



DECLARAÇÃO

Declaramos para os devidos fins que o (a) aluno (a) Ana Clara Ferreira Zeidan, matriculado (a) no curso de Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, apresentou em banca o trabalho de conclusão, obtendo o seguinte resultado:

Resultado: Aprovada com indicação à publicação

Tema: A não recepção da emendatio libelli no sistema processual penal acusatório consagrado pelo art. 3º-A, do CPP

A banca examinadora foi realizada na seguinte data e composta pelos membros a seguir:

DATA: 20/06/2024

HORÁRIO: 19h30

ALUNO (A): Ana Clara Ferreira Zeidan

PROFESSOR (A) ORIENTADOR (A): Bruno André Silva Ribeiro

PROFESSOR (A) CONVIDADO (A): Rafael de Deus Garcia

PROFESSOR (A) CONVIDADO (A): Marília Araújo Fontenele de Carvalho

Brasília, 27 de junho de 2024

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. A. Fontenele', is written over a horizontal line.

Centro de Pesquisa – CEPES do IDP



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

**A NÃO RECEPÇÃO DA *EMENDATIO LIBELLI* NO
SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO
CONSAGRADO PELO ART. 3º-A, DO CPP**

Brasília
2024



ANA CLARA FERREIRA ZEIDAN

**A NÃO RECEPÇÃO DA *EMENDATIO LIBELLI* NO
SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO
CONSAGRADO PELO ART. 3º-A, DO CPP**

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

Orientador: Prof. Dr. Bruno André Silva
Ribeiro

Brasília
2024



ANA CLARA FERREIRA ZEIDAN

**A NÃO RECEPÇÃO DA *EMENDATIO LIBELLI* NO
SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO
CONSAGRADO PELO ART. 3º-A, DO CPP**

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

Brasília, 20 de junho de
2024.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Bruno André Silva Ribeiro
Orientador

Prof. Marília Araújo Fontenele de Carvalho
Examinador

Prof. Rafael de Deus Garcia
Examinador

*Aos meus pais, pelo apoio incondicional e
por me lecionarem valores preciosos sobre
a vida. E ao meu namorado, por encorajar
o meu potencial com tanto apreço.*

A NÃO RECEPÇÃO DA *EMENDATIO LIBELLI* NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO CONSAGRADO PELO ART. 3º-A, DO CPP

Ana Clara Ferreira Zeidan

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os sistemas processuais penais; 1.1 O sistema inquisitório; 1.2 O sistema acusatório; 1.3. O sistema misto. 2. O Sistema Processual Penal Brasileiro e o art. 3º-A, do CPP; 2.1 Influência do sistema inquisitório; 2.2 Influência do sistema misto; 2.3 O sistema acusatório previsto no art. 3º-A. 3. A *emendatio libelli*; 3.1 O instituto; 3.2 Análise da jurisprudência 3.2.1 A jurisprudência antes do art. 3º-A; 3.2.2. A jurisprudência após o art. 3º-A; 3.3. A *emendatio libelli* e o sistema acusatório. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Resumo:

Este trabalho aborda a aplicabilidade da *emendatio libelli* no viés do sistema acusatório. O instituto é previsto no art. 383, do CPP, e confere ao juiz a possibilidade de alterar, no momento da sentença, a capitulação jurídica contida na inicial acusatória, sem a necessidade de aditamento da denúncia pelo órgão acusador, ou, ainda, a manifestação da defesa para o exercício do contraditório. Através da revisão de literatura, apresentou-se os sistemas processuais penais até então vigentes e os seus impactos no Processo Penal brasileiro. Após, o artigo procede com um recorte temporal das decisões dos Tribunais Superiores que discutem a *emendatio libelli*. Utilizou-se o marco temporal da reforma apresentada pela Lei 11.719/08, para a primeira parte da análise e a vigência do Pacote Anticrime para a segunda. O objetivo buscou compreender o impacto do art. 3º-A, do CPP, nas respectivas decisões em destaque. À vista disso, constatou-se que não apenas o instituto continua sendo regularmente aplicado, como ainda é utilizado as mesmas fundamentações anteriores à Lei 13.964/19, sem qualquer menção ao art. 3º-A, tampouco ao sistema acusatório. Em conclusão, o artigo aborda a não recepção do art. 383 pelo art. 3º-A, tendo em vista violar o corolário do sistema acusatório (a separação de funções e o contraditório).

Palavras-chave: Processo penal. Sistema acusatório. *Emendatio libelli*. Sistema Processual Penal Brasileiro. Contraditório.

Abstract:

This paper addresses the applicability of *emendatio libelli* from the perspective of the accusatory system. The institute is provided for in Article 383 of the Brazilian Code of Criminal Procedure (CPP), granting the judge the possibility to alter, at the moment of sentencing, the legal classification contained in the accusatory pleading, without the need for amendment of the indictment by the accusing body, or even the defense's manifestation for the exercise of adversarial proceedings. Through a literature review, the paper presents the criminal procedural systems in force up to that point and their impacts on Brazilian Criminal Procedure. Afterwards, the article proceeds with a temporal analysis of decisions from higher courts discussing *emendatio libelli*. The time limit trick used is the reform presented by Law 11.719/08 for the first part of the analysis and the effectiveness of the Anticrime Package for the second. The objective sought to understand the impact of Article 3-A of the CPP on the respective highlighted decisions. It was found that not only is the institute still regularly applied, but the same justifications as before Law 13.964/19 are also used, without any mention of Article 3-A or the accusatory system. In conclusion, the article discusses the non-reception of Article 383 in face of Article 3-A, considering it violates the cornerstone of the accusatory system (the separation of functions and adversarial proceedings).

Keywords: Criminal Procedure. Accusatory system. *Emendatio libelli*. Brazilian Criminal Procedural System. Adversarial proceedings.

INTRODUÇÃO

A legitimação do exercício do poder punitivo estatal é derivada da premissa que o bem-comum deve ser protegido de eventual transgressão da ordem jurídico-penal, que ocorre por uma conduta delitiva. Neste viés, surge a necessidade do processo penal, como estrutura preestabelecida do Estado que legitimará a imposição da pena através de um devido processo legal para investigação do delito. Por isso, há a necessidade de definir um sistema processual que imponha regras de garantias ao acusado e limitações ao poder punitivo¹.

No primeiro capítulo será abordado o surgimento dos sistemas processuais penais existentes. Trata-se de modelos históricos com origem na antiguidade. Apesar de adaptados para a contemporaneidade, a base estrutural que os definem ainda são observadas atualmente. São eles o sistema inquisitório, acusatório e misto.

No caso do sistema inquisitório, a junção das funções de acusar e julgar em um único órgão é o basilar. O modelo comporta a figura de um juiz que atua como acusador e julgador, e suas ações que podem ser vistas como abusivas e autoritárias são justificadas pela busca incessável da verdade real.

Ao contrário, o modelo acusatório afasta a possibilidade de o juiz atuar ativamente no processo, devendo agir como um terceiro imparcial incumbido de proferir a sentença de acordo com os elementos probatórios apresentados pelas partes. Esse modelo é marcado pela sua compatibilidade com as garantias constitucionais previstas em uma estrutura democrática. Desse modo, é o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988.

Já o modelo misto constitui uma união desses dois sistemas. É denominado como misto por possuir duas fases distintas dentro da persecução penal, e com a adoção de cada regime oposto em uma delas. Essa característica deu embasamento para que grande parte da doutrina entendesse que esse era o modelo adotado pelo nosso sistema. Portanto, o segundo capítulo busca analisar como cada modelo influenciou na formação do sistema processual penal brasileiro.

Já o terceiro capítulo apresenta a *emendatio libelli*. O instituto é previsto no art. 383, do CPP e consiste na possibilidade de o juiz alterar, no momento da sentença, a capitulação jurídica imputada, sem modificar a descrição dos fatos, ainda que denote uma situação mais severa para o réu. Diante desse panorama, o objeto deste estudo é a análise da compatibilidade do instituto

¹ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 10ª ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 21.

com o modelo acusatório, considerando que concerne ao juiz poderes que vão em desencontro com a estrutura acusatória.

Portanto, é essencial indagar se essa prerrogativa conferida ao juiz implicaria na usurpação da função exclusiva do acusador e infringiria o princípio fundamental do modelo acusatório, que consiste na separação das funções de julgar e acusar, as quais devem permanecer distintas. Da mesma forma, é de suma importância examinar como a vigência desse dispositivo afeta na aplicação de garantias fundamentais do acusado dentro da persecução penal. É possível vivermos em um processo penal democrático, ou seja, que consagra o modelo acusatório, concomitantemente à vigência de um dispositivo que permite a alteração pelo juiz no momento da sentença, da conduta imputada pelo órgão acusador na inicial acusatória? O quão esse instituto possui raízes inquisitoriais?

Ao analisar a não recepção da *emendatio libelli* no sistema acusatório brasileiro, é necessário ponderar os fundamentos teóricos e práticos que permeiam cada modelo processual penal, com o intuito de identificar eventuais conflitos e desafios que surgem na aplicação do instituto durante a persecução penal.

Se, antes era necessário analisar o instituto sob um viés constitucional, com a vigência do art. 3º-A, que consagrou a estrutura acusatória no Código de Processo Penal, a matéria se tornou ainda mais urgente. Para a análise, adotou-se como metodologia a revisão de literatura, através de doutrinadores que discorrem sobre o tema, em destaque, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró, em suas obras de Direito Processual Penal.

Além disso, buscou-se realizar uma pesquisa jurisprudencial dos Tribunais Superiores através de um recorte temporal. O objetivo geral é verificar qual o posicionamento das Cortes sobre a aplicabilidade do instituto e como a reforma apresentada pelo Pacote Anticrime, que trouxe o art. 3º-A, influenciou nas decisões.

1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI

1.1 O sistema inquisitório

Para se falar do sistema processual inquisitorial, é necessário entender o surgimento da Inquisição. Apesar de divergências quanto à sua origem, é possível destacar que a mais consolidada possui laços no Império Romano, que deu origem aos primeiros contornos do sistema inquisitório, através da *cognitio extra ordinem* e a *inquisitivo* (representava a formulação de uma acusação pela autoridade judicial, quando ausentes testemunhas para

sustentar denúncias ou acusações)². Segundo Anitua, “a inquisição foi a primeira agência burocratizada dominante destinada à aplicação de castigos e à definição de verdade, e por isso a primeira a formular um discurso de tipo criminológico”³.

No final do século XII, a inquisição foi arquitetada pela Igreja Católica para a perseguição aos hereges e, posteriormente, a caça à feiticeiras⁴, no qual se estabeleceu o primeiro esboço do procedimento inquisitorial, que foi aplicado aos delitos públicos em que o ofendido era Deus, como as práticas de heresia e magia, através da instituição do Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício⁵. De acordo com Foucault, nesse período surgiu uma versão de inquérito judiciário que trouxe para a época clássica até a época moderna uma reorganização das práticas judiciárias⁶.

O poder jurisdicional eclesiástico era exercido pelo inquisidor e tanto o início do procedimento canônico, como o seguimento e o processo decisório eram de ofício, tendo como base documentos secretos, denúncias anônimas, ausência do contraditório e a colaboração do acusado era compulsória, em contrário ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Os eclesiásticos adotavam o sistema da prova legal, em que, geralmente, apenas uma testemunha era suficiente para a configuração do indício necessário à execução de tortura e crueldade, sem direito ao acusado de qualquer tipo de recurso⁷.

O modelo inquisitorial, dispositivo indispensável para a inquisição, passou a ser aplicado para todos os tipos de delitos, após sua consolidação por todo o continente europeu⁸, sendo que a sua regulamentação sofria variações, conforme a constituição política de cada país, ou, ainda, o quão intenso era o combate da Igreja Católica contra à heresia.

Conforme ensina Foucault, a Igreja possuía uma prática de inquérito nomeada *visitatio*, que era dividida em duas etapas: a inquisição geral e a inquisição especial. Primeiramente, ocorria a inquisição geral, como uma espécie de investigação preliminar, e, caso houvesse indícios positivos, passava-se para a inquisição especial, em que, efetivamente, ocorria o procedimento e o acusado era punido⁹.

² CÁRCEL, Ricardo G. L'inquisizione. Trad. Stefano Baldi. Milão: Fenice 2000. p. 6.

³ ANITUA, Gabriel I. Histórias dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 54.

⁴ CÁRCEL, Ricardo G. L'inquisizione. Trad. Stefano Baldi. Milão: Fenice 2000. p. 8.

⁵ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 210.

⁶ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 2ª edição. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, 2001, p. 73.

⁷ ANDRADE, Mauro F. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Curitiba: Juruá, 2010. p. 275-284.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 453.

⁹ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 2ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, 2001. p. 69.

As práticas inquisitórias presentes na Europa foram transplantadas para o Brasil pelos colonizadores, através de Ordenações e Regimentos. Poucos anos após a sua descoberta, a sua justiça era realizada pelos donatários. De acordo com Prado, o regime jurídico da América era caótico, devido a subjetividade do critério¹⁰. Apesar de não haver um Tribunal de Santo Ofício no Brasil, a Inquisição era realizada por funcionários do Santo Ofício de Portugal, nomeada Visitação do Santo Ofício, com grande influência na colônia¹¹ e pelos agentes nomeados como “familiares”, que agiam como espiões e denunciadores.

Com a presença periódica de um inquisidor no Brasil, pela emigração de cristãos portugueses, o foco principal para a inquisição eram as regiões de maior prosperidade, como o Nordeste e, posteriormente, com o seu desenvolvimento, o Sul, mas a maioria dos denunciados pertenciam a região mineira¹². Nas visitas realizadas pelos inquisidores eram analisados os pecados, compilação de denúncias, aceleração de casos e promoção de celebrações. Porém, assim como em outras partes do império português, as atividades inquisitoriais foram enfraquecendo gradualmente no Brasil.

