



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
CURSO DE DIREITO**

**A INCOMPATIBILIDADE DO PROCEDIMENTO VIGENTE DE
EMENDATIO LIBELLI COM O SISTEMA ACUSATÓRIO**

**BRASÍLIA
2023**



LAURA MAYERHOFFER MACHADO CLARK DE AQUINO

**A INCOMPATIBILIDADE DO PROCEDIMENTO VIGENTE DE
EMENDATIO LIBELLI COM O SISTEMA ACUSATÓRIO**

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia

**BRASÍLIA
2023**



LAURA MAYERHOFFER MACHADO CLARK DE AQUINO

**A INCOMPATIBILIDADE DO PROCEDIMENTO VIGENTE DE
EMENDATIO LIBELLI COM O SISTEMA ACUSATÓRIO**

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia

Brasília, 6 de dezembro de 2023.

Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia
Orientador

Prof. Me. Priscila Santos Campelo Macorin
Examinadora

Prof. Dr. Vinicius Gomes Vasconcellos
Examinador

*Ao amor generoso dos invencíveis
Renato e Jussara – que, para mim, são
Vovô Renato e Vovó Juju.*

A INCOMPATIBILIDADE DO PROCEDIMENTO VIGENTE DE *EMENDATIO LIBELLI* COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Laura Mayerhoffer Machado Clark de Aquino

SUMÁRIO. Introdução. 1 Sistemas processuais penais. 1.1 Processo como legitimação da pena. 1.2 Princípio acusatório segundo o garantismo penal. 1.3 Sistema inquisitório. 1.4 Sistema acusatório. 1.5 Sistema misto. 2 *Emendatio libelli*. 2.1 O acusado na instrução processual. 2.2 A correlação no sistema acusatório. 3 Análise do Recurso Especial 1.201.963-SP. 3.1 Subsunção dos fatos à tortura ou ao abuso de autoridade. 3.2 A imputação alternativa frente à *emendatio libelli* 3.3 A *emendatio libelli* nas Justiças Criminais Comum e Militar. 3.4 Solução ao caso debatido. Considerações finais.

Resumo:

Por meio da metodologia de revisão de literatura, este trabalho analisa a compatibilidade da *emendatio libelli* com o sistema acusatório. O instituto autoriza que, no momento da sentença, o juiz proceda à alteração da definição jurídica dada aos fatos narrados na denúncia pelo acusador. Após descrever os modelos de processo penal, procedeu-se ao exame do instituto, considerando a necessidade de observar aos princípios acusatório, do contraditório e da ampla defesa. Como apoio para a análise, valeu-se de precedente de tribunal superior e de comparação com o procedimento adotado no Código de Processo Penal Militar e parte do projeto de lei que não entrou em vigência sobre o tema na reforma de 2008. Concluiu-se, então, que o procedimento vigente, previsto no art. 383, Código de Processo Penal, viola a característica mais básica do sistema acusatório: a separação das funções de julgar e acusar. Por fim, apresentou-se uma possível solução por meio da imputação alternativa, a partir do que se entende como mais compatível com o modelo acusatório.

Palavras-chave: Processo penal. *Emendatio libelli*. Correlação. Sistema acusatório. Imputação alternativa.

Abstract:

Using literature review methodology, this work analyzes the compatibility of *emendatio libelli* with the accusatory system. The institute allows the judge, at the time of the verdict, to change the legal definition to the facts fixed by the prosecution. After describing the criminal process models, the institute was tested considering the need to regulate the amendment to the accusation in line with accusatory, contradictory and broad defense principles. As support, we used a precedent selected from a higher court and comparison with the procedure adopted by the Code of Military Criminal Procedure and part of the bill that did not come into force on the subject of 2008 procedural reform. Thus, it is clear the current procedure, provided by art. 383, Code of Criminal Procedure, violates the most basic characteristic of the accusatory system: the separation of the functions of judging and accusing. Finally, alternative imputation was presented as a more compatible solution with the accusatory model to the amendment problem.

Keywords: Criminal procedure. *Emendatio libelli*. Correlation. Accusatory system. Alternative imputation.

INTRODUÇÃO

No processo penal brasileiro, o julgador, ao prolatar a sentença, fundamenta-se na narração e na definição jurídica dada aos fatos pelo Ministério Público ou querelante. Entretanto, o art. 383 do CPP prevê a *emendatio libelli*, instituto que autoriza ao juiz proceder à alteração da capitulação delitiva atribuída ao fato na denúncia, ainda que acarrete condenação por crime com pena mais gravosa que o requerido na denúncia¹.

Ao mesmo tempo que o processo penal brasileiro se prova acusatório, *vide* artigos 3º-A² e 212³ do caderno processual, há resquícios e vícios inquisitoriais, como o art. 156⁴ e o próprio 383, também do CPP, que comprometem o cumprimento das garantias fundamentais e suscitam dúvida sobre a possível incompatibilidade da *emendatio libelli*, nos termos vigentes, com o sistema acusatório.

É necessário, portanto, questionar se essa faculdade concedida ao magistrado usurparia função privativa do acusador e violaria a característica mais essencial do modelo acusatório, que é a separação das funções de julgar e acusar das mãos do juiz. Do mesmo modo, é crucial verificar a relevância da correlação entre sentença e acusação e, especialmente, o quanto esta regra influi na imparcialidade do julgador, na ampla defesa e no contraditório.

Por fim, percebendo que é possível desenvolver alternativas à *emendatio libelli* mais compatíveis com um processo penal constitucional e democrático, cumpre demonstrar como esses caminhos, em especial, a imputação alternativa, representariam uma solução mais apropriada ao problema da divergência sobre a classificação jurídica atribuída aos fatos narrados na denúncia.

Por meio da metodologia de revisão de literatura, à luz do princípio acusatório descrito na obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, de Luigi Ferrajoli, este trabalho buscou analisar os sistemas processuais penais e expor suas características no primeiro capítulo. Já no segundo, desfiou-se o instituto da *emendatio libelli*, à luz da hipótese de sua incompatibilidade com o sistema acusatório, em conjunto com o princípio da correlação e a imprescindibilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no devido processo penal. Por fim, no terceiro

¹ 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.

² Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

³ Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

⁴ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

capítulo, a partir da análise do Recurso Especial n. 1.201.963-SP, selecionado por trazer debate importante sobre a diferenciação fática dos crimes de abuso de autoridade ou tortura, foram examinadas alternativas ao instituto, entendidas como mais adequadas quando comparadas ao procedimento vigente.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para compreender os sistemas processuais penais, entende-se importante demonstrar o desenvolvimento da concepção de natureza jurídica do processo, à luz da Teoria Geral, simultaneamente aplicáveis também ao processo civil. A breve introdução sobre essas ideias mostra-se pertinente para que se compreenda melhor o vínculo que une os sujeitos do processo, juiz, acusador e réu⁵.

1.1 Processo como legitimação da pena

Para Salah Khaled, Oscar Von Bülow enxerga o processo como uma relação jurídica pública, pois a sistematização processual é manejada por funcionários do Estado, que se relacionam com as partes devido a sua vinculação com a atividade pública: de um lado, o Tribunal se obriga a decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outro, as partes ficam obrigadas a se submeter aos resultados desta atividade comum⁶.

Esse entendimento concede natureza pública à relação processual que, sendo autônoma e independente da relação de direito material, determina obrigações e direitos processuais recíprocos às partes, encerrando as tradições privatistas em torno do processo. Significa, portanto, dizer que essa teoria aplicada ao processo penal enxerga o acusado como parte integrante da relação processual, não um mero objeto à mercê dos desmandos do Estado, materializado no acusador ou no órgão julgador.

Segundo Aury Lopes Jr., a compreensão do processo como situação jurídica parte de James Goldschmidt, para quem o processo é tido como conjunto de situações processuais atravessadas pelas partes, em direção a uma sentença definitiva favorável⁷. Em outras palavras, é o conjunto de “expectativas, possibilidade, ônus e dispensas de ônus processuais referido ao resultado que a parte pretende alcançar do Estado com sua postulação”⁸.

⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 46.

⁶ KHALED JR, Salah Hassan. Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais. Panóptica, v.4, n. 20, p. 26 2010. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/op20/202.pdf>>.

⁷ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 49.

⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. Natureza jurídica do processo penal. ACADEMIA.EDU, 2018, p. 9. Disponível em: https://www.academia.edu/36203212/natureza_juridica_do_processo_penal. Acesso em: nov.

O autor evidenciou o caráter dinâmico do processo ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual, considerando que tal incerteza se justifica “na medida em que coexiste em iguais condições a possibilidade de o juiz proferir uma sentença justa ou injusta”⁹.

Essa teoria é vista como a superação da teoria de Bülow, pois a segurança jurídica proposta por este só pode ser concebida a partir do reconhecimento da insegurança e da imprevisibilidade, já que não há certeza nem mesmo após o trânsito em julgado, a exemplo da ação rescisória e da revisão criminal.

Por fim, segundo a noção de processo como procedimento em contraditório desenvolvida por Elio Fazzalari, “a essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessados, reforçando o papel das partes e do contraditório”¹⁰, porque todos os atos se interrelacionam e visam o (im)provimento final. Assim, a estrita observância dos atos e posições subjetivas dos atos antecedentes é condição de possibilidade à validade dos subsequentes¹¹: a validade do subsequente depende da validade do antecedente, e da validade de todos eles, depende a sentença¹².

A grande crítica a essas teorias gerais do processo reside no fato de o cerne teórico de todas elas se fundamentar nos aspectos característicos do processo civil, o que se mostra empobrecedor e inadequado, uma vez que, no processo penal – e somente no processo penal – se cuida da liberdade humana. Observa-se, desse modo, que “ao juiz penal não se pede, como ao juiz civil, algo que nos falta, o tal “bem da vida” como se referem os civilistas. É a própria vida que está em jogo”¹³.

Ao tratar da concepção de processo penal, parte-se da compreensão de que a pretensão acusatória nasce do direito potestativo de acusar, oriundo do ataque a um bem tutelado pelo Direito¹⁴. Constrói-se, então, uma estrutura processual que respalde o caminho até a pena ou à absolvição e disso se extrai o princípio da necessidade do processo penal, ou seja, “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o

2023.

⁹ LOPES JR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen. A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt. *Panóptica: Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, Vitória, v. 1, n. 1, p. 23-48, 2009, p. 36.

¹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 51.

¹¹ ROSA, Alexandre Moraes. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 11, ed. 2, p. 219-233, 2006, p. 222.

¹² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 51.

¹³ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019, p. 58.

¹⁴ Id. p. 262

delito e impor uma pena”¹⁵.

Contemporâneo ao nascimento da pena minimamente legal, o processo penal surge como o caminho indispensável à aplicação de uma sanção criminal. A partir do momento em que houve a existência de um poder organizado, superando o aspecto vingativo e implementando critérios de “justiça”, passou-se a existir a pena verdadeiramente dita, em caráter público, tida como a imposição do poder de punir do Estado, a ser aplicado a todo aquele que infringisse o contrato social.

Apesar da resistência social em dissociar a pena da vingança, ainda, em tomar o respeito ao direito de defesa como impunidade, entende Juarez Tavares que “o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado e essa legitimação não pode resultar de que o Estado lhe reserve o direito de intervenção”, pois a garantia e o exercício das liberdades individuais, por sua evidência, prescindiriam qualquer legitimação¹⁶.

