

Diálogos entre o CPC/2015 e o processo penal: o contraditório prévio e o instituto da *emendatio libelli*

Nádia Ceccon Libardi¹

Resumo: O objetivo do presente ensaio é analisar a possibilidade de aplicação do artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015 – relativo à regra do contraditório prévio – ao instituto da *emendatio libelli*. Em um primeiro momento, busca-se fixar como premissa a possibilidade de aplicação das disposições do atual CPC ao âmbito do processo penal. São analisados também o princípio do contraditório prévio em sua feição substancial, o princípio da correlação entre a acusação e a sentença na seara processual penal, assim como aspectos gerais relativos aos institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli*. Ao fim, questiona-se acerca da possibilidade de aplicação do art. 10 do CPC, que prevê a regra do contraditório prévio e veda as decisões-surpresa, ao âmbito do processo penal, mais especificamente no que tange ao instituto da *emendatio libelli*.

Palavras-chave: CPC/2015; Contraditório Prévio; Processo Penal; *Emendatio libelli*.

Introdução

O atual Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015, buscou um maior alinhamento das disposições processuais aos princípios e garantias constitucionais, e trouxe inovações não somente para o âmbito do processo civil, repercutindo, também, em outras searas, como o processo penal.

Em que pese a doutrina ainda não ter produzido robusto material sobre o assunto, várias são as possibilidades de aplicação das disposições do novo *codex* ao processo penal², o que ultrapassa, em muito, as ambições e limites deste ensaio.

Todavia, uma inovação em particular chamou-nos a atenção. Trata-se do art. 10 do CPC/15, o qual veda ao magistrado, em qualquer instância, julgar com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, vedando,

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UFES. Especialista em Ciências Criminais (FDV). Pós-graduanda em Direito Processual Civil (FDV).

² A respeito de algumas possibilidades de aplicação do CPC/15 ao processo penal, conferir CABRAL, Antonio do Passo; PACELII, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016.

neste sentido, as decisões surpresas ou de “*terza via*” (terceira via, em tradução livre), como dizem os italianos.

Neste sentido, o presente estudo tem o propósito de analisar a possibilidade de aplicação do art. 10 do CPC/15 – o qual dispõe sobre a regra do denominado “contraditório prévio” – ao instituto da *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do Código de Processo Penal.

Aplicação do código de processo civil à legislação processual penal e a teoria geral do processo

Inicialmente, antes de prosseguirmos ao mérito deste estudo, importa fixarmos uma premissa imprescindível ao mesmo, qual seja: se e em que medida a legislação processual civil aplica-se à legislação processual penal, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao buscarmos os dispositivos legais que disciplinam a matéria, nos deparamos primeiramente com o art. 15 do Código de Processo Civil³, o qual determina serem as disposições deste código aplicáveis supletiva⁴ e subsidiariamente⁵ aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos.

Vale destacar, que na proposta originária apresentada ao Senado Federal incluía-se à redação do referido dispositivo a previsão expressa de aplicação do então novo CPC ao processo penal⁶. Todavia, durante os debates no Congresso Nacional, tal previsão foi suprimida, quando da discussão e votação do projeto na Câmara dos Deputados.

Pois bem. Em que pese tal fato, não nos parece tenha sido intenção do legislador afastar por completo a interlocução entre estas duas searas do processo – civil e penal. Muito pelo contrário.

À uma, pois, conforme nos lembra Rodrigo Mazzei⁷, o rol previsto no art. 15 do CPC é meramente exemplificativo, na medida em que a novel legislação processual civil, em diálogo

³ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁴ Aplicação supletiva é aquela em que se utiliza de uma legislação para complementar outra, que disse menos do que gostaria de dizer. É a hipótese, por exemplo, do art. 1.046, § 2º do CPC/15, que assim dispõe: “Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.

⁵ Aplicação subsidiária, por sua vez, pressupõe a completa omissão da legislação que se complementa em relação a determinado instituto processual. Temos como exemplo o art. 771 do CPC/15: “Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva”.

⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um Processo Penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência: aplicabilidade dos art.s 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 69.

⁷ “A leitura apressada do art. 15 do CPC/15 pode ocasionar o incorreto entendimento de que não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura esta que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraindo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria nos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. A premissa é falsa, pois o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Na verdade, percebe-se

com o texto constitucional, veio estipular as diretrizes centrais do processo comum, podendo ser aplicado a todas as searas, desde que haja *omissão* e *compatibilidade*.

À duas, pois, nesta mesma linha de pensamento, predomina na doutrina brasileira o entendimento pela existência de uma Teoria Geral do Processo⁸, de pretensão universal, considerando os pontos de intersecção entre as diversas espécies de processo (civil, penal, trabalhista, eleitoral, administrativo), principalmente no que toca aos seus aspectos e conceitos fundantes (jurisdição, ação, procedimento, nulidades, etc.).

Ademais disso, o próprio art. 3º do Código de Processo Penal⁹ prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica¹⁰, construindo um elo de conexão com a sustentada teoria geral do processo, e um espaço de ligação entre os citados ramos do direito processual.