Uma das características mais marcantes do sistema inquisitório é a busca “ilimitada” pela verdade no direito, através dos aspectos religiosos e morais, com a representação de uma nova forma de exercício de poder punitivo, de maneira verticalizada. Com base nos ensinamentos de Foucault, o magistrado possuía pleno poder e capacidade de constituir uma verdade absoluta com a qual investia o acusado por meio de interrogações capciosas e insinuações; o acusado era interrogado apenas uma vez antes da prolação da sentença, sob a forma de peças e de relatórios escritos e secretos¹³.

O princípio da verdade real é considerado um basilar do processo inquisitorial, considerado que o comportamento da Igreja naquele espaço-tempo era pautado na intolerância e na busca da “verdade absoluta”¹⁴. A partir de sua referência estabelecida como um dos objetivos principais, era perfeitamente justificável o juiz inquisidor agir de ofício para a busca de provas que levem a verdade real, a qualquer custo, mesmo que os procedimentos resultem em práticas autoritárias e sem previsão legal, em desfavor de direitos assegurados ao indivíduo.

¹⁰ PRADO, Geraldo. O Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999. p. 115.

¹¹ WOLKMER, Antonio C. Fundamentos de História do Direito, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p. 68.

¹² NOVINSKY, Anita. Cristãos-novos na Bahia. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1992. p. 111.

¹³ FOULCAULT, Michel. Vigiar e Punir: o Nascimento da prisão. 27ª ed. Petrópolis, 1987. p. 38.

¹⁴ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 211.

Anitua enfatiza que o sistema inquisitório, caracterizado pela ausência de acusador e defesa, é caracterizado pelo melhor método de inquirir ou averiguar a verdade. Na busca pela verdade real, a tortura é minuciosamente justificável, uma vez que é um caminho célere para a confissão de autoria ou até da presença de coautoria no delito¹⁵. No mesmo sentido, Jacinto Coutinho elucida que apesar da inquisição não ter inventado a tortura, criou os mecanismos do sistema inquisitório como uma fórmula perfeita de justificá-la¹⁶.

Como vigorava o sistema de hierarquia de provas, a confissão encontrava-se no topo da pirâmide, e, uma vez obtida, como considerada prova máxima, não mais era necessário a realização de outros procedimentos que levassem à outras indicações, sendo apenas a confissão suficiente para a condenação. Foucault constata a hierarquia da confissão, uma vez que o inquérito dividido em duas etapas de inquisição anteriormente mencionado, poderia ser interrompido a qualquer momento pela confissão do acusado. Da mesma forma, a defesa não possuía utilidade, pois com a confirmação da acusação, um advogado não se mostrava mais necessário¹⁷.

A inexistência da coisa julgada também era uma característica do sistema inquisitório, tanto que, a sentença de absolvição deveria conter que nada foi legitimamente provado, e não sua inocência, para que, posteriormente, fosse possível a reabertura do processo pela inquisição e a efetiva condenação do acusado¹⁸.

No processo inquisitório, o réu não é uma parte, mas um objeto do processo¹⁹. Logo, não é possível a existência de uma relação jurídica processual, tendo em vista que o juiz inquisidor assume a função de Ministério Público e o magistrado, ao mesmo tempo, fundindo-se em apenas um órgão do Estado. Assim, o modelo inquisitorial é sinônimo de discricionariedade e autoritarismo. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. elucida o quão errôneo foi acreditar que as funções tão antagônicas de investigar, acusar, defender e julgar poderiam ser desempenhadas pelo mesmo indivíduo²⁰.

O modelo foi predominante até meados do século XVIII, quando se enfraqueceu gradualmente com os movimentos e reivindicações por garantias individuais ocorridos na

¹⁵ ANITUA, Gabriel I. Histórias dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 60.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto. O papel do novo juiz no processo penal. Empório do direito, 2015. <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 06 maio 2024.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 2ª edição. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, 2001. p. 73.

¹⁸ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 214.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo H. Processo penal – 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 130.

²⁰ JR., Aury L. Direito processual penal. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 21.

Revolução Francesa²¹. Com os ideais apresentados pelo iluminismo que buscavam a criação de uma república baseada nos direitos humanos de primeira geração, o modelo inquisitorial tornou-se incompatível com o ciclo revolucionário, sendo os aspectos mais bárbaros paulatinamente abandonado.

Sob esse aspecto, Ferrajoli identifica que:

“A batalha cultural e política contra a irracionalidade e o arbítrio desse procedimento forma um dos motivos animadores de todo o Iluminismo penal reformador. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e a Pagano, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição”²².

Com as características presentes no sistema inquisitório, é incontestável a afirmação de sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Os princípios basilares de uma democracia presentes no viés processual são pautados pela obrigatoriedade do contraditório, da ampla defesa, da não autoincriminação, da publicidade dos atos processuais, da vedação à tortura, do respeito à coisa julgada e de um juiz natural e imparcial, assim como diversas outras garantias fundamentais encontradas na Convenção Americana de Direitos Humanos, inconciliáveis com o sistema inquisitório. Apesar disso, o Código de Processo Penal de 1941 ainda o adota em inúmeros dispositivos.

1.2 O sistema acusatório

Mesmo na antiguidade, durante o Direito grego, onde se originou o sistema acusatório, era realizada a separação de funções. Diferentemente do que é vivenciado atualmente, o sistema acusatório possuía uma abordagem privada, dada a titularidade da ação, que incumbia exclusivamente à vítima ou seus familiares. Mais à frente, a aplicação do direito contava com uma participação direta dos cidadãos, com divisão de funções para o exercício de acusar e o de julgar. Os próprios cidadãos encarregados da acusação eram responsáveis pela produção de provas, sem interferência do juízo jurisdicional. Durante o processo judicial, prezava-se pela oralidade e publicidade e o público possuía amplo acesso para o julgamento. Além disso, a denúncia caluniosa era criminalizada e as denúncias anônimas vedadas²³.

O direito romano adota posteriormente o sistema acusatório com duas formas de jurisdição: a *cognitio e accusatio*. Na *cognitio* os juízes representavam o poder do Estado e

²¹ JR, Aury L. Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 214.

²² FERRALLOJI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 454.

²³ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 203.

possuíam autonomia para decidir a melhor forma de esclarecimento dos fatos. Contudo, o povo poderia recorrer da decisão do juízo, requerendo anulação (similar ao duplo grau de jurisdição que possuímos atualmente). Já na *accusatio*, em caso de *delicta publica*, um cidadão do povo espontaneamente assumia o papel da acusação, sem vinculação ao juiz ou qualquer órgão do Estado²⁴.

Conforme ensina Ferrajoli,

é precisamente desta natureza privada da ação penal [...] que derivam, no processo romano *ordinário*, as características clássicas do sistema acusatório: a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, a atribuição a estas de toda atividade probatória e até mesmo da disponibilidade das provas, as conexas publicidade e oralidade do debate, o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz, tanto mais quanto maior for sua origem popular²⁵.

As características históricas do sistema acusatório o permitiram predominar na maior parte da Antiguidade grega e romana, além de persistir na Idade Média, sobretudo nos contextos do direito germânico²⁶. Borges ressalta a influência do sistema acusatório também na Inglaterra, durante a Idade Média, através da criação do Tribunal do Júri²⁷.

Entretanto, como Aury Lopes Jr. prudentemente ressalta: “os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época”²⁸. Assim, o sistema acusatório privado possuía irregularidades e mostrava-se insuficiente para a necessidade de novas repressões dos delitos, devido a liberdade acusatória irrestrita, muitas vezes nutrida pelo sentimento de vingança.

O sistema acusatório predominou até meados do século XII, mas tornou-se cada vez mais debilitado. Com isso, o sistema inquisitório foi se fortalecendo, através de ações cada vez mais autoritárias e discricionárias dos juízes, até um ponto em que assumiram as funções concernentes à acusação²⁹.

Após toda a era da inquisição, a Revolução Francesa buscou o retorno ao sistema acusatório, tendo como base o júri, a ação popular, o contraditório, a oralidade, a publicidade e

²⁴ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 203.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 453.

²⁶ BADARÓ, Gustavo H. Correlação entre Acusação e Sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 27.

²⁷ BORGES, Clara M. R. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v.21. n. 104. p. 147-171, set./out.2013.

²⁸ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 73.

²⁹ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 20.

o livre convencimento do juiz. No entanto, o modelo não subsistiu, sendo rapidamente sucedido pelo sistema misto³⁰.

De acordo com Pacelli, a principal forma de distinguir o sistema inquisitorial do acusatório é a titularidade atribuída ao órgão responsável pela acusação. Em oposto ao sistema anterior, que o inquisidor desempenhava a função de julgar simultaneamente à de acusar, o sistema acusatório desdobra essas funções entre órgãos distintos³¹.

Em contramão, Cordero realizou um estudo em que detectou que apenas a distinção de juiz e acusador é insuficiente para a determinação do sistema, na medida em que o autor constatou modelos anteriores em que ocorria a divisão de funções, mas as partes não possuíam autonomia para a produção de provas necessárias³². Sob tal perspectiva, o que definitivamente distingue os modelos está no poder do juiz de gerenciar as provas.

O sistema acusatório se sobressai positivamente em relação ao inquisitório, já que se configura como uma garantia ao acusado. Pode-se observar ideologicamente que o modelo acusatório possibilita o exercício do poder democraticamente, pois é garantido ao acusado participação na composição, principalmente quando o acusado passou a ser considerado sujeito de direitos no decorrer do processo, em vez de mero objeto³³. E, ainda, o seu modelo estrutural possibilita, especialmente sob o aspecto probatório, resoluções mais efetivas para as questões de fato e de direito³⁴.

O sistema acusatório é concebido como um processo de partes³⁵. Nesse sentido, o juiz deverá atuar como um terceiro imparcial equidistante e as partes deverão atuar em prol do objetivo de convencimento do magistrado. Essas partes devem ser tratadas igualmente e possuírem as mesmas oportunidades durante o processo. Também devem ser incumbidas da iniciativa probatória que fundamentem o que estão alegando. Diferentemente do que vigora no sistema inquisitório, não há tarifa probatória e o juiz possui o livre convencimento (deve, no entanto, motivá-lo na sentença)³⁶.

Os princípios constitucionais que vigoram no nosso ordenamento jurídico estão intimamente ligados ao sistema acusatório. Pode-se citar a segurança jurídica, o duplo grau de jurisdição, a publicidade dos atos, o juiz natural, a ampla defesa e o contraditório. Neste viés, é

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 454.

³¹ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 33.

³² CORDERO, Franco. Guida Alla Procedura Penale. Torino: Utet, 1986.

³³ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 423.

³⁴ BADARÓ, Gustavo H. Processo penal. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 132.

³⁵ LIMA, Renato B. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 104.

³⁶ JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 21.

significativo citar o valor inestimável do contraditório para o processo penal, que só é possível de ser efetivamente alcançado com a adoção do sistema acusatório³⁷.

Atualmente, a adoção do sistema acusatório por parte dos Estados é diretamente ligada à estrutura de sua democracia³⁸. Em países que prezem pelas garantias fundamentais do indivíduo, sem interferências estatais exuberantes na liberdade individual, o sistema processual penal adotado não poderá ser outro senão o acusatório.

A configuração do sistema processual penal é profundamente moldada pela estrutura e concepção do poder estatal. O sistema acusatório emerge como uma necessidade no contexto contemporâneo do processo penal, diante da estrutura social e política vigente do Estado³⁹.

1.3 O sistema misto

Igualmente denominado sistema acusatório francês, o modelo misto surgiu com a superação do sistema inquisitório. Como um produto da Revolução Francesa, a Era Napoleônica introduziu o *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808, primeiro dispositivo a consagrar o sistema misto, que buscava fundir o acusatório com o inquisitório⁴⁰. O Código Napoleônico foi pioneiro na realização do desmembramento das fases investigativa e jurisdicional⁴¹.

O modelo misto expandiu-se por toda a Europa, e, posteriormente, popularizou-se por todo o mundo. Sua estruturação mostrava-se interessante, dada à adoção de características do sistema acusatório antigo, mas com a permanência da persecução penal nas mãos do Estado. Na base teórica, a fusão dos modelos parecia solucionar as dificuldades que fizeram os sistemas anteriores colapsarem, uma vez que se criou o órgão do Ministério Público, encarregado da acusação e possibilitou ao acusado os direitos de defesa (ao mínimo na segunda fase), mas não cedeu a condução do processo aos particulares, possibilitando que o poder punitivo estatal permanecesse sólido na repressão de delitos.

A persecução penal era dividida em duas fases distintas no modelo misto. Primeiramente, ocorria a instrução preparatória, através dos Juizados de Instrução⁴², em que o juiz era responsável por conduzir o procedimento de forma escrita, secreta, com ausência de

³⁷ JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 21.

³⁸ Idem. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 74.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo H. Processo penal – 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 129.

⁴¹ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 78.

⁴² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 34.

contraditório e ampla defesa. Logo, conclui-se que vigorava na instrução as particularidades do sistema inquisitório. Contudo, na fase do julgamento, o processo redirecionava-se para o modelo acusatório, já que a função de acusar competia a um órgão distinto do juiz⁴³. Além disso, a sessão de julgamento era conduzida oralmente, com publicidade e contraditório⁴⁴.

Atualmente, quem defende a existência do sistema misto, precipuamente no processo penal brasileiro, a pauta pela divisão de fases que ainda vigora. A primeira fase é realizada através do inquérito policial, manifesta ferramenta inquisitiva, em que compete à polícia judiciária a apuração dos fatos para a constatação de indícios de autoria e materialidade do delito.

Em que pese grande parte da doutrina entender que o nosso sistema é definido como misto em razão da fase preparatória de natureza inquisitorial, é equivocado considerar o inquérito policial como uma fase processual. O modelo inquisitório impera notoriamente durante a fase investigativa, considerando que o sujeito é um objeto da investigação e possui mecanismos escassos para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, o inquérito policial é visto como uma fase pré-processual, e conforme Pacelli ensina, a delimitação de um sistema processual deve se concentrar na análise do procedimento, ou seja, na conduta do juiz durante o curso do processo. Devido ao fato de que o inquérito policial não se equipara ao processo, um sistema processual não pode ser considerado híbrido, pelo menos com base nessa justificativa⁴⁵. O autor ainda acrescenta que apenas nas hipóteses de a investigação ser realizada diretamente perante o juízo, dando o exemplo do Juizado de Instrução Francês, seria possível denominá-lo misto. Além disso, a competência jurisdicional do juiz no processo não se mistura com a fase investigativa, não ocorrendo, portanto, a contaminação.

Jacinto Coutinho é defensor da impossibilidade de coexistência do sistema acusatório com o inquisitório, definindo como irracional e desaconselhável na prática⁴⁶. Nesse sentido, pode-se aperfeiçoar tal entendimento com uma frase reflexiva do autor: “se o sistema misto serviu a Napoleão, um tirano; serve a qualquer senhor; não serve à democracia”⁴⁷.

⁴³ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 34.

⁴⁴ FILHO, Fernando C. T. Processo Penal. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112.

⁴⁵ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 39.

⁴⁶ COUTINHO, Jacinto apud JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 79.

⁴⁷ COUTINHO, Jacinto apud JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 80.

Badaró afirma que atualmente não mais encontramos modelos puros, uma vez que ambos os sistemas (inquisitório e acusatório) são modelos ideais históricos⁴⁸. No mesmo sentido, Gilberto Lozzi acrescenta que na observância dos ordenamentos jurídicos vigentes, características predominantes assinalam a preferência à um dos modelos, apesar disso, todos são considerados mistos⁴⁹.

Ao contrário, Aury Lopes Jr. entende como um reducionismo ilusório considerar um sistema como misto⁵⁰. O autor corresponde a afirmação de Badaró que os modelos puros são tipos históricos, mas visa a necessidade de identificar o princípio fundamentador para definir o sistema como inquisitório ou acusatório, e não misto. Com a definição de um sistema misto, percebe-se que apenas um sistema é predominante em sua base estrutural, seja o acusatório ou o inquisitório. Porém, eventuais características acessórias que se assemelhem ao modelo contrário, levam erroneamente a concepção de que o sistema é uma fusão de ambos os modelos.

O princípio fundamentador do sistema inquisitório pauta-se de acordo com o princípio inquisitivo, que incumbe ao juiz de investigar e adquirir conhecimento de forma independente na busca pela verdade real⁵¹. Mesmo com a presença de características acessórias do sistema acusatório (nas palavras do autor a oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado, separação -inicial- de atividades etc.), nada impede que o processo seja inquisitório.

Quanto ao sistema acusatório, a mera separação inicial das funções de acusar e julgar não é suficiente para a sua constituição e, seu princípio fundamentador é pautado pela gestão probatória inteiramente incumbida às partes, com um juiz genuinamente imparcial.

2. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E O ART. 3º-A, DO CPP

2.1 Influência do sistema inquisitório

Na época da grande ascensão da inquisição pela Igreja Católica, Portugal, não diferentemente do resto da Europa, adotou o sistema inquisitório e, conseqüentemente, o Brasil também. Porém, após o seu enfraquecimento, o Código de Processo Criminal brasileiro de 1832

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo H. Processo penal – 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 129.

⁴⁹ LOZZI, Gilberto. Lezioni di procedura penale. 13ª ed. G. Giappichelli Editore 2018. p. 9.

⁵⁰ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 78.

⁵¹ Ibidem. p. 81.

adotou alguns princípios e normas contra o caráter inquisitorial⁵². A inovação no modelo brasileiro buscou adotar as reivindicações liberais humanitárias da população brasileira⁵³.

Após alterações constitucionais, o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 apresentou mudanças contra as raízes inquisitoriais, separando as funções de acusar e julgar e limitando os procedimentos de ofício pelo juiz. Contudo, seu surgimento foi em meio a um clima de instabilidade política, já que foi concebido em uma época autoritária, durante o governo de Getúlio Vargas, com base na Constituição de 1937 e do modelo fascista italiano (*Codice Rocco* de 1930). Por isso, Nestor Távora afirma que não podemos admitir a delimitação do sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal de 1941, uma vez que sobreveio nessa conjuntura⁵⁴.

De acordo com Aury Lopes Jr., o modelo presente no Código de Processo Penal brasileiro ainda possui traços inquisitórios, uma vez que a mera separação inicial das funções de acusar e julgar não são suficientes para denominá-lo como acusatório⁵⁵. Um exemplo marcante dos traços inquisitoriais, usado muito pelo autor, é o espaço cênico presente na estrutura da persecução penal.

As salas de audiências ainda prezenciam o sintoma com muita clareza, quando é colocado o acusador ao lado do julgador, ambos afastados da defesa. O autor afirma que são imprescindíveis a imparcialidade objetiva-estrutural e a estética de imparcialidade para um genuíno sistema acusatório compatível com o Estado Democrático de Direito⁵⁶.

Ainda vigoram diversos dispositivos do Código de Processo Penal que consagram o sistema inquisitório (art. 156 -produção antecipada de provas pelo juiz de ofício-, art. 385- condenar o réu mesmo com o expresse pedido de absolvição pelo MP, entre outros).

Pacelli afirma que os dispositivos apontados concedem uma extensa autonomia ao juiz na busca de provas, muitas vezes justificada pelo venerado princípio da busca pela verdade material⁵⁷. O princípio da verdade real, de acordo com o autor, é frequentemente utilizado para fraudar a legitimidade do ônus da prova ao Ministério Público, permitindo que o juiz o substitua nessa função.

Um deles é tratado como enfoque da presente discussão (artigo 383), que consagra a *emendatio libelli* (instituto que permite a alteração da tipificação penal pelo juiz, de ofício ou a

⁵² SEABRA, Silvia C. Sistemas Processuais. Rio de Janeiro: Rev. Ministério Público, 2002. p. 268.

⁵³ MARQUES, José F. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas, Bookseller, 1998, v. 1, p. 100.

⁵⁴ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar R. Curso de Direito Processual Penal. 10ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015. p. 36.

⁵⁵ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 87.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 36.

requerimento, ainda que configure delito mais grave, dispensado o aditamento da denúncia, uma vez que os fatos narrados na denúncia ou queixa não sofrem alteração). Brevemente, o instituto possui enfoque inquisitório pois confere poderes concernentes à acusação ao magistrado, conforme abordaremos melhor no próximo capítulo.

2.2 Influência do sistema misto

A doutrina majoritária classificava o sistema processual brasileiro como misto, em consequência à predominância das características inquisitoriais na fase pré-processual e dos aspectos acusatórios durante a fase jurisdicional. Essa corrente doutrinária define o sistema processual penal brasileiro como misto ante o antagonismo entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, acreditando-se possível os dispositivos do Código de Processo Penal que preveem procedimentos inquisitoriais coexistirem, sem maiores óbices, com a Constituição Federal.

Mesmo que por fim o Código de Processo Penal tenha, através da reforma trazida pela Lei nº 13.964/2019, previsto expressamente a estrutura acusatória do processo penal, um segmento da doutrina ainda reitera que, na prática, vigora o sistema misto. Para justificar esse entendimento, Nucci alega que apesar da Constituição Federal prever, por meio dos princípios processuais penais, a “predileção” pelo sistema acusatório, não se trata de uma imposição⁵⁸. De acordo com o autor, compete ao Código de Processo Penal criar as regras processuais que devem ser seguidas pela persecução penal e, na medida em que o Código de Processo Penal ainda contempla inúmeros dispositivos com raízes inquisitoriais, o sistema deve ser entendido como misto⁵⁹.

Com uma divergente linha doutrinária, Aury Lopes Jr. evidencia que a organização do Código de Processo Penal de 1941 precisa ser ajustada para se alinhar à atual ordem constitucional, que estabelece a adoção do sistema acusatório como base fundamental⁶⁰.

Na realidade, o que se apresenta evidentemente ilegítimo é a coexistência do sistema inquisitório estabelecido em leis ordinárias com o sistema acusatório garantido na Constituição representa, em nossa análise, uma contradição que, essencialmente, mina a autoridade da

⁵⁸ NUCCI, Guilherme S. Manual de Processo Penal. Volume Único. São Paulo: Grupo GEN, 2024. p. 28.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 82.

Constituição como a lei suprema⁶¹. E conforme leciona Pacelli, o fato de ainda existirem juízes criminais que ignoram as exigências constitucionais não justifica a fundamentação de um modelo processual brasileiro misto⁶².

2.3 O sistema acusatório previsto no art. 3º-A, do CPP

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil presenciava um sistema inquisitório que permitia um amplo poder instrutório à figura do juiz, em razão do Código de Processo Penal de 1941.

Porém, a Carta Magna apresentou uma transmutação acerca de preceitos garantistas ao indivíduo, em singular, para a figura do acusado durante a persecução penal. Para mais, positivou em seu art. 129, incisos I e VII⁶³, a competência do Ministério Público para iniciar a ação penal pública e requisitar diligências investigatórias e instauração de inquéritos policiais.

No entendimento de Badaró, o processo penal é um ambiente que espelha a cultura e a estrutura política da sociedade. É impossível conceber um Estado de Direito que não adote um sistema processual penal acusatório⁶⁴.

Assim, é unânime que o sistema acusatório foi constitucionalmente consagrado. Conforme leciona Pacelli o sistema acusatório é um dos fundamentos do arcabouço constitucional que garante os direitos individuais⁶⁵.

No entanto, apenas em 2019, com a reforma promovida pela Lei nº 13.964⁶⁶, o Código de Processo Penal entrou em conformidade (em tese) com a Constituição, prevendo em seu artigo 3º-A sua estrutura acusatória.

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.

Com essa reforma, grande parte da doutrina contava com a revogação tácita de dispositivos de natureza inquisitória do Código de Processo Penal. Aury Lopes Jr. acreditava na necessidade de uma filtragem constitucional dos dispositivos não recepcionados pelo art. 3º-

⁶¹ AVENA, Norberto C. P. Processo Penal Esquematizado. IBooks. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁶² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 41.

⁶³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I- promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; VII- exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo H. Processo penal – 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 95.

⁶⁵ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 38.

⁶⁶ BRASIL. [Pacote Anticrime]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <[L13964\(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br)> Acesso em: 10 maio 2024.

A⁶⁷. Entretanto, diante dessa possibilidade, o ministro Luiz Fux suspendeu, no início de 2020 (em sede de liminar, nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), a eficácia do juiz das garantias (incluiu-se o art. 3º-A) e, o STF veio se manifestar sobre o dispositivo apenas em outubro de 2023, com a seguinte decisão:

Por maioria, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito.⁶⁸

Logo, o sistema acusatório expressamente previsto no CPP é (por óbvio) constitucional, de acordo com o STF. Contudo, a segunda parte do art. 3º-A recebeu uma interpretação complexa. Ao passo em que o dispositivo veda a iniciativa probatória do juiz, o Supremo decide que, excepcionalmente, essa regra pode ser relativizada em caso de questão relevante. O ponto, nesse caso, é o seguinte: como será definido o que é questão relevante?

Não restam dúvidas de que estamos caminhando na direção correta, ou seja, o “núcleo fundante”⁶⁹ do sistema acusatório, mas ao mesmo tempo retrocedemos em frente à uma grande oportunidade de modificação, quando ainda permite-se a interferência do juiz na gestão de provas. No entendimento de Aury Lopes Jr., o STF fornece uma interpretação completamente equivocada e converte a reforma legislativa em um simulacro de sistema acusatório, que essencialmente perpetua a estrutura neo-inquisitória⁷⁰.

Ainda que anterior ao juiz das garantias, o STJ já possuía entendimento de que o sistema processual penal brasileiro não deve limitar-se apenas à divisão de atribuições, mas também à inércia do juiz quanto a impossibilidade de substituir iniciativa de qualquer das partes no processo:

"Como se sabe, constitui alicerce do processo penal brasileiro o sistema acusatório, no qual, em oposição à modalidade inquisitorial, impõe-se uma clara divisão de atribuições entre os sujeitos processuais responsáveis por acusação, defesa e julgamento na persecução criminal. Tal sistema traz como corolários os princípios da inércia e da imparcialidade do órgão jurisdicional — inclusive, e especialmente, no tocante à impossibilidade de que o julgador substitua iniciativa que seja de atribuição exclusiva da parte"⁷¹

⁶⁷ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 83.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6298/DF. Relator: Min. Luiz Fux, 24 ago. 2023. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493580/false>>. Acesso em: 06 maio 2024.

⁶⁹ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 84

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5. Turma). HC: 347748-AP (2016/0019250-0). Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia reconhecida pelo tribunal de origem. Determinação, de ofício pelo órgão jurisdicional, de aditamento da peça acusatória. Violação ao sistema acusatório, aos princípios da inércia da jurisdição e da imparcialidade do julgador. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. Impetrante: Dyelly Coelho dos Reis e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 27 set. 2016. Disponível em: <[ITA \(stj.jus.br\)](ITA(stj.jus.br))>. Acesso em: 06 maio 2024.

Conforme o entendimento de Badaró, a produção de provas de ofício pelo juiz não afronta o sistema acusatório, justificando que não existe o direito das partes de garantir que a convicção judicial seja formada unicamente com base nas evidências apresentadas por elas, e não pelo juiz⁷².

Ao contrário, Ferrajoli afirma que a figura do juiz é uma premissa indispensável para a definição do sistema como acusatório ou inquisitório⁷³. Para ele, um sistema acusatório obrigatoriamente deve ter um juiz passivo rigorosamente afastado das partes que as conceda um debate paritário, iniciado pela acusação e por ela a incumbência de todo ônus da prova. No mesmo entendimento, Aury Lopes Jr. ressalta que a iniciativa probatória do juiz no processo é o “fundante da estrutura processual”⁷⁴.

O princípio da imparcialidade do juiz (junto ao contraditório) é o mais importante para o processo penal moderno⁷⁵. Segundo Geraldo Prado, por mais disciplinado que o juiz seja, inseri-lo na atividade probatória compromete a sua imparcialidade, afastando-o do ponto de equilíbrio⁷⁶.

Quando o juiz determina a produção de provas de ofício, acaba, mesmo que inconscientemente, retirando a sua toga de terceiro estranho às partes e vestindo a da acusação, sepultando o *in dubio pro reo* e a garantia de um julgamento criminal efetivo, nos parâmetros constitucionais, devido a propagação da parcialidade⁷⁷.

Desta forma, um sistema processual acusatório democrático obrigatoriamente deve assegurar a imparcialidade do julgador, de modo que a gestão de provas é incumbida somente às partes (*ne procedat iudex ex officio*)⁷⁸.

No entanto, no entendimento de Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr., nada impede que, o juiz, com provas já produzidas e presentes nos autos, elucide questões dentro do escopo abordado pelas partes, sem introduzir perguntas inovadoras, tampouco indicar

⁷² BADARÓ, Gustavo H. Processo penal – 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 132.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 452.

⁷⁴ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 21.

⁷⁵ JARDIM, Afrânio S. Direito Processual Penal. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000. p. 40.

⁷⁶ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 199.

⁷⁷ GIACOMOLLI, Nereu J. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 285.

⁷⁸ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 84.

evidências de forma independente⁷⁹. O que ele não poderá fazer é o papel da busca probatória, pois é função da acusação⁸⁰.

Apesar disso, Aury Lopes Jr. não reluta às críticas que sempre foram feitas e até hoje são indagadas sobre o sistema acusatório, e reconhece que a inércia do juiz pode acarretar uma atividade probatória incompleta pelas partes, tendo a função de julgar com base em um material incompleto que lhe foi disposto. Contudo, o autor afirma que essa crítica não torna suficiente a adoção de um erro histórico em permitir um juiz inquisidor dentro do processo. É necessário reforçar a estrutura dialética em vez de desmantelá-la⁸¹, de maneira que prossigamos no caminho de um sistema compatível com a democracia.

Deve-se compreender que o órgão de acusação contemporâneo é grandemente capacitado. O Ministério Público possui habilidades técnicas capazes de conduzir toda a acusação, com a iniciativa probatória, sem a interferência do juiz. De outro modo, para que a justiça possa ser acessível a todos, e não apenas aos que possuem recursos suficientes em prol da representação por profissionais do Direito com alto grau técnico, é competente ao Estado a obrigação de estabelecer e manter um órgão público de defesa tão bem desenvolvido quanto o Ministério Público⁸².

Assim, ambas as partes estarão hábeis para a gestão das provas que lhe incumbem e, o magistrado poderá retomar o papel de juiz-espectador. Como um atributo essencial para o processo acusatório, haverá a igualdade de posições⁸³ defendida por Badaró e, assim, alcançaremos a concreta definição do princípio da paridade de armas.

Sabe-se a função basilar da Defensoria Pública em um Estado Democrático de Direito e, embora seja possível observar a sua evolução ao longo dos anos, a sua composição ainda é incomparável a do Ministério Público. Mais precisamente, o quadro de defensores públicos é 78,8% menor que o de promotores e procuradores de Justiça, bem como o orçamento destinado à Defensoria Pública 271,38% menor que o do Ministério Público, conforme aponta a Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023⁸⁴.

⁷⁹ ROSA, Alexandre M. JR, Aury L. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória. Pacote Anticrime: reformas processuais: reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019/ organização Rodrigo Oliveira de Camargo, Yuri Felix. 1ª ed. Emais, Florianópolis, 2020. p. 45.

⁸⁰ COSTA, Álvaro M. Limitações da atuação do Juiz no sistema acusatório. Revista Ministério Público, Rio de Janeiro, 2006. p. 52.

⁸¹ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 75.

⁸² Ibidem. p. 76.

⁸³ BADARÓ, Gustavo H. Processo penal – 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.129.

⁸⁴ ESTEVES, Diogo. AZEVEDO, Júlio C. de. FILHO, Edilson S. G. JIOMEKE, Leandro A. KASSUGA, Eduardo. LIMA, Marcus E. de. MATOS, Oleno I. de. MENDONÇA, Henrique G. de. MENEGUZZO, Camylla B. F. SADEK, Maria T. SILVA, Franklyn R. A. SILVA, Nicholas M. e. TRAVASSOS, Gabriel S. WATANABE,

Em vista dos dados apresentados, compreende-se que a conquista pela equiparação do órgão de defesa ao de acusação ainda está distante. Portanto, dada às circunstâncias, configura justificável (embora não ideal) que, atualmente, o juiz, em caso de possibilidade de produção de prova em favor do réu, quando não conjecturada ou reivindicada pelo defensor, atue produzindo a prova para assegurar a sua inocência⁸⁵, em prol do princípio da presunção de inocência e igualdade (material e formal). E, ainda é imperioso compreender que essa atuação é estritamente limitada em prol da defesa, nunca da acusação, sempre atento aos fins sociais do processo.

No entanto, esse caminho é temporário, enquanto não se atinge o verdadeiro propósito. Em busca de alcançar o modelo acusatório constitucionalmente previsto, o objetivo final sempre deverá ser a equiparação dos órgãos de acusação e de defesa, para que enfim, possamos vislumbrar verdadeiramente um juiz-espectador.

Percebe-se que a doutrina não é pacífica quanto ao sistema processual penal adotado pelo Brasil. Antes do Pacote Anticrime, a questão era ainda mais controversa. Todos concordam (e concordavam) que a Constituição Federal de 1988 consagra o modelo acusatório. Mas a variável é se os dispositivos inquisitoriais do Código de Processo Penal possuem o condão de alterar essa definição.

Anteriormente, a doutrina majoritária definia o nosso modelo como misto, mas uma parte da doutrina (como Aury Lopes Jr., Eugênio Pacelli de Oliveira e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) é veementemente contra essa definição. Como bem pontuado pelo doutrinador Pacelli, a existência do inquérito policial não é suficiente para definir o sistema processual brasileiro como misto, uma vez que se trata de uma fase pré-processual⁸⁶.

Ademais, o autor Aury Lopes Jr. também pontua a questão como reducionista, já que todos os modelos são históricos e, naturalmente, não encontraremos modelos idênticos aos anteriores na atualidade. Todos os modelos serão mistos, pois passaram por um processo de reformulação. Por isso a importância do “núcleo fundante”⁸⁷ tão apontado pelo autor, para que seja possível determinar a partir dele, qual é o sistema adotado.

O sistema processual previsto por alguns dispositivos do Código de Processo Penal diferencia-se do sistema processual penal adotado pelo Brasil. Em que pese o artigo 3º-A

Kazuo. Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023, Brasília: DPU, 2023. ISBN 978-85-67132-39-6. Disponível em: <[Pesquisa Nacional da Defensoria Pública \(pesquisanacionaldefensoria.com.br\)](https://pesquisanacionaldefensoria.com.br)>. Acesso em: 06 maio 2024.

⁸⁵ PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 37.

⁸⁶ Ibidem. p. 39.

⁸⁷ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 84.

consagre o sistema acusatório, sem a derrogação dos dispositivos incompatíveis, a essência inquisitória ainda perdurará.

3. A *EMENDATIO LIBELLI*

3.1. O instituto

A *emendatio libelli* está prevista no art. 383, do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08⁸⁸:

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.

O dispositivo confere ao juiz a faculdade de modificar *ex officio* a definição jurídica atribuída na denúncia ou queixa, pelo órgão acusador ou querelante, respectivamente. O mecanismo é permitido nas hipóteses em que os fatos narrados na inicial acusatória não são alterados, mas, na visão do magistrado, a conduta descrita pertence a um verbo nuclear de outro tipo penal, que implica faixas distintas de pena mínima e máxima.

Conforme ensina Pacelli:

deve-se entender por definição jurídica precisamente a capitulação ou classificação feita pelo autor na inicial, em cumprimento da exigência prevista no art. 41 do CPP. Assim, dar definição jurídica diversa é alterar a capitulação, isto é, a consequência jurídica do fato imputado na denúncia ou queixa. O fato, evidentemente, há de permanecer o mesmo⁸⁹.

Antes da reforma consagrada pela Lei 11.719/08, o instituto possibilitava ao juiz atribuir definição jurídica diversa ainda que os fatos descritos na inicial acusatória fossem alterados. A redação vai em consonância a um Código de Processo Penal com raízes inquisitoriais anteriormente mencionado, uma vez que concede amplo poder ao juiz de usurpar a função da acusação.

Conforme menciona a Min. Jane Silva no Habeas Corpus nº 118.622-RS, o instituto da *emendatio libelli* foi inspirado no código italiano de 1930:

Inspirou-se o nosso legislador no *Codice de Procedura Penale* da Itália, de 1930, que dispunha em seu artigo 477: Na sentença o juiz pode dar ao fato definição jurídica diversa da enunciada na pronúncia, na denúncia ou no decreto de citação, e impor a pena correspondente, ainda que mais grave, bem como aplicar medida de segurança,

⁸⁸ BRASIL. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Brasília, DF: Presidência da República, [2008]. Disponível em: <[L11719 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/l11719)>. Acesso em 16 maio 2024.

⁸⁹ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 819.

desde que a competência para conhecer do crime não seja de juiz superior ou especial⁹⁰.

Em primeira análise, presume-se que com a reforma, não há mais contrariedades, já que o juiz não é autorizado a modificar a capitulação jurídica quando acarretar a alteração do fato descrito na denúncia. Logo, afirma Pacelli que como o juiz não está vinculado à consequência jurídica apresentada pela acusação, mas sim aos fatos narrados, não há óbices⁹¹. Esse entendimento decorre da expressão latina narra *mihi factum dabo tibi ius* (narra-me o fato que te darei o direito).

O artigo 383 contempla dois parágrafos que descrevem possíveis consequências da alteração da definição jurídica. O primeiro, contempla a hipótese de a modificação resultar em um delito abrangido pela suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95⁹²). Nesse caso, o CPP determina que o juiz abra vista ao Ministério Público para o oferecimento da proposta cabível. Se porventura, o Ministério Público não entre em consenso com o juiz, aplica-se analogicamente o art. 28, do CPP⁹³ e o juiz deverá remeter a questão para o Procurador-Geral, conforme Súmula 696 do STF⁹⁴.

Na segunda hipótese, prevê casos em que o juízo atual se torne incompetente dada a nova definição jurídica. Nessa situação, os autos deverão ser encaminhados ao juízo competente para julgar o novo delito. Pacelli indaga uma preocupação sobre essa hipótese. De acordo com o autor, tal caso deve ser veementemente evitado por conta do princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, §2º, CPP⁹⁵, no qual afirma que o juiz que instrui é o mesmo que deve julgar⁹⁶. Mas, por óbvio, tal princípio só poderá prevalecer em casos de incompetência relativa,

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 118.622-RS. Processual penal. Habeas corpus. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei. Inépcia da denúncia. Responsabilização objetiva. Inocorrência. Mutatio libelli não configurada. Mera *emendatio libelli*. Desnecessidade de providências preliminares. Ordem denegada. Impetrante: José Pinto da Mota Filho. Impetrado: TJRS. Relatora: Min. Jane Silva, 03 fev. 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802285053&dt_publicacao=16/02/2009>. Acesso em: 17 maio 2024.

⁹¹ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 819.

⁹² Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

⁹³ Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

⁹⁴ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 822.

⁹⁵ Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

⁹⁶ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 822.

uma vez que em casos de incompetência absoluta, os autos deverão ser imediatamente remetidos ao juiz natural, sob pena de nulidade absoluta.

Conforme Renato Brasileiro o instituto é aplicável em todas as espécies de ação penal, uma vez que o dispositivo não faz restrição a nenhuma delas⁹⁷. Como no caso de ações privadas, em que nada impede o juiz de corrigir a classificação na sentença. Como exemplo citado pelo autor, uma queixa-crime que imputa o delito de calúnia, mas o juiz, com os mesmos fatos contidos na inicial, entende que na realidade a conduta descreve o tipo penal de injúria.

Quanto à legitimidade para aplicar o instituto, é permitido, nos termos do art. 617, do CPP⁹⁸, que o órgão recursal realize a *emendatio libelli*. Porém, com algumas restrições, abordadas por Renato Brasileiro;

em recurso exclusivo da defesa, ou mesmo se houver recurso da acusação sem a impugnação dessa matéria, não é permitido que o tribunal retifique a classificação constante da peça acusatória, se dessa correção puder resultar o agravamento da pena do acusado. Todavia, se, por força da *emendatio libelli*, puder resultar uma diminuição da pena do acusado, esta poderá ser feita independentemente de requerimento da defesa nesse sentido, já que vigora, no processo penal, o princípio da *reformatio in melius*⁹⁹.

À vista disso, o tribunal só poderá alterar a definição jurídica dos fatos que acarrete piora na situação do acusado quando se tratar de recurso da acusação, que impugne a matéria específica, assim como ocorre nas limitações abrangidas pelos efeitos devolutivos dos recursos¹⁰⁰. Isto pois, eventual matéria de impugnação do Ministério Público ou querelante já estarão mencionadas na inicial acusatória, não sendo necessário o aditamento da denúncia.

Há mais um momento em que é discutido a aplicabilidade do instituto, no recebimento da inicial acusatória. O Projeto de Lei que propôs a nova redação do artigo 383 do CPP continha um parágrafo (§ 2º) que afirmava explicitamente que o instituto poderia ser adotado pelo juiz ao receber a denúncia ou queixa. No entanto, esse dispositivo foi eliminado pelo Congresso Nacional¹⁰¹. A justificativa adotada pelo STF para justificar a não aplicabilidade nesse momento, é de que o juiz não fica vinculado à capitulação jurídica apresentada na denúncia, em juízo de admissibilidade, e deverá aguardar o momento da sentença para corrigi-lo¹⁰².

⁹⁷ LIMA, Renato B. de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1662.

⁹⁸ Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

⁹⁹ LIMA, Renato B. de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1662.

¹⁰⁰ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 820.