Nessa esteira, Aury Lopes Jr. descreveu que “a pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo”¹⁷, na medida em que a função do processo penal não pode se limitar à aplicação do poder de penar, porquanto está, também, destinado a declarar a liberdade do inocente¹⁸.

A sua época, James Goldschmidt questionou a necessidade da existência de um processo para a imposição de uma sanção quando indagou: “se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e julga por meio de distintos órgãos, por que necessita que prove seu direito em um processo?”¹⁹

Para que haja um corpo político, é preciso que as vontades de todos sejam depostas em uma única vontade e que exista um depositário da personalidade comum²⁰. Assim, direcionando-se à ideia de que o Estado é uma criação essencialmente humana, fruto do anseio singular, a figura estatal inexistente se assim quiser o conjunto dos desejos individuais que o instituiu.

Do mesmo modo que a existência de um Estado e de sua constituição, caso exista, provém de uma união de vontades, os princípios de processo penal de determinado ordenamento

¹⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 44.

¹⁶ TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 4.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. E-book. p. 175.

¹⁷ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. ed.. São Paulo. Saraiva Educação, 2019, p. 49.

¹⁸ Id., p. 271

¹⁹ Id., p. 271

²⁰ OLIVEIRA, Matheus Brilhadori. Thomas Hobbes e a fundamentação do poder soberano no leviatã. Campo Grande: Eleutheria, 2017, p. 77

jurídico provirão e corresponderão aos elementos do seu texto constitucional. Não significa que a Constituição se origina no processo, mas o contrário: o processo penal será autoritário ou democrático a depender do modelo de regime estatal adotado em um sistema de governo.

De acordo com Vinicius Vasconcellos, o fundamento do processo penal é “o reconhecimento de que, em um Estado democrático de direito, uma sanção penal somente pode ser imposta após a obtenção de uma condenação definitiva com total respeito às regras do devido processo penal”²¹. A procedimentalização do direito penal, pois, deverá seguir estritamente os ditames do caderno processual e do texto constitucional, especialmente no tocante aos princípios do contraditório e da ampla defesa²², visto que se trata de um ordenamento jurídico cuja fase processual é qualificada como acusatória.

Partindo da premissa fundamentada por Geraldo Prado, a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há que existir e se desenvolver o processo penal, forçado que está – pois pré-constituição de 1988 – a adaptar-se e conformar-se a esse paradigma²³. Ou seja, muito além do cumprimento dos requisitos de forma, o processo haverá de estar submetido substancialmente ao filtro das garantias das regras e princípios constitucionais.

Segundo Aury Lopes Jr., a uma Constituição democrática, necessariamente, deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo²⁴. Do mesmo modo, o bem jurídico deve limitar o exercício da política de segurança pública, reforçado pela atuação do judiciário, como órgão fiscalizador e controlador e não como agência seletiva de agentes mercedores de pena, em face da respectiva atuação do Legislativo ou do Executivo”²⁵.

A partir da compreensão de que o texto constitucional deve, de fato, constituir algo²⁶, extrai-se que o fundamento legitimante do processo penal democrático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional: o processo penal somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição e o desafio é justamente

²¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 19, ed. 2, p. 229-260, 2018, p. 246.

²² Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²³ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. E-book.

²⁴ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019, p. 24

²⁵ TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto. 4. ed. São Paulo: Tirant Io Blanch, 2019. Ebook, p. 215

²⁶ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019, p. 24

equilibrar a “necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais”²⁷.

Uma vez que o Estado brasileiro contemporâneo é regido por normas democráticas de direito, precipuamente pelo respeito das autoridades públicas aos direitos fundamentais e ao devido processo legal, é na Constituição em que será estabelecido o que Prado chamou de “nexo indissolúvel entre garantia dos direitos fundamentais, divisão dos poderes e democracia, de sorte a influir na formulação das linhas gerais da política criminal de determinado Estado”²⁸.

Em sua Teoria do Garantismo Penal, Luigi Ferrajoli organizou dez princípios em axiomas a fim de definir a responsabilidade penal, “encadeados de maneira que cada um dos termos implicados resulte, por sua vez, no sucessivo”, resultando em²⁹

- A1. *Nulla poena sine crimine* – Princípio da retributividade
- A2. *Nullum crimen sine lege* – Princípio da legalidade
- A3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* – Princípio da necessidade
- A4. *Nulla necessitas sine injuria* – Princípio da lesividade
- A5. *Nulla injuria sine actione* – Princípio da materialidade
- A6. *Nulla actio sine culpa* – Princípio da culpabilidade
- A7. *Nulla culpa sine iudicio* – Princípio da jurisdicionalidade
- A8. *Nullum iudicium sine accusatione* – Princípio acusatório
- A9. *Nulla accusatio sine probatione* – Princípio do ônus da prova
- A10. *Nulla probatio sine defensione* – Princípio do contraditório

De acordo com o autor, esses axiomas não expressam proposições assertivas, mas prescritivas, de modo que sua natureza axiológica ficará explícita no valor a se presumir na regra. Significa dizer que não descrevem o que, efetivamente, ocorre, mas prescrevem o que deve acontecer. Ou seja, são, portanto, implicações deônticas que enunciam uma condição *sine qua non* para a garantia jurídica da responsabilidade penal e da aplicação de pena, cuja ausência não permite, ou proíbe, punir³⁰.

Os axiomas A1 a A6 dizem respeito a garantias penais, enquanto os axiomas A7 a A10 enunciam garantias processuais. Apesar da distinção, é indissociável que as últimas garantem

²⁷ Id, p. 25 e 27

²⁸ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. *E-book*. P. 46

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 74

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 73.

a efetividade das primeiras e restam esvaziadas nas ausências delas. Para o fim almejado por este trabalho, apenas serão abordados os axiomas A7 e A8, compreendidos como o princípio da imparcialidade do órgão julgador e da separação entre juiz e acusação³¹. A existência – ou não – dessa separação simboliza o ponto fulcral de distinção entre os sistemas processuais penais discutidos pela doutrina, quais sejam, os modelos inquisitório, acusatório e, posteriormente, o misto.

1.2 Princípio acusatório segundo o garantismo penal

Segundo Luigi Ferrajoli, pode ser chamado de acusatório o sistema processual cujo juiz é “rigidamente separado das partes”, o julgamento é um debate paritário iniciado pela acusação, a quem cabe o ônus da prova³². Esse modelo favorecerá os modelos de juiz popular e a busca da verdade por meio de procedimentos que valorizam o contraditório, sobre o qual se fundará o desenvolvimento da defesa.³³

Enquanto isso, no sistema inquisitório, o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação de provas e firmará uma decisão após uma instrução secreta, que exclui os direitos da defesa. Esse sistema, por sua vez, privilegia estruturas judiciárias burocratizadas e procedimentos fundados no poder instrutório do juiz³⁴ que, como é próprio do modelo inquisitório, encontra mínimas barreiras a sua atuação.

O axioma número 8 (A8) do sistema garantista (SG) proposto por Ferrajoli estabelece que não haverá julgamento sem que haja acusação (*Nullum iudicium sine accusatione*). Por consequência, prevê o princípio acusatório, conceituado pela garantia de distanciamento do juiz em relação às partes do processo e pela atribuição do ônus da contestação e da prova à acusação³⁵.

Como já mencionado, o ordenamento brasileiro optou por uma fase investigativa inquisitória e uma fase processual acusatória. Muito embora não existam sistemas processuais puros atualmente, no sentido de serem somente inquisitórios ou somente acusatórios em ambas as fases³⁶, o que se percebe no Código de Processo Penal são contradições internas que levam a perceber os resquícios inquisitórios na fase processual.

Nesse sentido, tem-se, *e.g.*, o artigo 212 do CPP, que designa a inquirição das

³¹ Id., p. 78.

³² FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 450.

³³ Id., p. 450.

³⁴ Id., p. 451 e 452.

³⁵ Id., p. 455.

³⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book, p. 58.

testemunhas às partes, restando ao juiz apenas a análise de adequação das perguntas e a complementação dos pontos que não tenham sido esclarecidos³⁷. Por outro lado, o artigo 156, também do CPP, permite que o julgador tenha importante manejo da instrução probatória, podendo, inclusive, ordenar a produção antecipada de provas que entender relevantes³⁸.

Ferrajoli categoricamente afirma que ao sistema acusatório cabe um juiz espectador, dedicado sobretudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, sendo “mais prudente que sábio”³⁹, pois é o rito inquisitório que demanda um juiz ator, representante do interesse punitivo⁴⁰. Seguindo a tradição liberal, o juiz inserido em um modelo acusatório deve, portanto, servir como um regulador do processo, a fim de assegurar suas formalidades e, especialmente, os direitos do acusado.

Desse modo, a possibilidade de o juiz alterar a capitulação delitiva dada pelo Ministério Público no momento da sentença leva ao questionamento acerca do quão acusatório seria, de fato, o processo penal brasileiro, uma vez que o instituto da *emendatio libelli* ratifica a atuação de ofício do julgador em função estritamente própria da acusação.

1.3 Sistema inquisitório

Segundo Cesare Beccaria, é no coração humano onde se encontram os princípios fundamentais do direito de punir⁴¹. Partindo desta ideia, o primeiro modelo a ser abordado neste capítulo, como se nota pelo nome, tornou-se mais conhecido por ser o sistema jurídico escolhido pela Igreja Católica (Santo Ofício da Inquisição) a fim de fazer cessar blasfêmias, apostasias e demais condutas consideradas heresias.

Percebe-se, desse modo, que a Inquisição não se relacionava de maneira direta com a criminalidade em si – danos ao patrimônio, à vida, ao “Estado” – mas sim aos desvios das verdades absolutas, que serviam como arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo

³⁷ Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

³⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

³⁹ “um "homem de ordinário bom senso", como conjeturou Beccaria; "todo homem que não seja nem estúpido nem louco, e que tenha uma certa conexão de ideias e uma suficiente experiência do mundo", como propôs Filangieri; um "bom pai de família" com os dons comuns do "homem natural", como escreveu Bentham; um "homem moral" e dotado de "equidade", segundo Lauzé Di Peret; uma pessoa "peu savant" mas dotada de experiência, como exigiu Voltaire; um cidadão de "educação média", segundo as palavras de Nicola Niccolini”. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 460

⁴⁰ Id., p. 459

⁴¹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2008, p. 10.

católico à época, com métodos próprios de obtenção dos seus fins⁴² e, fora do sistema das verdades absolutas, não havia salvação⁴³.

Segundo Ricardo Gloeckner, “o crime não é problema nesse trilhar para a eternidade, pois para o arrependido sempre há o perdão divino. O problema está na heresia, na oposição ao dogma, que fecha o caminho para a eternidade; esse é o maior perigo de todos. Como tal, exige o máximo rigor na repressão”⁴⁴. A despeito do definhamento progressivo do poder de que dispunha a Cúria Romana, o modelo inquisitório, vigente entre os séculos XIV e XVIII⁴⁵ e restrito inicialmente à Igreja, permaneceu e se incorporou ao sistema jurídico medieval. Seu processo penal correspondente era composto pela comprovação de autoria e materialidade, cujo caráter preliminar precedia à fase de processamento da condenação e do castigo do réu que, em regra, teria passado pelo processo preso⁴⁶.

O julgador transformava-se também em acusador e, cumulando essas duas funções, debaixo da proteção do Estado, não seria árbitro imparcial, mas sujeito processual contaminado pelo excesso epistêmico, que poderia investigar, produzir e gerir provas, acusar e julgar⁴⁷, bem como dar início ao processo mediante acusação informal ou denúncias anônimas.

