



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os possíveis impactos do CPC/2015 no instituto da *emendation libelli* no processo penal

Andreia H. Robert de Oliveira

Rio de Janeiro
2016

ANDREIA H. ROBERT DE OLIVEIRA

Os possíveis impactos do CPC/2015 no instituto da *emendatio libelli* no processo penal

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

OS POSSÍVEIS IMPACTOS DO CPC/2015 NO INSTITUTO DA *EMENDATIO LIBELLI* NO PROCESSO PENAL

Andreia H. Robert de Oliveira

Graduada pelo IBMEC-RJ. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações importantes quanto ao princípio do contraditório, principalmente no que se refere à proibição das decisões-surpresa. Isso significa que o juiz deve ouvir as partes antes de decidir, mesmo quando a lei lhe permite decidir de ofício. O presente trabalho visa a analisar a possibilidade de aplicação dessa nova regra ao processo penal, mais especificamente ao instituto da *emendatio libelli*, com base na discussão se o acusado se defende apenas dos fatos contidos na denúncia ou também da tipificação legal e, ainda, tendo em vista a importância do contraditório para preservar os direitos fundamentais do acusado e respeitar o sistema acusatório.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Direito Processual Penal. Princípio do contraditório. Decisões-surpresa. *Emendatio Libelli*.

Sumário – Introdução. 1. O Contraditório no CPC/15. 2. Aplicação ao Processo Penal das Inovações Trazidas pelo CPC/15 acerca do Contraditório. 3. Contraditório e *Emendatio Libelli*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe novas diretrizes para a interpretação dos princípios constitucionais que atingem o processo, de forma a ampliar ao máximo seu âmbito de incidência e conferir a mais ampla garantia às partes.

O legislador tratou de forma expressa como devem ser aplicados esses princípios na prática processual civil e explicitou seu nível de importância ao chamá-los, em vez de princípios, de normas fundamentais.

O primeiro capítulo deste trabalho discorre sobre o princípio do contraditório com foco nas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e analisa sua possível

aplicação a todo o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que se trata de princípios previstos na Constituição Federal.

O segundo capítulo analisa a possibilidade de aplicação dessas inovações ao processo penal, principalmente no que se refere à proibição de decisões-surpresa. Caso possível essa aplicação, haverá grande impacto na atuação do juiz criminal. A principal função do processo penal, conforme a visão moderna, é garantir os direitos e garantias do acusado frente as possíveis arbitrariedades do Estado. Essa função se relaciona diretamente com a proibição de decidir com base em elemento surpresa.

Por fim, no terceiro capítulo, avalia o impacto do princípio do contraditório no instituto da *emendatio libelli* do processo penal. Segundo esse instituto, o juiz pode, no momento da sentença, modificar a capitulação legal indicada pela acusação, ainda que isso implique em pena mais grave, desde que não modifique os fatos narrados na denúncia ou na queixa. O que legitima o juiz a agir assim é a ideia de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal, de forma que a modificação da capitulação legal pelo juiz no momento da sentença, sem ouvir as partes, não prejudica a defesa.

No entanto, caso sejam aplicáveis as inovações do Código de Processo Civil de 2015 ao processo penal, será preciso repensar o emprego do instituto da *emendatio libelli*.

Para a realização deste trabalho, foi utilizada pesquisa metodológica do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. O CONTRADITÓRIO NO CPC/2015

O princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da CRFB¹, é corolário do princípio do devido processo legal e fundamental para o exercício do processo democrático. Democratizar o processo significa conferir poder de participação para ambas as partes.

Para efetivar esse poder de participação, o princípio do contraditório possui duas dimensões. A dimensão formal consiste no poder de ser ouvido, de falar no processo e apresentar seus argumentos de defesa. Já a dimensão substancial consiste no poder de influência, que determina que a parte não deve apenas ser ouvida no processo, mas sua fala deve ter o poder de influenciar a decisão do juiz.

Em razão da dimensão substancial, é vedado ao juiz prolatar decisão-surpresa. Toda decisão deve passar antes pelo contraditório, sob pena de nulidade, tendo em vista que, a depender do que as partes têm a dizer, o convencimento do juiz pode se formar em um sentido oposto.