¹⁰¹ LIMA, Renato B. de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1658.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma), HC nº 111.445/PE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. ART. 65, VI, DA LEI COMPLEMENTAR 111/2002, DO ESTADO DE MATO GROSSO. AUTORIZAÇÃO DE PORTE DE ARMA DE FOGO A PROCURADOR ESTADUAL. CATEGORIA FUNCIONAL NÃO ABRANGIDA PELO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (ARTS. 21, VI, E 22, XXI, DA

Em contramão ao entendimento, Lopes Jr. entende que é plenamente possível a aplicação do art. 383 no momento do recebimento da inicial acusatória, uma vez que no processo, a investigação é conduzida e a defesa é organizada com base nessa definição legal do crime, o que evitaria surpresas (como ocorre em uma nova classificação apenas na sentença) e garantiria a oportunidade da defesa de se preparar adequadamente¹⁰³. Infelizmente, o que observamos é uma aplicação da *emendatio libelli* apenas na sentença, sem presença do contraditório, que poderia ser garantido com a concessão de um prazo para manifestação da defesa.

Renato Brasileiro apresenta um exemplo relevante em que a aplicação do instituto no recebimento da denúncia seria o mais adequado. Trata-se da hipótese de um evidente exagero da acusação, que o réu é acusado de tráfico de drogas, crime geralmente não passível de liberdade provisória, com ou sem pagamento de fiança, pelo menos de acordo com alguns julgamentos isolados da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁴.

Nesse sentido, é possível que o juiz perceba imediatamente, sem a necessidade de dilação probatória, a possibilidade de requalificar o crime de tráfico como posse de drogas para consumo pessoal, seja devido à natureza e quantidade da substância apreendida, às circunstâncias do ocorrido, ao contexto social e pessoal, ou aos antecedentes do réu (artigo 28, parágrafo 2º, da Lei nº 11.343/06)¹⁰⁵. O questionamento é se o juiz estaria então obrigado a prosseguir com o caso classificando-o como tráfico de drogas simplesmente porque não é permitido emendar a denúncia durante a fase inicial do processo¹⁰⁶.

Na visão do autor, cabe ao juiz receber a denúncia, mas isso não o impede de analisar se houve exagero na qualificação do crime para permitir a liberdade provisória. Ele faz isso por meio de uma avaliação provisória, sem antecipar seu veredicto sobre o mérito da acusação. Como a revisão da classificação faz parte do processo de decisão do juiz sobre a liberdade provisória, seria impraticável impedir que ele corrija a descrição do crime feita pelo promotor,

CF/1988). ADI CONHECIDA E JULGADA PROCEDENTE. I – É característica do Estado Federal a repartição de competências entre os entes políticos que o compõem, de modo a preservar a diversidade sem prejuízo da unidade da associação. II – Cabe à União regulamentar e expedir autorização para o porte de arma de fogo, em prol da uniformidade da regulamentação do tema em todo o País, questão afeta a políticas de segurança pública de âmbito nacional (arts. 21, VI e 22, da CF/1988). III – A jurisprudência do STF é uníssona no sentido de que os Estados-membros não têm competência para outorgar o porte de armas de fogo a categorias funcionais não contempladas na legislação federal (ADI 3.112/DF, de minha relatoria). IV - Ação conhecida e pedido julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 65, VI, da Lei Complementar 111/2002, do Estado de Mato Grosso. Rel. Min. Dias Toffoli, 28 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763427636>> Acesso em: 5 maio 2024.

¹⁰³ JR., Aury L. Direito Processual Penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 345.

¹⁰⁴ LIMA, Renato B. de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1659.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem.

mesmo que de forma incidental e temporária, apenas para decidir sobre a possibilidade da liberdade provisória. Não faria sentido manter o réu preso durante todo o processo penal para, no final, requalificar a acusação como posse de drogas para consumo pessoal e só então considerar sua libertação¹⁰⁷.

Junto com o art. 383, a Lei 11.719/08 trouxe nova redação para o instituto da *mutatio libelli*, previsto no art. 384, do CPP¹⁰⁸. Embora corriqueiramente confundidas, os institutos possuem características elementares distintas. A *mutatio libelli* confere a mesma possibilidade de alterar a definição jurídica do fato ao fim da instrução, mas deverá ocorrer o surgimento de um fato processual novo, que se dá pela produção de prova de elementar ou circunstância não contida na inicial acusatória¹⁰⁹.

Nesse sentido, Badaró diferencia quando a mudança fática faz referência a elemento ou circunstância do crime:

Elemento é aquilo que compõe o tipo penal. Já “circunstância” deriva de *circum stare*, estar ao redor de (do crime): está, portanto, fora do crime. Assim, há mudança de elemento do crime, quando a instrução demonstra que o ato libidinoso ocorreu não em razão de “grave ameaça” elemento do tipo do art. 213, mas “mediante fraude”, que é elemento do crime do art. 215. Por outro lado, a expressão circunstância, no art. 384, caput, deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo as qualificadoras e causas de aumento de pena, por exemplo, se, no caso de um furto, descobre-se que o mesmo se deu com rompimento de obstáculo¹¹⁰.

Suas consequências jurídicas também são significativamente diversas. Em contraste à *emendatio libelli*, incumbe ao Ministério Público o aditamento da denúncia ou queixa (ação penal privada subsidiária da pública). Isso significa que o juiz não assume um papel de acusador, mas apenas supervisiona o processo acusatório conduzido pelo órgão de acusação, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

O parágrafo 2º do artigo 384¹¹¹ exige uma nova decisão de recebimento da denúncia, em conformidade com o princípio da correlação entre a acusação e a sentença. A acusação deverá aditar a inicial conforme a nova definição jurídica, em que caberá ao juiz uma análise

¹⁰⁷ LIMA, Renato B. de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1659.

¹⁰⁸ Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

¹⁰⁹ JR., Aury L. Direito Processual Penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 422.

¹¹⁰ BADARÓ, Gustavo H. Processo penal – 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 924.

¹¹¹ Art. 384. §2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

de admissibilidade semelhante a que é feita na inicial acusatória (poderá recebê-la ou rejeitá-la), conforme prevê o art. 395, do CPP¹¹².

Posteriormente, é realizada a oitiva da defesa, em consonância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Com uma mudança na acusação, deve haver a oportunidade para a defesa se manifestar contra ou a favor da modificação, impedindo que o acusador imponha uma nova qualificação jurídica sem conhecimento das partes. Caso o aditamento seja admitido, deve-se oportunizar a realização de uma nova instrução processual, em que haverá espaço para a produção probatória e construção de uma tese defensiva com base na nova capitulação jurídica imputada¹¹³.

A *mutatio libelli* confere certa discricionariedade para o Ministério Público de proceder ou não com o aditamento. No entanto, com o objetivo de cessar eventual inércia por parte do órgão, o §1º do art. 384¹¹⁴ adota o mesmo procedimento previsto no art. 28, do CPP, em que a matéria deverá ser submetida à revisão da instância competente do órgão ministerial.

Aury Lopes Jr. vai além e prevê a hipótese de caso a instância revisora também não proceda com o aditamento. Conforme repreende-se do art. 384, §5º¹¹⁵, o juiz deverá proceder com o processo. Nessa hipótese, indaga-se, o que ocorrerá posteriormente? De acordo com o autor, o juiz deverá absolver o réu, por consequência inevitável, já que não estará demonstrada a tese acusatória. Mas o que o magistrado não poderá fazer é atuar com uma postura inquisitória¹¹⁶.

Em caso de ação penal privada, o artigo não faz menção expressa, mas, no entendimento de Badaró, realiza-se a aplicação analógica do caput do art. 384, e o querelante deverá prosseguir com o aditamento, desde que esteja dentro do prazo decadencial¹¹⁷.

Entretanto, o tema gera divergência doutrinária. Pacelli sustenta que não é cabível o instituto para ações penais privada, por pura opção legislativa, já que a *mutatio* não possui incompatibilidade com a acusação privada¹¹⁸. Para o autor, como a redação anterior previa a possibilidade e, houve alteração expressa, não há como se falar em aplicação analógica.

3.2. Análise da jurisprudência

¹¹² Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I- for manifestamente inepta; II- faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III- faltar justa causa para o exercício da ação penal.

¹¹³ LIMA, Renato B. de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P 1664.

¹¹⁴ Art. 384. §1º. Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

¹¹⁵ Art. 384. §5º. Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

¹¹⁶ JR., Aury L. Direito Processual Penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 423.

¹¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal – 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 924.

¹¹⁸ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 829.

A pesquisa jurisprudencial foi dividida em um recorte temporal anterior ao art. 3º-A, do CPP e posterior à sua promulgação. O objetivo da divisão temporal foi compreender como a vigência do art. 3º-A influenciou as decisões do STJ e STF em relação a aplicação do instituto da *emendatio libelli*.

A primeira parte da pesquisa restringiu as ementas apresentadas com a busca processual a partir do ano de 2009 (após a vigência da Lei nº 11.719/08 que modificou a redação da *emendatio libelli*) até o dia 23/01/2020 (data de vigência da Lei nº 13.964/19 que consagrou o sistema acusatório no CPP através do art. 3º-A).

Primeiramente, prosseguiu-se com a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal por meio da pesquisa jurisprudencial por palavras chaves do site do Supremo¹¹⁹. Na pesquisa, foram filtrados os termos *emendatio libelli* e art. 383, CPP. Após o filtro, o resultado consistiu em 31 acórdãos que fazem referência ao tema. Prosseguiu-se com a leitura das suas ementas na ordem de maior relevância para uma nova filtragem.

O critério da nova filtragem baseou-se na escolha de 5 acórdãos para a leitura do inteiro teor. Foi dada preferência aos acórdãos que possuíam dados mais completos para uma análise qualitativa da aplicação do instituto. O objetivo dessa leitura visou identificar as principais fundamentações utilizadas para posteriormente analisá-las.

Após a pesquisa jurisprudencial do STF, avançou-se para a do STJ. Para a primeira etapa, foi utilizado o instrumento da pesquisa avançada de jurisprudência do site do tribunal¹²⁰. A pesquisa filtrou os acórdãos que mencionavam a *emendatio libelli*. Como a Corte possuía um número significativo de decisões, optou-se por restringir a pesquisa anterior ao Pacote Anticrime para um acórdão por ano (2009 a 2019), totalizando 11 decisões, com o objetivo de observar o aperfeiçoamento nas fundamentações ao longo dos anos. Com a pesquisa avançada, filtrou-se os acórdãos com data de publicação do primeiro dia ao último dia do respectivo ano.

Nessa ótica, o ano de 2009 forneceu 20 acórdãos, sendo suas ementas analisadas e selecionada uma, de maior relevância, para leitura do inteiro teor. Repetiu-se o processo de todos os anos subsequentes, sendo computados os seguintes acórdãos em cada ano: 2010, 15 acórdãos; 2011, 26 acórdãos; 2012, 26 acórdãos; 2013, 20 acórdãos; 2014, 26 acórdãos; 2015, 24 acórdãos; 2016, 31 acórdãos; 2017, 34 acórdãos; 2018, 49 acórdãos; 2019, 53 acórdãos.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>> Acesso em: 15 maio 2024.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 15 maio 2024.

Após o compilado das 11 ementas selecionadas, foi realizada a análise das fundamentações utilizadas para a aplicabilidade do instituto da *emendatio libelli*.

Para a segunda parte da pesquisa, foi realizado o recorte temporal a partir do dia 23/01/2020 (data que o Pacote Anticrime começou a vigorar) até o dia 16/05/2024 (data em que está sendo realizada a pesquisa jurisprudencial), tanto para a pesquisa realizada no site do STJ, como para a pesquisa realizada no site do STF.

Com a filtragem realizada na pesquisa do STF, foram encontrados 13 acórdãos relacionados ao termo “*emendatio libelli*”. Já com a ferramenta de pesquisa avançada do STJ, os termos “*emendatio libelli*” e “art. 383” encontraram 84 acórdãos sobre o tema.

A partir dessa filtragem, procedemos com a seleção dos acórdãos em destaque, através da leitura das ementas, sendo priorizadas as que façam menção ao sistema acusatório ou ao art. 3º-A, do CPP. Na ausência de menção a um dos termos, passamos a dar destaque aos acórdãos publicados após o dia 24/08/2023, data em que foi cessada a suspensão da eficácia do art. 3º-A, do CPP, após o julgamento das ADI’s 6298, 6299, 6300 e 6305.

3.2.1 A jurisprudência antes do art. 3º-A

Com base na jurisprudência do STF analisada, é possível identificar que era uníssono a aplicação da *emendatio libelli*. Entretanto, ao contrário do STJ, a Corte não possui uma quantidade consistente de acórdãos para que possamos aprofundar a análise sob seu viés. Com o marco temporal utilizado, apesar de 31 acórdãos aparecerem disponíveis, poucos discutem com mais aprofundamento a fundamentação da aplicabilidade do instituto, mas apenas confirmam a sua possibilidade.

Mesmo com poucas argumentações, percebe-se que a principal fundamentação utilizada sobre a legalidade do instituto (utilizada até os dias atuais) é de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação jurídica. Este é o entendimento conforme a ementa de julgamento do Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 134686-RJ:

1. O acusado defende-se dos fatos descritos na denúncia e não de sua classificação jurídica. Precedente: Inq 4093, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-101 18.5.2016. 2. Não configuram ilegalidade ou abuso de poder as hipóteses em que o juiz sentenciante, a partir de elementos decorrentes da instrução probatória, dá aos fatos nova definição jurídica, nos termos do artigo 383 do CPP (*emendatio libelli*)¹²¹.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). AgR no HC 134686-RJ. Ementa agravo regimental em habeas corpus. *Emendatio libelli*. Art. 383 do CPP. Devido processo legal. Extorsão mediante sequestro. Concussão. Nova definição jurídica do fato narrado na denúncia. Viabilidade. Agravante: Silvio Jose de Araujo Cintra. Agravado: Relator do AREsp nº 745.828 do STJ. Relatora: Min. Rosa Weber, 05 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392540/false>>. Acesso em: 17 maio 2024.

Da mesma forma, a Corte decidiu em sede de Habeas Corpus, nº 123733/AL que as descrições dos fatos narrados na inicial acusatória são suficientes para o exercício da ampla defesa, não havendo que se falar em aditamento da denúncia, como ocorre no instituto da *mutatio libelli*.

O impetrante questionou que a causa de aumento de pena não constava na denúncia e, portanto, o instituto a ser aplicado deveria ser o da *mutatio*, com a posterior baixa dos autos ao Ministério Público para aditamento. A Corte rejeitou o pedido, com a justificativa de que a causa de aumento incidida na pena já constava na denúncia, através da narrativa dos fatos¹²².

