

O DIÁLOGO ENTRE O PROCESSO PENAL E O NOVO CONCEITO DE CONTRADITÓRIO TRAZIDO PELO CPC/15 COMO TENTATIVA DE CONTENÇÃO DE DECISÕES PENAIS SURPRESA QUANDO DA APLICAÇÃO DA EMENDATIO LIBELLI

The Dialogue Between The Criminal Process And The New Concept of Contradictory Brought By Cpc / 15 As An Attempt To Contain Surprise Penal Decisions When The Application of Emendatio Libelli

Glenio Puziol Giuberti

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM em conjunto com o Departamento de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal

Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Membro do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Membro do ICCEP – Instituto Capixaba de Estudos Penais e Criminologia
Advogado

RESUMO: O artigo analisa a nova roupagem conferida ao princípio do contraditório no Novo Código de Processo Civil (NCPC), entendido como direito de participação e influência na decisão jurisdicional final, bem como a proibição da chamada decisão surpresa. A temática será desenvolvida a partir da aceitação da adoção de uma Teoria Geral do Processo pautada em princípios e garantias constitucionais fundamentais a todos os tipos de processo, ou seja, baseada na construção de conceitos comuns aos vários ramos do direito processual, para, a partir daí, demonstrar-se a necessidade de que o conceito de contraditório trazido pelo Novo Código de Processo Civil seja empregado também no processo penal, garantindo um contraditório substancial, evitando-se, desse modo, decisões penais surpresa, através da problemática na aplicação do instituto processual penal da emendatio libelli.

ABSTRACT: The article analyzes the new concept conferred on the principle of adversarial in the New Code of Civil Procedure, understood as right of participation and influence in the final judicial decision, as well as the prohibition of the surprise decision. The thematic will be developed from the acceptance of the adoption of a General Theory of Procedure based on principles and constitutional guarantees fundamental to all types of process, that is, based on the construction of concepts common to the various branches of procedural law, to, from hence, it is necessary to demonstrate the need for the concept of adversary brought by the New Code of Civil Procedure to be used also in criminal procedures, guaranteeing a substantial contradictory, thus avoiding criminal decisions by surprise, through the problems in the application of the institute criminal proceedings of the *emendatio libelli*.

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto de evolução do estudo do processo no Brasil, para que o Processo Penal atenda, verdadeiramente, ao caráter substancial trazido pelo constituinte em 1988 e agora, expressamente, no Novo Código de Processo Civil (NCPC), em relação ao princípio do contraditório, entendido como direito de influência e de não surpresa no provimento final, imperioso que se faça uma adequação do Código de Processo Penal (CPP) a esta nova conceituação. Por isso, propõe-se um estudo a partir de uma releitura da possibilidade de mudança na definição jurídica do fato no processo penal e, assim, de seu objeto pelo magistrado no momento da sentença sem oportunizar a manifestação das partes, instituto denominado *emendatio libelli*, artigo 383 do Código de Processo Penal.

A necessidade de readequação do instituto da *emendatio libelli* resulta de diversos fatores, dentre eles, a busca por unidade e coerência no ordenamento jurídico pátrio em relação ao devido processo legal constitucional, ante o reconhecimento de uma Teoria Geral do Processo, respeitando-se, entretanto, as particularidades de cada ramo do direito processual.

Esta discussão tem sido pontuada quando das tratativas acerca do novo Código de Processo Penal e nos estudos sobre as influências do NCPC, Lei 13.105/15 sobre a codificação processual penal pátria, sendo, por isso, relevante a temática ora proposta, até porque, tratando-se de controvérsia em voga nos dias de hoje, permite-se uma vasta possibilidade de pesquisa e contribuição acerca do aprimoramento do processo penal em sua conformidade constitucional.

Desse modo, visa-se à abordagem da emendatio libelli, sob o enfoque dado ao princípio do contraditório trazido pelo CPC/15, como forma de evitar decisão penal surpresa em razão da nova definição jurídica do fato processual penal pelo juiz no momento da sentença.

A partir daí, serão estudados princípios correlatos ao contraditório e que também influenciam o magistrado no momento da decisão, principalmente o da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, atentando-se ao diálogo entre as teses expressas pelas partes e o juiz no momento do provimento final, e, bem assim, da interação entre a nova codificação processual civil e o processo penal, justamente como forma de se evitar um provimento jurisdicional dissociado do diálogo entre todos os envolvidos na relação processual.

2. A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO QUE TENHA COMO VETOR A EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL COMO CONCEITO JURÍDICO PROCESSUAL FUNDAMENTAL

Inicialmente, insta registrar que parte considerável da doutrina processual penal rechaça por completo a chamada Teoria Geral do Processo, na medida em que o processo penal teria âmbito mais abrangente que o processo civil, em razão de sua ligação direta com a privação da liberdade de locomoção do indivíduo. Outro argumento é o da total impossibilidade de prestação jurisdicional fora do processo penal, em contraposição ao processo civil que tem a possibilidade de efetivação de negócios jurídicos extrajudicialmente.

A rejeição origina-se da tese de que a Teoria Geral do Processo é, na verdade, gerada e pensada no âmbito do processo civil e transplantada de maneira errônea ao processo penal. Sobre o tema, Aury Lopes Jr., criticando a adoção de uma Teoria Geral do Processo aplicada ao processo penal, aduz que:

[...] o problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável.¹

¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

O mesmo autor cita ainda as críticas de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho no sentido de que a “teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”.²

Na verdade, não se discorda que certas categorias processuais civis não se encaixam no processo penal, porém, estas incompatibilidades de categorias, tais como o conceito de lide ou a teoria das nulidades processuais, não serão abordadas no presente estudo.

Noutro contexto, a Teoria Geral do Processo é entendida como método do estudo de princípios gerais aplicados a todos os tipos de processo, respeitando-se, logicamente, a particularidade de cada um deles, nos termos do que defendem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na clássica obra “Teoria Geral do Processo”, quando esclarecem o seguinte:

O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar.³

Os mesmos autores não desconhecem as particularidades do processo penal, mormente sua faceta de controle do jus puniendi estatal:

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Guardadas as devidas divergências, e aceitando que o direito processual penal é diferente do direito processual civil, pois ambos apresentam categorias jurídicas distintas, certo é que todo o direito processual retira validade direta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), havendo um corpo de normas que efetivam direitos e garantias fundamentais de proteção ao cidadão e que fixam os parâmetros do devido processo legal constitucional, principalmente no controle dos atos perpetrados pelo Estado, aqui corporificado pelo Estado-Juiz quando da prestação jurisdicional no processo penal.

² IBIDEM, p. 83.

³ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 54.

O princípio do contraditório compõe um arcabouço de princípios gerais aplicáveis a todos os ramos de processos, sendo, portanto, objeto de estudo da Teoria Geral do Processo, de modo a permitir, como norma geral de processo, a análise da possível e recomendável interação entre o processo penal e o novo código de processo civil.

Neste ponto, importa fazer uma relevante distinção trazida pelo professor Fredie Didier Júnior em sua obra intitulada “Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida”, ocasião em que discorre sobre a distinção entre Teoria Geral do Processo e Ciência do Direito Processual. Afirma o referido autor que:

A Teoria Geral do Processo é linguagem epistemológica sobre a linguagem jurídico-dogmática; é linguagem sobre linguagem. Trata-se de conjunto de enunciados doutrinários, não normativos, produzidos da atividade científica ou filosófica. A ciência do processo cuida examinar, dogmaticamente, o Direito Processual, formulando diretrizes, apresentando fundamentos e oferecendo subsídios para as adequadas compreensão e aplicação das suas normas.⁴

Em razão desta distinção, para além de considerar o contraditório um princípio geral de processo, numa perspectiva mais abrangente, procura-se definir um conceito de contraditório que traga as balizas para sua aplicação a qualquer tipo de processo, ou seja, para que o contraditório seja um conceito jurídico fundamental processual componente da Teoria Geral do Processo. Isso porque, conforme esclarece Fredie Didier Jr:

f) A Teoria Geral do Processo, por ser linguagem doutrinária, não se confunde com o Direito Processual Unitário ou o Direito Processual Fundamental ou com a Parte Geral de determinado estatuto normativo, que são enunciados prescritivos produzidos por quem tenha competência legislativa.

g) A Teoria Geral do Processo não se confunde com as Teorias Individuais ou Particulares do Processo, que são construções doutrinárias elaboradas para a compreensão de determinado Direito positivo ou de um grupo de ordenamentos jurídicos, respectivamente.⁵

Verifica-se, então, que a adoção de uma Teoria Geral do Processo não se confunde com as normas próprias de cada estatuto processual, seja o Código de Processo Civil ou o Código de Processo Penal, visto que “convém adjetivá-la como ‘geral’ exatamente para que possa ser distinguida das teorias individuais do processo, que têm pretensão de servir à compreensão de determinadas realidades normativas”.⁶

⁴ FREDIE, Didier Júnior. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 2.ed. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 69.

⁵ IBIDEM, p. 145.

⁶ IBIDEM, p. 60.

Por isso, não será discutido o conceito de *emendatio libelli*, instituto próprio do direito processual penal, nem haverá análise dos artigos 9º e 10º do NCPC, mas, de outra forma, o que se quer demonstrar são os motivos que levam à necessidade da readequação na aplicação do instituto processual penal estudado, conforme um conceito de contraditório que influencie na construção da decisão judicial. Aliás, o estudo do que é decisão judicial, bem como a sua necessária construção, são objetos da Teoria Geral do Processo. Neste sentido, o seguinte exemplo:

O conceito de sentença é jurídico-positivo (art. 162, §1º, CPC brasileiro). É espécie de decisão judicial. Para que se possa definir o que seja uma sentença, é necessário saber o que é um ato decisório; só assim será possível distingui-la de um ato não decisório. Decisão é conceito jurídico fundamental processual.⁷

Não obstante o que foi dito, mesmo pela perspectiva da ciência do direito processual em relação aos dispositivos legais do Novo Código de Processo Civil que expressam a nova roupagem à garantia do contraditório, em outras palavras, no âmbito da dogmática processual, o artigo 3º do Código de Processual Penal autoriza a aplicação subsidiária de normas estranhas ao CPP que não conflitem com suas peculiaridades, bem como não colidam com princípios e garantias constitucionais ligadas ao direito processual, exatamente como no caso dos dispositivos referentes ao princípio do contraditório positivados no NCPC. Muito bem ilustra esta possibilidade o pensamento de Hermes Zaneti Júnior ao dizer que:

[...] a aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: (a) as normas do CPC não podem estar em conceito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será completado; (b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC... Não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é possível a aplicação.⁸

⁷ IBIDEM, p.110.

⁸ ZANETI JR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 460.

Para além da construção de conceitos fundamentais ao processo, este verdadeiro diálogo das fontes é importante, pois nenhuma disciplina processual é estanque, devendo-se estudar a jurisdição sob a luz daquilo que é comum a todos os ramos de processo, já que:

[...] guardadas as diferenças de objeto que podem ter os diferentes ramos do processo, tem-se, cada vez mais, para se explicar a natureza, espécies e caracteres do processo, se propugnado por uma Teoria Geral do Processo. Dessa forma, considerando a unidade da ciência processual, tal disciplina vem discutir os princípios gerais do Processo que são aplicáveis, em comum, a seus vários ramos.⁹

Ademais, o NCPC é o único código processual brasileiro discutido e gerado integralmente sob o regime democrático, sendo, também por tal motivo, desejável que seus dispositivos ligados a uma nova compreensão conceitual acerca de princípios e garantias constitucionais sejam levados a outros ramos de processo, cujo conceito é “o conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo (e, conseqüentemente, da Ciência do Processo)”.¹⁰

Por derradeiro, o que se tem é uma possibilidade e, até certo ponto, necessidade de determinação de um conceito de contraditório apto à aplicação a qualquer processo e que influencie na formação da decisão, sendo um conceito fundamental da Teoria Geral do Processo como continente e, dentro da ciência do direito processual, a possibilidade de interação das normas dos códigos que não interfiram nas particularidades de cada um deles.