A proibição de decisões-surpresa não está expressa na CRFB, mas pode ser aferida pela análise constitucional do princípio do contraditório e seu viés democratizador do processo, com ênfase na participação e influência da palavra das partes.

Entretanto, antes da entrada em vigor do CPC/2015, a proibição das decisões surpresa era negligenciada quando se tratava de questão para a qual a lei autoriza a decisão de ofício. Isso significava que, toda vez em que a lei autorizava o julgador a tomar uma determinada decisão de ofício, a oitiva das partes não era obrigatória.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 nov. 2016.

Insta dizer que essa prática era baseada em um equívoco referente ao conceito de decisão de ofício. Confundia-se decisão que pode ser dada de ofício com desnecessidade de manifestação das partes. Na realidade, são duas conceitos diferentes e que não se excluem, mas, pelo contrário, complementam-se.

O poder de prolatar decisões de ofício, conforme conferido ao juiz pela lei para algumas matérias específicas, é exceção ao princípio da inércia judicial. Segundo esse princípio, o juiz só pode se manifestar quando provocado pelas partes, caso contrário, deve se manter inerte, a fim de preservar sua imparcialidade. Quando a lei autoriza, porém, o juiz pode prolatar decisão de ofício, ou seja, sem que as partes tenham requerido.

Isso não tem a ver com o direito que as partes têm ao contraditório, isto é, o direito de se manifestar previamente à decisão do juiz. Ainda que o juiz seja autorizado a decidir sem requerimento das partes, nada impede que haja intimação das partes para se manifestarem antes de prolatada a decisão. Tal manifestação prévia é, na verdade, imprescindível para que as partes possam exercer seu poder de influência.

Com o CPC/2015, a proibição das decisões surpresa está expressamente prevista no art. 10², que diz que “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 trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

A partir da entrada em vigor desse Código, o juiz passou a ser obrigado a intimar as partes para se manifestarem sobre a matéria a ser decidida, mesmo que a lei o autorize a decidir de ofício.

² BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.

Antes da entrada em vigor do CPC/15, várias interpretações podiam ser dadas ao princípio do contraditório. O que o CPC/15 fez foi escolher a melhor interpretação entre estas e positivá-la, a fim de que não houvesse mais dúvida sobre sua aplicação.

E por que essa é a melhor interpretação? Porque é a que mais amplia a oportunidade para que as partes se expressem e levem mais elementos para fortalecer o convencimento do juiz.

Para entender melhor, basta saber que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, na forma do art. 1º, da CRFB, que é garantido pelo Devido Processo Legal (art. 5º, LIV³), no qual o contraditório (art. 5º, LV⁴) exerce papel fundamental. Todos esses são dispositivos originários da CRFB e, por uma interpretação teleológica, impõem uma aplicação bem ampla ao contraditório.

Assim, tudo o que o CPC/15 fala sobre o contraditório nem precisaria ter sido dito, bastaria que interpretássemos corretamente os dispositivos constitucionais, não fosse a pouca maturidade democrática existente no Brasil em razão da recente redemocratização do país.

A importância do CPC/15 para o princípio do contraditório não foi qualquer novidade trazida - pois o que lá está dito já podia ser aferido pela interpretação do texto constitucional - e sim a explicitação de como deve ser aplicado este princípio, de forma que foram eliminadas quaisquer dúvidas ou divergências sobre o assunto.

Ao proibir as decisões-surpresa nas hipóteses de decisão de ofício, o CPC/15 garante um contraditório participativo, que não apenas dá às partes o direito de falar no processo, mas também de contribuir de maneira significativa para a construção da decisão judicial. Desse modo, todos os integrantes do processo trabalham juntos, embora com interesses di-

³ Ibid.

⁴ Ibid.

vergentes, para a obtenção de uma resposta judicial mais justa e compatível com a realidade do caso concreto.

Nesse sentido, leciona Fredie Didier Jr.⁵:

Como poderia o órgão jurisdicional punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição? Por exemplo, demonstrando que os fatos em que baseia a sua decisão ou não ocorreram ou ao menos não permitem a aplicação daquela sanção. Se não fosse assim, teríamos punição sem contraditório. Não é lícita a aplicação de qualquer punição processual, sem que se de oportunidade de o “possível punido” manifestar-se previamente, de modo a que seja possível, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.

