



Noviembre 2019 - ISSN: 2254-7630

## GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO E “EMENDATIO LIBELI”: UMA LEITURA SOB A ÓTICA DA TEORIA DISCURSIVA DE HABERMAS

**Priscila Aparecida Borges Camões**

(FDSM/prycamoes@yahoo.com.br)<sup>1</sup>

**Rafael Além Mello Ferreira**

(FDSM/ramfmg@hotmail.com)<sup>2</sup>

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Priscila Aparecida Borges Camões y Rafael Além Mello Ferreira (2019): “Garantias constitucionais do processo e “Emendatio Libeli”: uma leitura sob a ótica da teoria discursiva de Habermas”, Revista Caribeña de Ciencias Sociales (noviembre 2019). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/11/teoria-discursiva-habermas.html>

### RESUMO

O intuito do presente trabalho é analisar se o instituto da “emendatio libeli” foi impactado pela teoria geral da decisão jurídica nos moldes propostos pelo Código de Processo Civil, especialmente no que tange aos desdobramentos conferidos ao princípio do contraditório prévio e seu entrelaçamento com o princípio da fundamentação das decisões. A problemática enfrentada busca avaliar o “diálogo das fontes” a fim de verificar se a nova racionalidade decisória proposta pelo legislador por meio das “normas fundamentais do processo civil”, notadamente pelo disposto nos artigos 9º e 10 da legislação adjetiva, se aplicam ao processo penal. Tais dispositivos encontram-se escudados na teoria do “agir comunicativo” de Jürgen Habermas, que também lastreia o § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, por ocasião do redimensionamento do princípio da fundamentação das decisões. No entanto, o artigo 383 do Código de Processo Penal, que contempla o instituto da “emendatio libeli” parece estar em dissonância com a constitucionalização do processo, demandando pois investigação mais acurada no plano da hermenêutica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Diálogo das Fontes. Contraditório Prévio. Emendatio Libeli. Agir comunicativo. Fundamentação das decisões.

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze if the institute of the "emendation libeli" was impacted by the general theory of the juridical decision along the lines proposed by the Code of Civil Procedure, especially with regard to the unfolding of the principle of prior contradiction and its interweaving with the principle of the reasons for decisions. The problem faced is to evaluate the "dialogue of sources" in order to verify whether the new decision-making rationality proposed by the legislator through the "fundamental rules of civil procedure", notably by the provisions of articles 9 and 10 of the adjective

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, vinculada à linha de pesquisa “Relações Sociais e Democracia”.

<sup>2</sup> Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Doutor em Direito pela UNESA (Universidade Estácio de Sá).

legislation, apply to the process criminal Such devices are covered in Jürgen Habermas's theory of "communicative action", which also underwrites article 489 (1) of the Code of Civil Procedure, on the occasion of the re-dimensioning of the principle of reasoning of decisions. However, article 383 of the Code of Criminal Procedure, which contemplates the institute of the "emendation libeli" seems to be in dissonance with the constitutionalisation of the process, demanding therefore more accurate investigation in the plane of hermeneutics.

**KEY WORDS:** Sources Dialogue. Previous Contradictory. Emendatio Libeli. To act communicatively. Rationale for decisions.

## INTRODUÇÃO

O estudo da teoria geral do processo, enquanto ciência, pressupõe a possibilidade de “diálogo das fontes”<sup>3</sup>, notadamente entre as normas adjetivas penais e civis, as quais possuem nítido distanciamento em virtude da diferenciação do objeto, sem no entanto descurar dos pontos de intersecção, especialmente no que tange às normas fundamentais do processo, norteadas no bojo da Constituição da República Federativa do Brasil, mas, esmiuçadas pela codificação processual civil.

Aury Lopes Júnior sustenta a necessária ruptura do direito processual penal com o núcleo rígido e comum, que interliga todos os processos, qual seja, a Teoria Geral do Processo<sup>4</sup>. Tal objeção, no entanto, não possui o condão de afastar a incidência das normas fundamentais do processo (estatuídas no CPC/15) na esfera penal, conforme será demonstrado no presente ensaio.

O Código de Processo Civil de 2015 instrumentalizou avanços rumo à democratização e constitucionalização de todo “iter” procedimental a fim de construir um espaço para a elaboração da decisão jurisdicional de modo dialogado. No conteúdo dos regramentos que encerram “as normas fundamentais” do processo tem-se por relevantes os princípios do contraditório e da “vedação da decisão surpresa”, os quais retiram da figura do julgador qualquer protagonismo.

