

# MUTATIO LIBELLI: UMA RELEITURA DE SUA COMPATIBILIDADE EM FACE AO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Bruna Edwirges Cunha Boulhosa<sup>1</sup>

Kaique Campos Duarte<sup>2</sup>

Arienne Brito Cal Athias<sup>3</sup>

Resumo: O presente artigo científico tem como objetivo analisar se a *mutatio libelli*, prevista no artigo 384 do Código de Processo Penal, está em consonância com o sistema processual acusatório vigente no Brasil. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou o sistema acusatório, definido essencialmente pela distinção entre as atividades de acusar e julgar, baseado nos princípios do juiz natural, da imparcialidade do juiz, do contraditório e ampla defesa, da presunção de inocência, da obrigatoriedade, da indisponibilidade, da congruência, do promotor natural, do defensor natural e da motivação das decisões judiciais. Nesta lógica, o sistema

---

<sup>1</sup>Advogada, pós-graduanda em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio – Damásio. Graduado em Direito pela Faculdade Ideal – Faci | Wyden.

<sup>2</sup>Advogado, Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Especialista em Direito Penal e Processual penal pela Universidade Estácio de Sá – UNESA e Direito Constitucional Faculdade Damásio Educacional – DAMÁSIO. Graduado em Direito pela Faculdade Ideal – Faci | Wyden e Ciências Sociais, Universidade Cidade de São Paulo – UNICID.

<sup>3</sup>Professora da Adjunta III da Universidade Federal do Pará – UFPA, cedida ao Ministério Público do Estado do Pará para exercer o cargo em comissão de Assessor do Procurador-Geral de Justiça. Professora Titular I da Universidade da Amazônia – UNAMA. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direitos pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA.

acusatório, adotado pela Lei Maior, instrumentaliza o Processo Penal, coordenando seus atos sob o prisma de diversos princípios e regras, os quais devem ser respeitados por todos os dispositivos infralegais. O artigo 384 que constitui uma essencial ferramenta processual, que permite a mudança da tipificação penal no processo, antes da prolação da sentença – e sua a provocação para tal mudança do tipo, poderá se dar por intermédio de membro ministerial ou através do próprio juiz natural. Dessa maneira, este trabalho visa averiguar a constitucionalidade do dito artigo, e ainda suas consequências jurídicas. Neste diapasão, contemplando as aspirações da doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Palavras-Chave: *Mutatio Libelli*; Artigo 384 do CPP; Compatibilidade; Processo Penal; Sistema Acusatório.

Abstract: This article aims to analyze whether *mutatio libelli*, provided for in article 384 of the Code of Criminal Procedure, is in line with the accusatory procedural system in force in Brazil. With the advent of the Federal Constitution of 1988, Brazil adopted the accusatory system, essentially defined by the distinction between the activities of accusing and judging, based on the principles of the natural judge, the impartiality of the judge, the contradictory and ample defense, the presumption of innocence, compulsion, unavailability, congruence, the natural promoter, the natural defender and the motivation of judicial decisions. In this logic, the accusatory system, adopted by the Major Law, instrumentalises the Criminal Procedure, coordinating its acts under the prism of several principles and rules, which must be respected by all the infralegais devices. Article 384, which is an essential procedural tool, which allows for a change in the criminal classification in the process, before the sentence is delivered - and the provocation for such a change can be made through a ministerial member or through the natural

judge himself. In this way, this work aims to verify the constitutionality of said article, and also its legal consequences. In this context, contemplating the aspirations of doctrine and jurisprudence on the subject.

Keywords: *Mutatio Libelli*; Article 384 of the CPP; Compatibility; Criminal Procedure; Accusatory System.

## 1 INTRODUÇÃO



*mutatio libelli*, contida no art. 384 do Código de Processo Penal (CPP), alterada pela lei nº 11.719/2008, é uma ferramenta usada pela acusação para que se proteja o princípio da congruência no processo penal, de maneira que, se o membro Ministerial, ao perceber que o crime que foi apurado no decorrer da instrução criminal, não é o mesmo descrito na denúncia ou queixa, deve aditar tal peça no prazo de 5 (cinco) dias para que se respeite a correlação entre exordial acusatória e sentença.

O art. 384 do CPP (*mutatio libelli*) deve guardar consonância com o sistema processual penal escolhido como base instrumental para o processo penal brasileiro. A doutrina aponta a existência de três sistemas processuais penais, porém, nesta pesquisa se fará a análise de dois deles: o sistema inquisitório e o sistema acusatório. No decorrer do presente estudo verificar-se-á que o sistema processual acusatório foi o adotado pela Constituição Federal Brasileira, sendo ele, portanto, o qual vigora hoje no Brasil.

Sendo assim, é de suma importância analisar se a *mutatio libelli* é compatível com a ideologia do sistema acusatório, sob pena de se verificar que caso a resposta seja negativa, o dito artigo é inconstitucional, e logo, é prejudicial não só aos operadores do âmbito jurídico, mas a todos os indivíduos

inseridos no Estado Democrático de Direito.

No presente trabalho, tem-se como objetivos específicos explicar quais os elementos do processo penal, conceituar o que é o sistema acusatório, explicitar do que se trata a *mutatio libelli*, prevista no art. 384 do CPP; comparar a *mutatio libelli* em relação ao sistema acusatório e detectar as consequências jurídicas resultantes disso e as suas relevâncias. O objetivo geral desta pesquisa é analisar se existe compatibilidade entre o art. 384 do CPP e o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal Brasileira.

Acerca da metodologia, o método de abordagem utilizado foi o indutivo, o qual, por sua vez, parte de uma análise específica dos dados para posteriormente se obter uma conclusão geral do assunto. No caso em apreço, se partiu de uma análise do que é a *mutatio libelli* sob a ótica do sistema acusatório, para após isso, chegar-se ao resultado geral da eventual compatibilidade ou não entre esses institutos, e as consequências gerais desta conclusão para o processo penal.

O método de procedimento e colhido foi o bibliográfico, pois para se chegar ao resultado almejado se utilizou livros, jurisprudências, artigos científicos, periódicos, páginas de web sites, trabalhos expostos em seminários, entre outros. A análise dos dados se deu através do método qualitativo, haja vista que se buscou a generalização teórica da análise do ponto de vista do investigador.

Percorrida todas as etapas da pesquisa, o estudo se concluirá com a resposta ao seguinte problema de pesquisa: A *mutatio libelli* delineada pelo artigo 384 do Código de Processo Penal é compatível com o sistema acusatório vigente no Brasil?