Portanto, as particularidades do processo penal não impedem a adoção de uma Teoria Geral do Processo como forma de efetivação de direitos e garantias fundamentais, tais como a garantia do contraditório, princípio que delimita a atuação das partes, incluindo o magistrado, na construção da decisão final, motivo pelo qual, postos os pressupostos teóricos que sustentam o presente artigo, mais especificamente, a adoção de uma Teoria Geral do Processo, resta discorrer acerca da tentativa de contenção de decisões penais surpresa sob o enfoque do novo conceito de contraditório trazido pelo CPC/15.

2.1. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO REFERÊNCIA CENTRAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL

⁹ POLASTRI LIMA, Marcellus. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.36.

¹⁰ FREDIE, Didier Júnior. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 2.ed. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 61.

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio do devido processo legal, inserido no artigo 5º, LIV, ganha maior relevância dentro do ordenamento jurídico pátrio, visto que atrela ao processo a necessidade de observância das garantias fundamentais por ela trazida, “sendo, pois, uma verdadeira garantia de que haverá um *devido processo constitucional*”.¹¹

Por isso, justamente por ligar-se intimamente a formação da decisão judicial, o princípio do contraditório, expresso no artigo 5º, inciso LV da CRFB/88, assume protagonismo central no direito processual brasileiro, passando o processo a ser concebido, nos termos da expressão cunhada por Elio Fazzalari, citado por Alexandre Freitas Câmara¹², como “procedimento em contraditório”, ou seja, “o princípio do contraditório é elemento integrante do próprio conceito de processo e, portanto, onde não houver contraditório não haverá verdadeiro processo, mas mero *procedimento*”.¹³

E como elemento do conceito de processo, torna-se objeto de estudo da Teoria Geral do Processo, pois, como demonstrado no tópico acima, o conceito de processo é o conceito primário da Teoria Geral do Processo.

Para que se tenha um verdadeiro processo jurisdicional, deve-se conferir às partes, portanto, o direito de debater suas teses e de que tais teses sejam levadas em consideração no provimento final. É o que ensina Aury Lopes Jr., ao aduzir que:

Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (decisões as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas.¹⁴

Imperioso verificar que mesmo um autor do processo penal que não é adepto à Teoria Geral do Processo, no caso, Aury Lopes Jr., concorda com o conteúdo mínimo a que o contraditório deva garantir, ou seja, a imposição do

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Vol.1. ano 1. p. 17-33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 2015, p. 18.

¹² IBIDEM, p. 29.

¹³ IBIDEM, p. 29.

¹⁴ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232.

diálogo entre as partes e que este diálogo possa influenciar a decisão final, o que torna o conceito de contraditório, nesta roupagem, conceito fundamental de alçada da Teoria Geral do Processo, por estabelecer um conteúdo essencial a ser observado pelas partes e pelo juiz durante o rito procedimental.

Até mesmo a doutrina estrangeira reconhece a necessidade de que o julgador decida conforme o debate das partes, expondo que as informações essenciais que formam a convicção do julgador no momento da decisão são aquelas advindas da contraposição de teses pelas partes, o que demonstra ainda mais a noção de generalidade conferida ao contraditório substancial, nos seguintes termos:

Accordingly, the pure conflict-solving style has no room for procedural arrangements that exposes the decision maker to material that has not previously been structured by party interaction and then refined by party contest. The only substantive information he may receive is channeled to him by the litigants and filtered by their debate.¹⁵

Com efeito, a necessidade de que o julgador oportunize as partes a manifestação e as leve em consideração decorre, além do princípio do contraditório, de outros princípios fundamentais ao processo, tais como o princípio da ampla defesa e, principalmente, o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, exposto no artigo 93, IX da CRFB/88, na medida em que uma decisão que não leva em consideração os argumentos das partes configura-se como arbitrária, pois pensada e externada exclusivamente de acordo com a vontade do julgador, ignorando-se o diálogo entre as partes.

Uma concepção mais moderna de processo, tratado como aquele voltado à pacificação social e a garantia do Estado Democrático de Direito, não mais tolera violação a tais princípios constitucionais, visto que, hodiernamente, os esforços dos operadores do direito voltam-se para a concretização desses direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição da República brasileira de 1988. Em outras palavras:

[...] se antes de 1988 a luta das vertentes críticas da teoria do direito era pela incorporação dos direitos fundamentais e das garantias processuais no seio de uma Constituição democrática, em nosso contexto atual, as armas se voltam para outro alvo: concretizar o extenso rol de direitos consagrados pela Constituição.¹⁶

¹⁵ DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority*. Yale University Press, 1986, p. 136.

¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96.

Nessa perspectiva, nos termos do que defende o professor Hermes Zaneti Júnior em sua obra “A Constitucionalização do Processo”, ao tecer comentários acerca do contraditório no processo civil, ainda antes da Lei 13.105/15, o citado princípio é visto como “valor-fonte” do processo constitucional, nos seguintes termos:

Nesse novo modelo constitucional do processo civil, o contraditório se revela “valor-fonte” do direito processual democrático. As características e particularidades desse contraditório renovado apresenta-se como: a participação dos destinatários dos efeitos do ato final na fase preparatória do mesmo; a simétrica paridade da sua posição frente ao iter procedimental (posição de cooperação e lealdade com os demais “atores” processuais); a mútua implicação da sua atividade (desenvolvida respectivamente para promover, impedir ou modificar a emanação do provimento); a relevância da participação das partes para o autor do provimento (nos processos jurisdicionais: o Estado-juiz), de modo que cada um dos contraditores possa exercer um conjunto de escolhas, de reações e de controles, e deva considerar as reações dos outros¹⁷.

Desse modo, enxergando-se o contraditório como princípio fundamental já incorporado e entendido como pilar do devido processo legal constitucional e integrante do conceito de processo, deve-se primar pela sua efetivação de acordo com os ditames do Estado Democrático de Direito, principalmente, como forma de evitar que as partes sejam surpreendidas com argumentos acerca dos quais não tiveram oportunidade de manifestação.

2.2. AS LEGISLAÇÕES PROCESSUAIS BRASILEIRAS E O ASPECTO FORMAL DO CONTRADITÓRIO ATÉ O ADVENTO DO CPC/2015

Apesar da vinculação expressa no artigo 5º, LV da CRFB/88, nas legislações processuais brasileiras, até o advento do CPC/2015, nunca houve uma substancial observância do princípio do contraditório. Isso porque, são legislações originadas anteriormente à promulgação da Carta constitucional de 1988, revelando a carga axiológica do período em que foram concebidas.

Dito de outra forma, o contraditório sempre foi compreendido muito mais em seu aspecto formal, ou seja, aquele de mera possibilidade de participação no processo.

¹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 246.

Isso decorre de um contexto em que “o positivismo do século XIX e da primeira metade do século XX esvaziou o contraditório, que não era considerado um direito básico do direito processual, restringindo-se a alguns poucos procedimentos¹⁸”. Tem-se como exemplo, a codificação processual civil anterior ao novo diploma de 2015, que entrou em vigor no ano de 1974, época marcada pela influência do governo militar no Brasil.

Acerca da época de idealização e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, Rodrigo Mazzei esclarece que uma concepção de processo mais voltada à pacificação social e à proteção de direitos fundamentais parecia distante em razão do Estado de Exceção instalado no Brasil, nos seguintes termos:

No entanto, no Brasil tal missão parecia impossível, eis que como se poderia imaginar que num Estado de Exceção fosse debatido o processo civil para a garantia de direitos fundamentais? Assim, durante o período da Ditadura alguns assuntos do processo civil em debate internacional eram praticamente inóspitos aqui no Brasil¹⁹.

No cenário mundial, verifica-se que “determinada corrente doutrinária ligada à concepção autoritária da Alemanha nacional-socialista chegou ao extremo de defender a supressão do contraditório no processo civil e a absorção do “processo de partes” no procedimento oficioso de jurisdição voluntária ”.²⁰

De igual modo, o Código de Processo Penal, ainda em vigor no Brasil, datado da década de 1940, carrega as influências das legislações de Estados que se encontravam em períodos totalitários, tais como a própria Alemanha e a Itália. Marcellus Polastri Lima revela ser esse, inclusive, “o grande problema do Brasil, onde temos um Código de Processo Penal (CPP) proveniente de um regime autoritário da década de 40 em confronto com uma Constituição democrática de fins da década de 80 ”.²¹

Nesse contexto antidemocrático, algumas garantias processuais foram suprimidas ou, quando não as foram, a aplicação das garantias que porventura perduravam se dava de maneira meramente protocolar, forçando, por tal razão,

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. “Contraditório”. Dicionário de princípios jurídicos. Org. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flavio Galdino. Elsevier, 2011, p. 193.

¹⁹ MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). Doutrina Seleccionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 35-63, p. 196.

²⁰ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial. Salvador: Podium, 2007, v.1, p. 151-174, p. 158.

²¹ POLASTRI LIMA, Marcellus. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

diversas emendas nos códigos de Processo Civil de 1973 e Processo Penal na tentativa de adequação do direito processual à Constituição de 1988, fenômeno denominado de “Constitucionalização do Processo”, ocorrido no mundo todo e mais tardiamente no Brasil, justamente após 1988.

A constitucionalização do processo no Brasil se deu pela inclusão expressa no texto constitucional de princípios garantidores do direito processual, passando pelo princípio do contraditório a noção de processo democrático, como bem sinaliza Hermes Zaneti Júnior:

A Constituição Federal de 1988, ao incluir em seu texto diversos princípios de direito processual que não estavam anteriormente expressos (v.g. devido processo legal) ou que tinham âmbito mais limitado (v.g. contraditório), assumiu expressamente essa postura garantista. É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a “máxima da cooperação” (kooperationsmaxima)²².

Não há dúvidas de que a noção de contraditório relaciona-se intimamente à de processo, o que corrobora que o estudo acerca do conteúdo do citado princípio é matéria de abrangência da Teoria Geral do Processo.

Apesar dessa posição garantista adotada pelo constituinte em 1988, incluindo as várias reformas processuais, o contraditório continuou com observância e aplicação restrita a seu aspecto formal, desconsiderando-se o poder de influência do debate das partes no provimento final. Era a simples ideia de ação e reação.

Da concepção estritamente formal do contraditório resulta o problema da não vinculação dos argumentos das partes pelo juiz na decisão, como bem explica Antônio Passo Cabral ao comentar a nova codificação processual:

Sem embargo, se o princípio se resumisse ao direito de expressão e não representasse o direito de influir nas decisões, não haveria um dever de atenção do juiz que ao contraditório estivesse ligado. O julgador atenderia ao princípio do contraditório simplesmente permitindo a manifestação e motivando a decisão, em nada o violando caso omitisse qualquer referência aos argumentos e teses veiculados e os afastasse por reputá-los infundados²³.

²² ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179.

²³ CABRAL, Antonio do Passo. “Contraditório”. Dicionário de princípios jurídicos. Org. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flavio Galdino. Elsevier, 2011, p. 200.

Ocorre que, a tradição jurídica brasileira é a de aceitação do problema de ausência de representatividade da parte no provimento final, chegando ao ponto de ser aceito pelas Cortes de Justiça pátrias, inclusive pelos Tribunais Superiores, a desnecessidade de vinculação dos argumentos postos na decisão e o debate das partes, o que influencia no reforço dessa perspectiva formal do contraditório, conforme denunciam Humberto Theodoro Junior e Dierle José Coelho Nunes, ao comentarem a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), já no ano de 2009, acerca da aplicação do princípio do contraditório, esclarecendo que:

Não se percebe, nesse discurso jurisprudencial do STF, realmente, que o contraditório, na alta modernidade, constitui um dos principais eixos estruturais da democracia ao assegurar um direito fundamental de participação em processos de formação da opinião e da vontade, agregando, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada em seu dimensionamento e proporcionando a criação de um direito legítimo²⁴.

