

**A *MUTATIO LIBELI* NA REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA:  
UMA RELEITURA DO INSTITUTO À LUZ DO MODELO  
CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL**

*Fernando Laércio Alves da Silva*

Professor Assistente II do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa na área de Direito Processual Penal. Doutorando em Direito Processual pela PUCMINAS. Mestre em Direito (Políticas Públicas e Processo) pela UNIFLU. Bacharel em Direito pela UFV.

**RESUMO:** A Lei nº 11.719/2008 alterou, entre outras questões, o instituto da *mutatio libeli*, no Código de Processo Penal. Tal alteração objetivou a adequação do instituto ao modelo do Estado Democrático de Direito. Tomando por base os conceitos de contraditório, ampla defesa e imparcialidade, este estudo pretende verificar se a alteração conformou o instituto aos parâmetros da Constituição Federal de 1988. Para tanto, desenvolve-se o estudo a partir da análise evolutiva dos Modelos de Estado e de Processo Penal, passando pela releitura dos institutos do contraditório, ampla defesa e imparcialidade, finalizando com a análise da *mutatio libeli* no CPP.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Mutatio libeli*, Processo Penal, reforma do Código de Processo Penal, Modelo Constitucional de Processo.

**ABSTRACT:** The Law number 11.719/2008 changed, among other issues, the institute of *mutatio libeli* on the Brazilian Criminal Procedure Code. This amendment aimed to fit the *mutatio libeli* at the Democratic State of Law model. Based on the concepts of contradictory, due process and impartiality, this study aims to verify whether the legal amendment conformed the institute to the parameters of the Brazilian Federal Constitution. To do so, the study develops from the evolutionary analysis of the State Models and Criminal Procedure Models, passing through a new lecture of the institutes

of contradictory, due process and impartiality, and, finally, it will make an analysis of the *mutatio libeli* institute in the Brazilian Criminal Procedure Code.

**KEY WORDS:** *Mutatio libeli*, Criminal Procedure, Criminal Procedure Code reform, Constitutional Procedure Model.

## 1. Considerações introdutórias

Após décadas de vigência livre de alterações substanciais, ao longo dos últimos anos, o Código de Processo Penal (CPP) – Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – foi objeto de reformas implementadas a partir de propostas elaboradas por uma comissão de juristas especialmente constituída com o objetivo de modernizar referido ordenamento, adequando-o ao novo paradigma processual pátrio<sup>1</sup>.

Não que o CPP não tenha sofrido alterações entre o início de sua vigência e a primeira década do século XXI, mas sim que, nesse intervalo, as poucas alterações sofridas foram-lhe superficiais. Além disso, todas as propostas de reformulação integral da legislação processual desenvolvidas no período, seja por meio de anteprojetos ou mesmo de projetos de novos códigos de processo penal, restaram arquivadas ainda no Poder Legislativo.

Nesse contexto, o governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso<sup>2</sup> optou pela estratégia de alteração do CPP em fases, nomeando uma comissão de especialistas com o intuito de apresentar anteprojetos de lei a serem encaminhados ao Congresso Nacional visando a renovação dos temas mais importantes da legislação processual penal. E, a partir dos trabalhos dessa comissão, o Poder Executivo

---

<sup>1</sup> O Poder Executivo, a partir dos anteprojetos elaborados pela comissão composta pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Fernandes, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Petrônio Calmon Filho, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti, encaminhou à Câmara de Deputados oito projetos de lei destinados, em conjunto, à substancial alteração do Código de Processo Penal, quais sejam, os Projetos de Lei nº 4.203/2001, 4.204/2001, 4.205/2001, 4.206/2001, 4.207/2001, 4.208/2001, 4.209/2001 e 4.210/2001. Cinco deles já tramitaram em definitivo (PLs nº 4.203/2001, 4.205/2001, 4.207/2001, 4.208/2001 e 4.210/2001, resultando nas Leis nº 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008, 12.403/2011 e 10.258/2001, respectivamente.

<sup>2</sup> A presidência do Brasil sob o comando de Fernando Henrique Cardoso - que governou o Estado Brasileiro por dois mandatos consecutivos – perdurou de 1º de janeiro de 1995, data de sua posse para o primeiro mandato, até 1º de janeiro de 2003, data em que, findo seu segundo mandato, o cargo foi passado ao novo presidente eleito, Luiz Inácio Lula da Silva.

encaminhou 08 projetos de lei ao Congresso Nacional, resultando, no presente momento, na reforma parcial do CPP.

Dentre as questões reformadas, uma que merece especial atenção – sendo esse o objeto do presente ensaio – é o instituto da *mutatio libelli*, prevista no art. 384 do CPP, o qual teve sua redação completamente alterada pela Lei nº 11.719/2008. O que se pretende é verificar se a alteração legal implementada se mostrou suficiente para a adequação do instituto ao modelo de sistema processual penal ao qual se filia o Estado Brasileiro.