Ora, a incidência da legislação processual civil à seara processual penal não constitui matéria nova, mas trata-se de fenômeno observado já desde a vigência do CPC de 1973.

O Código de Processo Penal consagra dispositivos que fazem expressa remissão à aplicação da legislação processual civil, do que são exemplos os artigos 139 (segundo o qual o depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil) e 362 (que determina a aplicação do regramento do CPC relativo à citação por hora certa).

Também o Supremo Tribunal Federal admite hipóteses de aplicação subsidiária do CPC ao processo penal, ante a omissão normativa deste: aplicação do art. 408 do CPC/1973 e a substituição de testemunhas (Ação Penal nº 470/STF); e aplicação do art. 557 do CPC/1973 e a possibilidade de julgamento monocrático no processo penal (Habeas Corpus nº 104.548/STF).

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, possui entendimento pacífico quanto à possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo penal, com fundamento no mesmo art. 3º do CPP (Habeas Corpus nº 71.614/SP).

que o novo diploma processual civil funciona como fonte que emana um processo comum, com objetivo de dialogar com todos os diplomas orbitais, bastando, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção” (MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 529).

⁸ Nos dizeres de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “Teoria geral do processo é um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. É também, por outro aspecto, a condensação metodológica dos princípios conceitos e estruturas desenvolvidos setorialmente com vista a cada um desses ramos, considerados aqueles em seus respectivos núcleos essenciais e comuns a todos eles, sem descer às peculiaridades de cada um”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, P. 27)

⁹ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

¹⁰ A interpretação extensiva é a ampliação do conteúdo da lei quando a norma disser menos do que deveria. Este é o caso, por exemplo, da norma constitucional que diz ser a casa asilo inviolável e do entendimento que estende tal garantia para o escritório. A analogia, a seu turno, é uma forma de autointegração da lei, através da qual se aplica a um fato não regido pela norma uma disposição legal aplicada a fato semelhante.

Indo um pouco mais além, sustentamos, neste ensaio, que a nova legislação processual civil, na medida em que densificou uma gama de princípios constitucionais de índole processual (a exemplo do princípio do contraditório e do dever de motivação das decisões judiciais), deve ser aplicada também ao processo penal, ainda nas hipóteses em que não haja omissão normativa da legislação atinente a este, e desde que esta mesma aplicação traduza, na prática, um maior alinhamento do processo penal ao perfil democrático-constitucional. Disserta Franklyn Roger Alves da Silva¹¹:

Nas hipóteses em que o CPP contiver disposição normativa contrária ao texto do CPC/2015, acreditamos que sua aplicabilidade dependerá de uma interlocução positiva com o texto constitucional em detrimento do texto da disciplina adjetiva penal, pois, do contrário, prevalecerá o nosso velho Código de 1941, diante da regra constante de seu art. 3º.

Tal tese se sustenta, ainda, ante a impossibilidade de fundamentarmos um cenário em que o processo civil, novo e constitucionalizado, disponha de maiores garantias do que o processo penal.

Neste sentido, sempre que uma norma processual civil densificar direitos fundamentais e princípios constitucionais, deve-se buscar sua aplicação à seara processual penal, quando esta for menos protetiva, ainda que não lacunosa. Sobre o tema, interessante a lição de Américo Bedê Júnior¹²:

Cabe destacar que, embora prevista em dispositivos do CPC, qualquer garantia relevante deve ser aplicada no processo penal. De fato, é inconcebível que o processo civil proteja de modo mais eficiente as partes do que o processo penal. Não que exista hierarquia entre cada ramo do direito, porém não se pode perder de vista que as normas processuais que densificam direitos fundamentais são, na verdade, heterotópicas e devem ser aplicadas em todas as searas jurídicas.

Com esta conclusão, e firmadas tais premissas, passamos adiante à análise do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015, e sua repercussão no âmbito do contraditório.

A regra do contraditório prévio no Código de Processo Civil de 2015 (art. 10º)

O atual Código de Processo Civil, que veio a substituir o diploma de 1973, foi elaborado já no contexto de vigência da atual Constituição Federal da República, e tem como

¹¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um Processo Penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência: aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 71

¹² BEDÊ JUNIOR, AMÉRICO. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 262.

principal missão traduzir um maior alinhamento do processo civil às disposições e garantias constitucionais, denotando um verdadeiro processo civil constitucionalizado.

Nesta toada, o Código de Processo Civil de 2015 buscou densificar uma gama de normas e princípios fundamentais processuais previstos no texto constitucional, do que é exemplo o princípio do contraditório. Conforme afirma Alexandre Câmara¹³, “Este é, dos princípios fundamentais do processo, o que se revela como sua nota essencial. Em outros termos, o que se quer dizer com isso é que o contraditório é a característica fundamental do processo”.

Inicialmente, o contraditório era visto como o dever de ciência bilateral dos atos e a possibilidade de contraditá-los (binômio “informação + reação”). Modernamente, entretanto, ante uma concepção democrática de processo, esta conceituação de contraditório não se demonstra mais suficiente a promover o acesso à justiça e a uma tutela efetiva justa, impondo-se, igualmente, o dever de propiciar às partes uma participação real e efetiva na realização do provimento jurisdicional.