Em razão da necessidade de superação dessa concepção ultrapassada e visando garantir maior efetividade e coerência ao processo entendido como “procedimento em contraditório”²⁵, o legislador estabeleceu dispositivos expressos no Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105/15, que impõe que o julgador oportunize as partes direito de manifestação, mesmo sobre questões que possa decidir de ofício, conforme se verifica nos artigos 9º e 10º da *codificação processual civil de 2015*. Trazem os respectivos dispositivos, o seguinte:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.²⁶

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, nº 168, p. 107-141. 2009, p. 136.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Vol.1. ano 1. p. 17-33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 2015, p. 29.

²⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. On line. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: nov 2017.

Ocorre, na verdade, uma quebra de paradigma em relação ao entendimento do real alcance do princípio do contraditório, em outras palavras, de seu conceito, como forma de evitar as chamadas decisões surpresa, ou seja, aquelas decisões com fundamento dos quais as partes não puderam se manifestar. A ampliação da noção de contraditório foi uma das principais mudanças perpetradas pelo NCPC, nos termos do que afirma Cláudio Madureira:

3.1 A ampliação da noção de contraditório

Um processo adequado é aquele que induz a aceitabilidade da decisão pelos contentores. Mas isso só será possível quanto (sic) a decisão proferida pelo julgador tiver em consideração as proposições apresentadas por todas as partes interessadas na formação do juízo²⁷.

Assim, a noção de contraditório reforçada pelo Novo Código de Processo Civil garante a racionalidade da decisão, na medida em que impõe a exposição dos argumentos debatidos pelas partes e a consideração daqueles no provimento final, superando a mera vedação de decisão inaudita altera pars “própria de uma estrutura procedimental dirigida a uma espécie de formação unilateral de provimentos judiciais”.²⁸ Por tais razões, deve-se aplicar o conceito de contraditório substancial dos artigos 9 e 10 do NCPC a outras searas de processo, dentre elas, o direito processual penal, conforme se passa a demonstrar.

3. A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NA APLICAÇÃO DA *EMENDATIO LIBELLI*: DA INFLUÊNCIA DAS PARTES NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO FORMA DE EVITAR A DECISÃO SURPRESA EM PROCESSO PENAL

Conforme exposto no tópico anterior, apesar de a CRFB/88 trazer expressamente em seu artigo 5º, LV a necessidade de observância do princípio do contraditório, foi somente com a entrada em vigor do NCPC que o citado princípio ganhou relevância de eixo central no ordenamento processual jurídico brasileiro.

²⁷ MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109.

²⁸ RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica: Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun, 2017, p. 163/164.

Ocorre que, diferentemente do processo civil, o processo penal ainda carrega traços inquisitoriais inaceitáveis nos dias de hoje, transmitindo toda a carga axiológica da época de sua criação, não contendo um dispositivo sequer que imponha um contraditório efetivo no processo, havendo, quando muito, dispositivos que reforçam o direito de informação e reação, tais como a citação do acusado e a intimação das partes, por exemplo.²⁹

Nesse contexto, existe, ainda, no CPP a possibilidade de o julgador decidir sobre tese a qual as partes sequer tiveram oportunidade de manifestação e de contraposição de argumentos. É exatamente o caso do artigo 383 do CPP, no instituto da *emendatio libelli*, no qual se permite ao juiz a redefinição da tipificação do delito na sentença sem a necessidade de oportunizar as partes a manifestação.

O citado *imbróglio* não reside na possibilidade, ou não, de redefinição jurídica do fato, mas na ausência de intimação das partes para manifestação acerca dessa nova tipificação, mormente na hipótese de ser aplicada pena mais gravosa ao réu, no momento da sentença.

Acerca do tema, Gustavo Henrique Badaró defende a exigência de manifestação das partes mesmo sobre a questão de direito, ou seja, em relação ao novo tipo penal escolhido, justamente, como forma de evitar a surpresa, nos seguintes termos:

A exigência do contraditório prévio à decisão não significa que o juiz não possa dar aos fatos narrados pelas partes 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 *questio iuris*. Deve-se procurar evitar a surpresa não só em relação ao material probatório, mas também em relação à matéria de direito debatida.³⁰

A possibilidade de modificação da tipificação sem a necessidade de oportunizar a manifestação das partes advém da aplicação dos brocardos *iura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi ius*, os quais proclamam que o juiz conhece o direito, bastando as partes fornecer-lhe os fatos. Entretanto, nos termos do que aduz Alexandre Freitas Câmara, admitir que o magistrado conheça o direito, não permite a desconsideração da efetiva observância do contraditório:

²⁹ SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 20.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

O contraditório compreendido como garantia de não surpresa é incompatível com o modo como sempre se interpretou a máxima iura novit curia, por força da qual sempre se afirmou que é o órgão jurisdicional que conhece o direito (e que levava, inexoravelmente, a outra máxima: da mihi factum, dabo tidi ius – dá-me os fatos que te darei o direito-, por força da qual sempre se considerou que cabia às partes tão somente narrar os fatos, sendo incumbência do juiz aplicar o direito aos fatos demonstrados no processo). O princípio do contraditório exige que, não obstante o conhecimento que tenha o juiz acerca do direito – e se reconhecendo que pode ele suscitar fundamentos jurídicos que as partes não tenham apresentado -, tem ele o dever de submeter tais fundamentos ao debate antes de neles se apoiar para proferir uma decisão.³¹

Desse modo, em uma perspectiva substancial, a norma do artigo 383 do CPP viola o princípio do contraditório, necessitando, por conta disso, de uma readequação que poderá ser feita a luz do novo Código de Processo Civil, com fundamento no estudo acerca da nova roupagem lhe dada e de seus desdobramentos, visto que o referido princípio “jamais poderá ser remetido à apreciação discricionária do juiz nem a mera iniciativa dos interessados, mas, deve ser normativamente garantido de modo a possibilitar a interlocução em todo o espaço processual”.³²

No processo penal de viés acusatório³³, esta interlocução no espaço processual revela-se nos limites definidos pela acusação na denúncia, ou seja, são os fatos narrados e qualificados juridicamente na denúncia que definem o objeto acerca dos quais as partes debaterão e formarão a prova, fixando-se ainda os pontos sobre os quais a defesa deverá se contrapor, como forma de vincular a decisão do juiz a esses limites traçados pela acusação e pela defesa no desenrolar do processo, sendo certo que a mudança na tipificação ou, de outro modo, na qualificação jurídica dos fatos narrados na inicial acusatória, é também uma mudança no objeto do processo penal. Sobre isso:

Sendo a imputação a atribuição de um fato definido como crime a alguém, traz ela em seu conteúdo tanto uma base fática quanto um dado jurídico. Há um fato concreto qualificado juridicamente. Há um acontecimento da vida enquadrada num tipo penal. O objeto do processo será o fato penalmente relevante que se atribui a alguém. O objeto do processo, portanto, envolve matéria fática e matéria jurídica.³⁴

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Vol.1. ano 1. p. 17-33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 2015, p. 31.

³² NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial. Salvador: Podium, 2007, v.1, p. 151-174, p. 165.

³³ Sistema acusatório de processo penal é aqui entendido como aquele em que o réu é sujeito de direitos e a tarefa de acusar e julgar são bem definidas, em contraposição a noção de parte como mero objeto do processo e a concentração da tarefa de acusar e julgar concentradas no mesmo sujeito, características típicas do sistema inquisitório de processo penal.

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 141 – grifo nosso.

O tema da readequação da *emendatio libelli* foi posto ao debate pela Comissão Especial que pauta as tratativas acerca da promulgação do Novo Código de Processo Penal, oportunidade em que, na data de 29/11/2016, o professor da Universidade Federal da Bahia, Fabiano Cavalcante Pimentel, foi categórico ao afirmar que a mudança do tipo é também uma mudança na acusação e que a não manifestação das partes acerca da matéria eminentemente de direito, configura a surpresa quando da mudança do tipo penal proposto sem a manifestação das partes antes da sentença, *in verbis*:

Nesta análise, parte-se então do pressuposto de que o réu se defende dos fatos e, em havendo uma mudança fática, haveria, sim, a necessidade de contraditório, de ampla defesa, de oitiva da defesa antes do julgamento de mérito, o que não acontece efetivamente na *emendatio libelli*.

Então, o sistema atual, que é mantido no projeto de lei, define que o réu se defende dos fatos e, se os fatos permanecerem inalterados, pode o julgador, ainda que aplicando pena mais gravosa, sem oitiva da defesa, determinar então uma condenação, que, sem, dúvida nenhuma trará grandes prejuízos ao réu.

Esse é um ponto muito grave, Sr. Presidente, e eu peço a atenção dos Srs. Deputados e Sras. Deputadas, porque não se pode dizer hoje em dia que o réu se defende apenas dos fatos. Quantas teses são trazidas de atipicidade, de análise do enquadramento típico?

[...]

Mudança do tipo é também uma mudança da acusação. [...] E o réu é surpreendido, ao final do processo, com um novo tipo penal de que ele em momento nenhum se defendeu durante o processo.³⁵

Ato contínuo, o referido professor cita a proposta do jurista Lênio Streck, para inclusão do Princípio da não surpresa, nos mesmos moldes do NCP, ao Novo Código de Processo Penal debatido, nos seguintes termos:

O Prof. Lênio tocou num ponto extremamente relevante. Esta é uma proposta do Prof. Lênio: incluir o princípio da não surpresa do Código de Processo Civil no Código de Processo Penal. Esse artigo tem total relevância, em relação à *emendatio libelli*, porque, se o juiz não pode decidir, conforme norma do CPC, em grau algum de jurisdição, nem na primeira nem na segunda instância, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes – art. 10 do novo CPC – oportunidade de se manifestar e se esse artigo, que já está no nosso ordenamento jurídico, segundo a proposta do Prof. Lênio, que eu subscrevo, deve fazer parte do novo Código de Processo Penal, o juiz não pode surpreender, ao final da instrução, no apagar das luzes do processo penal, com uma sentença sobre um tipo penal de que o réu jamais se defendeu.³⁶

³⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/notas-taquigraficas/NotaTaq29112016.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

³⁶ IDEM.

Por certo é que o julgador não poderia decidir fora dos limites do objeto do processo penal, ou seja, da argumentação da acusação e da defesa, sem oportunizar a manifestação nos autos, visto que “o âmbito das decisões surpresa possui interesse especialmente para as questões jurídicas, das quais o juiz poderá conhecer de ofício”.³⁷

Em outras palavras, pode o magistrado analisar fatos e questões jurídicas de ofício, ou seja, sem a provocação das partes, mas “o órgão jurisdicional não pode levar em consideração um fato de ofício, sem que as partes tenham tido a oportunidade de se manifestarem”.³⁸

Também no processo civil não pode o juiz decidir sobre questão de direito não debatida pelas partes, conforme ilustra o professor Fredie Didier Júnior, com o seguinte exemplo prático:

Há um velho brocardo *iura novit curia* (do direito cuida a corte). Há, ainda, outro da *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito). Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em um argumento, uma questão jurídica ou uma questão de fato não postos pelas partes no processo. Perceba: o órgão jurisdicional, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base em uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplica ao caso. O juiz entende de outra maneira, ainda não aventada pelas partes: “essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda”. O órgão jurisdicional pode fazer isso, mas deve antes submeter essa nova abordagem à discussão das partes.³⁹

Desse modo, como no processo penal os elementos jurídicos referentes ao tipo penal também compõem a pretensão acusatória e, portanto, o objeto do processo penal, imperioso que o magistrado oportunize as partes a manifestação também acerca da redefinição do tipo penal, como forma de efetivar o princípio do contraditório substancial e, bem assim, legitimar a decisão ao levar em conta os argumentos expostos pelas partes, principalmente porque, “diante da fragilidade democrática de mera informação e possibilidade de atuação, a regra do contraditório deve ser vista como método de conhecimento e regra de formação da prova penal e de coprodução da decisão”.⁴⁰

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, nº 168. p. 107-141. 2009, p. 129.

³⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: JusPodv, 2015, p. 81.

³⁹ IDEM, p. 81.

⁴⁰ SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 33.

Dessa discussão acerca dos novos contornos dados ao contraditório, ganha relevo a necessidade de interação entre as partes e o juiz na formação da decisão, característica fundante da noção de contraditório substancial e que deve ser transportada para o processo penal.

A necessidade de que o julgador leve em consideração as teses levantadas pelas partes na prolação da decisão final, abrindo possibilidade de manifestação também acerca das teses de direito, no presente caso, da redefinição do fato subsumido à norma penal, além de evitar a surpresa, demonstra que a decisão foi construída no debate pelas partes e não decorre meramente da subjetividade do juiz, ou seja, “é necessário que a resposta apresentada para o caso permita à sociedade democrática conhecer os motivos que levaram o tribunal àquela interpretação e não outras.”⁴¹

Esta influência exercida pelas partes é fundamental na vinculação do juízo decisório ao que foi construído em debate durante o processo, inclusive como forma de demonstrar a falsa dicotomia entre matéria de fato e matéria de direito, que, muitas vezes, faz com que o julgador decida arbitrariamente à revelia das partes, visto que:

As partes escolhem os fatos, mas é o juiz que determina sua relevância para a solução do litígio; essa escolha é arbitrária e não automática, não decorrendo simplesmente da natureza das coisas. Assim, as partes devem poder influenciar nessa decisão (na opção por um ou outro fato), e essa complexidade, inerente ao direito, revela que, além de impossível a cisão simplista entre questões de fato e questões de direito, a lógica demonstrativa, indutiva ou dedutiva, não retira o caráter argumentativo da prova (que é o modelo mínimo de raciocínio em juízo). Todo o raciocínio judicial deve ser, *ultima ratio*, controlado pela “vinculação ao problema” e pela “aporia fundamental” da decisão justa. Também as partes participam dessa identificação. Também o juiz está sujeito ao debate. As cadeias de raciocínio fundamentadas na lógica demonstrativa (indutiva ou dedutiva) são válidas enquanto não tomarem distância dessa realidade.⁴²

É nesse contexto que se entrelaçam o princípio do contraditório e o da necessidade de fundamentação das decisões, que no NCPC, em seu artigo 489, §1º, traz as balizas para que se reconheça uma decisão fundamentada, ou, a contrário sensu, para que se identifique quando a decisão não está devidamente fundamentada, nos seguintes termos:

⁴¹ TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lênio Luiz (Coord.). Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e argumentação. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 93.

⁴² ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 245.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.⁴³

Com efeito, no inciso IV do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil encontra-se a pedra de toque entre a interação do princípio do contraditório substancial e o da necessidade de fundamentação das decisões, na medida em que impõe que para a formação da convicção do julgador, deve haver a exposição dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada quando da prolação do provimento final.

Ainda acerca desta interação entre princípios, ensinam Lênio Luiz Streck e Igor Raatz que a concepção de contraditório como direito de influência somente tem relevância se observado o princípio da fundamentação das decisões, nos seguintes termos:

A compreensão do princípio do contraditório como verdadeiro direito de influência sementetemrelevânciaecontrastadacomoprincípiodafundamentaçãodasdecisões. Nisso reside um dos pontos mais sensíveis do Novo Código, que, na contramão da prática judiciária brasileira, incorporou, no seu artigo 489, §1º, uma série de critérios para balizar o conceito de decisão fundamentada, dentre eles, a previsão do inciso IV do mencionado dispositivo, segundo o qual não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”⁴⁴

O que se procura, na verdade, é garantir certa objetividade à decisão, expurgando, ou, tentando mitigar ao máximo, o não desejável “livre

⁴³ BRASIL. Código de Processo Civil. On line. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: nov 2017.

⁴⁴ RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica: Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun, 2017, p 165.

convencimento motivado”, na medida em que, em um Estado Democrático de Direito, é preciso que a decisão retire validade naquilo que a comunidade jurídica construa como direito, evitando-se a arbitrariedade consubstanciada em escolhas ausentes de suporte em teses jurídicas construídas pelas partes ou reforçadas por outras decisões judiciais, principalmente, decisões dos tribunais superiores, que nada tenham em comum com o objeto discutido no caso concreto.

Lênio Streck e Igor Raatz ilustram com maestria o que se defende no presente artigo, ao enfatizar a figura do princípio do contraditório na formação da decisão e, por consequência, na necessidade de se evitar a surpresa, nos seguintes termos:

Com essa roupagem, o contraditório pode ser visualizado a partir de um duplo enfoque: sob um aspecto positivo, significa um verdadeiro direito de influir sobre a elaboração do provimento judicial; sob um aspecto negativo, constitui uma proibição às chamadas decisões surpresa, também conhecida como juízos de terceira via, ou seja, como um caminho diverso daquele desenvolvido pelas partes em contraditório. Nas duas facetas do contraditório, o que importa revelar é a posição ocupada pelo juiz, o qual passa também a ser sujeito do contraditório em franco diálogo com as partes.⁴⁵

Nessa perspectiva foi que o NCPC, Lei 13.105/15, suprimiu a expressão “livre convencimento motivado”, numa tentativa de que os tribunais passem a apreciar todos os argumentos das partes no momento da decisão, evitando-se decisões surpresa ou que advenham exclusivamente da subjetividade do julgador, ou seja, “o mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade”⁴⁶, conclusão esta que deve ser pautada pelas teses apresentadas pelas partes durante o iter procedimental, não limitando a atuação das partes a simples participação, na medida em que a “fundamentação das decisões é, também, uma espécie de resposta ao princípio do contraditório”.⁴⁷

Não é o que ocorre com a aplicação da emendatio libelli atualmente, visto que o juiz, ao redefinir a capitulação jurídica dos fatos narrados na denúncia, altera o objeto do processo penal, de modo que a decisão pautada nesta redefinição sem a manifestação das partes, principalmente da defesa que poderá ter a pena do réu aumentada, configura a decisão surpresa, em flagrante afronta ao contraditório em sua perspectiva substancial.