Antes, porém, de se passar à análise do instituto, uma questão prévia deve ser enfrentada, qual seja, a correta identificação do sistema processual penal perfilado pelo Brasil. Isso porque nenhum instituto processual, tal como qualquer outro instituto jurídico, pode ser devidamente analisado em sua legalidade e adequação, tanto hermenêutica como dogmática, se não estiver devidamente esclarecido o paradigma a ser empregado para essa análise. Caso contrário, a discussão não ultrapassaria o campo das opiniões e dos achismos, sem a capacidade de alcançar eficientes resultados concretos.

## **2. Da tradicional classificação dos sistemas processuais à inovação paradigmática proposta por Mirjan Damaška**

### ***2.1. Sobre a dificuldade em se trabalhar efetivamente a classificação dos sistemas processuais em acusatório e inquisitório***

Tradicionalmente, os ordenamentos processuais têm sido classificados a partir de dois modelos absolutamente opostos entre si, quais sejam, o modelo acusatório e o modelo inquisitório. Essa classificação leva em conta a verificação das características mais marcantes de um ou outro modelo, em especial no que diz respeito à oficialidade ou não no controle do processo e da gestão da prova, a segregação das atividades de acusação e julgamento, o papel destinado à parte ré do processo, o grau de burocratização dos procedimentos etc.

Quando miramos nosso olhar nas estruturas procedimentais do passado, como a Roma antiga e a Europa dos séculos XII a XVIII, a adoção dessa classificação dos

ordenamentos em acusatório ou inquisitório não demandava maiores esforços. Aliás, situação curiosa pode ser percebida na Inglaterra do século XII, onde se verificava a coexistência dos dois sistemas<sup>3</sup>.

Entretanto, quando se toma em mãos os ordenamentos contemporâneos, a distinção não se mostra tão fácil, mesmo porque se desconhece ordenamento que se conserve puro, seja acusatório ou mesmo inquisitório. Nesse contexto, tornou-se rotineira a adoção de uma terceira categoria de ordenamentos, a de sistema mistos, ao qual se filiariam aqueles que conservam características elementares de um dos sistemas originários – em geral, o acusatório –, mas que, apesar disso, agregam também elementos do outro sistema – o inquisitório<sup>4</sup>.

Essa seria, de fato, a solução do problema classificatório não fosse o fato de, no final das contas, não se traduzir em classificação alguma. Ora, se atualmente não se verifica a existência de ordenamento que observe a forma pura de qualquer dos sistemas originais, a conclusão lógica é a de que todos os ordenamentos são mistos. Diante disso, considerando-os todos como semelhantes, onde estaria a classificação? Mais ainda: como verificar o grau de acerto de um determinado ordenamento se o paradigma a nortear tal análise não está bem definido?

Não bastasse isso, outros problemas podem ser apontados, como o fato de que, no direito ianque, tido tradicionalmente como exemplo concreto do sistema acusatório em sua forma mais pura, tal classificação é questionada, a ponto de se afirmar, diversas vezes, que o ordenamento norte-americano é de natureza adversarial<sup>5</sup>, que, por sua vez, não pode ser confundida com o histórico modelo acusatório.

Além disso, diversos autores, dentre eles Aury Lopes Jr., apontam a impossibilidade de se classificar ordenamentos processuais como de natureza mista, entendendo os mesmos ser mais correto o tratamento de tais regramentos como

---

<sup>3</sup> AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 49-72.

<sup>4</sup> “É lugar comum na doutrina processual penal a classificação de ‘sistema misto’, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter misto” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128).

<sup>5</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal Norte-Americano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

neoinquisitoriais ou pós-inquisitoriais<sup>6</sup>. Isso porque, como as contradições existentes entre os sistemas acusatório e inquisitório são tão gritantes, jamais seria possível a compatibilização perfeita entre eles de modo a configurar-se um modelo misto. Desta feita, o que restaria seria o sistema inquisitorial, porém maquiado em determinado ponto de acusatório.

Infelizmente, não há espaço neste ensaio para uma análise mais aprofundada desses problemas, eis que demandariam um estudo específico. Entretanto, espera-se que as poucas linhas utilizadas para apresentação da questão sejam suficientes para que o leitor perceba o quão complexa é a discussão, por vezes tão pouco explorada pela doutrina processual penal, em especial a brasileira.

## ***2.2. A falta de consenso quanto à correta classificação do ordenamento processual brasileiro e a crise de legitimidade dela decorrente***

Para o leitor mais desavisado, o debate empreendido, ainda apenas superficialmente, no tópico anterior, pode parecer pouco relevante na prática. