para o penal, a essencialidade do contraditório no momento estritamente argumentativo, quando o princípio se traduz na exposição dialógica de razões e argumentos.⁶⁷

Na então Alemanha Federal, na ocasião da reforma processual de 1977, foi incorporado ao direito positivo, pelo § 278, II, da Ordenança Processual Civil (ZPO), entendimento anteriormente pacificado na doutrina e jurisprudência: “O juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado despercebido, se lhe tiver dado oportunidade de manifesta-se a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória”.⁶⁸

Na esteira da legislação européia, cita-se ainda o artigo 183, alínea 3, do Código de Processo Civil italiano (com a redação da Lei nº 353, de 26-11-1990) e o artigo 16 do Código de Processo Civil francês (“*Le juge doit, em toutes circonstances, faire observer et observer*

⁶⁴ Ibidem, p. 237.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 17.

⁶⁶ Com base nesse entendimento que o Supremo Tribunal Federal anula processos criminais em que não são apresentadas as alegações finais (como exemplo, pode-se citar os acórdãos insertos na RTJ, 78/435 e 758, na RTJ 90/808 e na RTJ, 492/418).

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 17-18.

⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 237, nota de rodapé 26.

luimême le principe de la contradiction.”).⁶⁹ A nova redação deste ensejou o retorno aos textos de 1971 e 1972, pois a sua alínea 1ª, que dispensava o juiz de observar *le principe de la contradiction dès débats lorsqu’il relève d’office un moyen de pur droit*, foi anulada por decisão do *Conseil d’État* em 1979, após reações de associações de advogados. O texto de 1971 referido proibia o juiz de fundar sua decisão *sur les moyens de droits autres que d’ordre public qu’il a relevés d’office ou sur les explications complémentaires qu’il a demandées, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.*⁷⁰

Ainda, nos anos noventa o Código de Processo Civil português sofreu reforma introduzida pelos Decretos-leis nº 329-A, de 12-12-1995 e 180, de 25-9-1996. Prescreveu-se a proibição de prolação de decisões surpresa, não sendo lícito aos tribunais decidir questões de fato ou de direito, mesmo de conhecimento oficioso, sem que previamente haja sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem (CPC português, art. 3º, nº 3).⁷¹

Com intuito de evitar decisões-surpresa também no processo civil brasileiro, o projeto de lei do Senado Federal nº 166 de 2010, o qual visa à criação de um novo Código de Processo Civil, prestigia o princípio do contraditório em diversos artigos. Inclusive, a própria exposição de motivos do projeto atenta à necessidade de “que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República”, a qual prevê em seu artigo 5º, inciso LV, que aos acusados são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Importa, pois, a análise do artigo 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.

José Rogério Cruz e Tucci defende que esse é um dos preceitos do projeto que está definitivamente afinado com a moderna ótica processual, “que não admite, em hipótese alguma, a surpresa aos litigantes, decorrente de decisão escudada em ponto jurídico fundamental por eles não alvitrado.”⁷²

Também no projeto do novo Código de Processo Penal (PLS nº 156/09), o princípio do contraditório recebeu destaque especial, estando expresso em diversos dispositivos, como no art. 3º (“Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a

⁶⁹ Ibidem, p. 238, nota de rodapé 31.

⁷⁰ Idem, O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, vol. 59, ano XX, nov. 1993. p. 317.

⁷¹ Idem, **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 238, nota de rodapé 31.

efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais"), art. 60 ("Todo acusado terá direito à defesa técnica em todos os atos do processo penal, exigindo-se manifestação fundamentada por ocasião das alegações finais e em todas as demais oportunidades em que seja necessária ao efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório"), art. 165 ("O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados"), entre outros.

Quanto ao princípio da não-surpresa, decorrência do contraditório, o projeto ainda deixa a desejar, perdendo a oportunidade de avançar na regulação da *emendatio libelli*, pois a redação da nova proposta não difere da trazida pela Lei nº 11.719/09, como adiante será abordado.

Para finalizar o capítulo, segue ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

Em direito processual, nós trabalhamos num clima de certezas, probabilidades e riscos. O ideal seria que tudo fosse certeza em direito processual; que houvesse a participação efetiva, eficiente, de cada uma das partes; que as provas fossem honestas; que estivessem sempre à disposição do espírito e do conhecimento do juiz; que não se criassem situações duvidosas e de perigo por falta de certeza. [...] Vejam, existe toda essa trama de certezas, incertezas, probabilidades e riscos no direito processual. Para aumentar a certeza, para aumentar então a austeridade da Justiça e possibilitar decisões e soluções mais perfeitas e mais adequadas ao direito material, exaltando a idéia da certeza, é que esta aí o princípio do contraditório como um dos instrumentos de que se vale o legislador para evitar os riscos e sanções que não estejam de acordo com o direito material.⁷³

⁷² CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC**. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 2010. Disponível em <www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2010.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 37 e 38.

2 O OBJETO DO PROCESSO

2.1 Considerações iniciais.

Faz-se imprescindível, a este estudo, a identificação do objeto processual. Como afirma Carlos Aurélio Mota de Souza, é que todo o processo tem um objeto em torno ao qual gravita a controvérsia das partes, que é fundamento das diversas formas e fenômenos processuais que se não podem compreender sem a delimitação e o estudo desse objeto.⁷⁴ Dentre esses, interessa, para nós, a modificação da demanda.

Conforme expõe Gustavo Henrique Badaró, “se a modificação da demanda liga-se ao objeto do processo, a correlação entre a acusação e a sentença, que é o reverso da mesma medalha, também deve ser analisada a partir do objeto do processo.”⁷⁵

Com efeito, a regra da correlação entre a acusação e a sentença impõe a necessidade do objeto do processo permanecer, em essência, inalterado durante o decorrer de todo o *iter* procedimental.

Pois bem, a identificação do objeto do processo é tema corrente entre os estudiosos do processo civil, cujas conclusões sobre o assunto, por se ligarem à teoria geral do processo, são transportadas, por assim dizer, ao processo penal. Portanto, em regra, as teorias sobre o objeto do processo penal têm sua gênese naquelas criadas para o processo civil a partir de institutos e conceitos privatísticos – os quais, como se sabe, muitas vezes não são acolhidos pelo processo penal, pelas divergências intrínsecas entre os ramos. Em vista disso, entende-se ser preciso uma breve exposição da evolução do estudo civilista a respeito do tema, com

⁷⁴ SOUZA, Carlos, Aurélio Mota de. Correlação entre demanda e sentença no processo penal e a identificação de seu objeto. **Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 17, 15-25, p. 18, 1993.

⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

alusão às idéias essenciais de suas principais correntes doutrinárias e formulações conceituais, para então confrontá-las com as pertinentes à área processual penal.

2.2. O objeto do processo civil

As especulações a respeito do objeto do processo civil tomaram maior fôlego a partir de meados do século XX entre os alemães, ao se pesquisar acerca do conteúdo de pretensão (*Anspruch*) como objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*).⁷⁶ A partir dos conceitos de *Anspruch* presentes na *Zivilprozessordnung* e no *Bürgerliches Gesetzbuch*, estipulou-se precisa distinção entre a pretensão de direito material a pretensão de direito processual – conceito este puramente processual, constituindo o próprio objeto do processo.⁷⁷ Mas resta definir o conteúdo exato dessa pretensão processual, e novas especulações começaram a surgir a respeito do conteúdo do *Streitgegenstand*.

Badaró tratou das principais correntes em seqüência temporal, enquadrando-as em grupos. O primeiro deles traz como ponto comum a referência a elementos fáticos ou jurídicos ligados à situação material debatida, os quais devem constar do objeto do processo, fundamentando o pedido. Podem-se enquadrar, aqui, as posições de Lent, Betti e Mandrioli, para os quais o conteúdo puramente processual, caracterizado pelo pedido, é insuficiente para individualizar o processo.⁷⁸

A segunda interpretação de objeto – defendida por Karl Heinz Schwab – repeliu os elementos materiais característicos da idéia de causa de pedir, de forma a vislumbrar apenas no pedido a pretensão processual. Para Schwab, apesar de o fato constitutivo servir para identificação do pedido, não integra a pretensão. Esse entendimento foi muito criticado por diversos motivos, dentre eles por não resolver os problemas ligados à identificação da demanda (como litispendência, coisa julgada, mudança da demanda) e por dificultar à defesa do réu.⁷⁹

Frente à insuficiência dessa tese, retomou-se o fato constitutivo como elemento integrante do objeto do processo, consubstanciado este, agora, no pedido e na causa de pedir. O conceito desta é marcado pelo dissenso entre as teorias da individuação e da substanciação. Em resumo, para esta importa a indicação da relação jurídica deduzida em juízo, ou o estado

⁷⁶ Maria Cristina Faria Magalhães mostra que a exposição de motivos do ZPO contém a expressão “fundamento da pretensão deduzida”.

⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 p. 40 e ss.

⁷⁸ *Ibidem*, 40 e ss.

jurídico afirmado pelo autor em apoio a sua pretensão, prescindindo da alegação de fato – em consequência, uma nova demanda fundada numa mesma relação jurídica, mas em fatos diversos, verifica-se improponível. Já para teoria da substanciação, a *causa petendi* compõe-se tão-somente dos fatos que fundamentam a pretensão do autor. Verificam-se divergências a respeito do ponto nesse terceiro grupo, integrado por Guasp Delgado, Habscheid, Chioyenda. Para o último, por exemplo, interessam apenas os fatos, permitindo-se às partes e ao juiz a mudança no ponto de vista jurídico.⁸⁰

A evolução doutrinária sobre as referidas teorias, não obstante, indica a relativização das divergências apresentadas. A doutrina mais recente, principalmente a italiana, observa que ambas as teorias são duas faces da mesma moeda, uma vez que “o acontecimento histórico não tem significado, para efeitos de individualização da demanda, se não se refere a uma *fattispecie* jurídica, e que, vice-versa, a *fattispecie* jurídica não pode caracterizar a demanda se não se refere a determinado fato no sentido de concreto acontecimento histórico.”⁸¹

Ainda na busca de conciliação das teorias aventadas, Elio Fazzalari elabora sua tese de objeto do processo como sendo a situação substancial, na qual se somam as alegações de fato constitutivo, bem como da relação jurídica. Cruz e Tucci aponta que a situação substancial “identifica-se com a circunstância jurídica concreta deduzida em juízo *in statu assertionis*, e que aflora individualizada pela situação de fato contrária ao modelo traçado pelo direito material.”