O convite ao diálogo, proposto pelo legislador, encontra amparo na teoria do “agir comunicativo” de Jürgen Habermas, para quem a institucionalização do princípio da democracia se faz pelo Direito.<sup>5</sup> Em que pese Habermas ser considerando procedimentalista<sup>6</sup>, suas elucubrações

<sup>3</sup> [...] A tese do diálogo das fontes foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. Como se pode perceber há nesse marco teórico, do mesmo modo, a premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico. [...] Como outro exemplo de interação necessária, a este autor parece que o Novo CPC intensificou a possibilidade de diálogos com a legislação material, em especial por ter adotado um sistema aberto e constitucionalizado. [...]. (TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. volume único. 8. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 67)

<sup>4</sup> [...] O processo penal segue sendo a irmã preterida, que sempre teve de se contentar com as sobras das outras duas. Durante muito tempo, foi visto como um mero apêndice do direito penal. Evolui um pouco rumo à autonomia, é verdade, mas continua sendo preterido. Basta ver que não se tem notícia, na história acadêmica, de que o processo penal tivesse sido ministrado ao longo de dois anos, como costumeiramente o é o direito penal. Se compararmos com o processo civil então, a distância é ainda maior. Mas, em relação ao direito penal, a autonomia obtida é suficiente, até porque, como define Carnelutti, delito e pena são como cara e coroa da mesma moeda. Como o são direito penal e processual penal. Recorde-se o que falamos sobre o princípio da necessidade. 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 [...]. (LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2018. p. 59-60)

<sup>5</sup> [...] A idéia da autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização [...]. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158).

não vislumbram a discursividade no âmbito dos processos judiciais, mas sim o diálogo na gênese do próprio Direito. No entanto, buscar-se-á investigar a influência de sua teoria (embora não tenha sido construída e direcionada para a arquitetura das decisões judiciais) na construção dos provimentos finais dos magistrados pela via da discursividade.

Nesse contexto, surge a problemática do presente trabalho, qual seja, investigar a incidência da nova roupagem conferida aos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões no processo penal, especialmente no que tange ao instituto da “Emendatio Libeli”, que tradicionalmente se embasa no brocardo latino “mihi factum, dabo tibi ius” (me dá os fatos, e eu te darei o direito).

## 1 Diálogo das Fontes

O Código de Processo Penal admite expressamente a aplicação de regras do direito processual civil, em alguns de seus dispositivos<sup>7</sup>, e, de forma genérica<sup>8</sup> permite a interpretação extensiva, analógica e o uso dos princípios gerais do direito<sup>9</sup>.

De outro lado, o artigo 15 do Código de Processo Civil determina que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Cumpre salientar que a primeira versão do anteprojeto do Código de Processo Civil contemplava expressamente sua aplicabilidade subsidiária e supletiva ao processo penal<sup>10</sup>.

Assim, ao lançar um primeiro olhar sobre o instituto, poder-se-ia afirmar, equivocadamente, que o próprio legislador não conferiu abertura para a aplicação das normas processuais ao processo penal. Nesse particular, esclarecedora a lição de Rodrigo Mazzei:

<sup>6</sup> [...] O proceduralismo procura criar e fundamentar previamente as condições ideais para a realização de discursos práticos racionais. Uma vez cumpridas essas condições ideais, os resultados do discurso podem ser julgados como racionais. Assim, o proceduralismo procura fundamentar previamente uma série de regras procedimentais, uma série de condições ideais de discussão, as quais garantem a racionalidade do discurso [...]. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 248).

<sup>7</sup> Art. 139. O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil. (BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

<sup>8</sup> Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. (BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

<sup>9</sup> [...] Os princípios gerais de direito são postulados gerais e genéricos que podem ser extraídos do ordenamento jurídico, calcados em premissas éticas e valorativas, compatíveis com o senso comum e com o sistema normativo vigente. Segundo Maximiliano, “Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o substratum de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretas ideias do hermenêuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica. Se é deficiente o repositório de normas, se não oferece, explícita ou implicitamente, e nem sequer por analogia, o meio de regular ou resolver um caso concreto, o estudioso, o magistrado ou funcionário administrativo como que renova, em sentido inverso, o trabalho do legislador: este procede de cima para baixo, do geral ao particular; sobe aquele gradativamente, por indução, da ideia em foco para outra mais elevada, prossegue em generalizações sucessivas, e cada vez mais amplas, até encontrar a solução colimada” [...]. (MARCÃO, Renato. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71)

<sup>10</sup> [...] O histórico de tramitação legislativa desse dispositivo é interessante. A primeira versão do Projeto de novo CPC (PLS 166/2010, do Senado Federal) falava em aplicação supletiva à jurisdição penal, eleitoral e administrativa. No relatório geral do projeto na Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), a aplicação passou a ser, além de supletiva, subsidiária, e foi incluída a jurisdição trabalhista. Posteriormente, a emenda substitutiva feita em outubro de 2013, ainda na Câmara, retirou a aplicação aos processos penais, e o artigo ganhou a forma que viria a ser sancionada [...]. (STRECK, Lenio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65)

[...] A leitura apressada do art. 15 do CPC/15 pode ocasionar o incorreto entendimento de que não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura esta que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraindo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria nos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. A premissa é falsa, pois o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Na verdade, percebe-se que o novo diploma processual civil funciona como fonte que emana um processo comum, com objetivo de dialogar com todos os diplomas orbitais, bastando, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção [...] <sup>11</sup>

Nesse talante, considerando que o objeto da presente investigação é analisar se o contraditório prévio e a fundamentação exauriente se aplicam à decisão judicial que procede à “emendatio libeli”, ter-se-á, como premissa a interpretação conciliada entre o artigo 3º do CPP e o art. 15 do CPC/15, no sentido de admitir o diálogo entre as fontes “direito processual civil” e “direito processual penal”. Para tanto, proceder-se-á à análise da conjectura das decisões judiciais que foi engendrada pelo legislador, a fim de realizar posterior enfrentamento de sua aplicação ao processo penal, especialmente por ocasião da “emendatio libeli”.