Daí se extrai a relevância das disposições sobre o contraditório trazidas pelo CPC/15, que impõem maior zelo na aplicação prática desse princípio, de forma a garantir o processo democrático conforme instruem os dispositivos constitucionais que permeiam o assunto.

2. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO CPC/2015 ACERCA DO CONTRADITÓRIO

Considerando que o contraditório é princípio constitucional, e tendo em vista que o art. 5º, LV⁶, determina que o contraditório se aplica aos processos judiciais em geral, é pertinente indagar se a inovação trazida pelo CPC/2015 se aplica também ao processo penal.

A resposta só pode ser afirmativa. Embora a inovação esteja prevista no CPC, ela deve ser estendida ao processo penal, pois se trata de um princípio constitucional aplicável a todo o ordenamento jurídico.

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. V.3. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 79.

⁶ Ibid.

Nesse sentido, afirma Fredie Didier Jr.⁷ que “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder”.

Vale também lembrar que o art. 3º, do Código de Processo Penal⁸, autoriza a aplicação analógica das normas presentes no CPC. Tendo em vista que o contraditório é um princípio também muito presente no processo penal, pode-se concluir que o disposto sobre esse tema no CPC/15 se aplica ao processo penal também, por força desse art. 3º.

É equivocada a ideia de que os processos civil e penal são completamente independentes, pois são parte de um mesmo ordenamento jurídico harmônico. Algumas vezes as normas do processo civil são chamadas para atuar no processo penal e vice-versa, seja por expressa previsão legal, seja em razão de lacuna.

O art. 362 do CPP⁹, por exemplo, determina que sejam aplicadas as regras do CPC no que se refere à citação por hora certa. Já no processo civil, há o entendimento pela aplicação do art. 28 do CPP¹⁰, que trata do arquivamento do inquérito policial. Caso o Ministério Público deixe de atuar na causa como fiscal da lei, o magistrado pode, aplicando o art. 28 do CPP por analogia, encaminhar o caso para análise do Procurador Geral, a quem será dada a palavra final sobre o cabimento ou não da intervenção do Ministério Público naquela causa.

Além disso, é importante considerar que o processo penal regula bens jurídicos muito mais caros aos indivíduos, sendo o maior deles o direito à liberdade. É por meio do processo penal que se torna possível a aplicação da pena privativa de liberdade. Portanto, com

⁷ Ibid, p. 78.

⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acesso em: 01 nov. 2016.

⁹ Vide nota 8.

¹⁰ Ibid.

ainda mais razão que no processo civil, no processo penal devem ser fielmente observadas as garantias fundamentais do acusado e os princípios constitucionais aplicáveis ao processo.

Se no processo civil o juiz não pode decidir de ofício sem ouvir as partes, é claro que no processo penal isso também não é possível. As partes não podem ser pegadas de surpresa com uma decisão sobre assunto sobre o qual elas não tiveram oportunidade de se manifestar, até porque o juiz pode estar ainda em dúvida ou, mesmo que não esteja em dúvida, pode ser que uma das partes traga algum elemento que o convença do contrário.

O ordenamento jurídico é uno. Se no processo civil o contraditório se tornou obrigatório antes das decisões de ofício, a mesma obrigatoriedade se estende ao processo penal, a fim de ampliar as possibilidades de defesa em um processo que pode ter consequências muito mais invasivas ao indivíduo, culminando numa pena privativa de liberdade.

Não é possível haver punição sem contraditório, em qualquer esfera judicial, pois é preciso dar ao réu a oportunidade de demonstrar que possui a razão, ou até mesmo levantar a dúvida em seu benefício.

É notável a contribuição que o CPC/15 trouxe para a garantia de um processo democrático no âmbito penal. O processo penal brasileiro segue o sistema acusatório, caracterizado pela atribuição das funções de juiz, acusador e defensor em pessoas distintas. Esse sistema se contrapõe ao sistema inquisitorial, já há muito tempo ultrapassado, em que essas três funções se concentravam em uma pessoa só.

No sistema acusatório, um dos pontos de sustentação desta tríade com funções bem definidas é o princípio do contraditório. Este sistema se baseia na igualdade entre as partes. O acusado deve ter as mesmas oportunidades de se manifestar no processo que o acusador. O

princípio do contraditório, então, garante que ambas as partes tenham a oportunidade de falar no processo e contribuir para a construção do resultado da tutela jurisdicional.

A igualdade processual se traduz pela paridade de armas e pelo equilíbrio processual, o que possibilita que as partes exerçam o contraditório em iguais condições.

Não restam dúvidas, portanto, sobre a aplicabilidade das inovações trazidas pelo CPC/2015 acerca do contraditório ao processo penal, uma vez que se trata de nova interpretação conferida ao princípio constitucional do contraditório, aplicável a todo o ordenamento jurídico.

O art. 7º, do CPC/15¹¹, assegura a “igualdade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais”. A aplicação desse dispositivo legal ao processo penal é clara, pois se adequa perfeitamente ao sistema acusatório, trazendo a igualdade para o plano processual.

Já o art. 9º¹² proíbe que o juiz profira decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Da mesma maneira, esse dispositivo legal se adequa ao sistema acusatório, no qual o juiz deve ouvir o acusado antes de decidir sobre sua condenação ou absolvição. Caso contrário, estaríamos ainda na vigência do sistema inquisitorial, no qual ao acusado não era dado o direito de se defender, uma vez que a função do defensor estava concentrada na figura do juiz, bem como a função do acusador.

Por fim, o art. 10, que trata da proibição das decisão-surpresa é o que traz a maior inovação para o processo penal. Isso porque no Código de Processo Penal há previsão de algumas decisões que o juiz pode tomar de ofício, porém não exige que haja contraditório nesses casos.

¹¹ Vide nota 2.

¹² *Id.*

A partir da entrada em vigor do CPC/15¹³, toda decisão de ofício tomada no processo penal deve observar o contraditório. Essa regra veio para ampliar os direitos do acusado, portanto, não há óbice à essa aplicação analógica. Assim como no processo civil, a decisão-surpresa no processo penal é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório.

3. CONTRADITÓRIO E *EMENDATIO LIBELLI*

Constatada a aplicabilidade das inovações trazidas pelo CPC/15¹⁴ acerca do contraditório ao processo penal, passa-se à análise específica sobre quais são os impactos dessas inovações no instituto da *emendatio libelli*.

Conforme o art. 383, do CPP¹⁵, a *emendatio libelli* consiste na possibilidade de o juiz, de ofício, atribuir ao crime definição jurídica diversa da contida na denúncia ou queixa, desde que não modifique a descrição do fato. Essa modificação da definição jurídica é feita na sentença e a lei não exige que sejam previamente ouvidas as partes. Isso nada mais é, portanto, que uma decisão-surpresa, feita exatamente como proíbe o art. 10 do CPC/15¹⁶.

Assim como no processo civil, a proibição das decisões-surpresa no processo penal, embora não estivesse antes positivada, já era uma exigência advinda da interpretação constitucional do princípio do contraditório, conforme foi exposto no capítulo anterior.

No processo penal, soma-se a isso o princípio da correlação, que decorre do sistema acusatório e significa que o juiz, em sua decisão, deve estar adstrito ao que foi pedido na denúncia ou na queixa. Isso porque, caso o juiz condene o réu por um crime que não foi

¹³ Vide nota 2.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Vide nota 8.

¹⁶ Vide nota 2.

narrado na denúncia, ele está violando o contraditório, pois o réu não tem como se defender de um crime que não lhe foi imputado na denúncia.

No sistema acusatório, os papéis de juiz e da acusação não podem se confundir em nenhuma hipótese. Por isso, é muito importante que haja correlação entre o que foi pedido pela acusação e o que o juiz irá decidir na sentença. O juiz só pode julgar alguém pelo cometimento de um crime quando provocado – conforme o princípio da inércia da jurisdição – e deve se ater ao que foi pedido pela acusação, sob pena de assumir uma posição ativa no processo no sentido de buscar a condenação do acusado, o que revelaria sua parcialidade e interesse na condenação, por conseguinte, tornaria nula sua atuação naquele processo.

Seguindo essa linha de raciocínio, o art. 384 do CPP¹⁷, ao tratar da *mutatio libelli*, exige que a acusação adite a denúncia ou a queixa quando, com base nas provas produzidas nos autos, pretende a modificação dos fatos narrados na peça inicial. Nesse caso, o legislador foi cauteloso ao prevenir a violação ao princípio da correlação, tendo em vista que impediu o juiz a modificar os fatos de ofício. A acusação detém a titularidade da ação penal e só ela pode imputar determinado fato delituoso ao acusado. O juiz deve, simplesmente, decidir se julga procedente ou não o pedido, com base nas provas produzidas em juízo.

Isso está totalmente de acordo com o sistema penal que a Constituição Federal buscou moldar. Esse raciocínio, porém, foi desvirtuado quando o CPP tratou da *emendatio libelli*, no art. 383. Como a *emendatio libelli* implica apenas a modificação da capitulação legal e não dos fatos narrados, o legislador entendeu que não violaria o sistema acusatório ou os demais princípios constitucionais sobre o processo se o juiz o fizesse sem ouvir o acusado.

¹⁷ Ilid.

Esse entendimento se baseia na afirmação de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal, portanto, como os fatos não se alteram, não haveria violação ao contraditório.

Contudo, esse entendimento precisa ser revisto, não apenas em função do princípio do contraditório, mas também do que dispõe o art. 41, do CPP, que traz os elementos essenciais da denúncia ou da queixa.

Conforme ensina Aury Lopes Jr.¹⁸, o art. 41 descreve o que deve conter no fato processual, que é mais abrangente que o fato penal. O fato processual consiste na soma do fato natural, ou seja, a narração do que aconteceu, com o fato penal, que é a tipificação legal dos fatos.

Portanto, a alteração da tipificação legal dos fatos não é apenas um detalhe, pois modifica o fato penal e, conseqüentemente, o fato processual. Em verdade, o acusado não se defende apenas dos fatos, mas também da tipificação legal. Isso se deve ao fato de que a alteração do tipo pode ter influência nas provas a serem produzidas, o que pode mudar o rumo de uma condenação para uma absolvição, ou vice-versa.

Conforme explica Bararó¹⁹, “a alteração do fato que se mostre relevante penalmente sempre o será para o processo penal, visto não ser possível condenar alguém sem que o fato concreto imputado apresente todos os elementos que abstratamente integram o tipo penal”.

Um dos principais meios de defesa do acusado é demonstrar que sua conduta não se enquadra no tipo penal que lhe é imputado, o que caracteriza atipicidade e gera absolvição. É em razão disso que a tipificação legal é um requisito da peça acusatória e sua ausência gera nulidade por inépcia.

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 723.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. São Paulo: RT, 2001, p. 130.

Se a ausência de tipificação legal gera nulidade, por prejudicar o contraditório, é lógico que a modificação dessa tipificação de ofício pelo juiz e sem ouvir a defesa causa o mesmo efeito. O acusado precisa saber qual é o tipo penal a que imputam sua conduta, pois ele pode conseguir demonstrar por meio de provas que está ausente algum dos elementos do tipo e, assim, obter a absolvição por atipicidade da conduta.

Além disso, deve-se atentar para a possibilidade de a *emendatio* culminar não só na modificação, mas na inclusão de tipificação na peça acusatória. Nesse caso, o juiz percebe, no momento da sentença, que há na denúncia ou na queixa a descrição de outro fato e decide condenar o acusado por este fato.

Como exemplo, pode-se citar um crime de roubo praticado em concurso com um agente menor de idade. Mesmo que na denúncia esteja descrito que o agente era menor, o acusado pode não se preocupar em se defender deste fato caso a acusação não tenha pedido a condenação pelo crime de corrupção de menores, na forma do art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁰. Ele pode se focar apenas em se defender do crime de roubo. Ao final do processo, não seria justo que ele fosse surpreendido por uma condenação pelo crime de corrupção de menores sem que antes lhe fosse dada a oportunidade de se defender deste tipo penal específico. Ele poderia ter como provar, por exemplo, que não sabia que aquele indivíduo era menor de idade, incorrendo, assim, em erro de tipo.

Mas não só por esses motivos a tipificação da conduta é importante. Sua modificação pode gerar também a modificação da competência, da prescrição, da decadência ou fazer surgir o direito à transação penal ou suspensão condicional do processo, por exemplo.

²⁰ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.

Todas essas consequências são de extrema relevância para o destino do acusado e ele deve ter a oportunidade de se manifestar sobre elas antes que o juiz decida de ofício.