Importa, ainda, tratar do debate sobre a lide, identificada como o *meritum causae* ou o objeto do processo, inclusive, no Código de Processo Civil brasileiro. Francesco Carnelutti é o grande responsável por essa idéia, para quem a lide é o conflito de interesses (regulado pelo direito) qualificado pela pretensão resistida – resistência, aliás, efetiva, de forma a lesar o interesse, que resta insatisfeito; ou apenas caracterizada por uma contestação, ou seja, pelo não reconhecimento do dever de subordinar o próprio interesse ao interesse alheio. O jurista conceitua interesse como a posição favorável à satisfação de uma necessidade, e pretensão como exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio.⁸²

O conceito de lide, todavia, sofreu muitas críticas, destacando-se aquela formulada por Liebman, para quem essa formulação pertence ao mundo sociológico, e não jurídico. Frente à constatação de que nem todo o conflito de interesses é trazido ao processo, sustenta que o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é, portanto, o conflito

⁷⁹ Ibidem

⁸⁰ Ibidem, 40 e ss.

⁸¹ Badaró, apoiado em Mandrioli, p. 40 e ss.

existente entre as partes fora do processo, mas sim o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito.⁸³

Feitas essas indispensáveis observações a respeito do objeto do processo no campo civil – eis que, mesmo aqueles que repelem com veemência o transporte de categorias deste para a seara penal, negando até mesmo a noção de teoria geral do processo, como Aury Lopes Junior, admitem que “historicamente, não houve uma preocupação específica com o processo penal” no ponto discutido.⁸⁴ Passa-se, então, à análise dos resultados obtidos no campo penal.

2.3 O objeto do processo penal

O objeto do processo penal⁸⁵ é, assim como o do civil, a pretensão. Mais precisamente, a pretensão processual, apresentada como pretensão processual acusatória por Aury Lopes Junior, e como pretensão processual penal por Gustavo Badaró, possuindo ambas, porém, a mesma essência.

Previamente à análise mais acurada do conteúdo desta pretensão, interessa afastar a concepção do objeto do processo penal como sendo a pretensão punitiva, ainda majoritária na doutrina. Aury a qualifica como grave erro histórico derivado da idéia de Karl Binding, ocasionada pelo transporte de categoria da seara civil para a penal. A teoria enquadra o Ministério Público como credor de uma pena (como se fosse um credor do processo civil postulando seu bem jurídico).⁸⁶

Assim, no direito civil há uma “exigência jurídica”, a possibilidade de efetivação do direito fora do processo civil (diferentemente do direito penal, que só possui realidade concreta por meio do processo penal), e a pretensão só nasce quando ocorre resistência, a lide. O autor no processo civil (verdadeiro credor na relação jurídico material) pede ao magistrado a adjudicação de um direito próprio, que por causa da resistência não o obteve. A exigência

⁸² Ibidem, p. 40 e ss.

⁸³ Ibidem, p. 40 e ss.

⁸⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84.

⁸⁵ Malan traz ensinamento de José Maria Asencio Mellado (Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal. Madri: Trivium, 1991) de que o objeto do processo penal possui três características principais: a singularidade, a indisponibilidade, e a indivisibilidade. A singularidade perfaz o fato entendido como um acontecimento histórico dotado de particularidades que o diferenciam dos demais acontecimentos. A indisponibilidade impossibilita, nas ações penais de iniciativa pública, qualquer limitação ou cisão do objeto pela parte acusadora, logo, o fato deve ser deduzido em sua inteireza, não podendo ser manipulado. Já a indivisibilidade vincula o órgão jurisdicional, e não as partes. Por ele, o julgador está obrigado a esgotar o objeto, buscando a verdade. (MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p 107-113)

jurídica, portanto, existe antes do processo civil e nasce da relação do sujeito com o bem da vida.⁸⁷

Já no processo penal, não há essa exigência jurídica que possa ser efetivada fora do processo, eis que o direito penal não possui realidade concreta fora do processo – não pré-existe, por conseguinte, nenhuma exigência punitiva que possa ser realizada fora do processo. Conforme preceitua o autor:

O Ministério Público (ou querelante) não pede a adjudicação de um direito próprio, porque esse direito (potestativo) de punir não lhe corresponde, está nas mãos do juiz. Não existe relação jurídica entre o Estado-acusador e o imputado, simplesmente porque não existe uma exigência punitiva nas mãos do acusador e que eventualmente pudesse ser efetivada fora do processo penal.⁸⁸

O Estado titular do direito de punir realiza seu poder no processo não como parte, mas como juiz. Daí porque não cabe ao Estado-Acusador pedir uma pena em concreto e tampouco negociá-la com o acusado, pois a pena é uma manifestação da função punitiva que é uma exclusividade do Estado-Tribunal. O direito de punir deste aliás, é anterior ao processo, porque nasce do delito, consoante a lei penal, mas seu exercício está condicionado, pelo princípio da necessidade, ao exercício integral e procedente da ação.⁸⁹

O direito do particular ou do Estado-Acusador (por meio do Ministério Público) é um “direito ao processo”, completamente distinto do poder de punir que corresponde ao Estado-Juiz. Consoante afirmou Carnelutti, “ao acusador não lhe compete a *potestas* de castigar, mas só de promover o castigo.”⁹⁰ Explica Goldschmidt que a pretensão acusatória é a afirmação do nascimento de um direito judicial de penar, e a solicitação de que exerça esse direito. Diz ele, ainda, que “a pena se impõe mediante um processo porque é uma manifestação da justiça, e porque o processo é o caminho da mesma; a jurisdição penal é a antítese da jurisdição civil, porque ambas representam os dois ramos da justiça estabelecidos por Aristóteles: justiça distributiva (jurisdição penal) e corretiva (jurisdição civil).”⁹¹

Há, por conseguinte, duas categorias distintas: uma consistente no acusador, que exerce o *ius ut procedatur*, o direito potestativo acusar (a pretensão acusatória), enquanto a outra é a do julgador, exercente do *ius puniendi*, o poder de impor a pena. Graças a essa

⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84.

⁸⁷ Ibidem, p. 84 e ss

⁸⁸ Ibidem, p. 99.

⁸⁹ Ibidem, p. 99 e ss

⁹⁰ Derecho Procesal Civil y Penal, p. 301 *apud* Ibidem, p. 102.

construção, torna-se possível a permanência da concepção da ação como um direito abstrato, existente mesmo quando o poder de punir não resta configurado.⁹²

Em vista disso tudo que Gustavo Badaró distingue a pretensão material da pretensão processual. Com efeito, esta é veiculada por intermédio da acusação (por força do direito de ação do Ministério Público, titular da ação penal pública) e dirige-se ao Estado, o qual tem a correlata obrigação de prestar jurisdição no caso concreto. Aquela, não obstante, endereça-se ao acusado, consistindo na pretensão punitiva: é o poder pré e extraprocessual do Estado-Juiz de exigir de todo aquele que comete um delito a submissão à sanção correspondente. Conforme visto, a pretensão punitiva já nasce insatisfeita: por causa do *nulla poena sine iudicio*, só é exercida mediante o processo.⁹³

Logo, a pretensão material – que é, aliás, aquela tratada por Carnelutti – anterior e extraprocessual, ingressa no processo, sendo a razão deste. Mas o que há no processo é a pretensão processual, que tem como parte de seu fundamento os elementos que compunham a pretensão material (não há uma coincidência de fundamento entre as duas pretensões, mas sim a circunstância de que o fundamento da pretensão material é parte integrante da pretensão processual, a qual existirá independente da acolhida daquela).⁹⁴

Entrando agora na análise específica do conteúdo da pretensão processual penal, tendo como parâmetro as observações a respeito do objeto do processo civil, verifica-se, claramente, a insuficiência da adoção dos mesmos institutos deste.

Assim, para o grupo que vê no pedido o objeto processual, percebe-se que no processo penal isso não é sustentável. Neste o pedido não goza de elevada importância, visto que é sempre genérico: pede-se uma condenação dentro dos limites legais. Todas as denúncias contêm o pedido de uma sentença condenatória, e o bem da vida buscado é a liberdade individual, ou melhor, a privação dessa liberdade.⁹⁵

No tocante à causa de pedir, há claro repúdio ao seu uso por diversos fatores. Um deles é que a importância do processo não está no pedido conforme se viu mas sim na imputação, que será especificada em seqüência, logo, não seria de boa técnica designar o fundamento da ação de *causa petendi*.⁹⁶

⁹¹ GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, Barcelona: Bosch, 1935. p. 58 *apud* Ibidem, p. 99

⁹² Ibidem, p. 99 e ss

⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 70 e ss

⁹⁴ Ibidem, p. 70 e ss

⁹⁵ Ibidem, p. 71-72.

⁹⁶ Ibidem, p. 79-81.

Outro é que, diferentemente do que se verifica na área civil, a imputação penal não é uma simples adução, mas sim verdadeira atribuição de um fato criminoso a alguém, não havendo simples dedução de premissa de fato e de direito e a formulação de um pedido que lhe seja conseqüência. O pedido presente na imputação penal é de investigação do fato que se atribui ao imputado, visando à passagem da suspeita à certeza, com a conseqüente condenação. Não há, por conseguinte, um pedido de tutela de um determinado direito subjetivo, como conseqüência da pratica de um fato que se subsume a uma categoria jurídica.⁹⁷

No que se refere à lide, o próprio Carnelutti, defensor da unidade do direito processual e idealizador do conceito, após reformulações em suas teses, acabou por admitir a inexistência da lide penal. Doutrinadores elaboraram teorias nas quais a lide se formava entre a pessoa prejudicada pelo crime e o imputado – quando haveria um processo sem qualquer função se, por exemplo, o ladrão restituísse à vítima a coisa subtraída –, ou entre este e o acusador – que também teria fim, sem que o juiz se desobrigasse da averiguação da verdade, se o acusado confessasse o crime, ou o acusador opinasse pela absolvição. Nenhuma, porém, mostrou-se inteiramente adequada, até porque o Estado não tem interesse apenas na punição, mas também na absolvição do inocente. Além disso, a pretensão processual dirige-se ao Estado, e não ao imputado, quando há a pretensão material (pretensão punitiva).⁹⁸

Entende-se, ainda, não haver conflito de interesses, por ser a liberdade do réu um direito fundamental, e não um direito subjetivo. Conforme visto, a lesão ao bem jurídico não gera um direito subjetivo que possa ser exercido (exigência punitiva), porque não existe punição fora do processo penal (princípio da necessidade). Há, sim, a pretensão acusatória, o poder de proceder contra alguém, de forma a submetê-lo ao juízo cognitivo.⁹⁹

Desse modo, a imputação penal preenche o espaço deixado pela inadaptabilidade dos institutos processuais civis.