## **2 Garantias constitucionais do processo: o princípio do contraditório e seu entrelaçamento com o princípio da fundamentação das decisões**

O movimento de constitucionalização do processo civil teve seu apogeu com a edição do Código de Processo Civil de 2015 que inaugura sua capitulação estatuidando as “normas fundamentais do processo civil”. É certo que alguns dispositivos legais constituem verdadeiras e desnecessárias apropriações do texto constitucional<sup>12</sup>, como se vislumbra na norma que encerra o princípio do “acesso à justiça”<sup>13</sup>. Cumpre salientar que a evolução e a conotação do referido princípio no Brasil, principalmente pelo “status” de direito fundamental, demanda o uso da expressão “acesso à jurisdição”<sup>14</sup> uma vez que ao termo “justiça” podem ser emprestados muitos significados de acordo com a matriz teórica em que se fundamenta.

<sup>11</sup>MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 529.

<sup>12</sup>Art. 5º, XXXV da CRFB - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Art. 3º do CPC - Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988).

<sup>13</sup>A expressão “Acesso à Justiça” foi cunhada por Mauro Cappelletti, para quem “é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. p. 8).

<sup>14</sup>É certo que o cognominado “acesso à justiça” nada tem a ver com o acesso aos direitos fundamentais do homem, porque simploriamente definido como “algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas”.<sup>49</sup> Também a expressão “acesso à justiça” não é a síntese de todos os princípios e garantias constitucionais do processo, porque atualmente o modelo constitucional do processo democrático é que, por incorporar o princípio da ampla defesa pelo direito de ação, é que gera o livre acesso à jurisdição, como

Ocorre que, a garantia constitucional solitária de “acesso à jurisdição” demandava sua análise sob o viés qualitativo das decisões jurisdicionais, uma vez que não basta “escancarar as portas do Judiciário” sem nenhuma preocupação com o conteúdo dos provimentos finais. Nesse sentido, por não ter sido suficiente a garantia constitucional de fundamentação das decisões estatuída no artigo 93, inciso IX da CRFB/88, a qual restou solapada pelo decisionismo, é que o legislador no afã de prevenir o solipsismo do julgador engendrou um entrelaçamento entre os princípios do contraditório<sup>15</sup> e da fundamentação das decisões, mormente para coibir as decisões surpresa.

Muito antes da reforma empreendida no CPC/15 a “Escola Mineira de Processo” já apregoava a necessária vinculação do contraditório ao princípio da fundamentação das decisões, ao ponto de considerar tais princípios como “irmãos siameses”<sup>16</sup>. A tessitura conferida pelo texto legal, especificadamente nos artigos 9º (princípio do contraditório)<sup>17</sup>, 10 (princípio da vedação da decisão surpresa)<sup>18</sup> e 489, § 1º (princípio da motivação das decisões)<sup>19</sup> revela uma verdadeira blindagem ao decisionismo, diga-se de passagem, muito bem vindo ao processo penal. Nesse ínterim, a decisão judicial não mais pode contemplar argumentos que não foram fruto de um processo dialógico, ou seja, que não foi produzida de forma “policêntrica” e em “comparticipação”<sup>20</sup>, motivo pelo qual a releitura do instituto da “emendatio libeli” será necessária a fim de evitar a “decisão surpresa”.

## 2 A teoria do “agir comunicativo” de Habermas: o diálogo na construção dos provimentos finais da Jurisdição

---

direito irrestrito de provocar a tutela legal (art. 5º, XXXV, CF/1988). (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014. p. 54-55).

<sup>15</sup> O contraditório não se encerra apenas em uma ritualística formal. Daí a importância de seu espectro substancial, conforme detalha Rosemiro Pereira Leal, para quem “o princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem. Daí o direito ao contraditório ter seus fundamentos na liberdade jurídica tecnicamente exaurida de contradizer, que, limitada pelo tempo finito (prazo) da lei, converte-se em ônus processual se não exercida. Conclui-se que o processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes”. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014. p. 99)

<sup>16</sup> “Nessa perspectiva, unem-se inseparavelmente o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação, como se fossem irmãos siameses, ambos atuando na dinâmica argumentativa (fática e jurídica) do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão jurisdicional participada, em concepção renovada do processo, trabalhada a partir da confluência da teoria discursiva do direito e da democracia (Habermas) com a teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari) [...]”. (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 149)

<sup>17</sup> Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Altera o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2015).

<sup>18</sup> 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. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Altera o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2015).

<sup>19</sup> §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. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Altera o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2015).

<sup>20</sup> [...] Deve-se vislumbrar que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual (juiz, partes, advogados), mas, na sua atuação responsável, competente e interdependente, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo seu respectivo papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas [...]. (NUNES, Dierle. *Teoria do Processo Contemporâneo*. Revista de Direito do Sul de Minas. Edição Especial. Pouso Alegre: FDSM, 2008).