Trata-se de uma concepção mais ampla do princípio do contraditório, que pressupõe um diálogo entre as partes e o juiz¹⁴, sendo, neste sentido, o pilar do processo civil contemporâneo. Sobre o ponto, aduz Carlos Alberto Álvaro de Oliveira¹⁵:

Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los. Tal concepção, convém sublinhar, encontra-se ainda fortemente atrelada ao prejuízo antigo de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo juiz, sem a interferência das partes. A realidade, porém, é muito mais complexa, a impor permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual. Ora, essa colaboração só se ostenta possível, do ângulo visual das partes, quando sabem elas ou podem saber de que depende, no caso concreto, o ponto de vista do órgão judicial. De modo nenhum pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apoie, em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não tenham apercebido, ou considerada sem maior significado¹⁶.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 25.

¹⁴ “Hoje, exige-se um contraditório participativo, em que o juiz dialogue com as partes, e não apenas as escute. Ao expor suas opiniões ou os possíveis reflexos das alegações e das provas que estão sendo objeto de sua cognição, o juiz confere às partes a oportunidade de acompanharem o seu raciocínio e de influenciarem na formação do seu juízo, do seu convencimento”. (GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 5 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 514).

¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. In: Revista de Processo. Ano 19, n. 73. São Paulo: Editora RT, jan./mar., 1994, p. 10.

¹⁶ “O contraditório, outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado. [...] O que prevalece, portanto, é que o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um diálogo entre o juiz e as partes, garantindo ao processo “uma atividade verdadeiramente dialética”, em proporções que possam redundar não só em um procedimento justo, mas também em uma decisão justa, quanto possível” (THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol 1. 56 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 110-111).

Desta forma, a decisão judicial deve ser construída a partir de intenso debate entre as partes interessadas e o magistrado, vendendo-se uma atitude solipsista deste¹⁷. Qualquer fundamento, inclusive os relativos a matérias cognoscíveis de ofício, devem ser submetidos ao crivo do contraditório.

E esta é concepção de contraditório trazida no bojo do Código de Processo Civil de 2015. Conforme afirmam Américo Bedê Jr. e Juliana Justo Castello¹⁸:

[...] o Novo Código de Processo Civil disciplina o exercício da garantia do contraditório em várias de suas disposições. Em todas essas disposições, todavia, é possível encontrar uma linearidade: a premente necessidade em exercitar a garantia do contraditório antes do pronunciamento judicial – de forma prévia – afastando, com isso, surpresas e oportunizando a construção em conjunto da decisão.

Nesta linha, uma das grandes novidades do atual Código de Processo Civil, portanto, encontra-se positivada em seu art. 10º, o qual impõe ao juiz a vedação de decidir, em qualquer grau de jurisdição, sobre fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício¹⁹. Qualquer fundamento, no sentido exposto pelo legislador, implica fundamento de fato ou fundamento de direito.

Neste esteio, o art. 10º do CPC, denominado pela doutrina de regra do “contraditório prévio”, busca evitar a prolação das chamadas “decisões-surpresa”, isto é, aquelas decisões proferidas pelo magistrado sem que se tenha permitido previamente às partes a oportunidade de influenciar na sua decisão²⁰⁻²¹.

¹⁷ “O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 26).

¹⁸ BEDÊ JR., Américo; CASTELLO, Juliana Justo B. A garantia do contraditório prévio no Novo Código de Processo Civil: repercussões na tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 248.

¹⁹ De acordo com Walder Queiroz dos Santos, “Do ponto de vista teórico, não se trata propriamente de uma novidade. A vedação da decisão surpresa, no sistema processual civil brasileiro, é conteúdo do direito fundamental ao contraditório [...]. Entretanto, do ponto de vista pragmático, trata-se de uma inovação em um Código de Processo Civil já que, pela primeira vez, ter-se-á no Brasil a regra da vedação aos órgãos jurisdicionais de proferirem decisão surpresa” (SANTOS, Walder Queiroz dos. A vedação à prolação de decisão surpresa na Alemanha. In: *Revista de Processo*. Ano 40, n. 240. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev./2015, p. 426). Américo Bedê Jr. e Juliana Justo B. Castello também afirmam que o contraditório prévio já se impunha antes mesmo da edição do CPC/15: “O Novo Código de Processo Civil é marcado por claras e explícitas referências a princípios constitucionais, com invocação do contraditório prévio, o que é digno de nota. Mas, o exercício do contraditório prévio e o repúdio à construção monológica da decisão, sem oportunidade de influência das partes, já eram defendidos com vigor antes” (BEDÊ JR., Américo; CASTELLO, Juliana Justo B. A garantia do contraditório prévio no Novo Código de Processo Civil: repercussões na tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 251).