## 2 PROCESSO PENAL

Em termos gerais, detém-se que processo advém do termo *pro cedere* - avançar, ir para frente, fazer progresso

(TOURINHO, 2010). É por conta disso que quando se fala nesta expressão em relação ao contexto forense, logo se imagina um conjunto de atos que se movem com o objetivo de alcançar uma solução jurídica.

Destarte, quando se trata de processo penal, se está a limitar o termo, pois aqui, a ideia simples de processo dirige-se a uma solução jurídica inserida no âmbito penal, isto é, a aglutinação de atos processuais se move buscando a fixação de uma pena adequada.

O surgimento do processo penal está diretamente ligado à evolução do sistema da pena, isso porque aquele surgiu tendo em vista este contexto histórico. Já a pena, sempre esteve estritamente ligada à noção de delito – para diferenciar delito e pena Lopes explicita (2011, p.1): “o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato premeditado e meticulosamente preparado. É violência de um contra todos.”.

Desta forma, observa-se que para cada delito opõe-se uma pena, a qual retrata a punição dada ao indivíduo que executou determinado ato que abala a ordem jurídico-social. Nesse sentido, a pena, primeiramente era monopólio dos indivíduos e representava a vingança destinada ao réu, a isso se chamou de autotutela ou defesa privada (LOPES, 2011).

Posteriormente, chegou-se à fase da autotutela processualizada, onde o conflito continuava a ser resolvido por força das partes, porém, já se tinha uma estrutura análoga à de um processo penal. A autocomposição surgia *posteriori*, sendo um meio de resolução de conflitos na qual as partes acordavam mutuamente, buscando a melhor forma de se extinguir o embate – a atuação de um terceiro se limitava a sempre respeitar a vontade das partes (LOPES, 2011).

Gradativamente, surge a heterocomposição, onde a tutela da pena passa a ser domínio do Estado, o qual assume seu manejo por meio da figura de um terceiro imparcial, chamado

juiz. A pena evolui seu status passando a ser pena pública, haja vista que o Estado reage a partir de uma transgressão da ordem jurídica (delito), aplicando a devida sanção punitiva, de acordo com os limites jurídicos (*jus puniendi*).

Foi com o surgimento da pena pública que o processo penal sobreveio, pois o Estado necessitava traçar uma estrutura processual, que seria utilizada tanto por juiz imparcial, quanto pelas partes, com o fim se obter uma justa resolução do caso penal, sobre isso, Aury Lopes aduz o seguinte (2011, p.40):

No momento em que o Estado substitui as partes e impede a autotutela, nasce também um dever correlato, de atuar quando a intervenção seja solicitada. O instrumento por meio do qual se concretiza e se pode exercer o poder-dever punitivo é o processo penal.

Posto isso, essencial é – inclusive para se continuar a falar do assunto – trazer a baila o conceito de processo penal, que segundo Frederico Marques (2003, p.16) “é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares.”.

Essencialmente, o termo processo traduz uma noção ampla do caminho para chegar-se a uma resolução jurídica, nesse ínterim, os atos executados dentro do processo (atos processuais), ocorrem através do procedimento, o qual corporifica o processo, coordenando os atos e os executando sistematicamente (TOURINHO, 2010).

Ampliando ainda mais o entendimento a respeito do processo penal, é vital que se tome conhecimento dos princípios que lhe dão carga, e para que se possa compreender a importância dos mesmos, necessário é primeiramente, visualizar a definição da palavra *princípio*, que é segundo Aurélio (1986, p.1393) “Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; causa primária; elemento predominante na constituição de um corpo orgânico”.

Logo, pode se dizer que os princípios além de representarem a base primária do processo penal, são também os pressupostos que lhe dão desenvolvimento, não apenas do ponto de vista estrutural, mas também axiológico, já que trazem consigo grande carga de valores, sempre respeitando os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal.

Dentro do campo do processo penal, as doutrinas processuais revelam a existência de diversos princípios, no entanto, para fins de compreensão do referido artigo, consideram-se como os mais importantes: o princípio da imparcialidade do juiz, do contraditório e ampla defesa, da congruência, da obrigatoriedade, da indisponibilidade, do promotor natural, do defensor natural e da motivação das decisões judiciais.

Por fim, o principal objetivo do processo penal segundo Aury Lopes Junior (2015), Tourinho Filho (2010) e Fernando Capez (2013), é ocasionar a adequada solução jurídica do conflito entre Estado-juiz e infrator, resguardando sempre os direitos e garantias previstas às partes. Nestor Távora (2014) atribui ainda mais duas finalidades ao processo penal, as quais são: viabilizar a aplicação do direito penal e a pacificação social obtida com a solução do conflito, finalidades mediata e imediata, respectivamente.

### 3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

#### 3.1 DEFINIÇÃO

Antes de se aprofundar na análise dos sistemas processuais em espécie, se faz importante tecer uma noção do que significa isoladamente sistema processual, e ainda, antes disso o significado unicamente do termo sistema. Segundo Aurélio Buarque de Holanda (Rangel, 2014, p.46) sistema é:

1. Conjunto de elementos, materiais ou ideias, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação.

2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada: sistema penitenciário; sistema de refrigeração.
3. Reunião de elementos naturais da mesma espécie, que constituem um conjunto intimamente relacionado [...] (Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 2. Ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. P. 1594).

Nesse sentido, já se viu o que é processo penal e já se viu o que é sistema, detém-se, portanto, que um sistema processual penal refere-se à estrutura do processo penal adotado por um país, conforme o predomínio da ideologia pretendida seja ela punitiva ou libertária. Segundo Goldschmidt (1935, apud LOPES, 2015, p. 40): “a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição”.

Prado (2009, p. 254), ao explicitar também a noção de sistema processual penal toma como base a visão de Immanuel Kant sobre o assunto, o qual esclarece que sistema processual é “um conjunto de elementos sob uma ideia única”, sendo que, segundo ele, essa “ideia única” só pode ser devidamente compreendida através do conceito de *princípio unificador*, ou seja, o motivo conceitual sobre o qual se forma a teoria geral do processo penal, podendo estar positivada (em lei) ou não. O autor continua:

Como ontológico (ou unificador), princípio é um mito, ou seja, a palavra que é dita no lugar daquilo que, se existir, não pode ser dito, dado não se ter linguagem para tanto, tudo no sentido da ideia única de Kant. Por tal via se vê que a diferenciação dos sistemas processuais far-se-á através, antes de tudo, de tal princípio, determinado, aqui, pelo critério referente à gestão da prova. (PRADO 2009, p. 254).