Imputar significa, pois, atribuir um fato penalmente relevante a alguém. A imputação é, com efeito, o ato processual pelo qual se formula a pretensão penal, é o veículo da

⁹⁷ Ibidem, p. 79-81.

⁹⁸ Ibidem, p. 81-96. O autor explica que não há lide, mas sim uma controvérsia a respeito da veracidade ou não da imputação, que é buscada por meio de um contraditório artificial, com atuação de uma parte fabricada para tal mister, a quem foi conferido o poder-dever de iniciativa do processo pena: o Ministério Público.

⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90 e ss

pretensão. Já que a pretensão constitui o próprio objeto do processo penal, este é o conteúdo presente na imputação.¹⁰⁰

Como a imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal, ela tem por conteúdo a atribuição a alguém de um fato concreto que se enquadra em um tipo penal.¹⁰¹ Esse fato enquadrável em um tipo penal deve permanecer imutável durante todo o processo, de forma a ser o mesmo na sentença, quando se baseará em um juízo de certeza (seja de confirmação da imputação, seja de refutação) não de probabilidade como na acusação.¹⁰²

Verifica-se, então, que esse fato naturalístico juridicamente qualificado como delito seria conceituado como *causa petendi* na linguagem processual civilística. O termo imputação, porém, não carrega o dissenso em torno das teorias da individuação e da substanciação. Uma concepção de causa de pedir como simples relação jurídica não faz sentido em sede de processo penal, em que o fato concreto tem importância saliente.¹⁰³ Contudo, há concepção de imputação mais restrita do que aquela aqui endossada. Há quem conceba a imputação como mera atribuição de um fato a alguém, não integrando a afirmação do tipo penal ou da conformação do fato a esse tipo.¹⁰⁴

A posição referida, todavia, não leva em conta a evolução da causa de pedir que foi traçada anteriormente quando da análise do objeto do processo civil. Referiu-se à tendência atual de considerar que “o acontecimento histórico não tem significado, para efeitos de individualização da demanda, se não se refere a uma *fattispecie* jurídica, e que, vice-versa, a *fattispecie* jurídica não pode caracterizar a demanda se não se refere a determinado fato no sentido de concreto acontecimento histórico.”¹⁰⁵

Fora isso, ignora que “não é por outra razão que se exige para o recebimento da denúncia ou queixa, como condição da ação penal enquadrável na categoria da possibilidade jurídica do pedido, a tipicidade da conduta narrada.”¹⁰⁶

Aury Lopes Júnior é um grande defensor do entendimento de que a alegação de apenas um fato, sem seu enquadramento penal, é insuficiente. Ele adota a teoria sobre objeto do processo penal consistente na Satisfação Jurídica das Pretensões e Resistências, a qual afirma ser a fusão dos dois outros grupos de teorias: as sociológicas (conflitos de interesses e

¹⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 73.

¹⁰¹ Ibidem, p. 74.

¹⁰² Ibidem, p. 76-78.

¹⁰³ Ibidem, p. 79.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 75.

¹⁰⁵ Ibidem, p. , apoiado em Mandrioli.

conflito de vontades, ambas de Carnelutti, e conflito de opiniões, de Calamandrei, centradas tão-somente no conflito social, intersubjetivo) e as jurídicas (que explicam o processo simplesmente pela idéia geral de atuação do direito).¹⁰⁷

Assim, a teoria das Satisfação Jurídica das Pretensões e Resistências parte da noção de que o processo se define como uma instituição jurídica destinada à satisfação de uma pretensão. Logo, sobre esta recai o complexo de elementos que integram o processo, de forma que é evidente que constitui o verdadeiro objeto processual.¹⁰⁸ Há dupla base para a definição deste: a base sociológica, que proporciona o dado (conflito) social ao qual o processo está devidamente vinculado, e a base jurídica, que, recolhendo esse material, esclarece o tratamento peculiar que o direito lhe proporciona.¹⁰⁹

A pretensão processual acusatória, para o autor, “é uma declaração petítória de que existe o direito potestativo acusar e de que procede a aplicação do poder punitivo estatal”, podendo ser feita se existente o *fumus commissi delicti*.¹¹⁰ Tem como elementos o subjetivo (no qual o fator determinante é a pessoa do acusado), o modificador da realidade, que é a declaração petítória (a declaração de vontade que pede a realização da pretensão) e, enfim, o objetivo, no qual se encontra a discussão a respeito de ser apenas o fato constitutivo, ou o fato qualificado criminalmente.¹¹¹

Para o jurista, então, o elemento objetivo da pretensão processual penal é o fato aparentemente punível (qualificado juridicamente), aquela conduta que reveste uma verossimilhança de tipicidade, ilicitude, e culpabilidade – ou seja, o *fumus commissi delicti*.¹¹²

Todavia, para Jaime Guasp, um dos idealizadores desta teoria de objeto processual como sendo a pretensão processual, o fato que compõe a pretensão é o natural, visto como a soma dos acontecimentos concretos, históricos, despidos de qualificação jurídica. Assim, interessa a identidade do fato histórico, individualizada em sua unidade natural e não jurídico-penal. Essa linha é a adotada pelo sistema brasileiro, com o princípio *jura novit curia*, apoiado na regra *narra mihi factum dabo tibi jus*.¹¹³

¹⁰⁶ Ibidem, p. 75.

¹⁰⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 85-90

¹⁰⁸ Ibidem, p. 87 Essa é a tese de Jaime Guasp. Aury, todavia, acresce que não importa apenas a pretensão acusatória, mas a resistência permitida no processo, atentando aos ensinamentos de Gimeno Sendra, na obra *Derecho Procesal Penal*, p. 26, “a função do processo penal não pode limitar-se ao poder de penar, pela simples razão de que também está destinado a declarar o direito à liberdade do cidadão inocente”

¹⁰⁹ Ibidem, p. 88.

¹¹⁰ Ibidem, p. 90.

¹¹¹ Ibidem, p. 91-96.

¹¹² Ibidem, p. 92.

¹¹³ Ibidem, p. 92.

Não obstante, Aury Lopes Junior discorda veementemente desta idéia, de forma apropriada, a nosso entender. Pela pertinência de suas palavras, colaciona-se longa, mas conveniente citação ao autor, que já relaciona a questão à *emendatio libelli* (reclassificação jurídica dos fatos narrados na denúncia):

Contudo, nesse ponto, divergimos. Pensamos que a dicotomia entre fato natural e qualificação jurídica é, em termos processuais, ingênua e perigosa. É ingenuidade, senão até reducionismo grosseiro, afirmar que o réu se defende dos fatos naturais, mas que, por outro lado – e aqui reside o problema –, o juiz poderá dar ao fato a definição jurídica que lhe pareça mais adequada, como prevê nosso mofado art. 383 do CPP. Mesmo tendo sido alterado pela Lei 11.719/2008, a lógica (superada) continua a mesma: a ingênua (?) crença de que o réu se defende dos fatos, podendo o juiz dar a eles a definição jurídica que quiser, sem nenhum prejuízo para a defesa... Ora, isso é uma visão bastante míope da complexidade que envolve a defesa e a própria fenomenologia do processo penal.

É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também, debruçar-se nos limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É obvio que a defesa trabalha – com maior ou menos intensidade, dependendo do delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular onde irá desenvolver suas teses. Daí porque, aqui nos serve o conceito de caso penal, na medida em que englobe o injusto penal.”¹¹⁴

Também Diogo Rudge Malan, não obstante, pensa como Guasp. Ele afirma que entendimento contrário implicaria na impossibilidade de opor-se exceção de litispendência ou de coisa julgada no caso de nova acusação pelos mesmos fatos imputados ao réu em processo anterior, quando a qualificação jurídica resta modificada.¹¹⁵ Ou seja, seria contraditório entender-se, ao mesmo tempo, serem oponíveis tais exceções neste caso (que é a compreensão pacífica), tendo a capitulação jurídica como parte integrante do objeto, porque a mudança dessa implicaria em novo objeto e, portanto, não obstaria novo processo.

No entanto, é desse mesmo autor a afirmação de que a defesa técnica do réu, por vezes, é voltada única e exclusivamente ao combate da adequação típica feita na inicial acusatória.¹¹⁶ Em vista disso e de outros motivos, os quais, oportunamente, serão tratadas, ele defende que a classificação jurídico-penal dada ao fato não pode ser alterada sem que as partes possam manifestar-se a respeito. Porém justifica essa exigência como decorrência

¹¹⁴ Ibidem, p. 93.

¹¹⁵ P 116-118

¹¹⁶ MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 180.

direta do contraditório, e não do objeto processual (que não seria integrado pela capitulação jurídica).¹¹⁷

Ora, sendo o objeto do processo, invariavelmente, a matéria sobre a qual recai o complexo de elementos que integram o processo, sobre o seu desenvolvimento, o que é tratado na sentença, enfim, aquilo sobre o qual recai o contraditório, e sendo este necessariamente constituído pela qualificação jurídica, parece que esta também integrará o objeto processual.

De qualquer forma, o que importa é que a conclusão prática dos autores é a mesma: a necessidade da extensão do contraditório e da ampla defesa à qualificação jurídica dos fatos trazidos ao processo. Dessa forma, não cabe a este trabalho aprofundar-se, ainda mais, nesta divergência.

Sendo o objeto processual aquilo sobre o qual recai o complexo de elementos que integram o processo, ainda, sobre o qual deve se dar a contrariedade, é inegável a existência da possibilidade de prejuízo à defesa advindo da modificação da qualificação jurídica sem que o acusado possa manifestar-se a respeito.

Justamente esse é o ponto sensível do presente estudo. Não se está a dizer que, invariavelmente, haverá prejuízo, mas que pode vir a ocorrer – e o devido processo legal, impreterivelmente, deve combater tal ocorrência com os meios de que dispõe. Eis que, conforme preceitua a melhor doutrina¹¹⁸ (com fulcro no dispositivo 5º, inc. LV, da Constituição da República), a defesa no processo penal não é *simples* defesa, mas sim, *ampla* defesa; e o contraditório, por sua vez, é efetivo e substancial.

A legislação é complexa, e requer, muitas vezes, acurada interpretação – e as leis penais, apesar da maior preocupação com a tipificação legal, não fogem à regra. Além disso, as alegações de fato e de direito, por vezes, aproximam-se no processo.

Sem assim não fosse, não haveria de se falar em *emendatio libelli* ou o atual art. 383 do Código de Processo Penal seria letra morta, nem haveria controvérsias nos processos a respeito do instituto aplicável, se *mutatio libelli*, ou se *emendatio libelli* (os quais serão tratadas seguidamente), e também não ocorreria mudanças na capitulação jurídica até mesmo estando o processo já no tribunal. Todavia, uma breve análise jurisprudencial desmente isso tudo. Não haveria razão, também, de os advogados se preocuparem em elaborar longas explanações a respeito do injusto penal em suas peças como é corriqueiro, ou do Ministério

¹¹⁷ Ibidem, p. 118.

¹¹⁸ BATISTA, Weber Martins. Correlação entre acusação e sentença: arts. 383/385 do CPP. **Jus - Revista Jurídica do Ministério Público**. Belo Horizonte Vol. 24, Fascículo 15, 1993. p. 391.

Público proceder à classificação do crime na denúncia, em obediência ao comando do art. 41 do Código de Processo Penal.

A demonstrar a importância da discussão acerca da qualificação jurídica não só diretamente para a defesa, mas também para a qualidade do provimento judicial – denotando a importância do enquadramento legal como parte integrante do objeto processual – Alvaro explicita:

Nem se argumente, por outro lado, que a qualificação profissional do Juiz e os amplos instrumentos de pesquisa a seu dispor afastariam, ou tornariam desnecessária tal cooperação. Trata-se de visão dogmática e positivista, desautorizada pela complexidade da vida moderna. É sabido que a interpretação da *regula iuris* nasce de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade, até porque todo direito litigioso apresenta-se consubstancialmente incerto. Exatamente em vista dessa realidade é que se mostra inadequada a investigação solitária do órgão judicial; o monólogo consigo mesmo limita necessariamente a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, em compensação, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe a comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado: “É o diálogo que corrige continuamente a lógica, e não a lógica que controla o diálogo.”¹¹⁹

Acerca da relevância da capitulação jurídica e do entendimento corrente de que o réu se defende dos fatos articulados na denúncia, de forma que eventual omissão, ou equívoco na capitulação, não induz nulidade processual, Luciano Feldens e Andrei Zenkner Schmidt, em obra conjunta denominada *Investigação Criminal e Ação Penal*, acentuam a necessidade de ponderação diante das peculiaridades do caso concreto.

Afirmam eles que embora tal conclusão seja tomada em termos absolutos pela jurisprudência brasileira, o “Direito Penal não mais se limita, apenas, ao contexto fático para a adequação típica da conduta, hipótese esta que, afora a verificação de elementares normativas, é comum na criminalidade clássica.”¹²⁰

Seguem, pois, anotando:

O crime moderno vem sendo marcado muito mais pelos efeitos jurídicos oriundos de um determinado fato do que propriamente, pelo substrato material que o origina. Um exemplo bastante significativo: imagine-se alguém que, durante todo o processo, respondeu pela prática de um delito de estelionato, tendo em vista que, mediante fraude, teria induzido em erro diversas pessoas, causando prejuízo patrimonial. Na sentença, contudo, o

¹¹⁹ O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, vol. 59, ano XX, nov. 1993. p. 314-315.

¹²⁰ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação Criminal e Ação Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 111.

juiz desclassifica a infração, capitulando-a no art. 6º da Lei nº 7.492/86. À primeira vista, poderia parecer que o réu, por defender-se dos fatos, não teria qualquer prejuízo em sua defesa em razão da definição jurídica diversa. Contudo, a natureza do delito previsto no art. 6º da Lei nº 7.492/86 é tão diversa do crime descrito no art. 171 do CP que muitas teses defensivas que teriam pertinência neste deixam de ter naquele: o crime da Lei nº 7.492/86, *v.g.*, é um crime de perigo, em que a demonstração da ausência de dano patrimonial individual não afasta a tipicidade da conduta; já o estelionato torna-se atípico sempre que acolhida tal tese. Conseqüentemente, parece que os rumos que uma defesa há de tomar quando o réu se defende de um crime contra o Sistema Financeiro são bem diferentes daqueles a serem estabelecidos para o crime contra o patrimônio, até mesmo porque os bens jurídicos protegidos nos dois delitos são bastante diversos.¹²¹

O exemplo trazido é muito ilustrativo de como a qualificação jurídica pode, indubitavelmente, direcionar a defesa de forma decisiva.

Logo, para os autores é imprescindível a verificação no caso concreto se a definição jurídica diversa não desvirtua a natureza do delito ao ponto de a ampla defesa restar prejudicada. Eles defendem que se a mudança da tipificação do delito alterar substancialmente a natureza do crime, a sentença que reconhece a modificação sem estar precedida de aditamento, ainda que o fato seja o mesmo, é nula. Em outras palavras: por vezes o réu não se defende apenas dos fatos, senão também das conseqüências jurídicas dos fatos.¹²² Para esses juristas, portanto, não basta dar oportunidade às partes de se manifestarem sobre o possível novo enquadramento jurídico, a própria denuncia merece aditamento.

Em vista dessas noções acerca do que constitui o objeto do processo, interessa tratar em que medida ele pode sofrer alterações. Ou seja, o que reserva a regra da correlação entre a acusação e sentença a esse estudo.

¹²¹ Ibidem, p. 111.

¹²² Ibidem, p. 111.

3 CORRELAÇÃO ENTRE A IMPUTAÇÃO E A SENTENÇA

3.1 O significado da regra na doutrina

O preceito da correlação entre acusação e sentença, também conhecido como princípio da congruência e como vinculação temática do juiz, significa que, em regra, o fato imputado e aquele constante da sentença devem ser o mesmo, de forma que o objeto do processo (ou melhor, uma parte dele) siga inalterado no decorrer de todo o *iter* procedimental.

Do contrário, tem-se uma sentença incongruente, violadora de garantia com extração constitucional. Portanto, viciada por nulidade absoluta.¹²³

O juiz deve, então, julgar tão-somente o fato objeto de discussão no processo. Além disso, a referida regra impõe que seja julgada toda a imputação: não só é vedada a sentença *ultra* ou *extra petita*, como também a decisão *citra petita*.

Fala-se, ordinariamente, em identidade de objeto, mas adverte Bettiol que não há dois fatos ou objetos a serem comparados, mas sim duas representações sobre um objeto único, feitas em momentos diversos, que devem possuir conteúdo idêntico.¹²⁴

Pois bem, a correlação entre acusação e sentença é tratada em sede de doutrina e de jurisprudência como relação de identidade. Essa identidade, não obstante, não é lógica, mas sim jurídica. Não requer absoluta coincidência e igualdade de ambas as representações, alguns elementos podem ser alterados, importando saber em qual medida.¹²⁵ Dentre esses, destaca-se a qualificação jurídica dos fatos.

¹²³ Malan fundamenta que a congruência está implícita no princípio da ação consagrado em nível constitucional (art. 129, I), possuindo dignidade de garantia constitucional, inclusive no que tange à aplicabilidade imediata (ar. 5º § 1º). Por isso, e por equivaler à falta de sentença (vício insanável do processo penal, art. 564, III, m), é absolutamente nula. Op. Cit., p. 130-132. Badaró também entende que a sentença será viciada por nulidade absoluta, não inexistente como parte da doutrina a classifica. Fundamenta essa nulidade absoluta, no entanto, na violação ao princípio do contraditório

¹²⁴ BETIOL, Giuseppe. La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale. Milão: Giuffrè, 1936. p. 38. *apud* BADARÓ, Op. Cit. p. 79.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 101-102.

De acordo com o que se viu no capítulo antecedente, a imputação é a atribuição de um fato penalmente relevante a alguém. Não exige apenas o fato, por conseguinte, mas também que esse fato esteja juridicamente qualificado, do ponto de vista do direito penal. O objeto do processo, pois, engloba matéria fática e matéria jurídica. O sistema brasileiro, porém, prevê expressamente a possibilidade de mudança da qualificação jurídica do fato.

Ocorre que, conforme preceitua Gustavo Badaró,

permanecendo inalterado o substrato fático da imputação, eventual mudança da qualificação jurídica de tal fato não representa, para fins de correlação entre a acusação e sentença, quebra de identidade do objeto do processo. A relação de correlatividade, portanto, diz respeito, unicamente, ao fato e não ao direito. Contudo, embora possa o juiz alterar a qualificação jurídica dos fatos, sem que se altere o objeto do processo, isso não significa que não deva ele próprio respeitar e fazer observar o contraditório, determinando que as partes se manifestem, previamente, sobre a nova definição jurídica que poderá ser dada ao fato imputado.¹²⁶

Pode-se dizer que a necessária correlação entre imputação e sentença é ampla, envolvendo, pois, o fato processual, ou seja, um concreto acontecimento histórico afirmado na acusação. Assim, a modificação de um aspecto deste, ainda que irrelevante ao tipo penal, implica em violação da regra. Por isso, deve-se ter noção clara da distinção entre fato processual – que, em realidade, é o que interessa à correlação – e fato penal, que é o tipo penal, ou seja, um modelo abstrato.¹²⁷

Nuvolone observa que o objeto processual penal é algo que pode apresentar um caráter dinâmico, suscetível de contínuo desenvolvimento. O juiz penal não é chamado a decidir sobre uma demanda, mas a estabelecer a verdade a respeito de um fato ou de um complexo de fatos e a sua relevância jurídico-penal. Logo, se no curso do processo aflorarem fatos diversos, capazes de gerar responsabilização penal do acusado, o juiz deverá conhecê-los.¹²⁸ Mas para que se preste o devido respeito à garantia do contraditório, evitando surpresas às partes, é imprescindível a observância de terminadas regras.

Assim, o critério¹²⁹ adotado para averiguar a tolerância às mudanças é o respeito ao princípio do contraditório e à ampla defesa. “É o perímetro dentro do qual se desenvolveu o

¹²⁶ Ibidem, p. 102-103.

¹²⁷ Ibidem, p. 109-110.

¹²⁸ NUVOLONE, Pietro, p. 119, *apud* Ibidem, p. 98.

¹²⁹ Malan aponta a existência de três critérios para verificar a manutenção do objeto processual, quais sejam, as correntes naturalista, normativista (que se atém aos contornos típicos do fato) e a da valoração social. O critério adotado por este autor, -assim como para Gustavo Badaró, o qual tratamos – é o primeiro, que se vale de fatores externos do acontecimento ou internos do sujeito, abstraído do critério jurídico-normativo. Op. Cit., p. 108.

contraditório que determinará a relevância ou irrelevância de tal alteração.”¹³⁰ Aliás, a regra entre a acusação e a sentença é verdadeira decorrência do princípio do contraditório¹³¹, encontrando neste, portanto, sua razão de existir.

Diogo Rudge Malan, porém, aponta que é, principalmente, decorrência do princípio da ação. Sem negar a importância da proteção ao contraditório e à ampla defesa conferida pela vinculação temática do juiz, destaca que o princípio da ação, referente à inércia da jurisdição, visa a resguardar a imparcialidade do juiz.¹³² Afirma, pois, que a imparcialidade deste não se relaciona somente ao tratamento igualitário às partes, mas também ao objeto processual. O órgão jurisdicional, então, deve abster-se de imiscuir no *thema decidendum* determinado pelo órgão acusador, “não podendo *delimitá-lo* (no momento da formulação da acusação) e tampouco *restringi-lo* ou *ampliá-lo* (após esse ato processual).”¹³³

Porém, entende-se que, principalmente, o princípio da congruência busca evitar surpresas e prejuízos à defesa. Por conseguinte, os fatos trazidos ao processo por ela são fundamentais para delimitar a relevância ou não da modificação do fato processual, quando esta diz respeito a uma circunstância do crime (quando a alteração se tratar de elemento do delito, por sua vez, será sempre relevante). A defesa, com isso, não altera o objeto processual (correspondente à pretensão processual, veiculada pela imputação), apenas amplia o objeto de cognição do juiz.¹³⁴

Em suma,

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.¹³⁵

Diogo Malan aponta que Bettiol é o principal artífice do critério da interpretação teleológica, que considera modificado o fato sempre que a mutação acarretar cerceamento à defesa.¹³⁶ Todavia, o direito de defesa não é o único a ser tutelado. Sendo a mudança nos fatos

¹³⁰ Ibidem, p. 98.

¹³¹ BATISTA, Weber Martins. Correlação entre acusação e sentença: arts. 383/385 do CPP. **Jus - Revista Jurídica do Ministério Público**. Belo Horizonte Vol. 24, Fascículo 15, 1993. p. 150-158. (tbm nesse sentido, bada 28) p 389 do weber

¹³² MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 123-126.

¹³³ Ibidem, p. 114.

¹³⁴ BADARÓ, Op. Cit. p. 114-115.

¹³⁵ Ibidem, p. 116.

¹³⁶ BETIOL, Giuseppe. La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale. Milão: Giuffrè, 1936. p. 38. *apud* MALAN, Op. Cit. p. 108-109.

benéfica ao acusado, de forma a subsumirem-se a crime menos grave, ao juiz não cabe agir de ofício, violando as regras elementares do sistema acusatório. O Ministério Público deve, igualmente ao caso de prejuízo à defesa, proceder ao aditamento da denúncia, sob pena de violação do princípio do contraditório.¹³⁷

Enfim, no sistema brasileiro, aplicar-se-á a *mutatio libelli* se ocorrer alteração fática, seja esta processual e penalmente relevante, seja apenas de importância ao fato processual. Se a mutação vincular-se, tão-somente, à qualificação jurídica, será caso para *emendatio libelli*.

3.2. Tratamento legislativo conferido à correlação entre a acusação e a sentença

O tratamento legal a esses institutos sofreu alterações pela lei 11.719 de 2008, sendo a redação atual a seguinte:

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.

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

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

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

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

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

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

Abstém-se de tratar das disposições atinentes à *mutatio libelli*, eis que tal análise é prescindível a esse estudo. No tocante à *emendatio*, vê-se a consagração irrestrita dos

¹³⁷

BADARÓ, Op. Cit., p. 119-120.

princípios *narra mihi factum dabo tibi jus e jura novit curia*. O juiz pode atribuir definição jurídica (a qual é parte integrante do objeto processual, conform se viu) diferente daquela aposta na denúncia. Isso ocorre na sentença, finda a instrução, a despeito de a definição inicial constituir, por vezes, o objeto direto das alegações da defesa técnica, influenciando, decisivamente, no direcionamento da defesa.

Assim, a lei não menciona a possibilidade das partes contraditarem a nova definição jurídica – aliás, todo o tratamento legal conferido à congruência da sentença é lacônico –, por isso, e com amparo nos brocardos supra-referidos, simplesmente, ignora-se tal necessidade em sede de jurisprudência e, não raro, também em sede doutrinária (consoante será verificado na segunda parte do presente estudo). Nega-se, portanto, a necessidade de contraditório e de ampla defesa no tocante às questões de direito, de forma a afrontar tais garantias constitucionais, ao se ter em conta a mais moderna dimensão dada a estas pelo ordenamento jurídico e pela doutrina.

Não se compactua com a corrente exposta: a contrariedade e a atuação defensiva que tenham o condão de contribuir a uma maior perfeição do provimento jurisdicional, a uma decisão mais justa e conforme ao direito positivo, sem afetar o núcleo da efetividade da tutela jurisdicional, merecem a mais ampla garantia. Para tanto, mera interpretação conforme à Constituição, abrindo-se vista às partes acerca da possibilidade de novo enquadramento legal aos fatos, atenua o problema. Se for o caso, impõe-se oferecer a oportunidade de produção de novas provas. Frise-se que não há qualquer vedação legal a tal procedimento.

Sem a pretensão de fazer uma análise de direito comparado, elenca-se o tratamento legal conferido à questão em alguns países, que corroboram o entendimento esposado.

De início, a Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882) da Espanha assim prevê em seu art. 733:

Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula: Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del processado (o los defensores de las partes quando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ... o se existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el numero... del artículo... del Código penal. [...] Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día.”¹³⁸

¹³⁸

MALAN, Op. Cit., p.142-143.

Desse modo, Malan afirma ser possível concluir que no processo espanhol o princípio *jura novit curia* é mitigado, condicionando-se a reclassificação jurídica dos fatos aos requisitos legais. Intentou, pois, conciliar o brocardo com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Inclusive, prepondera a corrente pela qual a garantia da congruência abrange também a imutabilidade da classificação jurídica proposta pelo acusador. Ademais, a doutrina só utiliza o artigo na condenação por crime mais grave, desde que tutele bem jurídico de natureza homogênea em relação ao tutelado pelo tipo original.¹³⁹

O Código de Processo Penal lusitano, por sua vez, é visto como dos mais modernos no tocante a preservação da congruência na sentença. Está pacificado no Plenário do Supremo Tribunal de Justiça que o órgão jurisdicional pode mudar a qualificação dos fatos, ainda que isso signifique aplicar tipo penal mais grave. Porém, neste caso, é obrigatória a ciência do acusado, nos termos do artigo 358, 1¹⁴⁰ (“[...] o presidente, oficiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao argüido e concede-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.”¹⁴¹).

Também no processo alemão há necessidade de se abrir vista à defesa nas mutações da qualificação legal: “Dado que el tribunal, dentro de los límites del mismo objeto procesal, tiene la posibilidad de calificar el hecho que se somete a su decisión de modo distinto a aquel que emplea la acusación admitida (cf. §§ 155, II, y 264, II), el acusado debe permanecer a salvo de sorpresas con respecto a las cuales no pudo preparar su defensa. Em interés de un esclarecimiento exhaustivo de la causa se le debe dar la oportunidad de manifestarse sobre el reproche modificado.”¹⁴²

Malan aponta que tais homenagens ao contraditório decorrem do moderno clamor pela mitigação da Teoria da Substanciação,¹⁴³ que restou completamente despercebido aos olhos do nosso legislador de 1941.

Enfim, impõe-se fazer referência ao Código de Processo Penal Modelo para a América Latina, o qual também confere respeito ao contraditório. O Código consiste em um instrumento de uniformização da legislação dos países de cultura latina, “estimulando a modernização dos respectivos sistemas jurídicos, a democratização dos procedimentos e a institucionalização plena do princípio acusatório.”¹⁴⁴

¹³⁹ Ibidem, p. 143-144.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 163. Como lembra o autor, apenas dispensada quando a nova qualificação integra a original, por relação de especialidade ou consunção

¹⁴¹ Ibidem, p. 160.

¹⁴² ROXIN, Claus. Derecho procesal penal, p 367 *apud* Ibidem, p. 163-164.

¹⁴³ Ibidem, p. 164.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 169.

Consta do seu art. 322:

En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o del auto de apertura del juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura del juicio, si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica (art. 310); la regla comprende también a los preceptos que se refieren sólo a la pena y a las medidas de seguridad y corrección.

É interessante referir que, no caso da legislação processual penal brasileira, perdeu-se a oportunidade de avançar na observância efetiva do princípio do contraditório, e do seu correlato princípio da não-surpresa, no que tange à regulação da *emendatio libelli*.