²⁰ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

²¹ No mesmo sentido, aduz Franklyn Roger Alves Silva (p. 79): “O que se pretende evitar é a chamada ‘decisão-surpresa’ e por isso o art. 10 do novo CPC inaugura, de acordo com os processualistas civis, um princípio que veda a possibilidade de utilização de argumentos que não tenham sido debatidos ou ao menos ventilados durante a relação processual”.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, ao discutir tal dispositivo, editou o Enunciado nº 282, que assim dispõe: “Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10”.

Desta forma, o referido enunciado não contradiz o brocardo em latim “*da mihi factum, dabo tibi jus*”, ou, ainda, a regra do “*iuria novit curia*”²², mas orienta o juiz a, antes de proceder à alteração da qualificação jurídica dos fatos trazida pelas partes, abrir oportunidade para estas se manifestarem, privilegiando o contraditório prévio e participativo.

De fato, sob a nova concepção de contraditório, soaria arbitrário permitir ao juiz julgar com base em regra não debatida ou ignorada pelas partes, da mesma forma que se busca evitar, com tal vedação, uma decisão potencialmente equivocada, na medida em que se oportuniza um debate entre as partes do processo sobre a melhor aplicação do Direito.

Com isso, o contraditório passa a possibilitar não apenas participação, mas uma divisão equânime de trabalho entre os sujeitos processuais, conferindo a possibilidade de interlocução ativa e não episódica, com o exercício de um conjunto de controles, influências e escolhas na atividade de investigar o material jurídico e fático da causa.²³

Neste sentido, a regra do contraditório prévio insculpida no art. 10 do CPC/15 veio alinhar a legislação processual civil às disposições constitucionais e positivadas, no plano infraconstitucional, a concepção moderna do princípio do contraditório – que pressupõe não apenas a ciência dos atos processuais e o poder de contraditá-los, mas também a oitiva prévia sobre qualquer questão de direito a respeito da qual o juiz deva decidir.

Princípio da correlação entre acusação e sentença no Processo Penal e o instituto da *emendatio libelli*

O instituto da *emendatio libelli* encontra-se expressamente previsto no art. 383 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “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”.

²² “[...] o brocardo *iuria novit curia* que continua aplicável, somente autorizará a mudança da qualificação jurídica dos fatos alegados no processo, se as partes tiverem tido a oportunidade de se pronunciar sobre o novo enquadramento legal antes da decisão. A finalidade da regra é exatamente evitar a decisão surpresa, ou, como denomina a doutrina italiana, ‘*decisione della terza via*’”. (BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 357-378).

²³ BEDÊ JR., Américo; CASTELLO, Juliana Justo B. Castello. A garantia do contraditório prévio no Novo Código de Processo Civil: repercussões na tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (Org.). Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 252

Antes de adentrarmos ao estudo do tema, entretanto, impõe-se tecer algumas breves considerações acerca do princípio acusatório e do princípio da correlação entre acusação e sentença.

Conforme cediço, historicamente, existiram ou existem no processo penal dois sistemas ou modelos antagônicos, a saber: o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, cuja diferenciação reside, primordialmente, na posição dos sujeitos processuais e na gestão da prova.

No sistema inquisitivo, cuja nomenclatura remete à Inquisição – tribunal eclesiástico instituído pela Igreja Católica no início do século XVIII – as funções de acusar, defender e julgar concentram-se na figura do juiz.

Desta forma, sob tal perspectiva, o processo pode instaurar-se por iniciativa do julgador, o qual também detém amplos poderes probatórios na busca de uma pretensa verdade material. Neste contexto, o acusado não é parte detentora de direitos e garantias – como o contraditório e a ampla defesa – mas mero objeto do processo, o qual ainda é marcado por sigilosidade.

O sistema acusatório, a seu turno, remonta ao Direito grego²⁴, e é marcado pela plena distinção entre os sujeitos que ocupam as funções de acusar, defender e julgar. Acusador e defesa ocupam posições paritárias, e o juiz não possui nenhuma iniciativa probatória, sendo mero expectador da atividade das partes, que é regida pelos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Além disso, o processo, em regra, é público e presume-se a inocência do réu até a superveniência de um decreto condenatório²⁵.

Vale dizer que tais sistemas, tais quais descritos acima, tratam-se de modelos ideais, de maneira que, na prática, não se verifica nenhum ordenamento jurídico com exata correspondência aos mesmos. Todavia, os ordenamentos tendem a aproximar-se mais de um ou outro sistema, havendo até mesmo quem defenda a existência de um sistema misto²⁶, também chamado por alguns de acusatório formal ou inquisitivo-garantista.

²⁴ Cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 58.

²⁵ A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo.[...] sob o ponto de vista do acusado, a diferença fundamental é que, no modelo inquisitório, o acusado não era um sujeito de direito, mas sim um objeto do processo, uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, pelo inquisidor, ainda que mediante tortura. [...] Já no modelo acusatório o acusado é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 88-89).

²⁶ “Trata-se de sistema que se afasta de um modelo puro, aproximando-se por vezes mais de um sistema inquisitivo, e, por outras, de um sistema acusatório. Daí a menção, por parte da doutrina, a um sistema inquisitivo-garantista, espécie de modelo intermediário, caracterizado pelo atendimento de garantias constitucionais – a exemplo do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e da publicidade –, porém com poderes instrutórios fortes nas mãos do juiz (gestão de prova ex officio)” (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 58).