Ora, quando se fala em princípio unificador se estar a falar sobre aquilo que funda e junta os elementos que formam o sistema processual, tendo em vista que “sistema” pressupõe coordenação. Logo, se o processo penal, tem por objetivo o acertamento de um caso penal, o qual é decidido com base nas provas, resta nítido que o sistema processual penal pode ter



distinguido qual o seu princípio unificador com base no elo principal que determina a sua concretização, ou seja, em como se dará o gerenciamento das provas.

Desta forma, por meio do sistema processual penal adotado por um Estado, é que se estabelece a instrumentalização do Direito Processual Penal aplicado. Nesse diapasão, a doutrina explícita que existem três sistemas processuais penais, no entanto, para fins da referida pesquisa se explanara acerca de dois deles, o sistema Inquisitório e Acusatório.

### 3.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

Em termos cronológicos, o sistema inquisitório (ou inquisitivo) preponderou em alguns países europeus, em especial na Espanha, durante os séculos XIII ao XVIII, e início do século XIX. Foi preferido após o sistema acusatório se tornar improdutivo na efetividade da prestação jurisdicional do Estado (LOPES, 2011). Jacinto Coutinho (2013) explicita que tal sistema veio à tona por razões políticas, em um momento de grandes mudanças sociais, aonde progressivamente, vinha ocorrendo a transição do sistema feudal para o sistema dos burgos.

Pretendia-se que as decisões jurisdicionais fossem mais céleres, não importando que os direitos coletivos (direito à segurança) predominassem sobre os direitos individuais do acusado. Em verdade, através da ótica inquisitória havia uma mitigação dos direitos e garantias individuais em face do Interesse da coletividade.

A principal característica do Sistema Inquisitório é a presença de seu princípio unificador Inquisitivo, o qual consiste na acumulação de funções nas mãos do magistrado, o qual participa da elaboração das provas e também é o responsável pela punição do acusado. É o juiz que inicia a ação (*ex officio*), defende o réu e ainda, é competente para julgá-lo, com base nas

provas que ele mesmo geriu.

Nesse modelo, há ausência de contraditório e ampla defesa e o processo é regido pelo sigilo. Desta maneira, tal sistema é totalmente incompatível com as garantias individuais de um Estado Democrático de Direito, pois nele o réu é visto como um mero objeto do processo, sendo seus direitos considerados inferiores comparados ao da coletividade.

De acordo com Aury Lopes (2015), no sistema inquisitório a sentença não faz coisa julgada, a prisão do acusado no transcurso do processo é regra geral e há nítida desigualdade de armas e oportunidades entre o acusado e o magistrado, o qual é parcial e é quem rege as provas.

Com base no que diz Prado (2006) o objetivo do sistema Inquisitivo é realizar o direito penal material, decidindo qual a pena a ser aplicada, assim sendo, todos os atos processuais devem ser distribuídos nesse único sentido. O juiz cumpre a função de segurança pública no exercício do seu magistério.

O sistema Inquisitório começou a ser deposto das órbitas processualistas a partir do século XIX, momento em que a Revolução Francesa e os movimentos iluministas passaram a introduzir postulados de valorização e maximização do homem para sociedade, eliminando aos poucos as características inquisitórias do processo penal (LOPES, 2011).

Segundo Jacinto Coutinho (2013), o modelo Inquisitório permanece vivo até os dias atuais, todavia mascarado, haja vista que alguns aspectos seus foram duramente atingidos pelas mudanças sociais ocorridas.

### 3.3 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório teve sua origem no Direito grego, onde havia intensa participação popular no exercício da acusação. As ações, nos delitos graves, podiam ser iniciadas por qualquer pessoa do povo, já as ações nos delitos simples, apenas

poderiam ser iniciadas pelo ofendido (LOPES, 2011).

No último século da República do direito romano, desenrolou-se uma interessante forma de processo penal (com características próprias do que hoje se conhece como sistema acusatório): a *accusatio*. Nela a acusação, pólo ativo da demanda, e a persecução da ação penal eram comandadas por um cidadão da coletividade, o qual afastava a figura do Estado-juiz da posição de acusador (LOPES, 2011).

O sistema acusatório é regido pelo princípio acusatório, que segundo Geraldo Prado (2006), é aquele em que a gestão das provas é conferida às partes, e por conta disso, as funções de acusar, defender e julgar devem ser destinadas a órgãos diferentes, mantendo intacta desta maneira, a imparcialidade do juiz. No sistema acusatório é imprescindível que o juiz seja um terceiro estranho a causa, não podendo estar psicologicamente influenciado por um dos lados da ação, do contrário, um juiz parcial pode anular a acusação ou mesmo a defesa, tornando-as sem efeito.

Ora, se houver um juiz influenciado pela acusação, obviamente a defesa de nada valerá, haja vista que o juízo já estará previamente definido. Em contrapartida, se o juiz já tiver convencido das versões do ofendido antes mesmo de se averiguar as provas, a acusação não terá serventia alguma. Ambas as teses, de acusação e defesa, devem ter o condão de poder convencer o juiz, de outra banda, não haverá necessidade de um devido processo legal (KIRCHHEIMER, 1968). Segundo Geraldo Prado (2006, p.178):

Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresente meramente por se lhe negar, sem qualquer razão a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e mediata opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante.

Como o sistema acusatório proíbe a parcialidade do julgador, é indubitável que este não pode iniciar ação penal (*no*

*procedat iudex ex officio*), sob pena de demonstrar qual a sua convicção sobre os fatos. Por conta disso que a acusação, longe de ser apenas um ato, refere-se a uma função, dada a um órgão, o qual é *dominus litis* da ação penal pública, o Ministério Público (BRASIL, 1988).

Já a defesa, prestigiada também no sistema acusatório, deve atingir todos os seus limites de acordo com as garantias constitucionalmente impostas, é por essa razão inclusive, que algumas das características desse sistema são os princípios do contraditório e ampla defesa. De acordo com Geraldo Prado (2006) a defesa tem a função de perseguir interesses antagônicos ao da acusação, para que haja um processo justo com paridade de armas, evitando haver manipulação política de pessoas e situações.

De maneira pragmática, com base nos ensinamentos de Aury Lopes (2011) e Paulo Rangel (2014) as principais características do sistema acusatório são: a clara distinção das funções de acusar, julgar e defender; a paridade de armas entre as partes no processo; a clara incidência dos princípios do contraditório e ampla defesa; o juiz deve decidir com base no livre convencimento das provas; o processo deve ser iniciado pela iniciativa das partes; o procedimento, de acordo com a ampla defesa deve ser oral e possuir publicidade; deve existir a coisa julgada e; a possibilidade de se recorrer em segundo grau.