Houve a tentativa de mudar esse quadro com a versão original do Projeto de Lei nº 4.207/2001, tendente a dar nova redação ao art. 383 do Código de Processo Penal e a acrescentar dois parágrafos, a seguir transcritos:

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

§ 1º. As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença.

§ 2º. A providência prevista no *caput* deste artigo poderá ser adotada no recebimento da denúncia ou da queixa.

Tais alterações significariam a adequação da *emendatio libelli* ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois tornaria obrigatória a oitiva das partes sobre a possibilidade de modificação da qualificação jurídica, evitando, por outro lado, a surpresa das partes com a nova qualificação jurídica, operada silenciosamente pelo magistrado na sentença, e até mesmo a produção probatória inútil.

Infelizmente, ao ser convertida na Lei nº 11.719/08, essas disposições não foram aprovadas, resultando na redação atual do art. 383 do CPP.

Também, como já antes anotado, o projeto de novo código de processo penal (PLS nº 156/09) não traz inovação substancial para o procedimento da *emendatio libelli*, repetindo a legislação ora em vigor.

Enfim, o embasamento teórico prestado no trabalho até então, bem como o tratamento legislativo conferido ao tema do respeito ao contraditório quando da reclassificação jurídica dos fatos na sentença, enseja a verificação desta específica questão nas visões doutrinária e jurisprudencial. Do contrário, este estudo não estaria completo.

4. PANORAMA DOUTRINÁRIO DA RELAÇÃO ENTRE A *EMENDATIO LIBELLI* E O CONTRADITÓRIO

Consabido que os princípios *narra mihi factum dabo tibi jus e jura novit curia* têm vigência no sistema processual brasileiro - assim como nos demais países estudados -, ou seja, incumbe ao juiz o poder-dever de decidir em caráter definitivo o direito material aplicável em cada caso penal. Todavia, assim como quaisquer outros princípios, eles devem ser dimensionados. A simples invocação destes não dispensa, de forma automática, a análise da atuação das partes na discussão a respeito do direito objetivo, bem como a repercussão deste na atuação probatória. É certo que a palavra final pertence ao magistrado, mas a decisão deste deve ser legitimada e amparada não só pelo direito positivado, como também pela atividade processual.

Assim, presentes o embasamento teórico por trás das noções de contraditório, objeto processual e correlação entre acusação e sentença, bem como o tratamento legal conferido a esta, importa agora discorrer acerca do tratamento doutrinário a respeito da relação entre o instituto da *emendatio libelli* e o princípio do contraditório.

De fato, conforme o aporte teórico trazido até aqui, restou evidente a dissonância entre o respeito ao contraditório e à ampla defesa, e o poder do juiz de modificar a capitulação legal do crime em discussão, de forma a até mesmo aumentar a pena imposta ao réu, sem que este possa *ao menos* fazer alegações a respeito. A correlação entre a acusação e a sentença atém-se aos fatos narrados, mas o objeto processual e o contraditório necessário a sua discussão (efetivo e substancial – verdadeiro fator legitimador do processo) impõem a ouvida das partes no caso de reclassificação jurídica, seja prejudicial, seja benéfica ao réu. Mostrando-se necessário, também se impõe uma dilação probatória.

Por tratar-se o processo penal de procedimento com o condão de afetar o *status libertatis* do indivíduo que comete um crime, ou seja, de afetar um direito fundamental primário de cada cidadão, importa, especialmente, a questão da reclassificação legal prejudicial ao acusado. Frise-se que o que precisa ser justificado é a intervenção estatal e o

poder de punir, vez que a “garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”¹⁴⁵. Ao se mostrar importante à defesa do réu - que é o maior interessado em não ser punido injustamente, mas não o único, eis que o direito à liberdade tem natureza pública - as alegações de direito, a influência que este exerce na atividade probatória, enfim, a discussão a respeito de eventual mudança na capitulação jurídica dos fatos dada pelo acusador, é imprescindível a garantia de tal defesa.

Esse é o entendimento moderno a respeito da questão. Já é antiga a reivindicação de certa doutrina referente à abertura de vistas às partes diante da possibilidade de aplicação da *emendatio libelli*. A crescente preocupação com o assunto é mostrada em diversos estudos atuais a respeito da sentença e do princípio da congruência: evidencia-se que aqueles doutrinadores que se debruçaram sobre o tema adotaram a idéia como necessidade imperiosa de adequação do retrógrado Código de Processo Atual à Constituição Federal de 1988. Até mesmo alguns manuais de direito processual penal já aludem a tal necessidade.

4.1 Visão Tradicional

Não obstante isso, a doutrina tradicional insiste em sustentar que à defesa apenas interessa os fatos, e a livre dicção do direito pelo juiz não acarreta decisão-surpresa ao acusado. Assim expõe Fernando da Costa Tourinho Filho:

[...] o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento do fato que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória. [...]

É que em todos esses casos, não há surpresa para a defesa. O fato do qual o réu vai defender-se está perfeitamente descrito na peça acusatória. O juiz vai apreciar esse fato. Nem teria sentido o magistrado vincular-se à capitulação feita pelo acusador.

Inteira aplicação tem, aqui, o refrão *narra mihi factum dabo tibi jus*. Certo que deve haver correlação ente a sentença e a acusação. Mas esta relação mútua há de verificar-se entre a sentença e o fato contestado, e não entre a decisão e a capitulação dada à *causa petendi*, que é o próprio fato. Assim na *emendatio libelli* o fato é o mesmo, absolutamente o mesmo; o juiz limita-se a corrigir a qualificação jurídico penal¹⁴⁶.

¹⁴⁵ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 162, *apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1 e 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 12.

¹⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 4. 23 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 250-251.

Entende, pois, que a defesa não sofre prejuízo porque ela é apenas direcionada aos fatos narrados na denúncia. Nesses mesmos termos, também explicam a questão Damásio de Jesus,¹⁴⁷ Júlio Fabrini Mirabete¹⁴⁸ e tantos outros. Esse último sustenta que “não há no caso uma verdadeira mutação, mas, simplesmente, uma corrigenda da peça acusatória”. Logo, trata como se coubesse ao juiz corrigir a peça apresentada pelo Ministério Público, o que, nesse sentido, afetaria o princípio acusatório.

Já Guilherme de Souza Nucci se reporta a reivindicação doutrinária de atenção ao contraditório, porém dela discorda. Diz que mesmo presente em outros sistemas normativos, parece “superfetação do princípio do contraditório e inócuo para a ampla defesa”¹⁴⁹ Afirma que o defensor deve analisar os fatos narrados e promover, de acordo com seu entendimento, a classificação cabível no interesse da ampla defesa, desprezando o que foi capitulado na peça inaugural.

Dispõe o autor:

Não vemos praticidade na conduta do magistrado que, estando com o processo em seu gabinete para sentenciar, após verificar que não é o caso de condenar o réu por estelionato, mas sim por furto com fraude, por exemplo, paralisa seu processo de fundamentação, interrompe a prolação da sentença e determina a conversão do julgamento em diligência para o fim de ouvir as partes sobre a possibilidade – não poderá afirmar que assim fará, pois senão já estará julgando, em decisão nitidamente anômala – de aplicar ao fato definição jurídica diversa da constante dos autos. As partes, certamente, irão renovar suas alegações finais, produzindo um burocrático e emperrado procedimento, sob o prisma de uma Justiça já considerada extremamente lenta. De que vale essa “ciência”, se o órgão acusador limita-se a expor o que vislumbra nos autos e pedir a condenação, em caráter genérico? Para a defesa técnica – a autodefesa dá-se somente no interrogatório e não torna a ocorrer, nessa hipótese – pode representar um prejulgamento indevido, mormente quando a pena puder ser aumentada, além de não trazer benefício de ordem prática, pois continuará insistindo na negativa de autoria, por exemplo, ou no reconhecimento de determinada excludente.¹⁵⁰

Eugênio Pacelli de Oliveira também enfrenta a questão, posicionando-se contra a abertura de vista às partes para manifestação, mas não nega que estas tratem da adequação do fato ao direito material, de forma a influir no magistrado:

Tratando-se de questão unicamente de direito (adequação do fato narrado à norma), o acusado poderá dela defender-se amplamente junto às instâncias

¹⁴⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal anotado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. **Código de Processo Penal anotado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 673.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 672-673.

recursais, incluindo-se a matéria entre aquelas devolvidas ao conhecimento dos tribunais, por força dos efeitos do apelo eventualmente aviado. Mais: feita a imputação, seja pelo Ministério Público, seja pelo particular, o réu deve manifestar-se não só sobre a existência do fato, mas da adequação desse fato a uma norma penal. Os órgãos acusatórios não detêm o poder ou a prerrogativa de escolher a definição jurídica do fato. Essa é uma missão constitucionalmente atribuída ao Judiciário: por isso, a defesa há de voltar-se para o ordenamento jurídico, e não para a escolha, eventualmente malsucedida, feita pelo responsável pela acusação. Por último: a hipótese representaria fracionamento temporal da sentença, na medida em que já anunciaria, em boa medida, o convencimento judicial.¹⁵¹

4.2 Crítica doutrinária

Weber Martins Batista, já nos anos oitenta, criticava a posição supra referida, por acarretar prejuízos concretos à defesa. Em artigo denominado *Correlação entre acusação e sentença - arts. 383/385*, afirma que, muitas vezes, haverá sim surpresa ao réu que se defendeu de um crime, por força da interpretação dada ao fato pelo Ministério Público, e acabou sendo condenado por outro.

