

TÉCNICA PROCESSUAL E O PROCEDIMENTO DA EMENDATIO LIBELLI NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

PROCESSING TECHNIQUE AND THE EMENDATIO LIBELLI PROCEDURE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

Lidiane Mauricio Dos Reis ¹

Helena Patrícia Freitas ²

Resumo

O presente artigo investiga a previsão do artigo 383 do Código de Processo Penal, que autoriza o julgador modificar a definição jurídica do fato ao proferir a sentença, aplicando o instituto da emendatio libelli. O processo, como procedimento realizado em contraditório, é garantia constitucional do Estado Democrático de Direito e não pode ser mitigado, sob a simples alegação de que o acusado se defende dos fatos narrados e não da capitulação legal.

Palavras-chave: Emendatio libelli, Contraditório, Ampla defesa, Técnica processual

Abstract/Resumen/Résumé

This article investigates the prediction of article 383 of the Code of Criminal Procedure, which authorizes the judge to modify the legal definition of the fact when pronouncing the sentence, applying the institute of emendatio libelli. The procedure, as a contradictory procedure, is a constitutional guarantee of the Democratic State of Law and can not be mitigated, on the simple allegation that the defendant defends himself of the facts narrated and not of the legal capitulation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Emendatio libelli, Contradictory, Wide defense, Related searches

¹ Doutoranda em Direito Processual pela PUC Minas. Mestre em Direito pela FDSM. Professora da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Advogada.

² Mestranda em Direito Processual na PUC-Minas. Especialista em Direito Processual Constitucional pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix (2006). Graduada em Direito pela PUC-Minas (2000). Advogada.

1. INTRODUÇÃO

A *Emendatio Libelli* é um instituto do direito processual penal brasileiro que autoriza a autoridade julgadora, no momento de decidir sobre a procedência de fatos ilícitos narrados pelo representante do Ministério Público, a modificar a peça acusatória, sob o argumento de que quem retifica nunca vai alterar a essência ou descrição da acusação.

Em que pese a hipótese da *Emendatio Libelli* estar prevista, expressamente, na norma infraconstitucional, mais precisamente no art. 383 do Código de Processo Penal, sua aplicação fere o princípio da exata correlação entre a acusação e a sentença, bem como o princípio do contraditório e da ampla defesa, norteadores de um modelo constitucional de processo.

O presente artigo tem como finalidade analisar o procedimento da *Emendatio Libelli*, a partir de uma análise da técnica processual proposta por Aroldo Plínio Gonçalves, demonstrando que no Estado Democrático de Direito, que visa tutelar direitos e garantias fundamentais, a técnica não se equipara ao formalismo processual proposto por José Roberto dos Santos Bedaque.

Para tanto, em um primeiro momento, será analisada a relação existente entre técnica e ciência. Posteriormente, será analisado o sistema processual penal vigente após a Constituição Federal de 1988, bem como a técnica da garantia de uma decisão constitucionalmente adequada, que observe o princípio do contraditório e da ampla defesa, em confronto o procedimento da *Emendatio Libelli*.

2. CIÊNCIA E TÉCNICA PROCESSUAL

Aroldo Plínio Gonçalves ao desenvolver a obra Técnica processual e teoria do processo, teve como principal finalidade fortalecer o movimento de renovação do Direito Processual ocorrido na cultura ocidental no século XX. O autor denunciou a concepção deficiente do processo vigente, em que o rito se fazia pelo rito e a forma pela forma, reduzindo o processo a mero instrumento para o exercício da jurisdição.

A superação deste tecnicismo faz fortalecer a concepção adotada por García Máynez de que a ciência revela as relações entre os fenômenos e a técnica utiliza esse conhecimento para a obtenção de um resultado desejado, ou seja, a técnica corresponde a um saber aplicado

(GONÇALVES, 1992, p. 24).

Partindo das críticas realizados por Lalande sobre o significado da palavra técnica, no sentido de que ela corresponde a procedimentos conjugados e bem orientados para a produção de resultados úteis, Aroldo Plínio afirma que há elementos que nos permitem afirmar que a técnica precede a ciência, sendo a técnica um conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades” (GONÇALVES, 1992, p. 23).

Por meio da utilização de diversas técnicas, a ciência do direito constrói teorias explicativas, compreende e soluciona os fenômenos jurídicos, contribuindo para a construção jurídica.

Toda essa atividade não poderia deixar de ser extremamente valiosa para o crescimento do conhecimento jurídico, para a aplicação de seus resultados, pelos próprios juristas, e para a oferta desses resultados, no plano da atividade de criação e aplicação do direito (GONÇALVES, 1992, p. 35-36).

Estabelece o artigo 383 do Código de Processo Penal que *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*. Esta previsão corresponde ao instituto da *Emendatio Libelli*, que autoriza a alteração da definição jurídica do fato, promovida pela juiz, na sentença, sem respeitar o contraditório.

A previsão legal do instituto não observa a técnica e a ciência do direito processual democrático proposta por Elio Fazzlari, que apresenta a teoria do processo como procedimento em contraditório. Portanto, é causa de nulidade absoluta, por ofender o princípio do contraditório e da ampla defesa.

3. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Código de Processo Penal Brasileiro, elaborado a partir da inspiração do modelo inquisitorial italiano, possui conteúdo inquisitorial que afastam o modelo constitucional democrático.

Opondo-se a um modelo inquisitório, em que o juiz inquisidor exerce um papel duplo, julgando e investigando e colhendo provas de ofício, excluindo o contraditório e a ampla defesa, o sistema acusatório, assegura:

Um sistema processual que tem a figura do juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento com um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público (FERRAJOLI, 2006, p. 519-520).

Discorrendo ainda mais sobre o sistema acusatório esclarece:

O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa. Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito “representativo”, não devendo nenhum interesse ou desejo – nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos - condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivos lesados (FERRAJOLI, 2006, p. 534).

O processo penal não pode ser analisado como um instrumento que visa alcançar escopos metajurídicos, como foi defendido e difundido por Dinamarco. O modelo constitucional dedica ao processo a garantia de direitos fundamentais, sendo “uma base uníssona, na qual os princípios que o integram são vistos de maneira co-dependente. Ou seja, se desrespeitar um dos princípios se afeta também, de forma reflexa, os outros princípios fundantes” (BARROS, 2009, p. 17).

A relação existente entre os princípios constitucionais tem a finalidade de garantir que a decisão seja o resultado de todo o esforço argumentativo lançados pelas partes afetadas no curso do procedimento.

4. DIREITO A DECISÃO CRIMINAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

A construção de decisão judicial não pode limitar-se a demonstrar apenas a correlação existente entre o fato narrado e norma jurídica. A análise da garantia de uma decisão

constitucionalmente adequada exige a observação dos princípios fundamentais norteadores do Estado Democrático de Direito.

A interpretação constitucional é um caso especial de interpretação. Por meio de termos abertos, a norma constitucional apresenta um conjunto de princípios consistentes e coerentes, hierarquicamente superiores às demais regras do sistema jurídico, regulando direta e indiretamente a conduta humana e protegendo direitos fundamentais. A ausência de significados estritamente definidos é uma garantia do Estado de Direito, que não é estático, pelo contrário, está vinculado a uma constante dinâmica social. Para Ronaldo Brêtas, o Estado de Direito e o Estado Democrático são verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas, que se entrelaçam técnica e harmoniosamente. (BRETAS, 2015, p. 68-69). E prossegue:

O texto da Constituição Federal de 1988, ao condensar metodológica e sistematicamente as normas constitucionais que regem o processo (devido processo constitucional) além de nele incluir, com destaque, a garantia constitucional do devido processo legal, também inclui e cataloga, no mesmo plano sistemático, em favor do povo, proporcionando-lhe defesa contra os atos arbitrários do Estado, um vasto e poderoso arsenal de garantias procedimentais constitucionais (BRETAS, 2015, p. 76).

As premissas garantistas que norteiam do Estado Democrático de Direito, configuram-se como mecanismos de “diminuição” de riscos de uma decisão arbitrária e ilegítima. A decisão criminal consiste no resultado dialético da sucessão de reações individuais ocorridas no curso do processo, na busca da verdade aproximativa da realidade dos fatos. Esse descobrimento, não pode prescindir de estrita obediência aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. “A obediência a essa regra fundamental é indispensável para que se evite a propagação de injustiças, fundadas em “meias verdades” ou em mera hipótese que não se converteu em verdade”. (BARROS, 2011, p. 43).

A teoria desenvolvida por Elio Fazzalari afastou a ideia defendida por Cândido Dinamarco de processo como relação jurídica, demonstrando de forma técnica e precisa, em sua obra Técnica processual e teoria do processo, a teoria estruturalista do processo (denominada assim por Ronaldo Bretas). O processo passa a ser entendido como atividade

preparatória do provimento, ou seja, ele é procedimento realizado em contraditório, sendo o procedimento uma atividade regulada por uma estrutura normativa.

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. (GONÇALVES, 1992, p. 102).

Para Barbosa Moreira, citado por Ronaldo Brêtas, “o contraditório significa as mesmas oportunidades de se pronunciar, visando expor as respectivas pretensões e razões, rebater as dos adversário, produzir as provas de que disponham e falar sobre as produzidas pelo contentor ou por iniciativa *ex officio* do juiz” (BRETAS, 2015, p. 132).

Para Aury Lopes Jr.:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre um conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão de interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão de interesse do acusado e da sociedade em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo (LOPES JR, 2011, p. 188).

O contraditório não se limita a ação e reação, pelo contrário, ele dinamiza o procedimento, legitimando o conteúdo das decisões jurisdicionais, evitando assim, decisões surpresas, fruto da consciência do julgador e de suas convicções pessoais. Ele “deve ser instaurado o quadrinômio estrutural do contraditório, ou seja, informação – reação – diálogo – influência, como resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio fundamental das decisões jurisdicionais.” (BRÊTAS, 2015, p. 133).

O direito de ampla defesa também tem forte destaque no procedimento criminal e está atrelado a defesa pessoal e a defesa técnica. A defesa pessoal corresponde a autodefesa, em que o acusado resiste a pretensão estatal. Garantia constitucional, a defesa técnica é um direito indisponível, corresponde a participação de um profissional que exerça a função

jurídica e possua os conhecimentos necessários e suficientes para resistir a pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador.

Para que se tenha uma decisão constitucionalmente adequada e legítima, deve o julgador observar o contraditório e a ampla defesa, preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, afastando, assim, a possibilidade de qualquer decisão supresa no final do procedimento.

5. LIMITES DA DECISÃO PENAL E O PROCEDIMENTO DA *EMENDATIO LIBELLI*

O juiz, ao proferir a sentença, deve observar o princípio da correlação, traduzido na necessidade de amoldar a sentença aos fatos narrados na peça acusatória. Na hipótese do julgador verificar a necessidade de modificação da definição jurídica do fato, está autorizado, pelo legislador, pelo instituto da *emendatio libelli*. A lei permite que, sem alterar a descrição fática, o juiz possa dar definição jurídica diversa, ainda que tenha de aplicar pena mais grave.

A partir da previsão legal, identifica-se três formas de *emendatio libelli*: 1) *emendatio libelli* por defeito de capitulação; 2) *emendatio libelli* por interpretação jurídica diversa e 3) *emendatio libelli* por supressão de circunstância, em que em determinadas descrições de fatos, há a possibilidade de identificar a existência de um crime autônomo.

Infelizmente, prevalece o entendimento, de que o juiz pode alterar a definição fática, sem qualquer cerceamento de defesa, sob a concepção de que o acusado se defende apenas dos fatos imputados. Entretanto, esse entendimento não encontra consonância com a técnica proposta no modelo constitucional de processo.

Situações existem em que o erro da classificação do delito, entranhado na denúncia ou queixa pode provocar prejuízos à defesa e, consequentemente, a nulidade absoluta da sentença penal. A ampla defesa, para ser exercida em toda plenitude, implica permitir ao acusado a livre escolha de seu defensor, podendo eleger aquele que crê mais especializado, na defesa técnica da infração, pelo qual é acusado, por exemplo. A errônea capitulação, com a possibilidade de condenação final, por conduta diversa daquela descrita na denúncia ou queixa, poderá causar prejuízo ao acusado, que não pode selecionar o defensor mais preparado (POZZER, 2001, p. 152-153).

Dada a importância que o tipo penal exerce na condução da defesa, é certo que sua alteração pode surpreender as partes, sem nenhuma possibilidade e oportunidade de debatê-la.

O mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador, ou na sensibilidade extrema do juiz. (GONÇALVES, 1992, p. 45).

Abalizada doutrina sustenta que, mesmo na *emendatio libelli*, o juiz deveria baixar os autos à defesa, para que essa se manifestasse acerca da possível modificação da classificação jurídica do fato, como exigência do princípio da ampla defesa (PACELLI, 2013, p. 649).

Portanto, a *emendatio libelli* é um instituto que encontra-se a exigir revisitação, a partir da teoria do processo proposta por Elio Fazzalari e defendida por Aroldo Plínio Gonçalves. O artigo 383 do Código de Processo Penal deve ser interpretado com a noção técnica de que processo é procedimento em contraditório, e que visa garantir direitos e garantias fundamentais.

6. CONCLUSÃO

O Processo como procedimento em contraditório é uma garantia do modelo constitucional do processo, para que se tenha uma decisão legítima. A conjugação dos princípios constitucionais garantem a concretização de direitos e garantias fundamentais, com decisões sem resquícios inquisitoriais.

A certeza na concretização dos direitos fundamentais não está no uso da força, no uso de meios coercitivos de penalidade ou na elaboração de leis mais severas, mas sim na concretização de leis hábeis a propiciar as garantias constitucionais, com aplicadores técnicos e preparados para julgar.

O instituto de *emendatio libelli* não coaduna a técnica criada pelo ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito. Deve-se considerar a grandeza e importância do

contraditório e da ampla defesa, para que se tenha uma decisão constitucionalmente adequada.

REFERÊNCIAS:

BARROS, Flaviane de Magalhaes. *(RE)forma do processo penal*: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Marcos Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

BEDAQUE, JS. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo : Malheiros, 2010

BRÊTAS, RCD. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte, MG : Del Rey, 2015

BRETAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba : Juruá, 2008.

DINAMARCO, CR. *Instituições de direito processual civil : volume 1 : fundamentos e institutos fundamentais do direito processual civil*. São Paulo : Malheiros, 2004

Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica (et al). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.