⁴⁵ RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica: Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun, 2017, p 164.

⁴⁶ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1073.

⁴⁷ RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica: Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun, 2017, p 165.

Em razão disso, necessária a interação entre o NCPC, mais especificamente a aplicação de seus artigos 9 e 10 e a legislação processual penal pátria, delimitando a atuação do julgador às teses debatidas pelas partes e que influenciam na formação da decisão final, como forma de garantir um contraditório substancial também no processo penal, inclusive em relação às matérias de direito referentes ao tipo penal proposto, readequando-se, portanto, o instituto da *emendatio libelli*, artigo 383 do CPP e vedando-se a decisão surpresa no processo penal, reforçando o conceito de contraditório substancial como elemento da Teoria Geral do Processo.

4. CONCLUSÃO

Através da adoção de uma Teoria Geral do Processo que tenha como característica principal a efetivação dos direitos e garantias fundamentais constitucionais e, enquadrando-se o princípio do contraditório dentre estas garantias, estritamente ligado ao próprio conceito de processo, é possível e necessário o diálogo entre o NCPC e o Código de Processo Penal, como forma de superação das características inquisitórias advindas da época de sua promulgação.

Sendo o contraditório intrinsecamente ligado ao conceito de processo e sendo o processo conceito fundamental da Teoria Geral do Processo, a readequação do contraditório trazido pelo NCPC deve ser levado a todo tipo de processo, até, porque, como se viu, tanto a doutrina estrangeira quanto autores não adeptos à Teoria Geral do Processo concordam com o conteúdo do contraditório substancial.

Na verdade, mesmo após a promulgação da CRFB/88, as legislações processuais pátrias, inclusive o CPC/73, nunca observaram o princípio do contraditório em sua faceta substancial, mas, de outro modo, em seu aspecto formal, entendido como mera possibilidade de participação.

Em razão disso, o NCPC (Lei 13.105/15), em verdadeira quebra de paradigma, elevou o princípio do contraditório à posição central dentro do ordenamento jurídico processual pátrio, impondo ao julgador a observância das teses expressas pelas partes e capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão, deixando para trás a mera ação e reação e garantindo o direito de influência das partes na construção do provimento final, ou seja, garantindo um contraditório substancial durante o processo. Este novo conceito de contraditório tem especial

relevância na contenção das chamadas decisões surpresa, aquelas em que o julgador decide sobre teses às quais as partes não se manifestaram.

Diferentemente do NCPC, o CPP ainda contempla possibilidade de o juiz decidir sobre questões as quais as partes não tiveram oportunidade de manifestação, exatamente como no caso da *emendatio libelli*, artigo 383 do CPP, possibilidade amparada nos brocardos *iura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi ius*, que prescrevem que o juiz conhece o direito, bastando às partes narrar os fatos. Ocorre que, a matéria de direito, ou seja, do delito em abstrato, também compõe o objeto do processo penal, não podendo o juiz decidir fora dos limites delimitados pela acusação e pela matéria de defesa, haja vista a proibição de que o julgador decida sem oportunizar a manifestação das partes, ainda que se trate de questão a que possa decidir de ofício, nos termos do artigo 10 do NCPC.

Desse modo, o contraditório substancial passa a ser, na tentativa de contenção de decisão surpresa, um método de formação da decisão judicial, devendo o juiz apresentar seu convencimento com base nas teses expressas e debatidas pelas partes, conforme artigo 489, §1º do NCPC, sob pena de não se considerar fundamentada a decisão.

Nesse contexto, o conceito de contraditório substancial liga-se umbilicalmente à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, justamente como forma de impor que o julgador exteriorize seu convencimento com base nas teses debatidas entre as partes, evitando-se, então, a surpresa. Somente com uma motivação que leva em conta as teses expressamente trazidas pelas partes é que se pode controlar a racionalidade na decisão judicial, na medida em que a decisão deve pautar-se naquilo que a comunidade jurídica entende como direito e não somente no que o juiz entende pertinente ao caso concreto. A decisão deve ser construída pela participação e influência das partes, como forma de evitar que a decisão se pautem em elementos dos quais as partes não tiveram a oportunidade de manifestação, como ocorre no caso do artigo 383 do CPP hodiernamente.

Por todo o exposto é que o novo conceito de contraditório trazido pelo NCPC deve ser transplantado ao CPP, mais especificamente como forma de evitar a surpresa na hipótese de o juiz alterar a tipificação dos fatos na sentença sem a participação das partes, efetivando-se o caráter substancial do contraditório também no direito processual penal, reforçando-se este conceito na Teoria Geral do Processo.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil. On line. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: nov 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. “Contraditório”. Dicionário de princípios jurídicos. Org. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flavio Galdino. Elsevier, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Vol.1. ano 1. p. 17-33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/notas-taquigraficas/NotaTaq29112016.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17.ed. Salvador: JusPodvm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 2.ed. Salvador: JusPodvm, 2015.

DAMASKA, Mirjan R. The Faces of Justice and State Authority. Yale University Press, 1986.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). Doutrina Seleccionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015, v.1.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial. Salvador: Podium, 2007, v.1, p. 151-174.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

POLASTRI LIMA, Marcellus. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lênio Luiz (Coord.). Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e argumentação. Salvador: Juspodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, nº 168. p. 107-141. 2009.

RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica: Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun, 2017.

SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.