O autor exemplifica com a hipótese do Ministério Público “imputar aos réus, três trombadinhas, o fato de terem dado um tranco na vítima, pessoa de idade, jogando-a no chão e disso aproveitando para subtrair seu dinheiro.” Logo, “ainda que aquele classifique o crime como furto, pode o juiz, por entender que o fato descrito e provado caracterize roubo, condenar os réus por este último crime, sem necessidade de baixar os autos ao MP ou à defesa.”¹⁵²

Weber Martins, todavia, destaca que se o juiz alertasse ao réu para a possibilidade de condenação por roubo e não por furto, este poderia discutir o problema da caracterização da violência e, quem sabe, lograr êxito. Nesse ponto, o autor destaca que, no processo penal, não há “apenas defesa, simples defesa, mas ampla defesa”.¹⁵³

Pela corrente tradicional, poder-se-ia dizer que o réu deve-se defender de todos os fatos narrados, mesmo que insignificantes à tipificação penal estabelecida na denúncia (no caso em tela, também da violência consubstanciada no “tranco na vítima”). Porém, entende-se ser duvidosa, ou até mesmo não razoável, tal exigência de cooperação, digamos assim, na seara penal. Com efeito, o réu obriga-se somente a contraditar de forma a minorar a sua

¹⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 1.1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 2009.

¹⁵² BATISTA, Op. Cit. p. 391.

¹⁵³ Ibidem, p. 391.

responsabilização penal. Seria possível afirmar, portanto, que o destaque dado ao “tranco na vítima” pelo réu apenas tem o condão de aumentar a sua pena, de nada servindo para diminuí-la, sendo assim, tal exigência seria incabível. Como a defesa técnica, corriqueiramente, atém-se aos elementos do injusto penal, para a mais ampla defesa ser assegurada, faz-se imprescindível o conhecimento de todas as possibilidades de condenação. É passível de se sustentar que não incumbe ao réu, antes dos demais atores da relação processual, atentar, necessariamente, às mais severas delas sob pena de, não o fazendo, posteriormente não poder contrariá-las.

Voltando às lições de Weber Martins, este prestigiou o anteprojeto de Código de Processo Penal (nº 1.655/83), anterior à Constituição Federal, de autoria de Frederico Marques. Estabelecia-se que ao juiz não era permitido dar ao fato definição legal diversa do que constar do saneador, salvo aditamento da acusação ou – mesmo assim, não em todos os casos – quando beneficiar o acusado (art. 356, § 1º).¹⁵⁴

Com o passar do tempo, diversificada doutrina aderiu ao posicionamento de que a simples reclassificação jurídica dos fatos em sede de sentença, sem assegurar o contraditório, e depois de delineada toda defesa e atuação probatória, é perfeitamente passível de acarretar sérios prejuízos a defesa. Os juristas destacam diferentes aspectos da questão e, diante do obstinado silêncio legal a respeito, delineiam possíveis soluções.

Andrei Zenkner Schmidt fala na importância de aditamento da denúncia e oportunidade de garantia do contraditório quando a reclassificação resultar em agravamento da pena em certos casos. Afirma que é interessante notar que o “período paleolítico do Direito Processual Penal, em que o réu defendia-se somente dos fatos, já se esgotou.” Ele aponta, então, que principalmente no “crime moderno”, essa é uma verdade indiscutível.¹⁵⁵

O autor anota que

é interessante, contudo, que a prepotência processualista tem-se mostrado incapaz de notar que o tipo penal, há muito – se é que algum dia foi assim – deixou de ser composto somente de elementares objetivas. Afora a peculiaridade de que toda a elementar objetiva não prescinde de um juízo de valor acerca do fato – o que, de certa forma, torna-a, em certa medida, também normativa -, há muito que a teoria belingueana do tipo penal meramente descritivo e valorativamente neutro está ultrapassada. Hoje é sabido que, em regra, o tipo penal é composto de elementares normativas, subjetivas e/ou objetivas.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Ibidem, p. 392.

¹⁵⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Crítica ao Jura novit cúria. **Boletim IBCCRIM**, n. 157, ano 13, dez-2005. p. 9.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 9.

Então, Andrei Schmidt destaca que na “criminalidade moderna” os tipos penais, por se orientarem a um esforço do direito extrapenal, definem crimes de perigo por normas penais em branco. Isso porque a legislação ordinária não acompanha a necessidade de constante alteração da ilicitude extrapenal, recorrendo-se à técnica da fluidez da norma penal em branco, em que a norma complementadora encarrega-se de acompanhar tal evolução. Eis o porquê das leis penais que tutelam o meio ambiente, o sistema financeiro nacional, etc., falarem em “sem previsão legal”, “indevidamente”, “em desacordo com as formalidades legais”, etc., antecipando, no tipo penal, a ilicitude extrapenal embutida em elementares normativas. Por isso, e pela tendência de especialização das normas penais, o réu tem que se defender não só do fato que lhe é imputado, como também da valoração jurídica que recai sobre esse fato e que constitui a elementar especializadora.

Diogo Rudge Malan, por sua vez, fala em abrir vista às partes para manifestação após a aplicação da *emendatio libelli* para assegurar “a manifestação bilateral das partes também no tocante às questões estritamente de Direito, evitando-se surpresas desagradáveis para elas.”¹⁵⁷ Sustenta que se deve interpretar o dispositivo em análise de forma lógico-sistemática com a garantia do contraditório, na dimensão substancial deste, contribuindo para uma maior legitimidade do provimento jurisdicional.

Ele afirma que, em sede de processo penal, a Teoria da Substanciação parece ter sido consideravelmente mitigada, eis que a parte autora está obrigada a qualificar juridicamente os fatos na inicial, por força do art. 41 do Código de Processo Penal. Assim não procedendo, incorre em vício formal, mais especificamente, na chamada inépcia, não podendo ser recebida a denúncia. Acentua o autor que tanto a inobservância da exigência de narração dos fatos, quanto da referente à classificação destes, acarreta a mesma consequência: a inépcia da inicial acusatória. Então, afirma poder-se concluir, “na contramão de remansosa jurisprudência, que o réu não se defende tão-somente de fatos, e de fatos qualificados juridicamente.”¹⁵⁸ Segue anotando:

Se assim não fosse, não haveria nenhum sentido considerar-se inepta a inicial que não capitula o fato narrado. O legislador consagrou essa exigência no art. 41 do Código de Processo Penal justamente porque reconheceu a necessidade de o réu conhecer a tipificação dos fatos dos quais é acusado, desde seu chamamento para integrar a relação processual. Logo, a ciência desse aspecto foi considerado, pelo legislador de 1941, imprescindível para o exercício da ampla defesa[...]

¹⁵⁷ MALAN, Op. Cit., p. 179.

¹⁵⁸ Ibidem, p 177-178.

Note-se que a defesa técnica do réu por vezes é voltada única e exclusivamente ao combate da adequação típica feita na inicial acusatória (v. g. alegação de atipicidade do fato por ausência de elemento normativo do tipo; ausência de norma complementar à norma penal em branco; absoluta impropriedade do objeto material do crime; etc.), *relegando os fatos naturalísticos narrados na inicial a um plano secundário*. Pode-se afirmar que o réu se defende *dos fatos*, nessas hipóteses?¹⁵⁹

Outra proposta de solução à *emendatio libelli*, de modo a adequá-la ao contraditório e à ampla defesa, parte de Fauzi Hassan Choukr. Ele propõe que, se existente a necessidade de readequação da escrituração nominal da norma jurídica invocada, essa não deve se dar não no momento da sentença, mas em fase anterior: “que, por excelência, é a do juízo de admissibilidade da acusação.”¹⁶⁰

Lembra o autor que no rito ordinário não há um momento formal de admissibilidade, de larga fundamentação ou mesmo de importância, segundo a doutrina tradicional. Logo, “o que se tem é a pessoa acusada uma vez mais sendo onerada pelos rasgos inquisitivos do sistema, tanto no aspecto normativo quanto, principalmente, nos seus fundamentos culturais.”¹⁶¹ Defende, então, a não recepção do artigo 383 do Código Processual Penal pela Constituição Federal.¹⁶²

Enfim, já Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró é partidário da proposta de o juiz, logo antes de proferir a sentença, comunicar às partes acerca da possibilidade de os fatos virem a ser subsumidos a um tipo penal diverso do capitulado inicialmente, possibilitando o contraditório a respeito das questões de direito. Todavia, não apenas isso: sustenta não ser possível excluir, *a priori*, a necessidade de produção de provas, caso em que se pode, inclusive, oferecer uma dilação probatória, de forma a esclarecer a correta aplicação do delito. Dessa forma, o contraditório resta respeitado, podendo-se argumentar, produzir provas e contraprovas, seja sobre os fatos, seja sobre a definição jurídica debatida.¹⁶³ Tal necessidade de produção probatória será averiguada no caso concreto.

Assim, o autor afirma que embora o réu se defenda dos fatos imputados e não de sua classificação legal, o certo é que o tipo penal exerce influência decisiva na condução da defesa. Acresce que o juiz não estará obrigado a julgar segundo o novo enquadramento legal dos fatos, em face do qual convidou as partes a se manifestar, não há uma vinculação, podendo considerar ambas as capitulações.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 178-180.

¹⁶⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 574.

¹⁶¹ Ibidem, p. 574.

¹⁶² Ibidem, p. 573.

Por fim, sustenta Gustavo Badaró que o juiz, ao convidar as partes a se manifestarem sobre a possível mutação, não prejudica a busca da justiça ou a eficácia da persecução penal. “Ao contrário, terá assegurado o pleno e efetivo exercício do contraditório. Não se trata de 'gastar' mais tempo, mas de 'investir' um tempo maior na melhoria do resultado do processo.”¹⁶⁴

Enfim, os argumentos a respeito da inadequação da aplicação atual do artigo 383 do Código de Processo Penal são muitos, e também variados são os exemplos de prejuízos à defesa e as propostas de solução – e este estudo não visa a esgotá-los. Importa o panorama da visão doutrinária a mostrar que o debate a respeito da questão, infelizmente, não está muito próximo do fim.

¹⁶³ BADARÓ, Op. Cit., p. 142-143.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 142.

5 PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA RELAÇÃO ENTRE *EMENDATIO LIBELLI* E O CONTRADITÓRIO

A análise da jurisprudência mostra que a visão tradicional a respeito da *emendatio libelli*, qual seja, de que a diversa qualificação jurídica imposta pelo juiz em sede de sentença – a chamada “decisão-surpresa” - não importa em prejuízos indevidos à defesa, tem nela aderência quase absoluta.