Tendo o acusado à sua disposição, transformava-o em mero objeto de verificação e dele extrairia a verdade facilmente por meio da tortura⁴⁸. Tal verificação fática, realizada por meio do poder de comprovação, é imprescindível para a construção de uma decisão⁴⁹. No entanto, isso se desconstrói se essa averiguação é obtida com o suplício do acusado que, para cessar o tormento, seria capaz de confessar até mesmo aquilo que não praticou.

Diante de um crime, prescindiam-se cognição e critérios objetivos para iniciar uma investigação e julgar, pois a verdade tão almejada reproduzia as arbitrariedades peculiares ao sistema, de modo que “o processo penal inquisitivo era infalível, pois reproduziria as

⁴² KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório? Civitas, Porto Alegre, v. 10, ed. 2, p. 293-308, 2010. p. 295

⁴³ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. – 5. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2019, p. 193

⁴⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sistemas processuais penais. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 36

⁴⁵ “O sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo” LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019, p. 196

⁴⁶ Id., p. 191

⁴⁷ Id., p. 191

⁴⁸ Id., p. 191

⁴⁹ SANTANA, Ana Carolina; MENEZES, Carlos Alberto. Discricionariedade judicial e linguagem jurídico penal:: os limites semânticos e jurídicos entre cognitivismo e decisionismo. Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico, Goiânia, v. 5, ed. 1, p. 86-104, 2019, p. 89

convicções pessoais do inquisidor, que determinava previamente o seu resultado”⁵⁰.

A característica central de um modelo inquisitório é a perseguição ao mito da verdade real, por meio da absoluta ausência de limites unida ao substancialismo penal⁵¹, esvaziando o princípio da legalidade estrita, já que a decisão acerca dos fatos típicos e seus agentes estará sujeita ao arbítrio judicial⁵². Das descrições sobre o sistema jurídico inquisitorial, Khaled Jr. cita o historiador Francisco de Varnhagen que, em sua obra *História Geral do Brasil*, relata o modo com que o processo se iniciava para o acusado, bem como as consequências sociais para ele e quem o conhecesse:

Os processos da justiça eram no estilo das sentenças; tudo mistério: chamava-se o réu, e em vez de se lhe revelarem as culpas de que era acusado, intimava-se-lhe que se confessasse, que se expusesse tudo em desabono da religião que tinha dito, ou ouvido, ou praticado [...] à primeira resistência seguiam-se as algemas apertadas ao torniquete, depois os tratos de polé, de água fervente [...] por fim o infeliz começava a delatar. Tudo quanto revelava era logo escrito; todos os cúmplices de que fazia menção eram imediatamente mandados buscar, e recolher aos cárceres. Mas o acusado, tendo comprometido já muita gente, ainda não havia acertado com a falta por que fora preso. Voltava, pois, a ser perguntado: sua memória não o ajudava ou sua língua titubeava receosa de comprometer mais amigos... Era outra vez posto a tratos: ... declarava que tinha mais revelações a fazer... Novos desenganos!... e novos comprometidos!... Assim, às vezes, de uma povoação, mais de metade tinha que ser ao menos chamada a delatar. E ai do que entrava por aquelas horrendas portas! Todos daí em diante o evitavam, temerosos de adquirir nome suspeito!...⁵³

Segundo Foucault, “o poder não para de interrogar, indagar, registrar e institucionalizar a busca da verdade: profissionaliza-a e a recompensa⁵⁴”. Mostra-se, portanto, como essência do sistema inquisitório “a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo”⁵⁵, inexistindo contraditório, dialeticidade ou, tampouco, imparcialidade.

O processo penal inquisitorial, portanto, está inevitavelmente contaminado pela ligação psicológica do juiz-inquisidor com sua instrução, dado que o processo terá o fim desejado pelo julgador. Desse modo, fica claro que esse modelo é absolutamente incompatível com os direitos fundamentais e individuais – ou mesmo com a atual Constituição da República (1988) e a Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁶ – já que viola os princípios mais elementares do

⁵⁰ KHALED JR., Salah Hassan. *O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?*. Civitas, Porto Alegre, v. 10, ed. 2, p. 293-308, 2010, p. 294

⁵¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book, p. 481

⁵² SANTANA, Ana Carolina; MENEZES, Carlos Alberto. *Discrecionalidade judicial e linguagem jurídico penal: os limites semânticos e jurídicos entre cognitivismo e decisionismo*. *Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Goiânia, v. 5, ed. 1, p. 86-104, 2019, p. 92.

⁵³ KHALED JR., Salah Hassan. *Varnhagen: Advogado do Estado e Juiz Inquisidor do Tribunal da História*. *Intellectus*, ano 7, v. 1, 2008, p. 30

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 100

⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 53

⁵⁶ CADH. Artigo 8. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável,

processo penal⁵⁷ e de um Estado de Direito.

1.4 Sistema acusatório

Chama-se ‘acusatório’ pois, opondo-se ao modelo anterior, nos ordenamentos em que prevalece, ninguém será chamado ao juízo criminal sem que haja uma acusação com a descrição do fato e todas suas circunstâncias⁵⁸. Estará caracterizado, em especial, pela oralidade, publicidade e a presunção de inocência e nele haverá o contraditório de fato, ou seja, a necessidade de informação unida à possibilidade de reação⁵⁹.

Mais que isso, no processo penal acusatório, vigora a máxima *actum trium personarum*, descrita por Bülow, segundo a qual o processo é ato de três pessoas – o autor que pede, o réu que se defende e o juiz que julga – e se iniciará a partir do Estado acusador que se direciona ao Estado Juiz⁶⁰. A gestão da prova e a restrição da iniciativa probatória, em regra, à Acusação e Defesa⁶¹ passou a garantir às partes que o juiz se manterá como terceiro desinteressado ao resultado do processo e cuidará de salvaguardar as regras do jogo.

O réu não mais será o objeto do processo. Este, por sua vez, será representado pela pretensão acusatória, entendida como o poder legítimo de proceder contra alguém (*ius ut procedatur*) para que, ao final do processo, o juiz exerça o poder de punir⁶², à luz do princípio

por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Volume único, 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodium, 2020, p. 43.

⁵⁸ Id., p. 43.

⁵⁹ ARAUJO, Sergio Luiz Souza; CONEGUNDES, Karina Romualdo; ROSA, Margareth Abreu. A natureza jurídica do processo e sua essência: o contraditório. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. 86, ed. 1, 2014, p. 60

⁶⁰ Id., p. 60

⁶¹ “Na fase investigatória, o juiz só deve intervir quando provocado, e desde que haja necessidade de intervenção judicial. Durante a instrução processual, prevalece o entendimento de que o juiz tem certa iniciativa probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício, desde que o faça de maneira subsidiária”. LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: vol. único, 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, JusPodium, 2020, p. 43.

⁶² LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book. p. 67

*ne procedat iudex ex officio*⁶³ e dos limites impostos, especialmente, pela presunção de inocência e pela proibição do uso de provas ilícitas.

Enquanto o poder, no modelo inquisitivo, não podia renunciar à produção do saber e à obtenção de uma verdade histórica (real), agora, entende-se que a busca pela realidade não pode sobrepujar as garantias do réu enquanto sujeito de direitos⁶⁴ porque nem sequer é cabível a discussão sobre a busca da verdade real em um processo penal desenvolvido à luz de um estado constitucional de direito. Em razão dos limites impostos pelo processo penal constitucional, a busca da verdade outrora dita real, deve ser substituída pela tendência de uma certeza próxima da verdade judicial, ética e processualmente válida, qual seja subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz⁶⁵.

De acordo com Ricardo Gloeckner, “deve-se pensar o processo penal como um ritual aletúrgico, como um procedimento que estabelece as condições para que a verdade possa emergir. A aleturgia constitui a liturgia do verdadeiro. Em outras palavras, não se trata de, através do processo penal, atingir uma Verdade (designação imbuída de uma pretensão adequada), mas sim, daquilo que ocupa o papel da verdade no processo penal”⁶⁶.

Segundo Jacinto Coutinho, a cisão entre funções, principal característica desse sistema, não significa que o juiz está acima das partes, mas para além dos interesses delas e de seus interesses individuais, encarnando o próprio Estado, como seu órgão; apresentando-o, e não o representando⁶⁷. Assim, importante prevenir a ideia reducionista de que a separação entre as atividades de acusar (e demais decorrentes dessa) e julgar não é suficiente para que haja um processo penal acusatório⁶⁸.

É necessário garantir que o juiz permaneça em sua posição de terceiro desinteressado (no resultado do processo) para que, no deslinde processual, ele não volte a se comportar como

⁶³ BRASIL. STJ. A regra *ne procedat iudex ex officio* não transforma o juiz num órgão absolutamente inerte, pois a autoridade judiciária, pode e deve, promover o bom e rápido andamento do feito. Presidindo a instância penal, cabem ao juiz a direção e regularidade do processo. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. RHC 102.457 - SP)

⁶⁴ KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?. Civitas, Porto Alegre, v. 10, ed. 2, p. 293-308, 2010, p. 298

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, v. 29, 1999, p. 13-26, 1999, p. 25. Disponível em <https://www.ablj.org.br/revistas/revista15/revista15%20%20ADA%20PELLEGRINI%20GRINOVER%20%E2%80%93%20A%20Iniciativa%20instrutoria%20do%20Juiz%20no%20Processo%20Penal%20acusat%C3%B3rio.pdf>.

⁶⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sistemas processuais penais. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 17.

⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Empório do Direito, 16 abr. 2015. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em 10 out. 2023.

⁶⁸ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. – 5. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2019, p. 97

se parte fosse – a exemplo da possibilidade de condenação diante do pedido de absolvição do MP (art. 385, CPP)⁶⁹ e do instituto da *emendatio libelli*, que permite que o julgador altere a capitulação delitiva constante da denúncia e que será abordada mais profundamente no próximo capítulo.

1.5 Sistema misto

Com a adoção de um modelo acusatório de processo penal, o Estado entende não ser interessante para os seus fins abandonar a persecução e o poder de penar aos particulares, momento em que surge a figura do Ministério Público, diante da necessidade de dividir essas funções⁷⁰. Um rito processual será definido como misto, francês ou napoleônico quando o processo for dividido nas fases pré-processual (inquérito) e processual (processo penal, propriamente dito). A primeira será regida pelo modelo inquisitório, enquanto a segunda seguirá os cânones do acusatório.

Para Ricardo Gloeckner, os sistemas processuais penais “perderam a sua funcionalidade, à medida que as Constituições e as legislações das democracias ocidentais reconheceram um conjunto de princípios que inviabilizaram a existência de modelos inquisitórios”, pois o termo ‘processo penal acusatório’ corresponderia a um pleonismo, pois inexistiria processo no sistema inquisitório, por não haver distinção de funções.⁷¹

Esse entendimento permite concluir que o sistema misto é, por essência, inquisitório, “uma vez que qualquer comprometimento na estrutura acusatória do sistema já basta para assim caracterizá-lo” (como inquisitório)⁷². Isso se dá, também, muito porque, sob o fundamento de que a justiça criminal deve ser mais rígida e célere, procede-se à reificação do acusado e do enfraquecimento da advocacia.

Contribui também para fortalecer as críticas ao sistema misto o fato de que “acusatório e inquisitório são ao mesmo tempo negações do modelo antitético”, já que são conceitos dotados de reversibilidade negativa, rendendo-lhes uma “mais-valia” argumentativa, posto que identificar um ou outro corresponde à negação de seu par contrário”⁷³.