O modelo processual penal adotado, entretanto, reflete diretamente a opção política do Estado e sua relação com os indivíduos. Aury Lopes Jr., citando James Goldschmidt, afirma que “a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição”²⁷. Nesta esteira, o modelo inquisitivo, tal qual descrito acima, é incompatível, por exemplo, com uma concepção democrática de Estado.

A doutrina pátria, majoritariamente, classifica o sistema processual penal brasileiro como misto. Sem adentrarmos a este debate, vez que extrapola os limites deste ensaio, perfilhamo-nos à doutrina de Aury Lopes Jr., segundo a qual, partindo-se do pressuposto de que não existem mais sistemas puros, a questão cinge-se em identificar qual o princípio informador de cada sistema, no que conclui que o modelo constitucional brasileiro adota o princípio acusatório²⁸.

O autor sustenta sua afirmação no fato de a Constituição Federal atribuir a tarefa de acusação ao Ministério Público (art. 129) – separando, desta forma, as funções de acusar e julgar –, bem como nas garantias processuais previstas no texto constitucional, tais como o princípio do contraditório e do juiz natural. No mesmo sentido aduzem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues²⁹:

[...] o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado”.

Desta forma, conclui-se que, de acordo com a Constituição Federal, o princípio informador do processo penal brasileiro é o princípio acusatório, de forma que, apesar de misto, o sistema brasileiro deve pender o tanto quanto possível para este modelo.

Pois bem. Fixada tal premissa, é forçoso concluir que, tal qual mencionado anteriormente, no âmbito do sistema acusatório, é vedado ao juiz iniciar atividade persecutória *ex officio*, impondo-se ao mesmo que se mantenha em estado de inércia, somente podendo atuar quando invocado pelas partes e na medida desta invocação. Em se admitir o contrário, o juiz assumiria a função de acusador, resvalando-se para o modelo inquisitivo.

Neste sentido, emerge o princípio da correlação ou congruência entre acusação e sentença, o qual determina que *o objeto da sentença seja o mesmo objeto da imputação*³⁰, sob pena de violação aos citados princípios.

²⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 40.

²⁸ Cf. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 885.

²⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 57.

³⁰ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 536.

Ou seja, o réu somente pode ser julgado pelos fatos descritos na inicial acusatória. As sentenças que julgarem para além destes são consideradas *extra* ou *ultra petitas*, e padecerão do vício da nulidade.

Por outro lado, a sentença que julgar aquém dos fatos descritos na denúncia ou na queixa classifica-se como *citra petita*, e, neste caso, haverá necessariamente violação ao princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Nesta hipótese, reconhecendo a omissão, o tribunal deverá declarar a sentença válida na parte em que houve o julgamento e determinar a respectiva baixa dos autos ao primeiro grau para que o juiz se manifeste acerca da parte omissa.

Pode ocorrer, entretanto, situações em que, no curso da instrução processual, surjam novos fatos para além dos descritos na inicial acusatória, ou que, sem que ocorra a alteração dos fatos, o juiz entenda dever atribuir aos mesmos definição jurídica diversa da apresentada pela acusação. São estas as hipóteses, respectivamente, da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli*.

A *emendatio libelli* encontra previsão no art. 383 do CPP, transcrito no início deste tópico, e ocorre quando o juiz, sem considerar fato diverso do previsto na denúncia ou na queixa, subsume aqueles descritos na inicial acusatória a outro tipo penal que não o indicado pela acusação.

Assim, permanecem inalterados os fatos, mas muda-se a definição jurídica a eles atribuída, ainda que isso implique em aplicação de pena mais grave.

Apenas a título de informação, trata-se de previsão muito similar à contida no art. 74 do Código de Processo do Trabalho português, que permite ao juiz condenar em quantidade superior ao pedido ou em objeto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos fatos de que possa servir-se, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

O instituto citado constitui a consagração, no plano do processo penal, da já citada máxima "*da mihi factum, dabo tibi jus*" (narra-me os fatos e lhe darei o direito), possibilitando ao juiz criminal que atribua qualificação jurídica diversa aos fatos imputados ao acusado.

Por outro lado, a "*mutatio libelli*", prevista no art. 384 do CPP, pressupõe alteração nos próprios fatos, podendo ou não ser alterada a definição jurídica. Ocorre quando, durante a instrução processual, verifica-se a existência de elemento ou circunstância diversa da narrada na inicial.

A redação do art. 384 do CPP faz menção ao surgimento de prova, após a instrução processual, de elemento ou circunstância não descrita na acusação.

Elemento do tipo é aquele compõe a sua estrutura, cuja ausência de verificação fática implica necessariamente em não subsunção da conduta ao ilícito penal. Nestes casos, a conduta pode passar a ser atípica ou subsumir-se a outro tipo penal. É o exemplo da qualidade de funcionário público, que é elemento do delito de prevaricação (art. 319 do CP).