De outra banda, o que se percebe, é que todas as características desse sistema giram em torno de resguardar a principal, o princípio acusatório, o qual consiste na gestão das provas nas mãos das partes, ocasionando a separação em órgãos das funções precípuas do processo, ou seja, acusar, julgar e defender.

A doutrina *majoritária* aponta que o sistema processual penal brasileiro é o *acusatório* e aqui se toma mais uma vez a posição de Aury Lopes Junior (2015) para explicitar o porquê desta conclusão. Detém-se que o Código de Processo Penal

Brasileiro (BRASIL, 1941) é substancialmente Inquisitório, e isso se denota através de alguns artigos que exteriorizam o seu núcleo inquisitivo, nos quais o juiz é o gestor das provas no processo penal, como por exemplo, o artigo 310 do CPP, no qual o juiz pode decretar de ofício a prisão flagrante em preventiva; O artigo 156, I e II, CPP, no qual o juiz pode também de ofício requerer diligências seja na fase processual ou preliminar investigatória.

Ainda, o artigo 385 do CPP, no qual é conferido ao juiz o direito de reconhecer circunstâncias agravantes que nem sequer foram pedidas e ainda poder decretar a condenação mesmo que o *Parquet* tenha requerido a absolvição do acusado.

Só para que não passe em branco, inobstante as alterações ocorridas no decorrer dos anos no Código de Processo Penal, o que faz definir se o mesmo é inquisitório ou não, é o seu núcleo fundante, ou seja, em como se dá o gerenciamento das provas, e ainda, se há ou não aglutinação de funções.

O que se nota através do Código Penal Brasileiro, é que o juiz não é um mero expectador do processo, mas um sujeito que além de atuar expressivamente nele, também tem domínio sobre a gestão das provas (LOPES, 2015). Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) através de seus dispositivos adota nitidamente o sistema acusatório, pois o processo definido pela mesma é fundado em princípios do contraditório, ampla defesa, publicidade dos atos, princípio da presunção de inocência e devido processo legal (entre outros aspectos que se falará amplamente mais adiante).

Sendo assim, e com base na proteção dos direitos máximos protegidos pela Magna Carta, faz-se necessário uma filtragem constitucional de todos os artigos e dispositivos presentes no código de processo penal que possuem núcleo inquisitório, e que, portanto, vão de contra com o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal Brasileira (LOPES, 2015).

#### 4. *MUTATIO LIBELLI*

##### 4.1 ARTIGO 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O processo penal inicia-se pelo recebimento da denúncia ou queixa pelo juiz, após isto, ocorre uma série de atos processuais: defesa do acusado, audiência de instrução e julgamento, produção de provas, alegações da acusação e defesa, entre outros (BRASIL, 1941). Todos esses atos culminarão em uma sentença proferida pelo juiz, a qual poderá ser absolutória ou condenatória.

Abre-se um parêntese aqui para deixar claro que também existem procedimentos especiais, os quais possuem uma organização de atos não necessariamente de como citado acima, por exemplo, no rito especial da lei de drogas, lei nº 11.343/06, ocorre defesa prévia anterior ao recebimento da denúncia (LOPES, 2015).

É interessante notar que a sentença não pode ser de maneira alguma esporádica, devendo obedecer sempre ao princípio da congruência, no qual haverá uma correlação entre a peça acusatória e a decisão final do juiz. Este princípio enaltece o fato de que não se pode condenar ninguém por algo que não tenha sido acusado. Em outras palavras, o juiz está vinculado a analisar somente o que se pede na denúncia ou queixa (BADARÓ, 2000).

Assim, para que o princípio da congruência pudesse sempre se manter intacto, o legislador de 1941 se preocupou em criar mecanismos que impedissem uma desconexão entre denúncia e sentença. Foi nesse aspecto, portanto, que surgiu um desses mecanismos, a *mutatiolibelli*. Tal dispositivo foi alterado pela lei nº 11.719/2008 e está previsto no artigo 384 do CPP, com nova redação (BRASIL, 1941), veja-se a mudança do artigo:

(Anterior à lei 11.719/2008)

Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia, ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, afim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

*(Nova Redação)*

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurada o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§1.º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§2.º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer uma das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§3.º Aplicam-se as disposições dos §§ 1.º e 2.º do art. 383 ao *caput* deste artigo.

§4.º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§5.º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

Como expressa o *caput*, após a instrução probatória, ou seja, após a audiência de instrução e julgamento, se o órgão acusatório, ou seja, o Ministério Público, entender que no decorrer do processo ficou vislumbrado que o indivíduo cometeu um crime diferente do que consta na exordial

acusatória, com base em novas informações ou provas, o mesmo pode aditar a denúncia ou queixa (subsidiária da pública), dando a esta uma nova tipificação do fato, tudo isso no prazo de no máximo 5 (cinco) dias.

Ao fim da audiência de instrução e julgamento, é aberto um momento para se requerer eventuais diligências, conforme o art. 402 do CPP. Entende-se que é nesse momento que a acusação, ou seja, o Ministério Público deve se manifestar acerca da necessidade do aditamento da denúncia, para que então se abra o prazo de cinco dias para a ocorrência do mesmo. Isto porque, depois de terminada toda a fase instrutória passa-se a contar o prazo para apresentação de memoriais (LOPES, 2015) (BRASIL, 1941), logo, se não houver provocação para a ocorrência do aditamento, o processo irá seguir seus trâmites normais.

Importante é dizer também que o aditamento pode ser oral, feito muitas vezes nas próprias salas de audiência, sem que se precise abrir o prazo de cinco dias previsto no caput do art. 384 do CPP, motivo pelo qual este é reduzido a termo.

Como já dito e se deve ressaltar, o objetivo da *mutatio libelli* “mudança do libelo” é preservar o princípio da correlação entre acusação e sentença, de modo que, se ficou comprovado nos autos que outro foi o crime cometido, a peça acusatória deve sofrer alterações para que se mantenha uma equivalência entre acusação e a sentença (BADARÓ, 2000).

Por outro lado, o dito princípio possui extrema ligação com o direito ao contraditório e ampla defesa, que não a toa são princípios enaltecidos na sistemática acusatória. Ora, a partir do momento em que se tem uma nova definição jurídica do tipo, deve-se também haver uma nova chance de o acusado se defender contra este delito (BADARÓ, 2000).

É disso que trata os §§ 2º e 4º do art. 384, ou seja, é também aberto um prazo igual para que a defesa se manifeste sobre o aditamento, mantendo assim resguardado o direito ao



contraditório, sendo que, somente após essa manifestação é que o juiz vai decidir ou não acerca do aditamento. E não só isso, ambas as partes tem direito de arrolar até 3 (três) testemunhas para que se proceda a uma nova audiência, mantendo desta maneira o direito a ampla defesa do acusado intacta.