⁶⁹ Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

⁷⁰ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019, p. 198

⁷¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sistemas processuais penais. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p.14

⁷² KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?. Civitas, Porto Alegre, v. 10, ed. 2, p. 293-308, 2010, p. 299

⁷³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sistemas processuais penais. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 16

Um ordenamento jurídico, qualquer que seja, ao optar por um modelo misto de processo penal, acaba por mantê-lo excludente e arbitrário, pois a suposta superação de um modelo processual inquisitório cai por terra quando esse sistema, ainda que somente em fase preliminar, permeia o sistema processual penal que, mesmo na fase acusatória, possui questões graves de sujeição do acusado aos desígnios da autoridade – seja policial, seja judiciária.

2 EMENDATIO LIBELLI

No capítulo anterior, falou-se sobre os modelos de sistema processual penal para que a crítica à frente seja coerente. Demonstradas as características de cada sistema, cumpre agora esclarecer como o Código de Processo Penal mantém aspectos inquisitivos, especialmente no que se refere aos poderes do juiz.

À época da publicação do Código (1941), o Brasil era regido por um governo autoritário que rechaçava o liberalismo político e a existência de um sujeito de direitos, ampliando o raio de atuação do Estado, a quem incumbiria o papel de evitar a desordem⁷⁴. O resultado visado pelo autoritarismo, segundo Ricardo Gloeckner, era a passividade de uma massa dispersa, que atribuiria à democracia o caos e a desordem e,

Especialmente a desagregação e desorganização sociais seriam produzidas pelo liberalismo das classes políticas. Por catastrofismo, seria possível compreender a colocação do Brasil em uma espécie de crise iminente (e permanente). A urgência de respostas e soluções não permitiria grandes reflexões⁷⁵.

Segundo a exposição de motivos do Código de Processo Penal (CPP), o fim do novo caderno processual era “obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade”⁷⁶. Nesta lógica panjudicialista, o legislador criticou a proibição de sentença condenatória *ultra petita*, bem como a desclassificação *in pejus* do crime imputado, e foi categórico ao afirmar que

O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um quantum de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena⁷⁷.

Assim, para combater o que se chamou de “exagero do liberalismo”, o processo penal

⁷⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1, 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 100

⁷⁵ Id.

⁷⁶ BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689/1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>

⁷⁷ Id.

brasileiro passou a autorizar a modificação unilateral do objeto processual pela Acusação. O art. 383 do CPP facultou ao juiz alterar a capitulação jurídica dada ao fato pelo Ministério Público ou querelante no oferecimento da inicial acusatória, na medida em que a correlação entre sentença e acusação seria uma ameaça ao bom funcionamento da justiça criminal:

Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Após a reforma trazida pela Lei n. 11.719/2008, o dispositivo passou a vigor nos termos: “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. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)”. Entende-se que o acréscimo serviu apenas para reafirmar que o juiz não poderia realizar qualquer alteração no contexto fático.

Seguindo o escopo desse trabalho, ensinou Antônio Scarance Fernandes que a imputação penal requer dois sujeitos essenciais: quem imputa e a quem se imputa o fato supostamente criminoso, respectivamente os sujeitos ativo e passivo da atribuição do delito⁷⁸. Porém, só realiza esta imputação de forma legítima aquele que o sistema jurídico autoriza formular a acusação.

De igual modo, só poderão ocupar o polo passivo aqueles sobre quem pairar dúvida razoável acerca da culpabilidade e que forem considerados imputáveis pela legislação. Tão essencial é o respeito à legitimidade que o Código de Processo Penal, no art. 564, II, ratifica a importância do cumprimento dos requisitos de atribuição de fato típico ao seu suposto autor, sob pena de reconhecimento de nulidade absoluta do processo⁷⁹.

Contudo, mesmo preenchidos os pressupostos de procedibilidade e a prerrogativa da acusação de aplicar o tipo penal que crê melhor se subsumir ao fato, o ordenamento jurídico permite a condenação do réu por crime diferente do pedido na denúncia, ainda que a pena desse novo delito seja mais gravosa⁸⁰. A justificativa seria a de que a defesa do acusado se estrutura sobre os fatos narrados na inicial acusatória, e não no tipo penal mencionado por ela.

Ao contrário do instituto da *mutatio libelli*, que autoriza o Ministério Público a proceder a alteração da capitulação jurídica contida na denúncia caso haja alteração das circunstâncias fáticas⁸¹, na *emendatio libelli*, não há qualquer modificação do contexto ou dos fatos, mas

⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Reação defensiva à imputação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 243

⁷⁹ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: II - por ilegitimidade de parte.

⁸⁰ No mesmo sentido, o artigo 418 do Código de Processo Penal, alusivo ao procedimento do Tribunal do Júri: “O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)”.

⁸¹ 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

somente a suposta “adequação” do juízo de tipicidade. Caso haja dúvida se o fato naturalístico sofreu ou não alteração, deve-se resolver a favor da modificação, propiciando ao réu a maior amplitude defensiva possível, por injunção do princípio universal do favor rei⁸².

À luz do devido processo, Aury Lopes Jr. entende que é incompatível com esse rito “a prática de atos de caráter probatório ou persecutório pelo juiz”, ou, como existia até 2019, que se permitisse “que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício, determinasse, de ofício, produção de provas ou condenasse o réu, a despeito de pedido do Ministério Público”⁸³.

Sendo a posição do juiz fundante da estrutura processual, seja ela inquisitiva ou acusatória, é imprescindível que ele seja mantido afastado da gestão da prova a fim de que sejam asseguradas a estrutura dialética e a imparcialidade, efetivadas a partir da separação das funções de julgar, acusar e instruir.⁸⁴

A *emendatio libelli* foi inserida no ordenamento jurídico para sanar um problema que existia para o legislador, o já mencionado “exagero do liberalismo”. Porém, surge o debate sobre a possível incompatibilidade do instituto com o sistema jurídico brasileiro, cuja fase processual é intitulada acusatória. A discussão é centrada na necessidade ou não de vinculação da sentença à acusação e, por consequência, nos eventuais prejuízos ao réu e ao exercício do direito de defesa.

No momento do delito, a vítima é a parte hipossuficiente e, por isso, recebe a tutela penal⁸⁵ e tem assegurados os meios para agir em qualquer jurisdição⁸⁶. Já no processo penal, o mais fraco passa a ser o acusado que, submetido ao poder de acusar do Estado, sofre a violência institucionalizada do processo e da pena⁸⁷. Como o poder tende ao abuso, é necessário dispor de instrumentos pelos quais o exercício do poder de punir possa ser contido⁸⁸.

Assim, a corrente penal garantista ainda resiste à compatibilidade do instituto com um processo penal democrático e constitucional por entender que o procedimento da *emendatio libelli*, nos termos que o caderno processual prevê, viola a correlação e causa dano à defesa. Do

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.

⁸² LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal – 19. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022 p. 116

⁸³ Id, p. 55

⁸⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book p. 56

⁸⁵ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 586

⁸⁷ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book, p. 32.

⁸⁸ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Quando a Síndrome do Pequeno Poder comparece nas audiências. Consultor Jurídico. 15 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-15/limite-penal-quando-sindrome-pequeno-poder-comparece-audiencias/>. Acesso em nov. 2023

mesmo modo, rejeita-se a ideia de que o réu se defende apenas dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação jurídica dada a eles pelo acusador, considerando que até mesmo a declassificação pode ser uma tese defensiva.

Sob a redação atual, a *emendatio libelli* é um preocupante fragmento do sistema inquisitório e, mesmo após a reforma de 2008, sob a Constituição de 1988, permanece problemática quando à luz do art. 5º, LV do texto constitucional⁸⁹. Assim, este capítulo buscará demonstrar a obrigatoriedade de vinculação entre sentença e acusação e a necessidade de preservação do direito de defesa quando a alteração da capitulação delitiva se impuser.

2.1 O acusado na instrução processual

A redação do artigo 41 do Código de Processo Penal determina que a inicial acusatória contenha, entre outros, a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias e com a classificação do crime⁹⁰. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. diferencia o fato penal do fato processual: o primeiro está relacionado com o tipo penal abstrato, cuja descrição hipotética feita pelo legislador constitui a conduta típica. Já ao segundo, acrescenta-se a ideia de fato naturalístico e de fato penal⁹¹.

Não é incomum encontrar reproduções de máximas e verbetes jurisprudenciais que retroalimentam um sistema acrítico de categorias processuais penais⁹². Ao tratar da *emendatio libelli* e do princípio da correlação, especialmente no que tange à análise das questões de fato e de direito, é inevitável deparar-se o grillão axiomático e infeliz *sensu comum teórico*⁹³ “*Narra Mihi Factum, Dabo Tibi Ius*”, que comporta a tradução “Narra-me os fatos e te darei o direito”.

Segundo esse brocardo, amplamente utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, o réu se defende dos fatos narrados na denúncia, não importando a classificação jurídica mencionada na inicial acusatória. Porém, como afirma Ricardo Gloeckner, “velhos axiomas ou brocardos como *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi jus* são manifestamente simplistas em demasia

⁸⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁹⁰ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁹¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book. p. 144

⁹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 185 - 212, 2016, p. 186. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.21>.

⁹³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

para explicitar as situações jurídicas que ocorrem no curso do processo penal”⁹⁴.

A alteração de um fato relevante penalmente, conforme explica Gustavo Badaró, sempre será relevante também para o processo penal, na medida em que não é possível condenar alguém sem que a imputação apresente todos os elementos que abstratamente integrem o tipo penal⁹⁵.

A qualidade mais marcante de um sistema processual penal acusatório é a separação de funções e a gestão probatória pela Acusação e pela Defesa, pois é em um processo acusatório-democrático que o julgador se mantém afastado da esfera de atividade das partes e se cria espaço para a imparcialidade fundante da própria estrutura processual⁹⁶.

No contexto de um processo penal constitucional, os princípios do contraditório e da ampla defesa podem ser concebidos como “atos linguísticos declaratórios institucionalizados no texto da Constituição que possibilitam a limitação do poder punitivo, mediante a divisão desse poder entre atores com diferentes funções e da atribuição de poderes especiais de defesa aos particulares que estão sujeitos à punição estatal”⁹⁷.

No caso da *emendatio libelli*, há um fenômeno ou evento (o fato) cuja existência no mundo é distinta de sua definição linguística, mas pode ser apreendida pela linguagem, que o descreve⁹⁸. Isso representa parte do problema pois há, no processo penal, a cisão entre fato e direito, como se aproximação desses dois elementos fosse infactível. Contudo, a análise do direito não implica sua dissociação dos fatos.

Segundo Gloeckner, a congruência ou correlação estaria garantida quando preservado o objeto do processo⁹⁹. Contudo, o princípio frequentemente aparece atrelado ao *iura novit curia*, dado que “os juízes e/ou tribunais não se acham limitados aos erros ou omissões das partes, podendo decidir de maneira desvinculada daqueles aspectos formais”, levando à conclusão de que inexistiria direito ao contraditório no atine às matérias de direito¹⁰⁰.

A despeito da pretensa equidistância entre os sujeitos da relação processual, é inegável a existência de uma estratificação do campo jurídico brasileiro, marcado pela forte

⁹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 185 - 212, 2016, p. 187. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.21>.

⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book, p. 56.

⁹⁷ CUNHA, Ben-Hur. Daniel; COELHO, Ariadne Elloise. Três indagações sobre a *emendatio libelli*. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v.7, n.5, p. 52753-52772, 2021, p. 52769.