A circunstância, por sua vez, é um dado accidental ou acessório, que influi no aumento ou na diminuição da pena, mas o tipo fundamental continua o mesmo. Este é o exemplo da

violenta emoção, que agrega uma qualidade especial ao crime de homicídio e constitui causa de redução da pena (art. 121, § 1º do CP).

Ora, se deve haver correlação entre a imputação penal e a sentença, o surgimento de prova a respeito de um elemento ou circunstância não descrito na inicial acusatória impõe necessariamente o aditamento desta, sob pena de violação ao princípio acusatório. Admitir o contrário implicaria conceder iniciativa acusatória ao magistrado.

A aplicação da regra do contraditório prévio (art. 10 do CPC/2015) ao instituto da *emendatio libelli* no Processo Penal

Conforme visto no tópico anterior, o princípio da correlação entre acusação e sentença trata-se de decorrência lógica do princípio acusatório – adotado pelo nosso texto constitucional – e impõe restrições ao poder de julgar do magistrado, o qual deve ater-se aos limites da imputação penal contida na inicial acusatória.

A correlação vincula-se, portanto, diretamente com a imputação, de modo que o dispositivo da sentença não pode estar além ou aquém desta. A sentença que decide para além dos limites da imputação constitui sentença nula³¹.

Mas o que é a imputação? Nos dizeres de Gustavo Badaró,

Imputar quer dizer atribuir um fato penalmente relevante a alguém. No processo penal, a imputação é o ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal. É a formulação da pretensão penal.

[...]

A imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal. Em síntese, trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma³².

Neste sentido, considerando que a imputação não é constituída apenas de uma base fática³³, mas também da norma que se diz incidir sobre o fato, a alteração na qualificação jurídica deste necessariamente implica na alteração da própria imputação.

³¹ Neste sentido: “A violação da regra da correlação entre acusação e a sentença é causa de nulidade absoluta, pois ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, conseqüentemente, o devido processo legal” (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 609).

³² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 83.

³³ A base fática da imputação é o objeto do processo penal. Sobre o tema, disserta Gustavo Badaró: “Importante destacar que, se o objeto do processo penal é a pretensão processual penal, e sendo a imputação o meio pelo qual se formula tal pretensão, o objeto do processo penal não pode ser a imputação, que é o veículo da pretensão. Por isso, o objeto do processo penal não é a imputação, mas sim aquilo que foi imputado, isto é, o objeto dessa imputação. [...] O objeto da imputação é o fato que foi atribuído a alguém. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 81 e ss.)

E a sentença que não respeitar a imputação inicial ou, alterando-a, não abrir espaço para contraditório, padecerá necessariamente do vício de nulidade.

O fato narrado só tem valor quando ligado à norma incriminadora, só dessa forma é fato típico, sendo difícil aceitar que a mudança na qualificação não represente diversa valoração do fato, como se um fato considerado homicídio fosse da mesma forma valorado se qualificado como lesão corporal seguida de morte. Esta estreita vinculação entre o fato e a norma faz com que o contraditório deixe de estar limitado à questão de fato, para abranger também o debate sobre a norma jurídica aplicável a uma situação substancial³⁴.

Na *emendatio libelli*, conquanto não haja alteração fática, isto é, os fatos permaneçam os mesmos, ao juiz é dada a permissão de enquadrá-los em tipo penal diverso do imputado pela acusação, sob o fundamento de que o acusado se defende dos fatos, e não da qualificação jurídica destes. Esta, inclusive, é a posição de grande parcela da doutrina:

Se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tenha havido uma errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento do fato que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória.³⁵

O juiz passa a poder decidir, portanto, sobre questão não submetida ao contraditório das partes – questão de direito –, o que já era objeto de crítica por parcela da doutrina processual penal antes mesmo da edição do atual Código de Processo Civil, sob o argumento de violação à garantia fundamental do contraditório. Neste sentido, lá nos idos dos anos 2000, Gustavo Badaró já tecia a seguinte advertência:

Toda a preocupação em torno do princípio do contraditório, com a necessidade de informação e reação, com a obrigatoriedade do juiz submeter o material processual ao prévio conhecimento das partes, e tantas outras manifestações do princípio *audita et altera pars*, tradicionalmente aparecem ligadas apenas ao material probatório. [...]

Recentemente, porém, a preocupação com a efetividade do contraditório mostrou que deve ele incidir também sobre as questões de direito. E não havia razão para a exclusão de tais matérias.

³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. A correlação entre imputação e sentença no Brasil. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 18, n. 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul.-ago./2010, p. 349.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal: vol. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 320. No mesmo sentido, aduz Eugenio Pacelli: "Não se exige, então, a adoção de quaisquer providências instrutórias, bastando a prolação da sentença com a capitulação jurídica (do fato) que parecer mais adequada ao juiz. Nem mais, nem menos, sobretudo porque o réu não se defende da capitulação, mas da imputação da prática de conduta criminoso. Por isso, ainda que da nova definição jurídica resulte pena mais grave, não haverá qualquer prejuízo à defesa (pelo menos em face do Direito)" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 649.