O §3º do já exposto artigo, preserva também o direito a ampla defesa do acusado ao resguardar o direito subjetivo da suspensão condicional do processo. Ora, se ocorrer a mudança do tipo penal e sob o novo delito puder se aplicar ao réu direito a suspensão condicional do processo, nada mais justo do que o fazê-lo. Já o §5º somente alega que se o juiz negar o aditamento, o processo prosseguirá normalmente.

Importante ressaltar também que a *mutatio libelli* não ocorre apenas quando deve haver uma mudança do tipo penal, como por exemplo, de roubo para furto, mas em relação a todas as características que possam vir a incidir sobre o crime, como por exemplo, a mudança de um crime consumado para tentado, doloso para culposo, a incidência de novas agravantes, entre outros (LOPES, 2015).

#### 4.1.1 DA PREVISÃO CONTIDA NO §1º DO ARTIGO 384 DO CPP

Não menos importante, aliás, extremamente importante para este trabalho (tanto é que há um sub tópico específico para isto), é a previsão contida no §1º do art. 384. Acaso o Ministério Público fique inerte quanto ao aditamento da denúncia e o juiz vislumbrando que a mesma deve ocorrer, é permitido ao mesmo, por analogia, se utilizar do contido no art. 28 do Código de Processo Penal. Por conta disto, se faz importante analisar do que se trata este artigo.

O Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941, sancionado pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas, instituiu o Código de Processo Penal Brasileiro o qual vigora até

os dias de hoje no Brasil. Dentre os artigos trazidos pelo Código Penal, encontra-se o art. 28 (BRASIL, 1941).

A peça que inaugura a pretensão acusatória na fase pré-processual da ação penal pública incondicionada e condicionada é a denúncia, momento em que o Ministério Público, através de seu representante, junta os elementos contidos no inquérito policial e tipifica o fato ocorrido para o posterior recebimento da peça pelo juízo e o início da ação penal.

Dentro dessa perspectiva, acaso o promotor após a análise do inquérito policial, ou seja, após a averiguação do mínimo de indícios de materialidade e autoria do crime, optar pelo seu arquivamento, ou de parte dele, o art. 28 do Código de Processo Penal oferece uma interessante alternativa ao juiz, o qual ao observar o requerimento do promotor optando por arquivar as peças instrutórias pode discordar das razões invocadas e posteriormente, enviar o inquérito policial ou peças de informação ao procurador-geral para a pretensão acusatória não se esgote, e conseqüentemente, a denúncia seja oferecida.

No art. 28 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) encontra-se redigido:

“Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

Como visto, e aqui voltando o foco para a *mutatio libelli*, se o representando ministerial não se manifestar acerca do aditamento, o juiz achando a inércia indevida, poderá enviar os autos ao procurador-geral, para que então este se manifeste sobre a mudança da tipificação legal da denúncia.

## 5 ANÁLISE DA (IN)COMPATIBILIDADE

## 5.1 *MUTATIO LIBELLI* EM RELAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Tendo em vista tudo o que já foi explanado, tem-se que a *mutatio libelli* deve ocorrer por iniciativa do Ministério Público, conforme o *caput* do art. 384 do CPP. Entretanto, há no referido artigo uma possibilidade da mesma ocorrer por iniciativa do juiz, momento em que este se utilizará da previsão contida no seu §1º. Sendo assim, a análise da *mutatio libelli* em relação ao sistema acusatório se fará com base nessas duas possibilidades de ocorrência.

A Constituição Federal, ainda que não expressamente, adotou o acusatório como o sistema processual vigente no Brasil. De acordo com o art. 129, I da CF se observa (BRASIL, 1941): “São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”.

Ora, a Magna Carta concedeu ao Ministério Público o direito de ser o *dominus litis* da ação penal pública, sendo ele o responsável por promovê-la. Com isso, a Constituição deixou claro que a função de acusar está claramente definida e incorporada no órgão ministerial. Sendo assim, o juiz não deve interferir na função acusatória, devendo se manter inerte e imparcial.

Além disso, a Constituição Federal em seu art. 5º (BRASIL, 1941) enaltece como direitos fundamentais os princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, paridade de armas entre defesa e acusação, o princípio do juiz natural e presunção de inocência, todos característicos do sistema acusatório (LOPES, 2011).

Ainda, a Constituição Federal preserva acima de tudo o direito à dignidade da pessoa humana, foco central de um Estado Democrático de direito, inclusive, todos os direitos e garantias fundamentais giram em torno da proteção da mesma. O sistema

acusatório foi adotado também por ser o mais compatível com o Estado Democrático, pois, se os princípios inerentes a ele e que também são direitos fundamentais não forem respeitados, como por exemplo, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, logo, não se terá intacta a dignidade da pessoa humana (PRADO, 2005).

Pois bem, a *mutatio libelli* está prevista no código de processo penal para que se possa preservar o princípio da congruência, o mesmo por sua vez, existe para resguardar os princípios do contraditório e ampla defesa (BADARÓ, 2000), enaltecidos pelo sistema acusatório. Ainda, percebe-se que a iniciativa para que haja o aditamento da denúncia é do órgão acusatório, ou seja, o Ministério Público, não devendo haver interferência do juiz nesse sentido. Sendo assim, *a mutatio libelli prevista no caput do art. 384 do CPP está de acordo com o sistema acusatório vigente no Brasil.*

O mesmo, porém, não ocorre no que diz respeito ao §1º do art. 384 do CPP. De fato, não há problema em se aditar a denúncia, muito pelo contrário, havendo novas informações no decorrer da instrução que venham a alterar o tipo penal, nada mais lógico do que aditar a peça acusatória. O cuidado, portanto, reside em se observar quem provoca esse aditamento.

Veja-se, a denúncia é uma peça acusatória que depois de recebida inicia a ação penal pública, logo, somente a acusação pode alterá-la, sob pena de se despeitar a separação de funções inerente ao sistema acusatório.

Pela leitura que se faz do §1º do art. 384, percebe-se que o juiz, vendo que o Ministério Público restou inerte quanto ao aditamento, usará a previsão contida no art. 28 do CPP, ou seja, envia os autos ao Procurador-Geral para que então este proceda ao referido aditamento (BRASIL, 1941).