⁹⁸ Id.

⁹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 185 - 212, 2016, p. 190. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.21>.

¹⁰⁰ Id.

hierarquização, especialmente no que se refere à atuação ostensiva do julgador no processo penal. Em pesquisa baseada em metodologia de entrevista feita por Regina Mendes com magistrados brasileiros, o consenso entre eles era de que “tudo é possível ao juiz”¹⁰¹:

A gente tem que levar em conta que ficções não existem, porque são ficções, têm um limite. Por exemplo, afirmar que a lei diz algo é ficcional é fictício. Eu acabo por fazer a seguinte pergunta: quem é que diz o que a lei diz? É o juiz! Então, em primeiro lugar, a lei não diz nada, porque a lei é uma ficção. Quem diz o que a lei diz é o juiz. (Juiz 20)

De acordo com a pesquisadora, “de forma nitidamente naturalizada e pouco perceptível pelos operadores”, o direito às garantias processuais tornou-se invisível e, segundo os depoimentos colhidos, a busca da verdade real e disponibilidade da iniciativa probatória do juízo tem supremacia sobre o contraditório e o manejo de provas pelas partes¹⁰².

A proibição do juiz de preocupar-se com questões que não lhe foram direcionadas deve-se à diferenciação das atribuições do juiz e das partes¹⁰³. Ocorre que, se os julgadores estão inseridos em um sistema jurídico cujo processo penal, ao menos na teoria, é marcado pela separação de poderes e imparcialidade do juiz, é incoerente permitir que eles atuem como parte, interferindo em função exclusiva do Ministério Público, como se faltasse a este órgão a expertise necessária à condução do seu múnus.

Inevitavelmente, a *emendatio libelli* leva à concentração de poderes na figura do juiz, representado como um observador mais apto que a acusação, podendo então substituí-la, e como um observador mais apto do que a defesa, igualmente capaz de substituí-la¹⁰⁴, pois se percebe “uma estrutura processual absolutamente infensa a qualquer norma limitadora tanto dos poderes judiciais quanto daqueles pertencentes à acusação”.¹⁰⁵

O poder do julgador e a mentalidade inquisitiva que torna o juiz guardião da lei desvaloram a defesa do réu exercida ao longo do processo, transformando o processo em um mero punir-por-punir, já que o réu pode ser condenado por conduta diversa daquela sobre que elaborou sua defesa. Não se pode fugir da realidade: a defesa trabalha nos limites da imputação penal, tem a tipificação como a pedra angular em que irá desenvolver suas teses e se debruça

¹⁰¹ MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 5, ed. 3, 2012. p. 449

¹⁰² Id., p. 481

¹⁰³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 185 - 212, 2016, p. 192. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.21>.

¹⁰⁴ CUNHA, Ben-Hur. Daniel; COELHO, Ariadne Elloise. Três indagações sobre a *emendatio libelli*. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v.7, n.5, p. 52753-52772, 2021, p. 52767.

¹⁰⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 185 - 212, 2016, p. 189. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.21>.

sobre os limites semânticos do tipo penal¹⁰⁶.

De acordo com Aury Lopes Jr., há uma crise identitária da jurisdição relacionada à posição do juiz diante do processo: não basta a vedação à iniciativa acusatória no momento inicial se, no decorrer processual, é permitido que o julgador atue de ofício, praticando atos tipicamente restritos às partes e condenando sem que haja pedido¹⁰⁷. O fim do processo penal, além do caminho legítimo à aplicação da pena, é garantir as prerrogativas de defesa do acusado. No entanto, não raras vezes, inicia-se a partir da análise rasa da denúncia, submetida à subsunção do estritamente previsto no art. 41 do CPP – e nada além – e perpetua-se até o trânsito em julgado com o desprezo da argumentação defensiva.

A repetição de que o juiz conhece o direito (*jura novit curia*), e, por isso, o réu não precisa se ater ao tipo penal definido na denúncia, fortalece a ideia equivocada de que o julgador figura como senhor do processo e, por isso, estaria autorizado a suprir as lacunas deixadas pelas partes, como quando, por exemplo, a Acusação atribui ao fato supostamente típico capitulação jurídica diferente da que o juiz entende como adequada.

Não se trata de apologia à impunidade e de desperdiçar o que foi feito no processo ao longo da instrução, mas de reconhecer que a *emendatio libelli* nos termos do art. 383 vigente no Código de Processo Penal desequilibra a relação acusação-juiz-defesa e, de forma inevitável, implica uma decisão surpresa¹⁰⁸, que é implicitamente vedada pelo texto constitucional por violar o princípio do contraditório. Descumprir a Constituição alegando estar defendendo-a é, no mínimo, inquietante¹⁰⁹.

No REsp 1.755.266, no qual se discutiu cerceamento de defesa, quebra do princípio do contraditório e a vedação de decisão surpresa, o ministro Luís Felipe Salomão afirmou que,

em busca de um contraditório efetivo, o normativo previu a paridade de tratamento, o direito a ser ouvido, bem como o direito de se manifestar amplamente sobre o substrato fático que respalda a causa de pedir e o pedido, além das questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, não podendo o magistrado decidir sobre circunstâncias advindas de suas próprias investigações, sem que antes venha a dar conhecimento às partes¹¹⁰.

Em atenção ao princípio constitucional do contraditório, o artigo 10 do Código de

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book.

¹⁰⁷ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

¹⁰⁸ Código de Processo Civil. Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

¹⁰⁹ COUTINHO, Thiago de Miranda. O Teatro do Absurdo constitucional e seus novos episódios à brasileira: A previsibilidade do hoje ante o epílogo do óbvio.. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/364760/o-teatro-do-absurdo-constitucional>. Acesso em: 19 nov. 2023.

¹¹⁰ BRASIL. STJ. Recurso especial. Acórdão do tribunal de origem que adotou fundamento diverso do adotado pela sentença, com base em nova situação de fato. Violação ao princípio da não surpresa. Art. 10 do cpc/2015. Ocorrência. Anulação para oitiva da parte. Desnecessidade. Ausência de prejuízo. (REsp n. 1.755.266/SC, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe de 20/11/2018.)

Processo Civil dispõe que o juiz não pode decidir com base em fundamento sobre o qual as partes não puderam se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Ainda assim, o que se pretende evitar no CPC com esse dispositivo é exatamente o que se permite no processo penal, ainda que esse se encarregue da liberdade humana.

Após a superação do modelo inquisitório e da reunião do acusador e julgador na mesma figura, pôde-se começar a falar de inércia jurisdicional, que significa dizer que cabe ao juiz, e somente a ele, a função de julgar¹¹¹. Segundo Gustavo Badaró, a partir do entendimento de inércia jurisdicional e de que não cabia ao julgador o direito de ação, é vedado que ele se pronuncie ou profira decisão sobre algo diverso do objeto processual ou sobre matéria não trazida ao processo quando uma das partes exerceu o direito de ação.¹¹² Daí, surge a regra da correlação entre sentença e acusação.

2.2 A correlação no sistema acusatório

O princípio da correlação impõe que haja conformidade entre o que juiz decide e o que a acusação insere na denúncia ou queixa-crime. Como já dito, isso é exigido para que o réu tenha a ciência do que existe contra si e a possibilidade de, durante a instrução processual, se defender dos fatos que lhe forem imputados. Nesse sentido, importa discorrer sobre a relação processual composta pela acusação, pela defesa e pelo julgador.

No método dialético processual, a acusação é a tese, a defesa é a antítese, e o julgamento, a síntese¹¹³. Pela máxima *actum trium personarum*, o acusador que acuse, o juiz que julgue e o réu que se defenda¹¹⁴. Segundo Geraldo Prado, a análise puramente objetiva das ‘regras do jogo’, que visualiza os atos sem entender quem são os sujeitos que os praticam, descarna o processo: gestão da prova e acusação são atividades que não dizem nada se não se observar quais sujeitos as realizam¹¹⁵.

Citando Giovanni Corso, Geraldo Prado afirma que acusar implica referir-se a uma função e ainda a um órgão, a um conjunto de atos e a um determinado sujeito: a acusação cuidará da atribuição de uma infração penal, em vista da possibilidade de condenação de uma pessoa provavelmente culpável¹¹⁶.

¹¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença 5*. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. E-book.

¹¹² Id.

¹¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença 5*. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. E-book.

¹¹⁴ ROCHA, Rodrigo Mariano. *Sistema acusatório na obra de Pimenta Bueno: um necessário resgate*. 2007. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4389/>. Acesso em: 19 nov. 2023.

¹¹⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. E-book, p. 173

¹¹⁶ Id.

O binômio imputação-pedido, de acordo com Paulo Rangel, constitui a acusação, que, preenchendo os requisitos do art. 41 do CPP, traçará a esfera dentro da qual o órgão julgador irá decidir o conflito de interesses¹¹⁷. A *causa petendi* está reservada ao Ministério Público, sendo vedado ao juiz acrescentar algo ao perímetro da lei ao objeto do processo já traçado pelo órgão acusador e fiscal¹¹⁸, que confirmará a pretensão acusatória do Estado no momento de suas alegações finais¹¹⁹.

Seguindo a ordem de manifestação processual, a defesa, por sua vez, é uma das premissas do silogismo que representa o mecanismo básico de correlação entre acusação e sentença, sendo o avesso da pretensão, pois, segundo Gustavo Badaró, quem se defende não pretende um direito para si, mas a inexistência de um direito para seu adversário¹²⁰.

Fundamentado na garantia constitucional da ampla defesa, decorrente primordialmente da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, ao acusado é assegurado o direito de um defensor que postule em nome e atue de forma técnica e efetiva. Para materializar a possibilidade do exercício da ampla defesa, o réu disporá de todas as informações atinentes ao significado da adoção dos comportamentos processuais, sem a supressão da presunção de inocência, no sentido de pressioná-lo a aceitar soluções para desafogar o Judiciário¹²¹.

Os poderes cognitivos do juiz estão limitados pelo objeto do processo e, caso ele profira sentença cujo julgamento seja ultra ou extra petita, incorrerá na redação do art. 564, III, *m*¹²², que prevê nulidade do processo por falta da sentença, no sentido de que a decisão que pôs fim à fase de conhecimento carece dos requisitos de existência¹²³.

Em um processo penal acusatório, a posição adequada e equilibrada a ser ocupada pelo juiz sustenta-se na ideia do princípio do juiz natural e da imparcialidade, ou seja, a exigência da prévia determinação das regras do jogo, somada à condição de eficácia plena da jurisdição e ao fato de, pelo menos, no início do processo, o julgador não ter aderido a uma das alternativas

¹¹⁷ RANGEL, Paulo. O garantismo penal e o aditamento à denúncia. Revista da EMERJ, v. 4, ed. 13, 2001, p. 181.

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ GARCIA, Rafael de Deus. Verdade Real e a Impossibilidade de Condenação após Manifestação do Ministério Público por Absolvição. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1043-1070, 2017, p. 106

¹²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre Acusação e Sentença 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. E-book.

¹²¹ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. E-book, p.197

¹²² Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: m) a sentença;

¹²³ RANGEL, Paulo. O garantismo penal e o aditamento à denúncia. Revista da EMERJ, v. 4, ed. 13, 2001, p. 184

de explicação que Ministério Público e réu contrapõem no curso processual¹²⁴.