No intuito de investigar a influência da teoria habermasiana do “agir comunicativo” na procedimentalidade brasileira, tem-se por premissa alguns delineamentos teóricos que se farão importantes no desfecho desta pesquisa.

A proposição de Habermas como um dos referenciais teóricos decorre da similitude existente entre sua “teoria discursiva do direito” e a dialeticidade preconizada na legislação adjetiva civil, bem como sua influência na construção dos provimentos finais da jurisdição.

A teoria habermasiana apropria-se da diferença entre discursos de justificação e de aplicação (restando claro que nesta pesquisa se dará ênfase a este último, por se tratar da dimensão jurisdicional), de seu discípulo Klaus Günther<sup>21</sup>, conforme se denota pelos esclarecimentos abaixo circunscritos:

[...] Questões de aplicação de normas afetam a autocompreensão e a compreensão do mundo dos participantes, porém não do mesmo modo que os discursos de fundamentação. Nos discursos de aplicação, as normas supostas como válidas, referem-se sempre aos interesses de todos os possíveis atingidos; no entanto, quando se trata de saber qual norma é adequada a um caso determinado, essas relações se retraem atrás dos interesses das partes das partes imediatamente envolvidas. [...] Em discursos de aplicação, as perspectivas particulares dos participantes têm que se manter, simultaneamente, o contato com a estrutura geral de perspectivas que, durante os discursos de fundamentação, esteve atrás das normas supostas como válidas. Por isso que as interpretações de casos singulares, que são feitas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira, do ponto de vista social-ontológico, que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros do direito, representadas através de um juiz imparcial, podem ser convertidas umas nas outras. Essa circunstância explica também por que o conceito de coerência, utilizado para interpretações construtivas, é alheio a caracterizações semânticas, apontando para pressupostos pragmáticos de argumentação [...]<sup>22</sup>

O processo pode ser entendido como um “jogo de argumentação” onde a jurisdição acaba por controlar a tensão existente entre a legitimidade e a positividade do direito, a fim de resolver o problema da “decisão correta”<sup>23</sup>. Relevante pontuar que a constatação de Habermas quanto à ausência de regulação de uma “argumentação jurídico-normativa” remonta à realidade normativa alemã, diferentemente da normatividade brasileira que contempla regras expressas de como o processo pode ser um “locus” de argumentação e formação dialogada da decisão judicial.

<sup>21</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007.

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 284-285.

<sup>23</sup> [...] A mesma tensão se renova, porém, no próprio nível pragmático da prática da decisão judicial, porque as exigências ideais feitas ao processo de argumentação têm que ser harmonizadas com as restrições impostas pela necessidade de regulamentação fática. Em compensação, o direito tem que ser aplicado a si mesmo através de formas de organização, a fim de não produzir apenas competências da jurisdição em geral, e sim introduzir discursos jurídicos como componentes de processos judiciais. As ordens dos processos judiciais institucionalizam a prática de decisão judicial de tal modo que o juízo e a fundamentação do juízo podem ser entendidos como um jogo de argumentação, programado de maneira especial. Por outro lado, os processos jurídicos cruzam-se com os argumentativos, sendo que a instauração jurídico-processual de discursos jurídicos não pode vir no âmago da lógica da argumentação. O direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas não circunscritas, que obedecem à lógica de discursos de aplicação. [...] (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 292).

Assim, para melhor compreender a aproximação do filósofo alemão e do legislador pátrio, de modo a mensurar em que medida a apropriação das teorias do “agir comunicativo” e do “discurso” culminou com uma “nova” racionalidade decisória, elucidativa a lição de Rafael Lazzarotto Simioni:

[...] Isso significa que o direito deve institucionalizar processos de formação discursiva da vontade individual e coletiva, capazes de garantir negociações e decisões orientadas ao consenso baseado no melhor argumento. Um procedimento desse tipo deve ser capaz de garantir, a todos os implicados, a liberdade e a capacidade de defender seus interesses somente pelo único poder admitido pela ação comunicativa, qual seja, o poder do melhor argumento. Só assim o direito poderá permitir a introdução, nas discussões sociais, de pretensões de validade universais que incluem a eticidade das condutas. [...] <sup>24</sup>

A estrutura normativa esposada pelo Código de Processo Civil Brasileiro (aplicável ao processo penal por subsidiariedade) gera uma confluência em busca do “melhor argumento” que será substrato para a fundamentação das decisões. É o que se denota, por exemplo, pelo princípio da cooperação<sup>25</sup>, em que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”<sup>26</sup>.

A figura do juiz “cooperador” demonstra seu “rebaixamento” ao nível das partes, enfatizando o legislador, ser o juiz um “sujeito do processo” e não seu “ator principal”. Atrelado a isso, tem-se a intensa e já mencionada interligação entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, frise-se, que não mais se coadunam com o “agir solitário” do julgador, haja vista que o “melhor argumento” deverá se subsidiar no diálogo construtivista das partes e não no “senso de justiça” particular do magistrado.

Nesse sentido, elementar se torna a apropriação da leitura de Habermas, realizada por Simioni, que conseguiu parafrasear a complexidade da fala do autor alemão de modo a conferir leveza para uma melhor compreensão da proposta de “refutar” o decisionismo:

---

<sup>24</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 85.