Certamente, a origem dessa mutilação do contraditório encontra-se ligada à máxima *iuria novit curia*, ou, caracterizando de forma mais ampla a distinção entre a *quaestio facti* e a *quaestio iuris*, no brocardo *narra mihi factum, dabo tibi ius*.

A exigência de um contraditório sobre as regras jurídicas ou juízos de direito não afasta o “mal compreendido princípio *iuria novit curia*”. A exigência do contraditório prévio à decisão não significa que o juiz não possa dar aos fatos narrados pela parte uma outra definição jurídica ou decidir diversamente uma questão de direito. Todavia, para assim agir, deve “fazer observar e observar ele mesmo o contraditório”, permitindo que as partes se manifestem sobre a norma a ser aplicada ou sobre a *quaestio iuris*. Deve-se procurar evitar a decisão surpresa não só em relação ao material probatório, mas também em relação à matéria de direito debatida.³⁶

A questão revela-se ainda mais sensível quando partimos do pressuposto de que, exatamente por integrar a imputação, o acusado se defende também da classificação jurídica aduzida na inicial acusatória, e não somente dos fatos nesta descritos.

A classificação do crime, portanto, integra o fato processual, ao lado do fato natural (*fato processual = fato natural + fato penal*), e constitui matéria de defesa, devendo ser submetida a contraditório. Neste sentido, preciosa a lição de Aury Lopes Jr³⁷:

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 teses.

De fato, a questão de direito nem sempre se restringe a um simples processo de subsunção, este mesmo submetido a um *iter* muito complexo. Conforme afirma José Carlos Barbosa Moreira³⁸, a motivação da decisão judicial se desdobra em diversas etapas: qualificação jurídica dos fatos, determinação da regra de direito aplicável, controle de validade da regra e as diversas interpretações que esta mesma regra enseja.

Sob uma perspectiva de contraditório pleno, não nos parece que todas estas questões de direito possam ser subtraídas das considerações das partes.

Em que pese tais apontamentos, a doutrina e a jurisprudência majoritárias sempre insistiram em afirmar que o juiz poderia proceder à alteração da qualificação jurídica dos fatos, na hipótese do art. 383 do CPP, sem ouvir a defesa, sob o senso comum teórico de que o réu se defende tão somente dos fatos.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 32-33.

³⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 888.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Les raisonnements juridiques des décisions de Cours d'Appel. Temas de Direito Processual: quinta série. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 123.

Como demonstrado, tal afirmativa não procede. E as críticas à mesma já vinham sendo construídas muito antes da vigência do CPC/15, com base no fundamento constitucional do princípio do contraditório (art. 5º, inciso LV da CF/88), justamente com vistas a se evitar a prolação de decisões surpresa³⁹⁴⁰.

Se antes a imposição da observância do contraditório quando da aplicação do instituto da *emendatio libelli* pelo juiz pressupunha uma leitura constitucional do art. 383 do CPP, agora tal argumento é reforçado a partir da aplicação do art. 10 do CPC/15 ao processo penal.

Conforme afirmado em momento anterior, a nova regra do contraditório prévio previsto na legislação processual civil é clara em estabelecer a necessidade de abrir espaço para manifestação das partes sobre fundamentos que as mesmas não tenham debatido, sejam eles de fato ou de direito, antes da prolação da decisão.

Tal inovação conferiu maior concretude e amplitude ao princípio do contraditório no processo civil, e deve ser aplicada no âmbito do processo penal, ainda que se entenda – o que se admite apenas a título de argumentação – que o art. 383 do CPP tenha contemplado uma omissão proposital sobre a desnecessidade de observância do contraditório⁴¹.

Isto porque, conforme uma das premissas fixadas em tópico anterior, a novel legislação processual civil densificou uma gama de princípios constitucionais de índole processual e deve ser aplicada também ao processo penal, ainda nas hipóteses em que não haja omissão normativa.

³⁹ “Dessarte, ainda que o Código não exija, a Constituição o faz, existindo um verdadeiro dever do juiz de provocar o prévio contraditório entre as partes, sobre qualquer questão que apresente relevância decisória, seja ela processual ou de mérito, de fato ou de direito, prejudicial ou preliminar. O desrespeito ao contraditório sobre as questões de direito expõe as partes ao perigo de uma sentença de surpresa” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 891).

⁴⁰ “Na hipótese diversa, em que o fato permanece inalterado, devendo ser diversa sua qualificação jurídica, embora não seja necessário o aditamento da peça acusatória, em respeito ao princípio do contraditório, que também se aplica às questões de direito, o juiz deverá convidar as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma diversa definição jurídica dos fatos imputados, evitando surpresas às partes, principalmente em face da relevância que o tipo penal assume para o direcionamento da defesa. O art. 383 do Código de Processo Penal pode continuar sendo aplicado integralmente, mas em respeito ao art. 5º, inc. LV da Magna Carta, antes de aplicar tal dispositivo, o juiz deve observar o contraditório sobre as questões de direito” (BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 358)