O ministro Jorge Mussi, no julgamento do HC 640.518/SC, sustentou que “inexiste controvérsia acerca do modelo acusatório conferido ao sistema penal brasileiro, [...], tampouco de que a cabe ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública”¹²⁵. Todavia, a realidade do processo penal demonstra que as funções dos atores processuais se confundem, já que, como exaustivamente mencionado nesse trabalho, o art. 383 do CPP ignora os artigos 5º e 129, I¹²⁶ da Constituição da República ao permitir que o juiz atue como revisor do acusador.

O debate acerca da constitucionalidade – ou não – do instituto da *emendatio libelli* reside no fato de que a imputação é restrita àquele que goza do direito de ação, que, no processo penal, é o Ministério Público, nas ações públicas, e o Querelante, nas ações privadas.

Geraldo Prado afirma que, em um sistema penal, mais do que para qualquer outra área afetada pelas emanções da ordem jurídica, a existência de um elo entre direitos fundamentais e poder legítimo está radicada na vigência da democracia constitucional¹²⁷. O autor sustenta que “o processo penal concede ao direito penal a efetividade possível dentro das pautas éticas priorizadas por esses direitos, intimamente relacionados à democracia”¹²⁸.

Assim, toda ofensa à correlação entre acusação e sentença implica desrespeitar o contraditório, o que incitará a violação do direito de defesa quando prejudicar a posição processual do réu ou ferirá a inércia jurisdicional quando o juiz agir de ofício¹²⁹, interrompendo a correlativa exclusividade da ação penal conferida ao Ministério Público.

3 ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.201.963-SP

Para ilustrar uma possível solução à lacuna de divergência sobre a capitulação delitiva dada pela acusação e aquela compreendida pelo julgador como mais adequada, foi trazido a este trabalho o Agravo Regimental no REsp. 1.201.963-SP, que, primeiro será destrinchado e, em seguida, analisado em conformidade com o estudo deste trabalho.

A utilização deste julgado se mostrou relevante por comportar discussão sobre capitulação jurídica de fatos (abuso de autoridade X tortura) cuja subsunção se materializa

¹²⁴ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. E-book, p.179

¹²⁵ STJ — HC: 640518 SC 2021/0015845-2, relator: ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 22/01/2021.

¹²⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

¹²⁷ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. E-book, p. 62.

¹²⁸ Id., p. 63.

¹²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre Acusação e Sentença 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. E-book.

somente com a observação atenta dos detalhes narrados.

De relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz para acórdão, o agravo regimental no recurso especial conta com a seguinte ementa:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TORTURA. NARRATIVA FÁTICA INSUFICIENTE NA DENÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ABUSO DE AUTORIDADE NO ATO DE RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA. EXCEPCIONALIDADE QUE AUTORIZA A EMENDATIO LIBELLI. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. A descrição fática feita na denúncia não traz todas as circunstâncias necessárias para configurar o delito previsto no inciso II do art. 1º da Lei n. 9.455/1997. 2. O tipo penal em questão, definido pela doutrina como tortura-pena ou tortura-castigo, a qual requer intenso sofrimento físico ou mental, além do objetivo de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. 3. Na hipótese dos autos, a denúncia é clara ao evidenciar que o intuito dos acusados era de conter a rebelião, mas não descreve que estavam imbuídos de vontade de aplicar castigo às ofendidas. 4. Assim, e como o Ministério Público foi expresso ao afirmar que os agentes extrapolaram os meios moderadamente necessários, ressaí correta a conclusão do Juízo singular, ao entender que a conduta descrita poderia, quando muito, se adequar aos tipos penais dos arts. 3º e 4º da Lei n. 4.898/1965, vigente à data dos fatos. 5. Quanto à desclassificação da conduta no ato de recebimento da denúncia, a medida só é admitida pela jurisprudência desta Corte Superior em situações excepcionais, quando evidenciado que a alteração traz reflexos na competência do Juízo ou na obtenção de algum benefício previsto em lei. Precedentes. 6. Na hipótese dos autos, a desclassificação operada pelo Magistrado de primeiro grau permitiria a obtenção de benefícios exclusivos dos delitos de menor potencial ofensivo, diante da reprimenda prevista em abstrato para o crime de abuso de autoridade (detenção, de 10 dias a 6 meses), situação que configura a excepcionalidade admitida pela jurisprudência e torna válida a decisão prolatada. 7. Agravo regimental provido para restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau, que declarou extinta a punibilidade dos agravantes.

No caso em tela, os agravantes são policiais civis e foram denunciados pela prática do crime de tortura qualificada, nos termos do art. 1º, II e §4º, I e II da Lei n. 9.455/1997. Durante revista em uma cadeia feminina, os agentes apreenderam celulares, carregadores, estiletes e porções de drogas. As presas se insurgiram e fizeram um carcereiro refém. Para contê-las, “os policiais teriam agredido e ferido várias detentas, com chutes, golpes de cabo de vassoura e tiros de borracha.”¹³⁰

No recebimento da denúncia, o juiz de 1º grau desclassificou a conduta imputada aos denunciados, de tortura para abuso de autoridade, pois os agentes não teriam usado os meios para conter a rebelião de forma moderada. Em razão da desclassificação, houve a prescrição da pretensão punitiva do crime.

O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito perante o Tribunal de Justiça de São Paulo sob o argumento de que, nessa fase processual, o juiz não está autorizado a proceder à emendatio libelli. O recurso foi provido ao fundamento de que a situação

¹³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.201.963/SP. Relator ministro Antonio Saldanha Palheiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RESP+1201963&b=ACOR&tp=T>.

representaria uma usurpação da função do MP e uma violação ao Código de Processo Penal no que esse diz respeito ao momento adequado para a desclassificação.

A defesa dos policiais interpôs Recurso Especial, ao qual se negou provimento pelo entendimento do ministro Antônio Saldanha Palheiro de que “os fatos retratados na denúncia não permitem afastar a ocorrência do crime de tortura”. Após o desprovimento do REsp, foi interposto Agravo Regimental fundado na alegação de que” a emenda [...] pelo magistrado se mostrava possível, pois implicaria a mudança de rito processual e um tratamento mais benéfico aos denunciados”.

O ministro Rogério Schietti, relator do AgRg em REsp, manifestou-se em concordância com o juiz de piso, extinguindo a punibilidade dos acusados, afirmando em seu voto que só se admite desclassificação da conduta imputada ao acusado no ato de recebimento da denúncia em situações excepcionais, quando evidenciados reflexos na competência do Juízo ou obtenção de algum benefício”¹³¹.

3.1 Subsunção dos fatos à tortura ou ao abuso de autoridade

Conforme a denúncia, os acusados “constrangeram detentas ali recolhidas, com o emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhes intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, além de procrastinarem o atendimento médico de que algumas delas necessitavam”.

O debate que suscitou a emendatio libelli no caso em tela surgiu quando o magistrado entendeu que a situação descrita na inicial acusatória não tratava da prática do crime de tortura, conforme pleiteou o Ministério Público, mas do crime de abuso de autoridade.

Respectivamente, os crimes de tortura, nos termos pelos quais os acusados foram denunciados, e o de abuso de autoridade, mais adequado na visão do juiz de piso seguem à seguinte redação:

¹³¹ Precedentes: AgRg no RHC n. 154.287/GO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 8/10/2021; AgRg no RHC n. 146.541/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 25/6/2021, HC n. 541.994/RN, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 12/5/2021.

<p style="text-align: center;">Lei n. 9.455/1997</p> <p>Art. 1º Constitui crime de tortura:</p> <p>II - Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.</p> <p>§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:</p> <p>I - se o crime é cometido por agente público;</p> <p>II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos.</p>	<p style="text-align: center;">Lei n. 9.868/1965 (vigente à época dos fatos)</p> <p>Art. 3º Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:</p> <p>i) à incolumidade física do indivíduo;</p> <p>Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade:</p> <p>b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;</p>
---	--

Já no AgRg em REsp, Rogério Schietti proferiu voto no sentido de que, da leitura da denúncia, extrai-se que o objetivo dos acusados era conter a rebelião, e não infligir intenso sofrimento físico ou mental a fim de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Segundo o ministro, o fato de o MP afirmar que os agentes extrapolaram os meios moderadamente necessários confirma a conclusão do juiz singular, de se tratar de abuso de autoridade, e não tortura.

A ministra Laurita Vaz acompanhou o voto do ministro Schietti no sentido de que “a denúncia [...] menciona que foram aplicadas como forma de conter uma rebelião no estabelecimento prisional e, inclusive, para libertar um dos agentes penitenciários que havia sido feito refém pelas detentas. Ou seja, não foram impostas como forma de castigo ou como medida de caráter preventivo”.

A partir da leitura do acórdão proferido neste AgRg em REsp, entende-se que a decisão da Sexta Turma pela desclassificação foi adequada, na medida em que a conduta dos policiais se deu como reação à rebelião no presídio, de modo que tal reação não poderia ser configurada como forma de aplicar castigo pessoal às internas.

A despeito da concordância com a desclassificação no caso concreto, dada a narração dos fatos pelo Ministério Público, passa-se a demonstrar soluções alternativas à *emendatio libelli* descrita no art. 383 do CPP, em especial a imputação alternativa, que igualmente esclarecem a divergência acerca da classificação delitiva, sem que seja necessário desrespeitar o princípio acusatório.

3.2 A imputação alternativa frente à *emendatio libelli*

Em uma realidade jurídica ideal, as denúncias sempre adequariam os tipos penais aos fatos narrados de forma perfeita, de maneira que jamais seria necessário realizar qualquer

alteração na capitulação delitiva ao longo do processo, tampouco por ator processual diferente do acusador. Porém, como se deparou no caso exposto neste subcapítulo, há, por vezes, certa nebulosidade a respeito de tal enquadramento, que, pelo bem da segurança jurídica, deve ser solucionada.

Diante da necessidade de solucionar a lacuna sobre qual seria o tipo penal adequado quando houvesse essa discordância, é importante que a emenda da denúncia seja feita o mais próximo possível dos ditames de um processo penal constitucional acusatório. A dificuldade se mostra quando a jurisprudência é praticamente uníssona acerca da compatibilidade da *emendatio libelli* com a Constituição e o sistema acusatório nos termos vigentes e da ideia de que o réu se defende apenas dos fatos.

Como já mencionado, a acusação é composta de uma imputação e de um pedido, com a exposição do fato criminoso e suas circunstâncias, como apregoa o art. 41 do CPP. Por meio desse pedido, o Ministério Público procura fazer valer sua pretensão, sujeitando o réu ao processo¹³². Em relação ao objeto processual, a regra geral é sua imutabilidade devido à vinculação temática do juiz estabelecida pelo princípio da congruência, que, somado à garantia da imparcialidade no sistema acusatório, veda ao julgador ampliar ou restringir a pretensão acusatória¹³³.

A correlação se justifica somente em um modelo processual penal acusatório, “pois é um mecanismo que concretiza [...] o contraditório, que somente encontra condições de existência no sistema acusatório”¹³⁴. Ainda, é necessário ressaltar que o contraditório deve incidir sobre as questões de fato e de direito, pois não há mais espaço jurídico para mutilá-lo em nome de uma máxima ultrapassada¹³⁵ e incompatível com o texto constitucional¹³⁶.

No processo penal contemporâneo, a lógica binária de questões de fato *versus* de direito não se justifica, na medida em que tais questões coexistem¹³⁷. Essa separação entre fato e direito impede a elaboração de uma defesa mais sofisticada, técnica e qualificada e “peca por reducionismo da complexidade, ainda atrelada a uma concepção simplista do processo penal, incompatível com seu nível de evolução e dos cânones constitucionais contemporâneos”¹³⁸.