Com base na filtragem realizada, as duas fundamentações supracitadas foram as mais relevantes encontradas para o objeto da pesquisa. Procederemos com uma análise mais aprofundada das decisões do STJ, que permitem um maior arcabouço argumentativo.

Tendo como norteador o compilado dos 11 acórdãos analisados, um referente a cada ano, desde a reforma da Lei nº 11.719/08, até o Pacote Anticrime, pode-se concluir que foi confirmada a legalidade do instituto em todos os casos. Também é possível observar a paridade de fundamentação no que concerne à aplicabilidade do instituto. Apesar de um lapso temporal significativo, as bases decisórias do acórdão de 2009 são consideravelmente similares às de 2019.

Assim como o Habeas Corpus nº 118.622-RS¹²³, julgado em 03/02/2009, fundamenta a legalidade do instituto com base em que a defesa é contra os fatos e não contra a capitulação jurídica, e, portanto, o magistrado poderá prosseguir com a alteração, ainda que comine em um delito mais grave, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.812.962-SC¹²⁴, julgado em 17/12/2019, utiliza o mesmo argumento.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 123.733-AL. Habeas corpus. 2. Devido processo legal e ampla defesa. Observância. 3. Descrição das elementares e circunstâncias do tipo penal na denúncia. Art. 384 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719/2008. *Mutatio libelli*. Desnecessidade. 4. A descrição, na denúncia, da ação administrativa que resultou na constituição do crédito tributário, bem como do montante apurado são suficientes ao exercício da ampla defesa quanto à causa de aumento de pena disposta no art. 12, I, da Lei 8.137/90. 5. Ordem denegada. Paciente: Alberto Perez Machado. Impetrante: Ademar Rigueira Neto. Coator: STJ. Relator: Min. Gilmar Mendes, 16 de set. 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur279119/false>>. Acesso em: 17 maio 2024.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 118.622-RS. Processual penal. Habeas corpus. Dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei. Inépcia da denúncia. Responsabilização objetiva. Inocorrência. *Mutatio libelli* não configurada. Mera emendatio libelli. Desnecessidade de providências preliminares. Ordem denegada. Impetrante: José Pinto da Mota Filho. Impetrado: TJRS. Relatora: Min. Jane Silva, 03 fev. 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802285053&dt_publicacao=16/02/2009>. Acesso em: 17 maio 2024.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.812.962-SC. Agravo regimental. Recurso especial. Receptação de mercadoria descaminhada. Denúncia. Inépcia. Não ocorrência. Descrição suficiente dos fatos delitivos imputados. Assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa. Réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica. Art. 383-cpp. Agravo desprovido. Agravante:

Sob o mesmo viés, no Habeas Corpus nº 182.342/SP, julgado em 18/11/2010, foi sustentado pelo impetrante a nulidade da sentença em razão da não correlação com a denúncia, uma vez que a condenação foi pelo art. 33, em concurso material com o art. 35, ambos da Lei 11.343/06, mas a denúncia imputava apenas o último delito, sem a oportunidade de contraditório para defender-se do tráfico de drogas. No entanto, foi denegada a ordem pela correta aplicabilidade do art. 383 por parte do magistrado, além da impossibilidade de um aprofundado exame fático-probatório dos autos na via desse remédio constitucional. Há menção expressa à discricionariedade do juiz em enquadrar o delito no tipo penal que julgar mais pertinente.

2. A denúncia é clara ao imputar ao paciente o crime de participação no tráfico, na medida em que o paciente seria o responsável pelo resgate da droga apreendida. Considerando a real finalidade da conduta resgatar praticada pelo paciente, é possível concluir que ele estaria também incurso no tipo legal do tráfico, aderindo à conduta de traficar dos demais corréus. Outro não poderia ser o fim buscado pelo impetrante que não o de adquirir a droga do corréu, conforme claramente narrado na denúncia. 3. O ato impugnado, consubstanciado na sentença hostilizada, não evidencia ilegalidade, pois a autoridade impetrada, autorizada pelo artigo 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), entendeu que a denúncia narrou suficientemente a conduta de traficar que teria praticado o paciente, condenando-o, assim, por tal comportamento delituoso. 4. **Ausência de cerceamento de defesa, na medida em que o juiz tem a livre convicção para enquadrar a conduta no tipo legal que mais entende adequado, já que o acusado defende-se dos fatos alegados na denúncia e não do enquadramento a que se procedeu na peça inicial**¹²⁵. (grifo nosso)

O argumento de que o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica é utilizado nos 11 acórdãos analisados, em diferentes contextualizações. Observa-se que é a justificativa soberana, ao passo em que é utilizada para qualquer questionamento sobre a aplicabilidade da *emendatio libelli*.

Nos demais acórdãos, também é observado a menção expressa ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença. Aponta-se como exemplo o Habeas Corpus nº 289.583-TO, julgado em 08/09/2015, tendo em vista que o impetrante defende a nulidade do processo por inobservância da inicial acusatória na sentença.

No que se refere à apontada nulidade da sentença condenatória e do acórdão que a confirmou em razão da inobservância ao procedimento previsto para os casos de *mutatio libelli*, sabe-se que o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes

Alexandre Henrique de Oliveira. Agravado: MPF. Relator: Min. Jorge Mussi, 17 dez. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901354895&dt_publicacao=19/12/2019. Acesso em: 17 maio 2024.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 182.342/SP. Habeas corpus. Paciente condenado pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, apesar de denunciado somente por este último. *Emendatio libelli*. Art. 383 do CPP. Fato devidamente descrito na denúncia. Nova definição jurídica. Ausência de constrangimento ilegal. Parecer do MPF pela denegação do writ. Ordem denegada. Impetrante: Mansur Cesar Sahid. Impetrado: TRF 3ª Região. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 18 nov. 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001505190&dt_publicacao=13/12/2010>. Acesso em: 17 maio 2024.

garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal¹²⁶.

Nesse sentido, a Corte entende que o artigo 383 não fere esse princípio, retornando a justificativa de que o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica, sendo assim, suficiente apenas a correlação com a narrativa do ocorrido, ainda que a tipificação penal seja diferente.

Assim, é inadmissível que o indivíduo seja condenado por condutas não descritas na peça vestibular, sendo certo, outrossim, que o réu se defende dos fatos narrados na inicial, e não da capitulação jurídica a eles atribuída pela acusação. Por essa razão, admite-se que o magistrado, ao proferir sentença nos autos, confira nova definição jurídica aos fatos contidos na incoativa, sem que tal procedimento implique ofensa ao princípio da correlação¹²⁷.

Outro argumentado apresentado nas decisões analisadas é que ao contrário do que, em regra, é apresentado pela defesa, o instituto aplicado aos casos narrados é o da *emendatio libelli*, e não *mutatio libelli*, não havendo que se falar em nulidade por ausência de aditamento da denúncia e exercício do contraditório pela defesa.

É discutido a dispensa da formalidade do procedimento delineado no artigo 384, do CPP, em situações que ocorre a recapitulação jurídica, conforme previsto no artigo 383 do mesmo código. Ao ser implementada, a *mutatio libelli* requer o aditamento da denúncia, com notificação e oportunidade prévia de manifestação da defesa, garantindo assim o contraditório, seguido por uma nova decisão sobre o recebimento da denúncia.

Nenhum desses aspectos é exigido quando se utiliza o instituto do art. 383, fato que foi levantado no Habeas Corpus nº 255.512-SP, uma vez que o paciente tentou reconhecer a nulidade por não observância do procedimento da *mutatio libelli*, já que o magistrado procedeu com a recapitulação jurídica, aplicando delito mais grave do que o pretendido na inicial acusatória. Entretanto, a Corte entendeu que não houve nulidade, pois se tratou de *emendatio libelli*, não havendo, portanto, necessidade de aditamento da denúncia pelo Ministério Público e manifestação da defesa.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 289.583-TO. Habeas corpus. Impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Não conhecimento. Impetrante: Giovani Fonseca de Miranda. Impetrado: TRF 1ª Região. Relator: Min. Leopoldo de Arruda Raposo, 08 set. 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400451274&dt_publicacao=15/09/2015> Acesso em: 17 maio 2024.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 289.583-TO. Habeas corpus. Impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Não conhecimento. Impetrante: Giovani Fonseca de Miranda. Impetrado: TRF 1ª Região. Relator: Min. Leopoldo de Arruda Raposo, 08 set. 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400451274&dt_publicacao=15/09/2015> Acesso em: 17 maio 2024.

Na hipótese de erro de capitulação na peça inicial, pode o magistrado proceder à correção e adequação da tipificação, atribuindo aos fatos definição jurídica diversa, ainda que tenha que aplicar pena mais grave. Cuida-se, nesse caso, da *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal. Não há nessa situação a superveniência de fato novo, a impor a necessidade de aditamento da denúncia – tal como ocorre com a *mutatio libelli*, regulada no art. 384 do Código de Processo Penal – e, consequentemente, da abertura de prazo para a defesa se manifestar, indicando, inclusive, novas testemunhas¹²⁸.

Por último, observa-se que as decisões promovem outro argumento relevante para o objeto da pesquisa. Trata-se do momento oportuno da aplicabilidade da *emendatio libelli*. O Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.812.962-SC, julgado em 17/12/2019, aduz que o instituto deve ser aplicado na prolação da sentença:

o momento adequado para o ajuste da tipificação é o da prolação da sentença, porquanto o juiz, após percuciente análise dos fatos e das provas carreados aos autos, poderá entender que o fato criminoso descrito na inicial acusatória merece outra definição jurídica e, valendo-se da *emendatio libelli*, conforme disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, aplicará o adequado tipo penal à conduta perpetrada¹²⁹.

De acordo com o compilado dos acórdãos do STJ analisados, é possível concluir que entre o período da reforma trazida pela Lei nº 11.719/08 até o Pacote Anticrime, não havia óbices, tampouco requisitos quanto à aplicabilidade da *emendatio libelli*. Ademais, é identificado quatro argumentos que são objeto de fundamentação da pluralidade das decisões. São eles: o de que o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica; o de que o instituto não viola o princípio da correlação entre a acusação e a sentença; o de que não há nulidade quando argumentado que se trata de *mutatio libelli*, pois não se confunde com a *emendatio libelli*; e o de que a sentença é o momento mais adequado para a aplicação do instituto.

No tópico seguinte será analisado os acórdãos do STF e STJ, respectivamente, a partir da vigência do Pacote Anticrime. O objetivo será de auferir o peso do artigo 3º-A, do CPP, que consagra o sistema acusatório, nas decisões que englobam a *emendatio libelli*.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 255.512-SP. Habeas corpus. Receptação. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Denúncia pelo crime continuado. Condenação por concurso material. Tese de nulidade por cerceamento de defesa, ante a nova definição jurídica. Tema não enfrentado na origem, nem sequer suscitado no recurso defensivo. Supressão de instância. Impossibilidade. Emendatio libelli pelo juízo singular no momento da prolação da sentença. Ausência de modificação dos fatos narrados na denúncia. Possibilidade. Constrangimento ilegal não configurado. Impetrante: Eduardo Ferrari Geraldes. Impetrado: TJSP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 21 março 2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202046757&dt_publicacao=10/04/2013>. Acesso em: 17 maio 2024.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.812.962-SC. Agravo regimental. Recurso especial. Receptação de mercadoria descaminhada. Denúncia. Inépcia. Não ocorrência. Descrição suficiente dos fatos delitivos imputados. Assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa. Réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica. Art. 383-cpp. Agravo desprovido. Agravante: Alexandre Henrique de Oliveira. Agravado: MPF. Relator: Min. Jorge Mussi, 17 dez. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901354895&dt_publicacao=19/12/2019>. Acesso em: 17 maio 2024.

3.2.2 A jurisprudência após o art. 3º-A

O marco temporal que delimitou a segunda parte da análise jurisprudencial é restringido às decisões que foram publicadas a partir do dia 20/01/2020, até as decisões publicadas no dia 16/05/2024, data em que se iniciou o segundo compilado da pesquisa. Essa divisão buscou compreender como a vigência do art. 3º-A, do CPP, que consagrou o sistema acusatório no processo penal brasileiro, influenciou nas decisões acerca da aplicabilidade da *emendatio libelli*.

A entrada do Pacote Anticrime no ordenamento jurídico contemplou o sistema acusatório explicitamente no texto da legislação infraconstitucional processual penal, para que essa se adequasse à Constituição. Apesar disso, a jurisprudência permaneceu com o mesmo entendimento anterior ao art. 3º-A, sequer mencionando o sistema acusatório, agora previsto no Código de Processo Penal, nas decisões de aplicabilidade do instituto da *emendatio libelli*.

As fundamentações utilizadas permanecem idênticas, ainda é justificado a aplicação sem oportunidade do contraditório, através do argumento que o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica e, por essa razão, não há violação do princípio da correlação entre a denúncia e a sentença. Também é reiterado os argumentos anteriores de que o instituto aplicado é a *emendatio libelli* e não a *mutatio libelli*, não sendo necessário aditamento da denúncia. Por fim, é mencionado também a mesma alegação anterior de que o momento correto para aplicação do instituto é na sentença, sendo exceção apenas situações excepcionais.

Essas foram as fundamentações encontradas nos 84 acórdãos do STJ e 13 acórdãos do STF. Não há inovação em relação as decisões anteriores ao Pacote Anticrime. No entanto, um acórdão do STJ ganhou destaque para o presente objeto de pesquisa, já que foi o único observado em que não foi autorizada a aplicação do instituto. Trata-se da decisão proferida em sede de Agravo Regimental no Recurso especial nº 2093763-SP¹³⁰, julgada em 08/04/2024.