<sup>25</sup> O professor Dierle Coelho Nunes, que foi membro da comissão de reforma do CPC, já antevia a importância do princípio da cooperação ao defender que “um dos principais pilares da democratização processual seria o abandono de perspectivas de protagonismo e assunção de um perfil participativo e democrático da estrutura processual. Evidentemente, isso não ocorrerá mediante o aumento total dos poderes das partes ou dos juízes, mas, sim, mediante a divisão de atuação entre estes, de modo a absorver os aspectos benéficos tanto dos movimentos liberais quanto dos sociais e a verificação de que a defendida democratização do processo exige a clara percepção da interdependência entre os sujeitos processuais”. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 224).

<sup>26</sup> Artigo 6º do Código de Processo Civil Brasileiro. Como contraponto, importante mencionar que ante a cultura da litigiosidade das partes e altivez dos juízes, tem sido muito complexa a materialização efetiva de tal princípio. Registre-se ainda, a crítica elaborada por Lênio Streck no tocante à sua interface com a Constituição, para quem “nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isso é, digamos assim, natural, pois não? Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria “direito”. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie”. (DALLA BARBA, Rafael Giorgio; DELFINO, Lúcio; STRECK, Lênio; LOPES, Ziel Ferreira. *A cooperação processual no novo CPC é incompatível com a Constituição*. [S.l.]: Revista Consultor Jurídico, 2014).

[...] Assim, através da teoria do discurso jurídico, Habermas pretende também tirar o “juiz Hercules” da solidão solipsista e colocá-lo no discurso, vale dizer, retirar a jurisdição do ideal da personalidade de um juiz (ideal de virtude e de acesso privilegiado à verdade) para colocá-la no ideal político de uma sociedade com autonomia para a interpretação da Constituição. Para Habermas, o “juiz singular tem que conceder sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. Isso significa que não tem mais cabimento o solipsismo jurídico. Um juiz sozinho, não pode dizer qual é o direito adequado à situação concreta. A venda nos olhos da Justiça se tornou insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida pela teoria discursiva do direito. [...]”<sup>27</sup>

A superação da “razão prática” em Habermas perpassa pela superação da consciência solipsista, devendo as decisões estar ancoradas na razão comunicativa, que por sua vez encontram respaldo em uma pragmática não empírica, “assim, a verdade deixa de ser contedística para ser uma verdade como idealização necessária. É uma verdade argumentativa, atingida por consenso”<sup>28</sup>.

Incontestemente a influência de Habermas na legislação processual civil, que está a perquirir o ganho qualitativo das decisões judiciais por meio do afastamento do protagonismo do juiz<sup>29</sup>. No entanto, a busca pelo “melhor argumento” ainda concentra no magistrado a “escolha”, que mesmo diante da exaustiva fundamentação exigida no § 1º do artigo 489 do CPC (que por um critério residual esclarece o que não é fundamentar), ainda atribui a “seleção da norma adequada” ao julgador.<sup>30</sup>

Para reforçar a interlocução de algumas aporias apontadas ao pensamento do autor germânico, explicitamente no que se refere ao espaço dialógico de construção das decisões jurisdicionais – processo, oportuno mencionar as reflexões de André Del Negri:

[...] Apesar do filósofo alemão ter conseguido estabelecer profunda análise sobre a legitimação normativa adequada ao mundo contemporâneo e ao paradigma democrático, esse raciocínio leva à conclusão de que a sua abordagem procedimental como via de legitimação da validade do ordenamento jurídico não é teoricamente exauriente, já que deixa de abordar especificamente o Processo como instituição jurídica regente da

<sup>27</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 549.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6º ed. São Paulo Saraiva 2017. p. 134.

<sup>29</sup> [...] Significa dizer que, se a fundamentação estava, antes, na razão subjetiva, agora ela “passa” para outro plano, isto é, à retirada do “poder” solipsista do sujeito, Habermas contrapõe a submissão dos atos individuais às normas de conduta (também não esqueçamos que, para ele, direito e moral são cooriginários, uma vez que a moral precisa do poder de coação do Direito: a exigibilidade dos preceitos morais é o que motiva o trânsito da moral para o Direito [...]). (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. São Paulo Saraiva 2017. p.136).

<sup>30</sup> [...] Essa seleção das normas adequadas se faz então através dos processos judiciais, onde o discurso de aplicação encontra nas regras da instrução probatória a definição da situação para argumentações circunscritas e, simultaneamente, o espaço não circunscrito das argumentações jurídicas de adequação na fundamentação das decisões. E uma vez formado o juízo de adequação no caso concreto, a decisão jurídica deve encontrar também a sua coerência com a ordem jurídica como um todo. O simples fato de a decisão estar submetida a uma revisão pelas instâncias superiores exige a fundamentações cuidadosas e uma orientação a precedentes jurisprudenciais. Nessas condições, a seleção da norma adequada à situação bem definida, orientada à manutenção da coerência com outros precedentes jurisprudenciais, é o que torna possível a “única decisão correta”. A qual, no entanto, será sempre uma “única decisão correta hoje”, pois se trata sempre de uma correção provisória, falível, dependente de uma correta e suficiente definição da situação, além da utilização discursiva de bons argumentos para a seleção das normas aplicáveis à situação, com a exclusão de outras concorrentes, no pano de fundo de uma coerência com outros precedentes jurisprudenciais. [...]. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 556).