¹³² JARDIM, Afranio Silva. A imputação alternativa no processo penal. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, 1997, p. 27. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2313835/Afranio_Silva_Jardim.pdf/.

¹³³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book, p. 1141.

¹³⁴ Id., p. 1141

¹³⁵ *Narra mihi factum, dabo tibi ius*. Narra-me os fatos e te darei o direito.

¹³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre Acusação e Sentença 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. E-book.

¹³⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book, p. 1141

¹³⁸ Id., p. 1141

Se mudanças no fato processual podem ser irrelevantes para o direito penal, o sentido inverso não é verdadeiro¹³⁹. Em virtude disso, há situações em que não se pode fugir dessas mudanças, sob o risco de perpetuar algum nível de impunidade e desperdiçar os recursos estatais e humanos gastos ao longo do processo.

Entendendo que a solução ideal para a dúvida quanto à classificação jurídica do fato deve, obrigatoriamente, se restringir aos limites demarcados pela Constituição e pelo sistema acusatório, buscou-se analisar se a imputação alternativa seria medida apropriada a resolver o problema da *emendatio libelli* nos termos vigentes.

De acordo com Afrânio Silva Jardim, a imputação objetiva é considerada alternativa quando a inicial acusatória atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante¹⁴⁰. No entanto, apenas uma delas foi, de fato, praticada pelo acusado, e, ainda que haja também verossimilhança entre as demais, o acusado só poderá vir a ser condenado por uma das práticas descritas pela denúncia, necessariamente excludentes entre si.

A alternatividade da imputação também poderá ter caráter subjetivo quando a acusação verificar incerteza quanto à autoria delitiva, acarretando um litisconsórcio passivo¹⁴¹, quando os elementos colhidos no procedimento investigativo não forem suficientes para afastar a dúvida sobre quem teria praticado conduta típica¹⁴². Poderá, ainda, ser cumulativamente subjetiva e objetiva, com pluralidade de sujeitos ativos e de condutas típicas.

Parcela da doutrina nacional, a exemplo de Ada Pellegrini, Antonio Magalhães, Diogo Malan e Fernando Capez¹⁴³, entende que a imputação alternativa no processo penal dificulta o exercício do direito de defesa e que a diversidade de repercussões das classificações poderia dificultar o deslinde processual, quando, por exemplo, uma delas se referisse a um crime em relação ao qual coubesse suspensão condicional do processo e simultaneamente a outro em que tal benefício não fosse possível¹⁴⁴.

Apesar disso, a partir da pesquisa realizada para elaboração deste estudo, entendeu-se que, apesar de a imputação alternativa ser uma opção não tão ortodoxa ao problema da subsunção, a possibilidade de se imputar mais de um crime (condenando-se por apenas um)

¹³⁹ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

¹⁴⁰ JARDIM, Afranio Silva. A imputação alternativa no processo penal. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, 1997, p. 30. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2313835/Afronio_Silva_Jardim.pdf/.

¹⁴¹ Id.

¹⁴² DE SOUZA, Alexander Araujo. A imputação alternativa no processo penal:: exercício abusivo do direito de ação penal condenatória?. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, ed. 26, 2007, p. 25.

¹⁴³ Id., p. 25

¹⁴⁴ Id., p. 25.

parece menos grave e danosa do que permitir que o acusar seja usurpado pelo julgador.

Com fulcro no princípio da eventualidade, não são raras as vezes em que o réu faz pedidos também alternativos nas suas peças defensivas, como a desclassificação subsidiária à absolvição, e.g.¹⁴⁵. É preferível despender mais tempo dando atenção às especificidades processuais a permitir que característica tão básica do sistema acusatório, que é a separação das funções, seja desrespeitada.

Ultrapassado este aspecto, certo é que o fato narrado na peça acusatória deve estar plenamente identificado como acontecimento histórico por circunstâncias que o delimitem no tempo e no espaço, e assim o distingam de outro acontecimento naturalístico¹⁴⁶ que tenha trazido modificações relevantes do mundo exterior para o direito penal.

O ponto principal, e que não deve ser negociado, é o direito de o acusado, em qualquer fase do processo, ter total ciência daquilo que está sendo imputado a ele. Isso significa que a narração deve ser completa, isto é, a acusação deve trazer ao processo que deu causa todo o material necessário à compreensão dos fatos pela defesa, não bastando a mera alusão aos elementos de informação obtidos na investigação¹⁴⁷.

No sistema realmente acusatório, o juiz é imparcial, mas não é neutro: ele consolidou seu entendimento a respeito dos fatos e do processo e, sobre ele, profere sentença. Como garantidor dos direitos e do estado de inocência do acusado, o papel do juiz criminal é mais um óbice à pretensão condenatória do que um facilitador dela.

Na medida em que o pedido na ação penal condenatória é sempre genérico, já que é na dosimetria da pena da sentença que as circunstâncias do crime incidirão, de fato, na condenação, é necessário que a narração da acusação traga a maior quantidade possível de elementos que possam acarretar uma imposição de pena mais justa.

Só é possível que se obedeça a congruência com a restrição do julgador ao julgar e do acusador, seja Ministério Público ou querelante, ao acusar. Ora, se essas funções se confundem, a sobrevivência da correlação é uma impossibilidade lógica, pois o exercício da acusação deve estar precipuamente discernido do exercício de julgar.

A *emendatio libelli*, na forma preconizada pelo art. 383 do CPP, afasta ainda mais a possibilidade de o processo penal brasileiro existir sem resquícios inquisitivos, além de violar manifestamente o texto constitucional no que se refere ao princípio do contraditório. Não há como se falar em exercício do contraditório em um instituto cujo conceito é exatamente a

¹⁴⁵ Id., p. 25

¹⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Reação defensiva à imputação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁴⁷ Id.

prolação de sentença sem que as partes tenham tido oportunidade de se manifestar.

Na imputação alternativa, são atribuídos ao réu fatos certos e determinados, que serão adequados subsidiariamente a mais de um tipo penal, se assim entender o acusador. Se condenado, o acusado responderá por apenas um crime, uma vez que o juiz deverá demonstrar as razões pelas quais entendeu por uma capitulação delitiva, e não outra.

Ao contrário da *emendatio libelli*, a opção pela imputação alternativa não dever ser considerada violação à correlação ou óbice à amplitude de defesa. Nessa hipótese, o réu terá conhecimento de todas as possibilidades jurídicas que existem para os fatos imputados a ele, sem correr o risco de passar o processo “adivinhandando” o que pensa o juiz, nem de ser surpreendido por ele quando da prolação de sentença condenatória por delitos jamais mencionados no processo.

Por esses motivos, considerando que sua aplicação ampliaria a questão sobre a qual se debruça a prestação jurisdicional, a imputação alternativa soa como opção razoável entre a usurpação das prerrogativas do acusador pelo juiz na *emendatio libelli* e eventual impunidade na absolvição de réu culpado.

3.3 A *emendatio libelli* nas Justiças Criminais Comum e Militar

Como já mencionado, o instituto da *emendatio libelli* está previsto na redação do art. 383 do Código de Processo Penal, cuja redação anterior à Lei n. 11.719/2008, informava que “o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

A reforma do Código de Processo Penal, culminada pelo diploma legal mencionado, foi proposta pela Comissão de Juristas instaurada especialmente para esse fim. A redação sugerida manteve a essência do *caput*, acrescentando a impossibilidade de modificação dos fatos e mais quatro parágrafos, resultando no seguinte¹⁴⁸:

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 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 pelo juiz no recebimento da denúncia ou queixa.

¹⁴⁸ BRASIL. Projeto de Lei. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2001/msg213-010308.htm. Acesso em 18 de novembro de 2023.

§ 3º 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.

§ 4º Tratando-se de infração da competência do Juizado Especial Criminal, a este serão encaminhados os autos.

A partir da leitura do texto proposto, é possível perceber a intenção da Comissão de que o contraditório não fosse excluído do procedimento, além de adequá-lo ao sistema acusatório, ao texto constitucional e às garantias nele previstas. Reconheceu-se a necessidade de previsão para uma acusação eventualmente insuficiente e, não obstante mantida a alteração pelo juiz, as partes poderiam, ao menos, se manifestar.

Ainda assim, o Congresso Nacional não acolheu a sugestão e aprovou o texto que vige atualmente no Código de Processo Penal, dado pela Lei n. 11.719/2008:

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.

Em contrapartida, o Código de Processo Penal Militar, apesar de promulgado no auge do período ditatorial brasileiro, prevê um procedimento mais compatível com os princípios do contraditório, ampla defesa e acusatório. Além disso, garante mais segurança jurídica ao processo quando impõe que a *emendatio libelli* só se procederá se a acusação formular a definição jurídica diversa e à defesa for oportunizada a manifestação.

Art. 437. O Conselho de Justiça poderá:

a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la.

O dispositivo do caderno processual militar prevê de forma expressa a necessidade de vinculação do juiz com o que é narrado pela acusação, pois, caso contrário, restará ao julgador condenar o réu pelo que, de fato, se requereu na denúncia ou absolvê-lo¹⁴⁹. Ainda, a Súmula 5 firmou o entendimento do Superior Tribunal Militar, prevendo que a desclassificação, sem manifestação prévia, pode ser operada desde quando importe em benefício para o réu e conste da matéria fática¹⁵⁰.

¹⁴⁹ ARAÚJO, Cássio dos Santos. *Emendatio libelli e mutatio libelli no processo penal militar*. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v. 8, ed. 10, p. 69820-69829, 2022, p. 69824.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Súmula n. 5. A desclassificação de crime capitulado na denúncia pode ser operada pelo Tribunal ou pelos Conselhos de Justiça, mesmo sem manifestação neste sentido do Ministério Público

Isso se demonstra com julgado recente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, quando do julgamento de apelação interposta em processo no qual se confirmou que a desclassificação do abuso de autoridade para desacato a militar ofenderia o contraditório e a ampla defesa:

EMENTA: 1. Desclassificação do crime de abuso de autoridade para desacato a militar não descrito na denúncia, na sessão de julgamento, ofende princípios do contraditório e da ampla defesa. 2. O apelado defendeu-se dos fatos descritos na denúncia, não podendo ser surpreendido na sessão de julgamento com nova imputação, sem que tenha sido aditada a denúncia e garantido o contraditório e a ampla defesa. 3. O artigo 437, alínea “a”, do CPPM, permite a nova definição jurídica desde que tenha sido oportunizado à parte contrária responde-la. 4. Inaplicabilidade da Súmula nº 5 do STM¹⁵¹.

É pertinente mencionar Michel Misse, quando afirma que, no Brasil, “o Estado nunca conseguiu ter o monopólio do uso legítimo da violência, nem foi capaz de oferecer aos cidadãos acesso judicial à resolução de conflitos”¹⁵². Significa dizer que o sistema jurídico se depara com “obstáculos visíveis à concreta implementação de um modelo racional-legal”¹⁵³, na medida em que existem problemas estruturais graves na prestação jurisdicional que acabam por desviar a atenção do Estado da administração da justiça.

Nesse sentido, muito embora as redações que preveem a *emendatio libelli* tenham sido originalmente elaboradas sob governos autoritários, fica claro que, apesar da discricionariedade política e jurídica do regime militar, o legislador ditatorial do CPPM, em 1969, se atentou mais ao princípio acusatório e ao contraditório do que o legislador da Reforma do Código de Processo Penal de 2008, estruturada à égide de uma Constituição cidadã, que não se desincumbiu de reduzir os resquícios e vícios inquisitórios de um rito acusatório.