No AgRg no REsp nº 2093736-SP, a Corte negou provimento ao pedido do agravante, para que o Tribunal de Justiça procedesse com a *emendatio libelli*, alterando a condenação de furto qualificado (art. 155, §4º II, do CP), para o crime de falsidade ideológica (art. 299, do CP¹³¹). Não é adentrado nos fatos, somente se respaldam pela Súmula nº 7, do STJ, afirmando

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2093736-SP. Agravo regimental no recurso especial. Absolvição pelo crime de furto qualificado. Pleito para realização de *emendatio libelli* para reconhecimento do crime de falsidade ideológica. Impossibilidade. Alterar compreensão da corte de origem demandaria revolvimento de fatos e provas. Súmula n. 7/STJ. Relator: Min. Jesuíno Rissato, 8 de abril de 2024. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 17 maio. 2024.

¹³¹ Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação

que não podem exercer essa jurisdição no âmbito de reexame probatório. O inteiro teor do acórdão não está disponível, mas através da ementa é possível retirar considerações relevantes.

5. Não se trata simplesmente da verificação de que "na denúncia contém circunstâncias elementares do crime de falsidade ideológica", como pretende o agravante, mas, sim, de se revisar os antecedentes fáticos, à luz das provas postas, para se concluir que a conduta dos agravados era direcionada dolosamente para a prática do crime previsto no art. 299 do CP, e, daí sim, optar por compreensão diversa daquela esposada pelo Tribunal de origem, exercício jurisdicional esse inviável pela presente via e no âmbito desta Corte Superior, diante do óbice da Súmula n. 7/STJ¹³².

O Tribunal de Justiça entendeu que a alteração da capitulação jurídica acarretaria uma mudança na imputação, já que o crime de falsidade ideológica (art. 299, CP) possui elementares e circunstâncias diversas do crime de furto qualificado (art. 155, §4º, II, CP).

2. Com essas premissas, compreendeu o Tribunal de Justiça que, diante da fragilidade probatória, a acusação dos agravados, pelo crime de furto qualificado, não se sustentava, tampouco sendo o caso da *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do CPP, uma vez que "não se poderia apenas corrigir a classificação, pois, indiretamente, acarretaria uma mudança de imputação, ou seja, do fato imputado".

3. O crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do CP, possui pressupostos fáticos, objetos jurídicos e elementos subjetivos diversos daqueles previstos no crime de furto qualificado, insculpido no art. 155, §4º, II, do CP.¹³³

A justificativa indagada pela Corte no AgRg no REsp nº 2093736-SP é de que o objeto e o elemento jurídico da falsidade ideológica (art. 299, do CP) são distintos ao do furto qualificado (art. 155, §4º, II, do CP).

4. Se o objeto jurídico da falsidade é a fé pública, seu elemento subjetivo é a vontade de "prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante". No furto qualificado, por outro lado, a objetividade jurídica é o patrimônio do indivíduo, e o ânimo de apossamento definitivo de algo¹³⁴.

Conforme aprofundaremos no próximo tópico, a incerteza que esse instituto gera é incompatível com o sistema processual penal acusatório. E, apesar da vigência do art. 3º-A, do CPP não ter impactado na jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a *emendatio libelli*, a doutrina permanece firme nas críticas.

ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2093736-SP. Agravo regimental no recurso especial. Absolvição pelo crime de furto qualificado. Pleito para realização de *emendatio libelli* para reconhecimento do crime de falsidade ideológica. Impossibilidade. Alterar compreensão da corte de origem demandaria revolvimento de fatos e provas. Súmula n. 7/STJ. Relator: Min. Jesuíno Rissato, 8 de abril de 2024. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 17 maio. 2024.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

3.2 A *emendatio libelli* no sistema acusatório

Conforme Cunha Martins, o sistema acusatório constitui uma declaração de amor pelo princípio do contraditório¹³⁵. Junto com o princípio da imparcialidade, constitui o elemento mais primordial desse sistema¹³⁶.

Além disso, vale-se recordar do ensinamento de Aury Lopes Jr., que define o núcleo fundante de determinado sistema processual penal através do papel exercido pelo magistrado durante toda a instrução. No sistema acusatório, o mencionado núcleo fundante define-se em um juiz como terceiro imparcial, sem a possibilidade de usurpação da função de acusar.

Em contramão ao sistema acusatório, o instituto previsto no artigo 383, do CPP, suprime o contraditório e a função privativa da pretensão acusatória incumbida ao Ministério Público, constitucionalmente prevista no art. 129, I, CF, ou, eventualmente, ao particular.

Conforme ensina Aury Lopes Jr. (p. 417), essa pretensão acusatória é justamente o objeto do processo penal, o qual, no raciocínio de Badaró, engloba também a capitulação jurídica.

é preciso ao explicar que o objeto do processo penal está ligado à imputação, que consiste na formulação da pretensão processual penal, isto é, o fato enquadrável em um tipo penal, que se atribui a alguém e que deve permanecer imutável ao longo do processo, pois o objeto da sentença tem de ser o mesmo objeto da imputação. Assim, a sentença não pode ter em consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação¹³⁷.

No viés do sistema acusatório, o objeto do processo penal deve ser inflexível, já que o sistema prevê a garantia da vinculação temática do juiz, no papel de terceiro imparcial que não possui legitimidade para alterar o elemento objetivo da pretensão acusatória¹³⁸. Trata-se da definição do princípio da correlação entre a inicial acusatória e a sentença, princípio esse que concretiza o contraditório¹³⁹.

Logo, em prol desse princípio, o juiz imparcial deve julgar a pretensão acusatória dentro dos termos delimitados na acusação, sem qualquer modificação. E como as questões de direito, inclusive a capitulação jurídica, englobam o objeto do processo, devem seguir essa mesma regra. No prudente entendimento de Gloeckner:

Não há fato que possa independe da norma jurídica nem tampouco norma que não seja criada, moldada e pensada a não ser para o fato: “o direito concretamente substantivado transcende e assume, assim, simultaneamente a questão-de-facto e a

¹³⁵ CUNHA, Martins apud JR., Aury L. Direito Processual Penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 22.

¹³⁶ GIACOMOLLI, Nereu J. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 285.

¹³⁷ BADARÓ, Gustavo H. Correlação entre Acusação e Sentença. São Paulo, RT, 2001. p. 87.

¹³⁸ MALAN, Diogo R. A Sentença Incongruente no Processo Penal. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p. 114.

¹³⁹ JR., Aury L. Direito Processual Penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 418.

questão-de-direito, ao ser ele o resultado e a síntese-solução de ambas”. E isto é assim porque o direito leva o fato como seu elemento integrante. A correlatividade entre direito e fato, portanto, pode ser equacionada e deslocada para o panorama da problematidade derivada da intencionalidade do direito. E eis, portanto, como não há de se perder de vista que toda a norma é uma norma apta a resolver determinado caso, uma norma que não pode despistar o fato.

Entretanto, o artigo 383 é justamente uma relativização à regra imposta pela correlação entre a denúncia e a sentença¹⁴⁰. Na medida em que há possibilidade de o juiz alterar a qualificação jurídica do fato, não é mais necessário à sua limitação aos termos da imputação, podendo julgar fora dos limites apresentados pelo órgão acusador.

A discricionariedade concedida por esse dispositivo ao magistrado segue o mesmo sentido do sistema inquisitório, em que o juiz exercia as funções de acusar e julgar, dado que atividade probatória produzida apenas pelas partes não o satisfazia. A adesão ao papel do juiz inquisidor é uma renúncia expressa ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença¹⁴¹. Nesse sentido, Gloeckner afirma que a norma é uma verdadeira raiz inquisitorial do nosso sistema.

Não é preciso refletir com muita profundidade para se chegar à conclusão de que se trata de norma que cuida de manter latentes as pulsões inquisitórias que se perenizam nas democracias contemporâneas. Bastaria a leitura da exposição de motivos para nos darmos conta disso. Entretanto, se mantivermos os olhos no regime inquisitorial, perceberemos nitidamente que esta espécie de salvaguarda ou ajuste da acusação pelo julgador corresponderá ao que Bernd Schunemann detectou como “aglomeração quântica de poder”. Esta aglomeração quântica de poder diz respeito às concentrações de situações jurídicas potestativas, no curso do processo¹⁴².

Isso não significa que o magistrado não poderá alterar a qualificação jurídica do substrato fático, caso observe melhor enquadramento em outro tipo penal, devido eventual equívoco ou abuso da acusação. Contudo, no entendimento de Aury Lopes Jr., se observado pelo juiz já no recebimento da denúncia, o correto seria desde logo aplicar a *emendatio libelli*, recebendo a denúncia, não pelo delito imputado na inicial acusatória, mas sim pelo que entende adequado. Nessa hipótese, não haveria cerceamento da defesa¹⁴³.

Não obstante, também entendemos necessário, antes que o juiz proceda com a *emendatio libelli* nessa hipótese, a intimação da acusação para aditamento da inicial acusatória, em prol de um sistema acusatório democrático que separa rigidamente as funções de acusar e julgar.

¹⁴⁰ JR., Aury L. Direito Processual Penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 418.

¹⁴¹ GLOECKNER, Ricardo J. Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 436.

¹⁴² GLOECKNER, Ricardo J. 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>. p. 21.

¹⁴³ JR., Aury L. Direito Processual Penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 345.

Em diferente contexto é a hipótese do juiz, no momento da sentença, após toda a instrução probatória, entender que a capitulação jurídica na inicial acusatória não corresponde aos fatos, ou, ainda, apesar de entender devida a alteração desde o recebimento da denúncia, aguardar até a sentença para procedê-la, sem aditamento do Ministério Público ou exercício do contraditório pela defesa.

O argumento de que o réu se defende apenas dos fatos e não da capitulação jurídica parte de uma visão reducionista, uma vez que cada tipo penal engloba teses distintas, além da variação da qualidade da defesa técnica a depender de qual crime o réu está sendo acusado:

É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também, debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É óbvio que a defesa trabalha – com maior ou menor intensidade, dependendo do delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular em que irá desenvolver suas teses¹⁴⁴.

Nesse sentido, para proceder com qualquer modificação, o magistrado deverá prezar pelo princípio da imparcialidade e do contraditório, definidos como o alicerce do sistema acusatório. O contraditório não está limitado apenas às questões de fato, especialmente relacionadas às evidências apresentadas, mas também se estende às questões de direito¹⁴⁵.

Portanto, sempre que o juiz estiver prestes a tomar uma decisão que possa ser inesperada para as partes, seja por envolver uma questão de fato ou de direito que não foi discutida durante o processo, em conformidade com o princípio do contraditório, ele deve dar oportunidade para que as partes se manifestem sobre esse assunto¹⁴⁶.

Sabe-se que na contemporaneidade, a distinção entre questões de fato e questões de direito não é clara, pois esses aspectos se entrelaçam e coexistem, em vez de serem mutuamente exclusivos. É simplista operar sob essa lógica, já que a linha divisória entre eles é vaga, senão ilusória¹⁴⁷. Por isso a importância de o contraditório incidir também sobre as questões de direito. Sua não observância acarreta às partes a uma decisão surpresa, vedada pelo Código de Processo Civil:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹⁴⁴ JR., Aury L. Direito Processual Penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 419.

¹⁴⁵ BADARÓ, Gustavo H. Processo penal. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 922.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ JR., Aury L. Direito Processual Penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 418.

Pode se falar, então, em um verdadeiro dever do juiz de provocar o prévio contraditório entre as partes. A atuação de ofício pelo juiz, ainda que se tratando de aplicação de regra jurídica, com conhecimento pelas partes apenas na sentença, as impossibilita de se contradizerem, com alegações e provas, no intuito de influir na formação do convencimento do juiz¹⁴⁸.

Mesmo que não haja previsão nesse sentido no Código de Processo Penal para o instituto da *emendatio libelli*, o art. 5º, LV, da CF, garante o contraditório, o que inclui vedação às decisões surpresas, uma vez que o acusado tem direito à informação clara e determinada durante toda a persecução¹⁴⁹. Isso inclui o tipo penal, devida sua influência decisiva na condução da defesa e prejuízo irreparável em caso de eventual alteração surpresa¹⁵⁰.

Badaró apresenta legislações estrangeiras que exemplificam bem a adoção do contraditório nas questões de direito. A legislação francesa prevê que o juiz só poderá fundamentar sua decisão sobre questões de direito, ainda que versem sobre ordem pública, que ele haja suscitado de ofício ou sobre explicações complementares que tenha solicitado, com a prévia intimação das partes para apresentação de suas alegações¹⁵¹.

Da mesma forma, o ordenamento jurídico alemão prevê que o juiz deverá oportunizar às partes de se manifestarem sobre aspecto jurídico, mesmo que considerado irrelevante ou, ainda, passado despercebido, caso queira fundamentar sua decisão em algum desses elementos¹⁵².

Surpreendentemente, também é possível citar como exemplo o Código de Processo Penal Militar. Apesar do Decreto Lei nº 1.002 vigorar desde 1969, prevê uma espécie de *emendatio libelli* em conformidade com o sistema acusatório. O instituto autoriza que o Conselho de Justiça altere a capitulação jurídica dada ao fato na inicial acusatória, desde que haja o aditamento da denúncia pelo Ministério Público e o exercício do contraditório pela defesa:

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

¹⁴⁸ BADARÓ, Gustavo H. Correlação entre acusação e sentença. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

¹⁴⁹ JR., Aury L. Direito Processual Penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 421.

¹⁵⁰ BADARÓ, Gustavo H. Processo penal. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 922.

¹⁵¹ BADARÓ, Gustavo H. Correlação entre acusação e sentença. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

¹⁵² Ibidem.

formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la.

Ademais, é possível constatar que a intenção do Projeto de Lei nº 4.207/2001, que deu origem à reforma da *emendatio libelli*, não era de suprimir o contraditório do instituto. O parágrafo primeiro da proposta de nova redação do art. 383 estabelecia necessidade de oitiva das partes: “As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença”. No entanto, com a modificação do projeto, a redação final do art. 383 retirou a intimação das partes¹⁵³.

Na realidade, o instituto sofreu alterações meramente artificiais. A sua funcionalidade permanece a mesma, ou seja, validar e proteger acusações que não correspondem à precisa definição dos fatos. Consequentemente, isso implica na possibilidade de o juiz modificar os termos da acusação, modificando a imputação, que é o objeto do processo¹⁵⁴.