Ter-se-á um claro desrespeito ao sistema acusatório acaso isto ocorra, pois a provocação para o aditamento será do juiz, o qual sairá da esfera da imparcialidade, deixando claro e

inequívoco o seu entendimento de que o acusado cometeu outro crime, e o pior, deixando claro o seu interesse em condená-lo. Aury Lopes explicita:

Para, além disso, o parágrafo primeiro revela-se substancialmente inconstitucional, pois é manifesta a violação das regras do sistema acusatório com a utilização do Art. 28 do CPP. No mesmo sentido GIACOMOLI afirma que o art. 384, §1º, do CPP não encontra suporte constitucional e há indevida utilização do art. 28 do CPP quando o magistrado o utiliza para fazer um alargamento da acusação. (GIACOMOLI, 2008, p.108, apud LOPES, 2015, p. 897).

Pergunta-se: Do que adiantará uma instrução probatória posterior, com nova manifestação da defesa, se já se sabe que o juiz tenderá a condenar o indivíduo com base na nova tipificação legal? Nada. Será o mesmo que não existir defesa no processo, pois o juiz provavelmente condenará o acusado, afinal, ele provocou o aditamento, por acreditar que o mesmo era necessário, ocasionando assim um nítido desrespeito ao contraditório e ampla defesa, além de uma nítida disparidade de armas entre as partes. Se a defesa é silente, logo, não há devido processo legal (PRADO, 2005).

Veja-se, o foco da questão não é a manifestação do Procurador-Geral ou não (apesar de criticar-se isso), o erro é o juiz sair da sua esfera de imparcialidade e remeter a aquele os autos para que faça o aditamento. Ora se o juiz agir desta maneira presume-se que é porque entende que o aditamento deva ocorrer, ou seja, presume-se que ele entende que outro foi o crime cometido. E se entende que outro foi o crime cometido, deixa latente o seu intuito em condenar o réu, só que agora, com base na nova tipificação penal. *Sendo assim, a mutatio libelli, quando ocorrer de acordo com previsto no §1º do art. 384 do CPP é incompatível com o sistema acusatório.*

Por fim, ainda que se discorde de tal fato, ou seja, de que a Constituição adota o sistema acusatório, não se pode perder de vista que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto

de San Jose da Costa Rica), através do artigo 8<sup>o4</sup> adotou também o dito sistema. Em 25/11/1992 o Brasil aderiu à Convenção, a qual se funda em direitos de justiça social essenciais ao homem (OEA, 1992).

Princípios como presunção de inocência, imparcialidade do julgador, defensor natural, publicidade dos atos, devido processo legal, ampla defesa e direito a coisa julgada, são resguardados pela Convenção, todos compatíveis e característicos do sistema acusatório.

O Supremo Tribunal Federal, através de julgados, reconheceu ao Pacto de São Jose da Costa Rica status supralegal, por conta de o mesmo não ter passado pelo quórum especial previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal. Vejamos uma das decisões abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restritiva. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. *O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido*

---

<sup>4</sup> Recomenda-se a leitura do Art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica.

pele § 3º do art. 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida. (grifo nosso).

(HC 94013, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396)

Ou seja, como se depreende do próprio julgado, com esse status, apesar da Convenção não possuir hierarquia constitucional, possui hierarquia sobre as leis ordinárias, na qual se inclui o código de processo penal. Logo, todas as normas contrárias ao sistema acusatório, previstos no Pacto devem ser banidas do ordenamento jurídico, e nisso se inclui o art. 384, §1º.

### 5.1.1 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Ao se falar das consequências jurídicas relacionadas ao art. 384 do CPP é de extrema importância não só focar em uma abordagem da *mutatio libelli* com a redação atual, prevista no CPP, mas também, é interessante tecer algumas considerações a respeito da mesma anteriormente à alteração feita pela lei 11.719/2008. Principalmente para que se entenda de maneira clara e eficaz a evolução de tal artigo no ordenamento jurídico.

O Código de Processo Penal, criado pelo Decreto-Lei nº 3.689 de 1941, trouxe em seu bojo o art. 384, o qual antes da sua alteração expunha que era o juiz quem provocava a *mutatio libelli*, abrindo o prazo para que a acusação aditasse a denúncia.

Tamanha era a afronta ao sistema acusatório, entretanto, o tal sistema processual penal só foi incorporado pela Constituição Federal de 1988. Portanto, se o art. 384 não obedecia aos pressupostos constitucionais trazidos pela CF atual, estamos a falar aqui primeiramente em não Recepção da

lei infraconstitucional por essa Carta Magna.

A Teoria da Recepção visa evitar o vácuo normativo quando da mudança da Constitucional de um estado, adequando as normas anteriores à nova Constituição se compatíveis com essa, e, revogando aquelas normas incompatíveis, em outras palavras, não se aproveitam (ou não se deveriam aproveitar) as leis ou atos normativos anteriores não compatíveis com a nova Constituição, agora, no novo ordenamento jurídico (SARMENTO, 2012).

O que se percebe é que apesar do art. 384 do CPP (antes da alteração) ser incompatível com a Constituição, ainda assim o mesmo foi incorporado. De fato, apesar de errado, isso acontece, pois difícil é o controle de todas as leis quando na entrada no ordenamento jurídico, além de que, questões hermenêuticas também muitas vezes são o motivo dessa ocorrência (SARMENTO, 2012).

Sendo assim, está a se falar aqui em não recepção da o art. 384 antes do mesmo ter sido alterado pela Lei 11.719/2008. Ocorre que, atentando para questões como essa, se entende que ao se perceber que uma norma não foi recepcionada, mas continua no ordenamento jurídico, a mesma deve ser revogada pelo entendimento de que norma posterior revoga norma anterior (SARMENTO, 2012).

Para sanar esses vícios, o legislador federal regulamentou a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), para que através do Controle de Constitucionalidade pudessem ser revogadas leis anteriores à Constituição (SARMENTO, 2012). Como já falado, o art. 384 infelizmente, nunca foi revogado via controle de constitucionalidade.

Porém, após a alteração do art. 384 pela Lei 11.719/2008, e onde percebe-se, inclusive, que houve uma tentativa (inacabada) em tentar fazer a adequação de tal dispositivo ao sistema acusatório, já se pode falar em constitucionalidade ou



não do dispositivo, pois, em 2008, obviamente, a Constituição Federal já estava em vigor. Ou seja, hoje, o art. 384 possui redação feita sob a égide constitucional.

Ora, se o §1º do art. 384 do CPP viola o sistema acusatório, e o sistema acusatório foi incorporado pela Constituição, inclusive suas características estão no rol de garantias fundamentais, está a se ver uma flagrante inconstitucionalidade de tal dispositivo.

Tal consequência jurídica afronta sobremaneira o Princípio da Supremacia da Constituição, o qual aduz que tendo em vista a rigidez da Constituição Federal, tal lei suprema é a pedra angular do ordenamento jurídico, sendo que, todas as outras normas devem se sujeitar a ela (SILVA, 2005).