Assim, interessa fazer breve análise das decisões, colacionando acórdãos que ilustram o entendimento geral. A pesquisa feita restringe-se ao Superior Tribunal de Justiça, que é o Tribunal Nacional – tribunal de sobreposição -, responsável pela unificação da jurisprudência, como se depreende do art. 105, III, c, da Constituição Federal.

Eis, então, a clássica justificativa para a mudança na capitulação:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 29 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, PELA PRÁTICA DE ROUBO (POR 10 VEZES) E LATROCÍNIO (ARTS. 157, §2º., I E II, E 157, § 3º., AMBOS DO CPB). ALTERAÇÃO DA TIPIFICAÇÃO PLEITEADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS. EMENDATIO LIBELLI (ART. 383 DO CPB). NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA. ADEQUAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. O réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da classificação que faz dele o órgão acusador. Assim, deve o magistrado, no momento da sentença, corrigir e adequar a tipificação, atribuindo-lhe definição jurídica diversa, mesmo que tenha de aplicar pena mais grave. Trata-se, na hipótese, da *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do CPP.
2. Assim, o juiz da causa pode condenar o réu por delito diverso daquele pelo qual foi denunciado, desde que haja equivalência com os fatos narrados na denúncia.
4. Observado o princípio da correlação entre acusação e sentença – um dos sustentáculos do devido processo legal, já que assegura o direito à ampla defesa e ao contraditório –, não há falar em nulidade da sentença condenatória e, conseqüentemente, em constrangimento ilegal.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

(HC 120.466/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 02/08/2010)

Semelhante é a idéia do seguinte acórdão:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. TESE DE ERRO NA CAPITULAÇÃO DO CRIME PELA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA CONFIGURA O DELITO DE FALSIDADE MATERIAL DE ATESTADO, JÁ PRESCRITO.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A *emendatio* ou a *mutatio libelli*, previstas, respectivamente, nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, são institutos de que pode se valer o Juiz quando da prolação da sentença, não havendo previsão legal para sua realização em momento anterior, muito menos no juízo de prelibação. Precedentes.

2. A existência de eventual erro na tipificação da conduta pelo Órgão Ministerial não torna inepta a denúncia e, menos ainda, é causa de trancamento da ação penal, pois o acusado se defende do fato delituoso narrado na exordial acusatória e, não, da capitulação legal dela constante.

3. Eventual desclassificação do delito previsto no no art. 304, c.c.

o art. 297, do Código Penal para o de falsidade material de atestado ou certidão, como almeja o Recorrente, somente poderá ser discutida na instrução criminal, ainda em andamento, durante o livre exercício do contraditório.

4. Recurso desprovido.

(RHC 22.353/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 08/02/2010)

Consta do inteiro teor:

Ora, ao contrário do que defende o Recorrente, descabe ao Magistrado precipitar-se no exame prematuro da capitulação efetivada pelo Ministério Público, ato que não encontra respaldo na legislação processual penal em vigor.

A *emendatio* ou a *mutatio libelli*, previstas, respectivamente, nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, são institutos de que pode se valer o Juiz de Direito quando da prolação da sentença, não havendo previsão legal para sua realização em momento anterior, muito menos no juízo de prelibação (v.g. HC n.º 35.988/RJ, de minha relatoria, julgado em 07/10/2004).

Ademais, como é sabido, eventual capitulação errônea dos fatos narrados na denúncia não tem o condão de eivar de inépcia a peça acusatória, porquanto o réu defende-se dos fatos objetivamente descritos na denúncia e não da qualificação jurídica atribuída pelo Ministério Público ao fato delituoso.

O seguinte julgado bem demonstra que o juiz não pode aplicar a *emendatio libelli* na denúncia, ou seja, a surpresa é guardada à sentença, quando a atuação probatória acabou, tendo sido dirigida a outro tipo penal:

PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DESCLASSIFICAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Tendo o Juízo de primeira instância concedido liberdade provisória à paciente, o Tribunal a quo, ao impor a prisão preventiva, deve fundamentar de modo idôneo a adoção da medida cautelar.

2. Considerações abstratas acerca do caráter hediondo do delito não são suficientes a ensejar a revogação do benefício da liberdade provisória concedido.

3. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar" (HC 87.324/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJ 18/5/07).

4. Ordem parcialmente concedida apenas para restabelecer a decisão de primeira instância no que se refere à concessão de liberdade provisória. (HC 68.056/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJ 01/10/2007, p. 309)

Outro ponto interessante é que, em diversos julgados, discute-se se o instituto aplicável é a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*. Ocasionalmente, há verdadeira confusão entre eles. Porém, neste último há certo rigor legal: o Ministério Público deve proceder ao aditamento da denúncia, pode haver novo interrogatório do acusado e inquirição de outras testemunhas. Ora, se isso de nada servisse à defesa, esta não exigiria tal procedimento em caso de *emendatio libelli* como, por vezes, ocorre. Igualmente, o Ministério Público não procederá ao aditamento. O total desprezo do contraditório quando da aplicação da *emendatio libelli* só contribui a aumentar as incertezas processuais e debates desnecessárias impostos pelo processo.

Sobre o tema, segue a seguinte decisão:

PROCESSUAL-PENAL. DENÚNCIA. DELITOS DOS ARTS. 19, 20 E 21 DA LEI DE IMPRENSA. ADITAMENTO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE RACISMO. MUTATIO LIBELLI. ABERTURA DE PRAZO PARA A DEFESA. FLUÊNCIA SEM QUALQUER MANIFESTAÇÃO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 384, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP, INOCORRENTE. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO DELITO. NÃO ENQUADRAMENTO NAQUELES PREVISTOS NA LEI DE IMPRENSA. DESNECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 45, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 5.250/67. OFENSA NÃO PATENTEADA. DEFESA DEVIDAMENTE PRODUZIDA EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS. NULIDADE AFASTADA.

1. O aditamento realizado pelo Ministério Público não trouxe nenhum fato novo, limitando-se a dar capitulação jurídica diversa aos acontecimentos em tese criminosos noticiados na denúncia e imputados ao acusado.
2. O Juízo processante, diligentemente, reconsiderou o despacho anteriormente proferido, em que entendeu tratar-se de mera *emendatio libelli* e, considerando a possibilidade de pena mais grave - *mutatio libelli* - nos termos do parágrafo único do art. 384 do CPP, abriu vista à defesa para, querendo, manifestar-se sobre a nova imputação, tendo esta, contudo, deixado fluir em branco o prazo que lhe foi ofertado.
3. O novo crime capitulado na exordial acusatória não era daqueles previstos na Lei de Imprensa, pelo que não poderia ter sido aplicado o contido no parágrafo único do art. 45 da Lei n. 5.250/67.
4. Por ocasião das alegações finais, o causídico constituído rebateu a imputação de cometimento de crime de racismo, requerendo a absolvição do ora recorrente.
5. Não há o que se falar em cerceamento de defesa que ensejasse a nulidade do processo, por ofensa aos arts. 384, parágrafo único, do CPP, e 45, parágrafo único, da Lei 5.250/67, quando foram obedecidas as normas processuais aplicáveis à hipótese(...) (REsp 911.183/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 08/06/2009)

Assim, não foi encontrado julgado que endosse a crítica doutrinária acerca da *emendatio libelli*. Não obstante, verificam-se, sim, prejuízos à defesa em diversos processos por causa do modo como é aplicada.

CONCLUSÃO

A longo do trabalho, buscou-se expor os principais pontos que influem no debate acerca da necessidade de garantir-se o contraditório na ocasião da mutação da capitulação legal dos fatos narrados na peça inicial.

A análise do conteúdo e abrangência do contraditório mostrou que este é verdadeiramente amplo, a ponto de afirmar-se que o processo é “todo procedimento realizado em contraditório.”¹⁶⁵ Ademais,

como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado de Direito, com as conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.¹⁶⁶

Assim, o contraditório substancial e efetivo exige equilíbrio, participação do juiz, bem como exige que seja reconhecida sua extensão às chamadas questões de direito. O debate só tem a enriquecer a decisão final do juiz, que encontra naquele seu fator legitimador.

A investigação acerca do objeto do processo penal mostrou ser este a pretensão acusatória, ou seja, essencialmente os fatos imputados na denúncia, *acrescidos da capitulação legal* a eles conferida. Ao se ignorar esse segundo elemento, causam-se dispensáveis prejuízos à defesa, que tem sua direção probatória determinada pelos elementos do injusto penal.

No capítulo da correlação entre acusação e sentença, viu-se que busca a preservação do contraditório, mas não se estende à tipificação dos fatos. A regulação brasileira a respeito é lacônica ao tratar da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli*. Diante do silêncio legal no tocante à extensão do contraditório ao segundo instituto, optou parte da doutrina e quase a totalidade da jurisprudência a não garanti-lo.

Demonstrou-se, pois, a dissonância entre a exigência constitucional de ampla defesa e efetivo contraditório a tal prática. A exigência de solução legal ou jurisprudencial é evidente.

¹⁶⁵ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 131

¹⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, p. 27.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

BATISTA, Weber Martins. Correlação entre acusação e sentença: arts. 383/385 do CPP. **Jus - Revista Jurídica do Ministério Público**. Belo Horizonte Vol. 24, Fascículo 15, 1993.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC**. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, 2010. Disponível em <www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2010

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O princípio do contraditório. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 19, dez 1981/dez 1982.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação Criminal e Ação Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

_____. O princípio da ampla defesa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 19, dez 1981/dez 1982.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal anotado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1 e 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A correlação entre a acusação e sentença nas ações penais condenatórias**: a conformidade entre a lei processual penal e a Constituição Federal. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de Processo Penal anotado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **A garantia do contraditório do *ordo judicarius medieval* ao processo cooperativo contemporâneo**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em <www.tjrs.jus.br> Acesso em 12-09-2010.

MOREIRA, Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *In: Temas de direito processual*. Terceira Série, São Paulo, 1984.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, vol. 59, ano XX, nov. 1993.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 1.1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 2009.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Crítica ao Jura novit cúria. **Boletim IBCCRIM**, n. 157, ano 13, dez-2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Carlos, Aurélio Mota de. Correlação entre demanda e sentença no processo penal e a identificação de seu objeto. **Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 17, 15-25, p. 18, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 4. 23 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.