construção dos Direitos Fundamentais, limitando-se a afirmar que a institucionalização do princípio da democracia se faz pelo Direito [...]”<sup>31</sup>

Uma das direções apontadas para que o vislumbre da teoria habermasiana abarque também a “procedimentalidade jurídica” é apontada por Rosemiro Pereira Leal (precursor da teoria neoinstitucionalista <sup>32</sup> do processo), cuja contribuição encontra-se lastreada na obra “Teoria processual da decisão jurídica”, que embora tenha sido publicada antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, já sinalizava muitos dos “avanços” que estariam no plano da legitimação decisória:

[...] carece da compreensão da principiologia jurídica da teoria do processo institucionalizador da possibilidade jurídica da racionalidade democrática, porque ao imaginar uma procedimentalidade como médium lingüístico-jurídico da passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia não se esclareceu a índole dessaprocedimentalidade neutra e canalizada de argumentos que se conduziriam por uma razão estratégica centrada em estoques de historicidade jusracionalista pelos direitos humanos com abandono do médium discursivo autoilustrativo de sua própria construção jurídica [...]”<sup>33</sup>

Deste modo, partindo da premissa que a teoria habermasiana do discurso foi incorporada pelo Código de Processo Civil de 2015, cujos desdobramentos são perceptíveis em outros ramos (como no caso do processo penal), pela tônica que o legislador conferiu às normas fundamentais do processo, e ainda, mais especificamente ao detalhar o dever de fundamentação das decisões (art. 489, § 1º), as quais tiveram por escopo prevenir o decisionismo judicial, passar-se-á à necessária releitura do instituto da “emendatio libeli” que se tornou fragilizado ante ao ganho de legitimidade democrática das decisões.

### **3 A decisão dialogada por meio do contraditório prévio e sua aplicação ao instituto da “Emendatio Libeli”**

Antes de adentrar na elucidação do instituto jurídico em comento, necessária a reprodução do texto legal que o contempla:

<sup>31</sup> NEGRI, André Del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008. p. 75.

<sup>32</sup> [...] A teoria neoinstitucionalista do processo é uma proposição enunciativa que não se sustenta pela convicção única de um teorizador, prescindindo, à sua realização, da compreensão interprocessual do povo total (legitimados ao Processo) nas instâncias jurídico-socioeconômicas da Comunidade Jurídico-Política. Na pós-modernidade, o cometimento teórico de um discurso não mais se afirma pela autoridade de seu autor. A individualidade atualmente não é mais impositiva dos conteúdos (relato) da justificação das Ciências Política, Econômica e Jurídica. Não mais sendo o indivíduo um polarizador ideológico da Sociedade pluralística e excêntrica, o médium consensual se faz por uma internormatividade focalizada na processualidade e não por interações sociais de condutas isoladas e individuais. De conseguinte, o que se busca com a teoria neoinstitucionalista do processo é a fixação constitucional do conceito do que seja juridicamente processo, tendo como base produtiva de seus conteúdos a estrutura de um discurso advindo do exercício permanente da cidadania pela plebiscitarização continuada no espaço processual das temáticas fundamentais à construção efetiva de uma Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático [...]. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014. p. 92).

<sup>33</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002. p. 178.

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º. Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º. Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos<sup>34</sup>.

Pela simples leitura do dispositivo legal, verifica-se que o mesmo está a contemplar o brocardo latino, “mihi factum, dabo tibi ius” (me dá os fatos, e eu te darei o direito), o qual acabou por difundir a máxima reducionista<sup>35</sup> de que no processo penal o réu se defende dos fatos e não da capitulação conferida aos mesmos.

Uma das discrepâncias da “emendatio libeli” está em conferir um amplo espaço para a atuação solipsista do julgador, que poderá atribuir capitulação delitiva até mais gravosa da que foi atribuída pelo titular da ação penal, em nítida “quebra” ao princípio da adstrição ou congruência, que denota o caráter “(neo) inquisitório” do sistema <sup>36</sup>.

A teia principiológica construída pelo Código de Processo Civil, sob os auspícios da Constituição Federal de 1988 se coadunam perfeitamente ao processo penal, notadamente quando se está diante de um sistema de garantias estruturante do “Estado Democrático de Direito” <sup>37</sup>. Ora, na esfera penal, em que o direito à liberdade está em tensão a todo o tempo, é que o juiz deve esmerar sua decisão no lúdimo cumprimento do contraditório prévio, a fim de evitar a decisão surpresa. A discursividade proposta por Habermas também deve permear a fundamentação da sentença penal, e mesmo diante da autorização expressa do legislador, ao permitir que o magistrado altere a

<sup>34</sup>(BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

<sup>35</sup> Em parte da doutrina nacional, infelizmente, é comum encontrarmos afirmações assim: “no processo penal, o réu se defende de fatos, sendo irrelevante a classificação jurídica constante na denúncia ou queixa. (...) Trata-se de aplicação pura do brocardo jura novit curia, pois, se o juiz conhece o direito, basta narrar-lhe os fatos (narra mihi factum dabo tibi ius)”. Tal postura peca por reducionismo da complexidade, ainda atrelada a uma concepção simplista do processo penal, incompatível com seu nível de evolução e dos cânones constitucionais contemporâneos. Ademais, em muitos casos, a correção na tipificação legal decorre, na essência, do desvelamento de nova situação fática, como sói ocorrer, v.g., na mudança de crime doloso para culposo. Infelizmente, temos de reconhecer que essa postura (de que não existe qualquer prejuízo para a defesa na mudança da definição jurídica) é a predominante nos tribunais brasileiros. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2018. p. 898).