3.4 Solução ao caso debatido

No Recurso Especial objeto desse capítulo, o STJ, consonante o julgamento de 1º grau, desclassificou o crime de tortura para abuso de autoridade por entender que houve um equívoco na capitulação delitiva atribuída pelo Ministério Público aos fatos narrados na denúncia. Este subcapítulo se ocupará, portanto, de compreender uma alternativa à *emendatio libelli* mais adequada do que a prevista no art. 383 do CPP a partir das hipóteses discutidas neste trabalho.

Inicialmente, a opção pela vinculação do juiz à imputação alternativa, certa e determinada se concebe como a mais adequada, pois é a que se mostra mais capaz de vedar

Militar nas alegações finais, desde quando importe em benefício para o réu e conste da matéria fática.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Apelação criminal n. 008126/2021.

¹⁵² MISSE, Michel. Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. Civitas, Porto Alegre, v. 8, ed. 3, p. 371-385, 2008, p. 375

¹⁵³ KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório? Civitas, Porto Alegre, v. 10, ed. 2, p. 293-308, 2010, p. 300

uma eventual condenação surpresa, que é justamente o que o contraditório busca impedir. Considerando que, caso sobrevenha uma condenação, ela se dará sobre apenas um dos delitos mencionados na denúncia, não há que se falar em violação à ampla defesa, na medida em que, seguindo a ideia de paridade de armas, o acusado também apresenta pedidos subsidiários em suas peças defensivas.

A imputação alternativa também se mostra como mais justa do que a imputação cumulativa, quando o acusador, hesitante sobre as circunstâncias do crime, imputa ao acusado tudo quanto seja possível, buscando-se “demonstrar uma certeza irresponsável, atribuindo-se ao réu circunstâncias que se excluem no caso concreto”¹⁵⁴.

A imputação alternativa poderia ter sido utilizada pelo Ministério Público no caso em tela, pedindo a condenação, primeiro pela prática do crime de tortura, e subsidiariamente, pela prática de abuso de autoridade, cabendo ao julgador o juízo de adequação dos fatos narrados aos crimes alternativamente imputados, além de poder ter sido evitado a prescrição do segundo delito, caso tenha se dado no curso do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal característica do sistema processual penal inquisitivo é a fusão, nas mãos do julgador, das funções de julgar e acusar, além do manejo da instrução probatória. Já dentro de um contexto processual penal acusatório, o princípio da correlação se impõe como medida de garantia de segurança jurídica, de ampla defesa e do contraditório às partes, uma vez que, de acordo com o *actum trium personarum*, haverá a separação de funções, de modo que ao juiz, caberá julgar, ao acusador, acusar e ao réu, se defender.

Desconsiderando até mesmo a Convenção Americana de Direitos Humanos e a necessidade de obediência ao contraditório, à correlação e à segurança jurídica, o legislador manteve-se inerte quanto à violação desses princípios a fim de corresponder a um suposto interesse social panjudicialista, segundo o qual o direito penal deveria se incumbir de extinguir os delitos da sociedade para evitar o caos, a desordem e a disrupção das instituições.

Considerando que as circunstâncias jurídico-processuais podem ser acometidas por eventuais falhas e insuficiências, não se deve fechar os olhos para a necessidade de se encontrar uma solução minimamente adequada para elas. No caso de dúvida acerca da norma utilizada pela acusação para imputar um fato típico, é necessário que a legislação preveja uma elucidação

¹⁵⁴ JARDIM, Afranio Silva. A imputação alternativa no processo penal. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, 1997, p. 33. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2313835/Afronio_Silva_Jardim.pdf/.

compatível com o sistema acusatório e os princípios inerentes a ele.

A permanência da *emendatio libelli* nos termos prescritos em uma conjuntura autoritária incompatibiliza o instituto à Carta de 1988 e às garantias processuais dispostas no texto constitucional. Porém, há caminhos alternativos ao procedimento previsto no art. 383 do CPP, como a imputação alternativa, a redação do art. 437 do CPPM ou o texto proposto pela Comissão de Juristas responsável pela reforma processual.

Para se falar em imputação alternativa compatível com o sistema acusatório, é imprescindível que o juiz esteja necessariamente vinculado a um dos tipos penais constantes da denúncia para que o réu não seja surpreendido por eventual condenação por crime sobre o qual não debruçou sua defesa.

Subsidiariamente, a art. 437 do CPPM dispõe de um procedimento de *emendatio libelli* sem a violação do contraditório, porquanto para que o juiz possa assim proceder, a acusação deverá requerer expressamente capitulação delitiva diversa e o acusado ter tido a oportunidade de se manifestar. Por fim, como terceira alternativa, há a redação sugerida para a reforma do Código de Processo Penal, que previa a intimação das partes acerca da nova definição jurídica dos fatos antes da prolação da sentença.

Dadas as incertezas que permeiam o decurso do processo penal, há de se prover uma solução que fira as garantias processuais na menor escala possível. Assegurados o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica, tais possibilidades supramencionadas asseguram às partes um decorrer processual conforme à Constituição e ao sistema acusatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai; POLASTRI, Marcellus Lima. **O Processo Acusatório e a Vedação Probatória Perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

ARAÚJO, Cássio dos Santos. *Emendatio libelli e mutatio libelli no processo penal militar*. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 8, ed. 10, p. 69820-69829, 2022.

ARAÚJO, Sergio Luiz Souza; CONEGUNDES, Karina Romualdo; ROSA, Margareth Abreu. A natureza jurídica do processo e sua essência: o contraditório. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 86, ed. 1, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre Acusação e Sentença** 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. E-book.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em nov. 2023

BRASIL. **Decreto-lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969.** Código de Processo Penal Militar. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111719.htm. Acesso em nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.201.963/SP.** Relator ministro Antonio Saldanha Palheiro. Relator para acórdão Rogerio Schietti Cruz. Agravantes: Clemente Calvo Castilhane Junior, Eduardo de Oliveira, Rodrigo Augusto Said, Arthur Yamamura, José Renato de Oliveira Filho, Marco Antonio Martins Catharino, Eduardo Leite, Alexandre Scaramella e Romulo Amando Lustosa de Alencar Agra. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RESP+1201963&b=ACOR&tp=T>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.755.266-SC.** Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Recorrente: Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina S.A – BADESC. Recorrido Sularroz Industrial LTDA – Massa Falida. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271755266%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271755266%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271755266%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271755266%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja).

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Súmula n. 5.** A desclassificação de crime capitulado na denúncia pode ser operada pelo Tribunal ou pelos Conselhos de Justiça, mesmo sem manifestação neste sentido do Ministério Público Militar nas alegações finais, desde quando importe em benefício para o réu e conste da matéria fática. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref>. Acesso em nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. **Apelação criminal n. 008126/2021.** Relator Enio Luiz Rossetto. 2ª Câmara. 4ª Auditoria. Apelante: Ministério Público. Apelado: Odair Palombo Parra. Disponível em <https://ww2.tjmsp.jus.br/Jurisprudencia/Ementas/Details/16087>. Acesso em nov. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O PAPEL DO NOVO JUIZ NO PROCESSO PENAL.** Empório do Direito, 16 abr. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em: out. 2023.

COUTINHO, Thiago de Miranda. **O Teatro do Absurdo constitucional e seus novos episódios à brasileira: A previsibilidade do hoje ante o epílogo do óbvio.** Migalhas, 17 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/364760/o-teatro-do-absurdo-constitucional>. Acesso em: nov. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal

brasileiro. **Revista IBCCRIM.** Jun. 2007. Disponível em <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/4351/>.

CUNHA, Ben-Hur. Daniel; COELHO, Ariadne Elloise. Três indagações sobre a emendatio libelli. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.5, p. 52753-52772, 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Rafael de Deus. Verdade Real e a Impossibilidade de Condenação após Manifestação do Ministério Público por Absolvição. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1043-1070, set./dez. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1 /- 1. ed. - Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais.** 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 185 - 212, 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.21>.

GONÇALVES, Anelise Oliveira. **CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA NO PROCESSO PENAL: (re)construindo seu conteúdo a partir de uma exegese constitucional.** Orientador Aury Lopes Jr. Mestrado em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, v. 29, p. 13-25, 1999. Disponível em <https://www.ablj.org.br/revistas/revista15/revista15%20%20ADA%20PELLEGRINI%20GRINOVER%20%20E2%80%93%20A%20Iniciativa%20instrutoria%20do%20Juiz%20no%20Processo%20Penal%20acusat%C3%B3rio.pdf>.

HOUDALI, Mohamad. **Breves considerações sobre os sistemas processuais penais.** Canal Ciências Criminais. 11 ago. 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/sistemas-processuais-penais/>. Acesso em nov. 2023 https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2740997/Alexander_Araujo_de_Souza.pdf.

JARDIM, Afranio Silva. A imputação alternativa no processo penal. **Revista do Ministério Público.** Rio de Janeiro, 1997. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2313835/Afranio_Silva_Jardim.pdf/.

KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?. **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, ed. 2, p. 293-308, 2010.

KHALED JR., Salah Hassan. Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais. **Panóptica**, v.4, n. 20, 2010. Disponível em: <http://www.panoptica.org/op20/20_2.pdf>.

KHALED JR., Salah Hassan. Varnhagem: Advogado do Estado e Juiz Inquisidor do Tribunal da História. **Intellectus**, ano 7, v. 1, 2008.

LIMA, Daniel. **O sistema processual brasileiro é misto?** Canal Ciências Criminais. 11 ago. 2022. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/sistema-processual-brasileiro-misto/>. Acesso em nov. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único, 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. E-book.

LOPES JR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt. **Panóptica**, Vitória, v. 1, n. 1, p. 23-48, 2009

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. E-book.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Quando a Síndrome do Pequeno Poder comparece nas audiências**. Consultor Jurídico. 15 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-15/limite-penal-quando-sindrome-pequeno-poder-comparece-audiencias/>. Acesso em nov. 2023

MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. **DILEMAS**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 5, ed. 3, 2012.

MISSE, Michel. Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. **Civitas**, Porto Alegre, v. 8, ed. 3, p. 371-385, 2008.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Novos Estudos Jurídicos**, Vale do Itajaí, v. 11, ed. 2, p. 219-233, 2006.

MOTA, Thalís Santos da. Sobre os sistemas processuais penais. **Revista Consultor Jurídico**. 25 abr. 2023. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/thalis-santos-mota-sistemas-processuais-penais2>. Acesso em nov. 2023.

OLIVEIRA, Matheus Brilhadori. Thomas Hobbes e a fundamentação do poder soberano no leviatã. Campo Grande: **Eleutheria**, 2017

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. E-book.

RANGEL, Paulo. O garantismo penal e o aditamento à denúncia. **Revista da EMERJ**, v. 4, ed. 13, 2001.

ROCHA, Rodrigo Mariano. **Sistema acusatório na obra de Pimenta Bueno: um necessário resgate**. 2007. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4389/>. Acesso em: 19 nov. 2023.

SANTANA, Ana Carolina; MENEZES, Carlos Alberto. Discricionariedade judicial e linguagem jurídico penal: os limites semânticos e jurídicos entre cognitivismo e decisionismo. **Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Goiânia, v. 5, ed. 1, p. 86-104, 2019.

SOUZA, Alexander Araujo de. A imputação alternativa no processo penal: exercício abusivo do direito de ação penal condenatória? **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 26, 2007. Disponível em

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. E-book.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, ed. 2, p. 229-260, 2018.