Ora, se uma norma é inconstitucional, e não se tem uma paralização da mesma, obviamente, se pode aduzir, que todos os cidadãos inseridos no Estado Democrático de Direito são atacados por essa flagrante irregularidade. Quando a Constituição é desrespeitada e permanece sendo, gera-se uma nítida insegurança jurídica, pois o que dizer de um ordenamento onde ocorre uma banalização das leis, ou pior, uma banalização da lei suprema? Cria-se com isso, um estado de impotência (SILVA, 2005).

O Estado Democrático se baseia na igualdade, na proteção à legalidade e na liberdade, sendo assim, se há inconstitucionalidade em um governo de todos, logo, resta-se dizer que todos são os alvos de tal golpe (SILVA, 2005).

Além da inconstitucionalidade, e também como consequência jurídica, através do §1º do art. 384 do CPP se percebe uma clara ofensa ao garantismo penal. Apesar de difícil ser a explanação em poucas palavras, é de extrema importância que se traga para essa discussão o garantismo, teoria que cada vez mais vem ganhando espaço no âmbito jurídico.

O garantismo penal, teoria imposta por Luigi Ferrajoli no livro *Direito e Razão*, é nada mais do que um modelo normativo

de direito, onde se atenta primordialmente para a minimização da violência e a maximização da liberdade. A violência dita, não a física, mas sim a jurídica (FERRAJOLI, 2010).

O garantismo defende que o Direito penal, inclusive por conta dos princípios que o regem como o da intervenção mínima e tendo em vista a sua função socializadora, deve, sobretudo, respeitar os direitos e garantias fundamentais da constituição instituída. Sobretudo, uma constituição democrática (FERRAJOLI, 2010).

Os direitos fundamentais são imprescritíveis, indisponíveis, intransferíveis, correspondem a uma expectativa de todos inseridos no Estado, e ainda, não são apenas resguardados pelo direito interno (constituição federal), mas também alargados pelos tratados e convenções internacionais incorporados ao texto supremo, e principalmente, são normas, e não regidos por normas (FERRAJOLI, 2010).

Ferrajoli, em sua obra (2010), preocupa-se o tempo todo em diferenciar o direito da moral, tal fato implica em dizer que o direito deve conceder autonomia aos juízos jurídicos, e afastá-los dos juízos ético-políticos (baseados na moral). As leis devem ser aplicadas com base no juspositivismo, independente de se achar se as mesmas são justas, do ponto de vista moral, ou não.

Quanto a isso, especificamente, discorda-se e toma-se como pensamento o de Ana Cláudia Pinho (2013), ao entender que não se pode diferenciar totalmente o direito da moral, entende-se que sim, a moral não pode influenciar totalmente a noção de direito, mas os dois elementos andam correlacionados, até porque o princípio da dignidade humana é moralístico, e com base no garantismo penal deve ser sempre respeitado pelas normas penais.

Focando então para a discussão sobre o §1º do art. 384 do CPP em relação ao garantismo, se vê nitidamente (como já dito) que o mesmo fere o sistema acusatório disposto na Constituição Federal, e, ferindo o sistema acusatório se ferem

também todas as suas características previstas no rol de garantias e direitos fundamentais, tais como o contraditório, ampla defesa, devido processo legal, e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

A teoria garantista afirma que as sanções só podem ser legítimas e legais se sempre respeitarem os direitos fundamentais. Em outras palavras o que se deseja com tal teoria é basicamente a estrita obediência à legalidade, maximamente, a legalidade instituída pela constituição (PINHO, 2013).

Por fim, o que se percebe é que enquanto não forem exumadas as praticadas inconstitucionais previstas no ordenamento jurídico, especialmente no processo penal como é o §1º do art. 384 do CPP, a constituição será apenas um pedaço de papel o qual é rasgado todos os dias e que não possui eficácia alguma.

Luigi Ferrajoli (2010) menciona que acaso se observe o direito penal italiano, se verá uma alta carga de garantismo penal haja vista que os princípios se baseiam nos direitos fundamentais, porém na prática se vê um baixo nível de garantismo, pois não se usa em nada os princípios instituídos e menos ainda os direitos fundamentais que lhe dão cabo. Infelizmente essa é uma triste consequência da ofensa ao garantismo, à inutilidade da constituição, o que ocorre, por exemplo, quando da aplicação do §1º do art. 384 do CPP no ordenamento jurídico.

## 6 CONCLUSÃO

Conforme o exposto no presente trabalho, através da análise primária a respeito do processo penal, entende-se que o surgimento deste instituto deu-se conjuntamente com a evolução do sistema da pena, sendo que foi a partir de tal evolução que se chegou ao conceito de “pena pública”, momento em que o Estado toma para si a tarefa de punir, de acordo com os ditames

legais.

Com o surgimento do processo penal, e aqui já está a se falar do processo penal brasileiro, surgiram também os princípios processuais penais, dentre eles, destacam-se como mais importantes: o princípio do juiz natural, da imparcialidade do juiz, do contraditório e ampla defesa, da presunção de inocência, da obrigatoriedade, da indisponibilidade, da congruência, do promotor natural, do defensor natural e da motivação das decisões judiciais.

Ainda dentro da perspectiva de processo penal, passa-se a falar também sobre sistemas processuais penais. Quando se fala a respeito desse tema, se fala também de instrumentalização do processo penal, ou seja, a junção de elementos que unidos criam uma forma de ser do processo, sob qual ideologia o mesmo irá se pautar. Pela doutrina se denota que três são os sistemas processuais penais, porém para fins dessa pesquisa se focou na abordagem de dois deles: Inquisitório e Acusatório. Qualquer que seja o sistema adotado, este girará em torno de um princípio unificador, ou acusatório ou inquisitivo, tal definição está intimamente ligada com a gestão das provas no processo.

O sistema Inquisitório preponderou entre os séculos XIII e XVIII na Europa, em especial na época da Santa Inquisição. Seu núcleo unificador é o inquisitivo, aquele em que o juiz acumula em suas mãos a função de acusar, defender e julgar, o mesmo é quem gere as provas. No processo regido pelo sistema inquisitório o juiz é parcial, logo não há respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, e ainda, têm-se um processo regido pelo sigilo. Logo se vê que nesse sistema, o réu é um mero objeto do processo e não agente de direitos e garantias.

Já o sistema acusatório, surgiu na Inglaterra governada por Henrique II no século XII, possui características ligadas ao seu princípio unificador acusatório, no qual se observa nítida separação das funções de acusar, defender e julgar. O sistema acusatório consubstancia um processo penal onde o juiz deve ser

totalmente imparcial, sendo que o mesmo nunca deve gerir as provas, muito pelo contrário, deve formar sua decisão através das provas que lhe são apresentadas, por defesa e acusação. A acusação deve ser atribuída a um órgão diferente do julgador, o Ministério Público.