<sup>36</sup>A regra da correlação ou congruência, somente tem razão de ser em um sistema acusatório, pois é um mecanismo que concretiza, na dinâmica do processo penal, os princípios constitucionais citados, especialmente o contraditório, que somente encontra condições de existência no sistema acusatório. Grande parte dos problemas em torno da correlação no sistema processual penal brasileiro decorrem do fato de nosso modelo ser (neo) inquisitório. A estrutura do CPP está alicerçada na matriz inquisitória, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz (basta uma rápida leitura do art. 156 e tantos outros que conduzem ao ativismo judicial tipicamente inquisitório), mas, sempre devemos recordar, o modelo constitucional é acusatório. Diante desse conflito, não há outra opção a ser seguida que não a luta pela prevalência da Constituição e da filtragem constitucional. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2018. p. 895).

<sup>37</sup>[...] Já se passam quase 25 anos da inauguração do estado (social) democrático de direito brasileiro, e o processo de constitucionalização dos direitos, amplamente discutido na década de 90 perdeu-se no tempo. Tanto os valores quanto os princípios constitucionais não conseguiram cumprir sua função de nortear o direito posto, uma vez que pouco ou nada foi alterado no sentido de alinhar-se aos princípios constitucionais. Quando falamos em princípios constitucionais chamamos um conceito novo a partir do qual a norma jurídica justifica sua existência e permite alinhar seu sentido aos valores constitucionalmente vigentes. Assim como nos lembra constantemente Lenio Streck, não há norma sem princípio e não há princípio sem norma. Seria necessário, insuficiente, cremos, mas necessário um movimento legislativo que promovesse uma releitura sistemática dos diplomas legais para verificar a sua adequação ao novo modelo social que se implanta no Brasil pela constituição de 1988.[...] Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jan-07/direito-penal-nao-nem-guardiao-moral-perdida> Acesso em 27/02/2019.

capitulação delitiva conferida ao fato (emendatio libeli), ainda assim, por mandamento constitucional e aplicação subsidiária do CPC/15<sup>38</sup>, a questão “sub iudice” deverá ser submetida ao crivo contraditório.

Entendimentos de que o atendimento de uma garantia constitucionais que estatuem o próprio devido processo legal não gozam de “praticidade” devem ser veementemente refutados, a despeito de ferirem de morte um dos postulados da decisão democrática. No entanto, traz-se à colação a título de contraponto:

[...] Não vemos praticidade na conduta do magistrado que, estando com o processo em seu gabinete para sentenciar, após verificar que não é o caso de condenar o réu por estelionato, mas sim por furto com fraude, por exemplo, paralisa seu processo de fundamentação, interrompe a prolação da sentença e determina a conversão do julgamento em diligência para o fim de ouvir as partes sobre a possibilidade – não poderá afirmar que assimfará, pois senão já estará julgando, em decisão nitidamente anômala – de aplicar ao fato definição jurídica diversa da constante nos autos. As partes, certamente, irão renovar suas alegações finais, produzindo um burocrático e emperrado procedimento, sob o prisma de uma Justiça já considerada extremamente lenta. De que vale essa “ciência”, se o órgão acusador limitasse a expor o que vislumbra nos autos e pedir a condenação, em caráter genérico? Para a defesa técnica – a autodefesa dá-se somente no interrogatório e não torna a ocorrer, nessa hipótese – pode representar um prejuízo indevido, mormente quando a pena puder ser aumentada, além de não trazer benefício de ordem prática, pois continuará insistindo na negativa de autoria, por exemplo, ou no reconhecimento de determinada excludente [...]<sup>39</sup>.

Em sentido oposto, mas, diga-se de passagem, muito mais alinhado às garantias constitucionais do processo, é o entendimento de Aury Lopes Júnior:

[...] Mas, pensamos, o processo penal brasileiro não pode mais tolerar a aplicação acrítica do reducionismo contido nos axiomas *jura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi ius*, pois o fato processual abrange a qualificação jurídica e o réu não se defende apenas dos fatos, mas também da tipificação atribuída pelo acusador. A garantia do contraditório, art. 5º, LV, da Constituição, impõe a vedação da surpresa, pois incompatível com o direito a informação clara e determinada do caso penal em julgamento [...] Logo, é reducionismo pensar o princípio da correlação (ou congruência) no binômio acusação-sentença, pois não se pode admitir a decisão acerca de matéria não submetida ao contraditório. Portanto, os limites da decisão vêm demarcados por uma dupla dimensão: acusação e contraditório. Do contraditório, nascem as condições de possibilidade do exercício do direito de defesa, outra regra de ouro a constituir o *due process of law*. Assim, quando falamos em “defesa”, neste momento, não o fazemos no sentido

<sup>38</sup> Neste sentido, o novo CPC tem um tratamento muito mais acorde com os postulados do contraditório. Como determina o art. 10 do novo CPC, “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”. Eis uma regra básica e que deveria ser observada também no processo penal, inclusive em caso de emendatio libeli. (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2018. p. 896).