⁴¹ Ricardo Silveiras e Ronaldo Batista Pinto, dissertando sobre a possibilidade de aplicabilidade do art. 10 do CPC/15 ao instituto da *emendatio libelli*, afirmam que parte da doutrina entende não haver omissão no art. 383 do CPP, a ensejar a aplicação subsidiária da legislação processual civil. In verbis: “O art. 383 não prevê prévia manifestação do Ministério Público ou querelante e da defesa antes da sentença não por conta de uma lacuna, de um esquecimento do legislador, mas porque, deliberadamente, não quer a prévia manifestação das partes, pois desnecessária: o réu se defende dos fatos e estes foram devidamente submetidos ao contraditório, cabendo ao juiz decidir a respeito, tendo liberdade para julgar não só se o fato imputado existiu, se o réu foi dele autor e também a classificação correta a ser dada. Quisesse o legislador a prévia manifestação das partes, a teria mencionado no art. 383, tal como fez no artigo seguinte, em que trata da *mutatio libelli*”. (SILVARES, Ricardo; PINTO, Ronaldo Batista. Novo CPC e seus reflexos no âmbito do processo penal. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 21)

Esta é a situação do citado art. 10 do CPC/15, que densificou o princípio constitucional do contraditório, e cuja aplicação, no âmbito do art. 383 do CPP, implicará um maior alinhamento do processo penal ao perfil democrático-constitucional, evitando decisões surpresas não somente em relação ao material probatório, mas também em relação à matéria de direito debatida.

Refletindo sobre a aplicação da regra do contraditório prévio ao instituto da *emendatio libelli*, Gustavo Badaró assim concluiu:

E o que isso reflete no processo penal? Trata-se de regra que dá concretude ou define o conteúdo da garantia constitucional do contraditório. E, nesse ponto, se não há que se adotar uma posição de superioridade, considerando que o contraditório no processo penal deve ser mais amplo ou mais intenso que no processo civil, em razão da importância dos bens em jogo, também não será correto defender uma posição de inferioridade do processo penal, no que diz respeito ao contraditório, em comparação com o processo civil. Se o contraditório nos feitos penais não precisar ser mais que o contraditório no processo civil, por outro lado, não se pode aceitar que seja, ao contrário, de menor intensidade.

Assim sendo, e por força do art. 3º do Código de Processo Penal, que permite a analogia, é de se aplicar, plenamente, aos feitos criminais, a regra do art. 10 do Código de Processo Civil, que exige o prévio contraditório sobre os fundamentos da decisão judicial que não tenham sido debatidos pelas partes, ainda que se trate de matéria que o juiz pode conhecer de ofício.⁴²

Neste sentido, e por todo o exposto, concluímos pela plena aplicação do art. 10 do CPC/15 ao processo penal, principalmente no tocante ao instituto da *emendatio libelli*, com vistas a impor o contraditório prévio sobre questões de direito e impedir a prolação de decisões surpresa envolvendo a qualificação jurídica dos fatos imputados ao réu.

Considerações finais

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu no ordenamento infraconstitucional pátrio um modelo constitucionalizado de processo, em consonância com as diretrizes e princípios constitucionais, constituindo o eixo central do processo comum brasileiro.

Neste sentido, suas disposições se aplicam não somente à seara processual civil, mas também a outros campos, como o do direito processual penal, sempre que houver omissão deste e que a aplicação do CPC não viole seus princípios e lógica próprios.

Mas não é só. Defendeu-se, neste ensaio, que, ainda na hipótese em que não houver lacuna no Código de Processo Penal, o CPC poderá ser aplicado *in casu*, desde

⁴² BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz (Org.). Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 367.

que esta aplicação traduza, na prática, um maior alinhamento do processo penal ao perfil democrático-constitucional.

Neste sentido, sustentou-se a aplicação do art. 10 do CPC, que prevê a regra do contraditório prévio e veda as decisões-surpresa, ao âmbito do processo penal, mais especificamente no que tange ao instituto da *emendatio libelli*, para que seja oportunizada à defesa a manifestação prévia sobre as questões de direito na hipótese de qualificação jurídica diversa dos fatos.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.). Repercussões do Novo CPC no Processo Penal. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 357-378.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Les raisonnements juridiques des décisions de Cours d'Appel. Temas de Direito Processual: quinta série. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- BEDÊ JR., Américo; CASTELLO, Juliana Justo B. A garantia do contraditório prévio no Novo Código de Processo Civil: repercussões na tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016.
- BEDÊ JUNIOR, AMÉRICO. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo; PACELII, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- FERNANDES, Antonio Scarance. A correlação entre imputação e sentença no Brasil. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 18, n. 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul.-ago./2010.
- GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 5 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. In: Revista de Processo. Ano 19, n. 73. São Paulo: Editora RT, jan./mar., 1994, p. 7-14.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- SANTOS, Walder Queiroz dos. A vedação à prolação de decisão surpresa na Alemanha. In: Revista de Processo. Ano 40, n. 240. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev./2015.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um Processo Penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência: aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016.
- SILVARES, Ricardo; PINTO, Ronaldo Batista. Novo CPC e seus reflexos no âmbito do processo penal. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol 1. 56 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal: vol. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.