Detém-se, através dos ensinamentos de Aury Lopes Jr., que o código processual penal brasileiro é inquisitivo, pois, diversos dispositivos do mesmo dão ao juiz a possibilidade de gerir as provas, e ainda, se portar como acusador.

No entanto, observa-se que a Constituição Federal adota como sistema processual penal o acusatório, pois, atribui ao Ministério Público a titularidade para o exercício da ação penal pública, exalta o Princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, garante o duplo grau de jurisdição, e garante tantos outros direitos e garantias compatíveis com a órbita acusatória. Sendo assim, deve-se extinguir do ordenamento jurídico todas as normas contrárias ao que está garantido na Magna Carta.

É, portanto, nesse contexto, que se passa a falar sobre a *mutatio libelli*, prevista no Art. 384 do Código de Processo Penal, com nova redação dada pela Lei 8.719 de 2008, tal dispositivo assegura o respeito ao princípio da congruência, contraditório e ampla defesa ao permitir o aditamento da denúncia pelo Ministério Público nos casos de crime de ação penal pública, acaso este verifique uma nova definição jurídica do fato, em consequência de novas informações ou provas colhidas nos autos.

Após a alteração do Art. 384 do CPP, nota-se que quando do aditamento da denúncia há uma nova chance ao acusado de se defender, agora, do novo tipo legal, com nova fase instrutória, ou seja, se preserva o Contraditório e a Ampla Defesa. Além disso, anterior à nova lei, o juiz era quem provocava o aditamento, já com a mudança, a *mutatio libelli*, prevista no *caput* do artigo, ocorre somente por provocação do Ministério

Público.

Porém, no §1º do Art. 384 do CPP, se prevê uma possibilidade de provocação da *mutatio libelli* pelo juiz. Tal parágrafo admite que, diante da inércia do órgão ministerial quanto ao aditamento da peça acusatória, o juiz poderá se valer por analogia, do art. 28 do CPP, sendo assim, este poderá enviar os autos para o Procurador-Geral para que este então proceda ao aditamento da denúncia.

Tendo em vista do que se trata o sistema acusatório, sistema processual adotado pela Constituição Federal Brasileira, e visto do que se trata a *mutatio libelli*, prevista no art. 384 do CPP, é possível fazer uma análise da compatibilidade entre ambos os institutos, para que se abstraia o resultado disso e obviamente, também se note quais as consequências jurídicas geradas.

Observa-se que o sistema acusatório preserva a separação nítida das funções de acusar julgar e defender, também exalta o respeito principalmente, pelos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, e ainda, enaltece características como a possibilidade ao duplo grau de jurisdição, paridade de armas entre as partes, entre outros, pode então se compreender que todas as normas processuais penais que desrespeitam algum desses preceitos são contrárias a tal sistema.

Logo, atentando para a *mutatio libelli* prevista no caput do artigo 384 do CPP abstrai-se que a mesma guarda consonância com a órbita constitucional acusatória, pois não há confusão entre as funções, sendo somente o Ministério Público a parte que pode provocar o aditamento da denúncia, além de que, após o aditamento o princípio do devido processo legal é resguardado.

Entretanto, quando a *mutatio libelli* ocorre de acordo com o previsto no §1º do art. 384 do CPP, nota-se que não há o respeito ao sistema acusatório adotado pela Constituição

Federal, pois há nítida imparcialidade do julgador no momento em que este deixa clara a sua convicção ao provocar o aditamento da denúncia.

A Constituição, ainda que não expressamente, adota o sistema acusatório, como já dito. Pelo texto supremo a titularidade da ação penal pública é exclusiva do Ministério Público, além de preservar os princípios compatíveis com a órbita acusatória como, por exemplo, o princípio do contraditório e o da ampla defesa.

Logo, não pode o julgador interferir na esfera da acusação, pois, ao fazer isso, desrespeita o princípio unificador acusatório, pedra angular do sistema processual adota no Brasil. Infelizmente, é o que ocorre quando do uso do §1 do art. 384 do CPP.

As consequências jurídicas, resultantes da análise de compatibilidade, são substancialmente duas, a primeira é a inconstitucionalidade do dito artigo, a segunda, a ofensa ao garantismo penal, teoria instituída por Luigi Ferrajoli.

Fala-se em inconstitucionalidade, pois o princípio constitucional da supremacia da constituição estabelece que a Carta Magna é a lei suprema do Estado. Logo, se o sistema acusatório é adotado pela constituição federal e o §1º do art. 384 é norma infraconstitucional, e como visto, desrespeita o contido na carta magna, não há alternativa, inclusive do ponto de vista hermenêutico, a não ser declarar tal como inconstitucional.

Outrossim, o garantismo penal, teoria que estabelece o respeito extremo ao princípio da legalidade, também é desrespeitado quando do uso do §1º do art. 384 do CPP, porquanto enaltece que todas as leis impostas e positivadas devem ser obedecidas, em especial, as garantias estabelecidas na Constituição Federal.

Conclui-se, portanto, que a *mutatio libelli* prevista no *caput* do artigo 384 é compatível com o sistema acusatório brasileiro. Entretanto, quando a *mutatio libelli* ocorre de acordo

com §1º do artigo 384 do CPP, a mesma é incompatível com o sistema processual penal acusatório vigente no Brasil.



## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 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: 26.04.2018.
- \_\_\_\_\_. *Código Penal Brasileiro*. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26.04.2018.
- \_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 26.04.2018.
- \_\_\_\_\_. *Jurisprudência*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28pacto+de+san+jose+da+costa+rica+status+supralegal%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/msk7gs6>>. Acesso em: 27.04.2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “*O papel do novo juiz no processo penal*”. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Revista de Informação



- Legislativa, Brasília, a. 46, n. 183, p.103, julho/set. 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas: provas, ritos processuais, júri, sentenças*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HAMILTON, Sergio Demoro. *Alguns Pespontos do Art. 28 do Código de Processo Penal*. Revista Eletrônica do CEAF, Porto Alegre, n. 1, vol. 1, out. 2011/jan. 2012.
- KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia política: empleo del procedimiento legal para fines políticos*. México: Uteha, 1968.
- LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V.1, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed., v. 1. Campinas: Millenium, 2003.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- PINHO, Ana Claudia Bastos de. *Para Além do Garantismo: Uma Proposta Hermenêutica de Controle de Decisão Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- PRADO, Geraldo. *Processo Penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional*

- das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.