<sup>39</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1997-1998.

estrito, de direito de defesa, distinto do contraditório, por suposto; mas sim no sentido mais amplo, do todo, integrando o contraditório e o direito de defesa. É possível, assim, alterar-se a pretensão acusatória, especialmente seu elemento objetivo, mas desde que exista estrita observância do contraditório, para evitar surpresas e permitir a eficácia do direito de defesa. Dessarte, é evidente a incompatibilidade do contraditório e do sistema acusatório com o ativismo judicial, ou seja, com o juiz agindo de ofício nessa modificação da pretensão acusatória [...] <sup>40</sup>.

Por derradeiro, não há como negar a necessária releitura do instituto da “emendatio libeli” que deverá atender às garantias constitucionais do processo, dantes já previstas na CRFB e agora ressemantizadas pelo CPC/15, cujo legislador, inspirado pela teoria habermasiana do “agir comunicativo” entrelaçou os princípios do contraditório e da fundamentação, no sentido de buscar subsídios na argumentação das partes para decidir. Assim, ao se deparar com a hipótese de alterar a capitulação delitiva, o magistrado deverá assinalar vista tanto para o presentante do Ministério Público, como para o advogado de defesa, a fim de que se proceda à motivação da decisão de forma dialógica.

## CONCLUSÃO

Ultrapassado o desafio de lançar um olhar mais acurado para o Código de Processo Civil e ler nas entrelinhas de suas normas fundamentais e de motivação das decisões as matrizes filosóficas que embasaram a redação dos dispositivos legais, tem-se, em sede de conclusão preliminar que a racionalidade decisória almejada pelo legislador possui raiz na teoria do “agir comunicativo” e na “teoria do discurso” de Jürgen Habermas.

A clarividência de tal constatação se mostra pelo normatizado entrelaçamento entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, que juntos denotam o “poder” de influenciar a decisão, pois mais do que “falar” no processo é preciso ser “ouvido”. Nesse prisma, o contraditório deixa de ser vislumbrado apenas no plano estático e passa a ser vislumbrado no plano dinâmico. Ou seja, todo o desenrolar argumentativo deverá ser apreciado pelo julgador por ocasião da fundamentação da decisão (art. 489, § 1º do CPC), motivo pelo qual o provimento final será elaborado em moldes policêntricos e em participação.

De certo, o processo penal, mesmo diante das peculiaridades que o distanciam da matriz comum da teoria geral do processo, não consiste em um compartimento estanque, carecendo de revisitação sob a ótica das garantias constitucionais do processo. Nesse prisma, necessário se faz a aplicação da teoria do “diálogo das fontes” no intuito de tornar perene a incidência das normas fundamentais do processo civil na esfera penal, principalmente por estas se alinharem ao sistema acusatório.

Assim, ao confrontar o instituto da “emendatio libeli” (que mesmo impactado pela Lei 11.719/2008 ainda se manteve “anos luz” da CRFB) com a reestruturação das decisões conferida

---

<sup>40</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2018. p. 896-897.

pelo CPC/15, no sentido de exigir o contraditório prévio a fim de evitar a decisão surpresa, verificou-se a integral compatibilidade sistêmica, não sendo crível que mesmo diante da clareza das normas fundamentais de processo ainda seja comum a atuação de juízes na mera “aplicação da letra fria da lei”.

Portanto, admitir a aplicação do artigo 383 do CCP apenas por critérios subsuntivos, além de importar em quebra do princípio da congruência (típico em sistemas inquisitórios) ocasiona sérios riscos ao modelo constitucional de processo, que tanto avançou ao estatuir de maneira verbalizada a teoria discursiva de Habermas no plano decisório. Deixar o juiz penal “de lado” das conquistas havidas no plano na norma adjetiva civil seria o mesmo que aceitar a perpetuação do decisionismo. Lado outro, o “remédio” para prevenir a epidemia de decisões solitárias no âmbito da transmutação da capitulação conferida ao delito é tão somente o respeito ao princípio do contraditório, que, diga-se de passagem, sequer teria necessidade de esgotamento no plano infraconstitucional, se, simplesmente, o juiz “decididor” aplicasse a Constituição.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Altera a Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CORDEIRO, Túlio; MARQUES, Beatriz. (Org.). *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed.; Brasília: Senado Federal-Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio; DELFINO, Lúcio; STRECK, LenioLuis; LOPES, Ziel Ferreira. *A cooperação processual no novo CPC é incompatível com a Constituição*. [S.l.]: Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao?imprimir=1>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2018.

MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016.

NEGRI, André Del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo Saraiva 2016.

STRECK, LenioLuis. *Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!*. [S.l]: Revista Consultor Jurídico, 2015.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6º ed. São Paulo Saraiva 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. volume único. 8. Rio de Janeiro: Método, 2017.