Desse modo, está demonstrada a importância da proibição das decisões-surpresa no processo penal, mesmo quando se trata “apenas” de modificação na tipificação legal apresentada na peça acusatória, como é o caso da *emendatio libelli*. Não se pode mais invocar que o acusado se defende dos fatos e não do direito, pois isso viola o contraditório, sob a ótica constitucional do processo. A fim de garantir o efetivo contraditório, é imprescindível que se dê a oportunidade para a defesa se manifestar no processo antes de qualquer decisão judicial, inclusive das que a lei permite que o juiz profira de ofício.

Esse é o entendimento que melhor se adequa ao padrão constitucional relacionado ao processo democrático, sobretudo quanto ao sistema acusatório e o princípio do contraditório. O art. 10, do CPC/15²¹, portanto, veio apenas positivizar esse entendimento, de forma que evidenciou a interpretação constitucional do princípio do contraditório e como deve ser sua aplicação, tanto no processo civil quanto no processo penal.

De acordo com essa inovação, a diferença básica entre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* passou a consistir na necessidade ou não do aditamento da peça acusatória. Enquanto a *mutatio* exige o aditamento, a *emendatio* continua podendo ser decretada de ofício, pois não implica na modificação dos fatos narrados. Porém, na *emendatio libelli* é imprescindível que o juiz determine a oitiva da defesa antes de incluir ou modificar a tipificação legal. Apenas desse modo pode-se evitar a prolação de decisões-surpresa, respeitando-se inteiramente o princípio do contraditório.

CONCLUSÃO

²¹ Vide nota 2.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe novidades muito importantes no que se refere aos princípios constitucionais aplicados ao processo.

Dentre essas novidades, destaca-se o novo tratamento conferido ao princípio do contraditório, que agora tem sua amplitude expressamente prevista na norma processual.

Embora o princípio do contraditório já fosse previsto na Constituição Federal, muitos dispositivos infraconstitucionais não vinham sendo interpretados em sua consonância.

Essas inovações vieram, portanto, para estancar qualquer ponto nebuloso que houvesse quanto à interpretação e aplicação deste princípio. Se antes ele não era interpretado corretamente à luz da Constituição Federal, agora não há mais como deixar de observá-lo em toda a sua amplitude, pois está detalhadamente elucidado na própria lei processual.

O princípio do contraditório, a partir do CPC/15, proíbe as decisões-surpresa, que consistem nas decisões judiciais proferidas sem previamente ouvir as partes. Ainda que o juiz possa decidir de ofício, ou seja, sem que seja provocado, ele deve intimar as partes para se manifestarem antes de proferir sua decisão.

Tendo em vista que esse é um princípio constitucional e, por isso, se aplica a todo o ordenamento jurídico, não há dúvida quanto à possibilidade de aplicação dessa nova regra ao processo penal. Soma-se a isso o fato de o Código de Processo Penal prever a aplicação analógica do Código de Processo Civil, no que couber.

Imaginar o contrário causaria até uma desarmonia no ordenamento jurídico, pois se o direito civil que é muito menos gravoso para os direitos individuais que o direito penal, prevê a proibição das decisões-surpresa, essa proibição deve se estender ao processo penal.

Quando se fala em decisões-surpresa no processo penal, chama a atenção o instituto da *emendatio libelli*, previsto no art. 383, do CPP, que autoriza o juiz a decidir de ofício e sem ouvir as partes, sob o fundamento de que a mera alteração da tipificação legal não trará prejuízos para a denúncia.

Mesmo antes do CPC/15 este dispositivo legal já era questionável, pois indicar a tipificação legal faz parte dos elementos que a acusação deve inserir na denúncia ou na queixa, logo, é dela também que o acusado se defende. O acusado não se defende de meros fatos, mas de fatos que lhe foram imputados por constituírem elementos de um tipo penal incriminador específico. Então, é possível concluir que o réu se defende de duas imputações, quais sejam, os fatos e a tipificação legal.

É imprescindível, portanto, que o juiz ouça o acusado antes de promover a *emendatio libelli* de ofício, a fim de observar o contraditório e evitar proferir uma decisão-surpresa. Assim, a principal diferença existente entre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* passou a ser a necessidade de aditamento da denúncia, que é exigida apenas para a segunda.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. São Paulo: RT, 2001.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 nov. 2016.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.
DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. V.3. Salvador: Jus Podium, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.