À vista disso, é certo que o art. 383 é incompatível com o sistema acusatório, antes consagrado pela Constituição e agora previsto no Código de Processo Penal, em seu art. 3º-A. Trata-se de um dos dispositivos de matrizes inquisitoriais que deveriam ter sido derogados ante a vigência do Pacote Anticrime. No entanto, continua sendo aplicado normalmente, sem maiores discussões.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A base de um modelo acusatório exige um juiz que atue como um terceiro imparcial alheio as partes. A mera separação inicial das funções de acusar e julgar não são suficientes para que um sistema possa ser considerado acusatório. O papel que o juiz exerce durante todo o processo é que determinará qual o modelo adotado por cada sistema.

Ao contrário, o sistema inquisitório propõe um magistrado com irrestrita autonomia, que possui em suas mãos as funções de acusar e julgar. A partir da análise das características de cada sistema, pode-se constatar a predominância do sistema acusatório nos países que respeitam a liberdade individual e possuem uma sólida base democrática¹⁵⁵.

¹⁵³ LIMA, Renato B. de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1661.

¹⁵⁴ GLOECKNER, Ricardo J. Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 466.

¹⁵⁵ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 10ª ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. p. 74.

Conforme afirma Badaró, “o modelo de relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo, ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade”¹⁵⁶. Logo, a relação entre Estado e indivíduo que a democracia propõe exige um processo penal democrático e não autoriza as características do sistema inquisitório.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter adotado expressamente o sistema acusatório, através dos princípios constitucionais que vigoram no nosso ordenamento jurídico, inúmeros debates eram levantados sobre qual o sistema adotado pelo Código de Processo Penal. Finalmente, o artigo 3º-A, do CPP, em conformidade com a Carta Magna, consagrou o sistema acusatório. No entanto, dispositivos de raízes inquisitoriais continuam em vigor, sendo o artigo 383 um deles.

Não foi possível alcançar o objetivo principal da pesquisa jurisprudencial, que consistia em analisar o impacto do art. 3º-A nas decisões dos Tribunais Superiores sobre a *emendatio libelli*. Não foi encontrado sequer uma jurisprudência que relacione os dois termos.

A conclusão que se pode chegar é de que a vigência do art. 3º-A não ocasionou nenhum impacto na aplicabilidade do instituto. Sua eficácia permanece como usualmente, através do argumento simplista de que o réu se defende dos fatos, e não da capitulação jurídica

O intuito do marco temporal buscava analisar quais fundamentações foram utilizadas para viabilizar a aplicação do instituto e como foram evoluindo. No entanto, o resultado foi uma jurisprudência estática no tempo, tendo em vista que as fundamentações das decisões de 2024 permanecem idênticas às das decisões de 2009.

Além da principal fundamentação, os Tribunais Superiores também mencionam reiteradamente três argumentos: o momento oportuno para aplicação da *emendatio libelli* é na sentença; o instituto não viola a correlação entre a denúncia e a sentença (este é justificado apenas pelo mesmo argumento simplista); e, que os casos apresentados às Cortes não se referem a *mutatio libelli*, mas sim a *emendatio*, sendo dispensável qualquer procedimento prévio.

Ademais, não foi possível uma análise aprofundada das decisões do STF, por não adentrarem em maiores fundamentações, mas apenas confirmarem a possibilidade da aplicação. Quanto às decisões do STJ, ainda que haja um maior arcabouço argumentativo, em regra, não adentram no reexame probatório, dada a finalidade constitucional da Corte. Portanto, a coleta

¹⁵⁶ BADARÓ, Gustavo H. Processo penal. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 130.

de informações não foi precisa sobre qual o tipo penal presente na denúncia e por qual o magistrado procedeu com a recapitulação jurídica.

Por desinteresse, os Tribunais Superiores permanecem aplicando uma decisão uniformizada, de rotina, para que não seja necessário adentrar nessa discussão, que acarretará freios e limites aos poderes dos juízes de direito. Nunca sequer houve uma revisão pelo STF do instituto, que pudesse analisar a sua compatibilidade com o arcabouço constitucional. Apesar disso, a doutrina permanece firme nas críticas. E não equivocadamente.

Ao permitir que o juiz configure uma posição ativa de alterar a classificação jurídica do delito (ainda que os fatos permaneçam como o da denúncia – o que já comprovamos ser uma linha tênue), sem ao menos o aditamento do Ministério Público, ou, ainda, observância do contraditório, a *emendatio libelli* arruína os principais alicerces do sistema acusatório.

Por isso, conclui-se que o artigo 383 não foi recepcionado pelo sistema acusatório previsto no art. 3º-A. Na realidade, o artigo 383 tampouco foi recepcionado pela Constituição. É o exemplo clássico de uma antinomia. Se, antes a antinomia ocorria ante a Constituição Federal, em que era necessário a opção pela norma hierarquicamente maior, já que as leis infraconstitucionais devem estar de acordo com os princípios constitucionais, agora, temos, também, uma segunda, naturalmente resolvida pela prevalência da norma mais recente, ou seja, o art. 3º-A.

Ainda que a decisão do STF em sede das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, não tenha derogado os dispositivos inquisitoriais do Código de Processo Penal, a vigência do art. 3º-A e sua posterior declaração de constitucionalidade assim o exigem. É necessário que um instituto com tanta relevância no resultado útil do processo esteja de acordo com os ditames constitucionais, em especial, ao princípio do contraditório, da ampla defesa, da correlação entre a acusação e a sentença e da garantia de um juiz imparcial.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Curitiba: Juruá, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal Esquematizado. IBooks. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre Acusação e Sentença. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v.21. n. 104, set./out.2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF [1988]. Disponível em: <[Constituição \(planalto.gov.br\)](http://Constituição(planalto.gov.br))>. Acesso em: abril 2024.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República [1941]. Disponível em: <[Del3689 \(planalto.gov.br\)](http://Del3689(planalto.gov.br))>. Acesso em: abril 2024.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República [1969]. Disponível em: <[DEL1002 \(planalto.gov.br\)](http://DEL1002(planalto.gov.br))>. Acesso em: maio 2024.

_____. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Brasília, DF: Presidência da República, [2008]. Disponível em: <[L11719 \(planalto.gov.br\)](http://L11719(planalto.gov.br))>. Acesso em: maio 2024.

_____. Pacote Anticrime. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <[L13964 \(planalto.gov.br\)](http://L13964(planalto.gov.br))> Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111.445-PE. Primeira Turma, Relator Min. Dias Toffoli, Brasília, 2013. Disponível em: <[paginador.jsp \(stf.jus.br\)](http://paginador.jsp(stf.jus.br))>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.733-AL. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes, Brasília, 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur279119/false>>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 134686-RJ. Primeira Turma, Relatora Min. Rosa Weber, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392540/false>>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.378.054-MG. Segunda Turma, Relator Min. Edson Fachin, Brasília, 2022. Disponível em: <[paginador.jsp \(stf.jus.br\)](http://paginador.jsp(stf.jus.br))>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6298/DF. Relator Min. Luiz Fux, Brasília, 2023. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493580/false>>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 214.063-CE. Segunda Turma, Relator Min. André Mendonça, Brasília, 2023. Disponível em: <[paginador.jsp \(stf.jus.br\)](http://paginador.jsp(stf.jus.br))>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 225.375-SP. Segunda Turma, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 2023. Disponível em: <[paginador.jsp \(stf.jus.br\)](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 230.835-MG. Segunda Turma, Relator Min. Edson Fachin, Brasília, 2023. Disponível em: <[paginador.jsp \(stf.jus.br\)](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 1.416-DF. Plenário, Relator Min. Alexandre de Moraes, Brasília, 2023. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773722025](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.325-DF. Plenário, Relator Min Edson Fachin, Brasília, 2023. Disponível em: <[paginador.jsp \(stf.jus.br\)](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.112.347-ES. Quinta Turma, Relator Min. Jorge Mussi, Brasília, 2009. Disponível em: <[GetInteiroTeorDoAcordao \(stj.jus.br\)](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 118.622-RS. Sexta Turma. Relatora Min. Jane Silva, Brasília, 2009. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802285053&dt_publicacao=16/02/2009](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 118.622-RS. Sexta Turma. Relatora Min. Jane Silva, Brasília, 2009. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802285053&dt_publicacao=16/02/2009](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 182.342/SP. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, 2010. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001505190&dt_publicacao=13/12/2010](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 172.129-DF. Quinta Turma, Relatora Min. Laurita Vaz, Brasília, 2011. Disponível em: <[GetInteiroTeorDoAcordao \(stj.jus.br\)](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.112.347-ES. Quinta Turma, Relator Min. Jorge Mussi, Brasília, 2012. Disponível em: <[GetInteiroTeorDoAcordao \(stj.jus.br\)](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 255.512-SP. Sexta Turma. Relator Min. Sebastião Reis Júnior, Brasília, 2013. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202046757&dt_publicacao=10/04/2013](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 289.583-TO. Relator Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Brasília, 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400451274&dt_publicacao=15/09/2015> Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 289.583-TO. Quinta Turma, Relator Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Brasília, 2015. Disponível em: <[GetInteiroTeorDoAcordao \(stj.jus.br\)](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400451274&dt_publicacao=15/09/2015)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 326.685-SP. Sexta Turma, Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, 2015. Disponível em: <[GetInteiroTeorDoAcordao \(stj.jus.br\)](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400451274&dt_publicacao=15/09/2015)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 115.151-RJ. Sexta Turma, Relator Min. Rogerio Schietti Cruz, Brasília, 2016. Disponível em: <[GetInteiroTeorDoAcordao \(stj.jus.br\)](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400451274&dt_publicacao=15/09/2015)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça HC nº 347748-AP. Quinta Turma. Relator Min. Joel Ilan Paciornik, Brasília, 2016. Disponível em: <[ITA \(stj.jus.br\)](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400451274&dt_publicacao=15/09/2015)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.154.471-MS. Quinta Turma, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, 2017. Disponível em: <[GetInteiroTeorDoAcordao \(stj.jus.br\)](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400451274&dt_publicacao=15/09/2015)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 382.628-ES. Quinta Turma, Relator Min. Jorge Mussi, Brasília, 2018. Disponível em: <[GetInteiroTeorDoAcordao \(stj.jus.br\)](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400451274&dt_publicacao=15/09/2015)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.812.962-SC. Quinta Turma. Relator Min. Jorge Mussi, Brasília, 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901354895&dt_publicacao=19/12/2019. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.812.962-SC. Quinta Turma. Relator Min. Jorge Mussi, Brasília, 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901354895&dt_publicacao=19/12/2019>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 146.541-SP. Sexta Turma, Relator Min. Laurita Vaz, Brasília, 2021. Disponível em: <[GetInteiroTeorDoAcordao \(stj.jus.br\)](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901354895&dt_publicacao=19/12/2019)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2348392-TO. Quinta Turma. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301429397&dt_publicacao=28/08/2023>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo

em Recurso Especial nº 2145082-SP. Quinta Turma, Relator Min. Joel Ilan Paciornik, Brasília, 2024. Disponível em: <[STJ - Jurisprudência do STJ](#)>. Acesso em: maio 2024.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2093736-SP. Sexta Turma. Relator Min. Jesuíno Rissato, Brasília, 2024. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: maio. 2024.

CÁRCEL, Ricardo Garcia. L'inquisizione. Trad. Stefano Baldi. Milão: Fenice, 2000.

CORDERO, Franco. Guida Alla Procedura Penale. Torino: Utet, 1986.

CAPEZ, Fernando. Sistema Acusatório e garantias do processo penal. São Paulo: Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <[Sistema acusatório e garantias do processo penal \(conjur.com.br\)](#)>. Acesso em 26 maio 2024.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Limitações da atuação do Juiz no sistema acusatório. Rio de Janeiro: Revista Ministério Público, 2006.

COUTINHO, Jacinto. O papel do novo juiz no processo penal. Empório do direito, 2015. <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 06 maio 2024.

ESTEVES, Diogo. AZEVEDO, Júlio Camargo de. GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. JIOMEKE, Leandro Antônio. KASSUGA, Eduardo. LIMA, Marcus Edson de. MATOS, Oleno Inácio de. MENDONÇA, Henrique Guelber de. MENEGUZZO, Camylla Basso Franke. SADEK, Maria Tereza. SILVA, Franklyn Roger Alves. SILVA, Nicholas Moura e. TRAVASSOS, Gabriel Saad. WATANABE, Kazuo. Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023, Brasília: DPU, 2023. ISBN 978-85-67132-39-6. Disponível em: <[Pesquisa Nacional da Defensoria Pública \(pesquisanacionaldefensoria.com.br\)](#)>. Acesso em: 06 maio 2024.

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

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 2ª edição. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: 2001.

FOULCAULT, Michel. Vigiar e Punir: o Nascimento da prisão. 27ª ed. Petrópolis, 1987.

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. 1ª 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>.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JR., Aury Lopes. Direito processual penal. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

JR., Aury Lopes. Direito processual penal. 21ª ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

JR., Aury Lopes. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JR., Aury Lopes. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 10ª ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

JR., Aury Lopes. Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório. São Paulo: Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio/>> Acesso em: 06 maio. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOZZI, Gilberto. Lezioni di procedura penale. 13ª ed. G. Giappichelli Editore, 2018.

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

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1998, v.1.

NOVINSKY, Anita. Cristãos-novos na Bahia. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. Volume Único. 5ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2024.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, Geraldo. O Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

ROSA, Alexandre M. JR, Aury L. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória. Pacote Anticrime: reformas processuais: reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019/ organização Rodrigo Oliveira de Camargo, Yuri Felix. 1ª ed. Emais, Florianópolis, 2020. p. 45.

FERNANDES, Antonio Scarance. A Mudança do Fato ou da Classificação no Novo Procedimento do Júri. Boletim do IBCCrim, n. 188, julho/2008.

SEABRA, Silvia Cives. Sistemas Processuais. Rio de Janeiro: Rev. Ministério Público, 2002.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 10ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de História do Direito, 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.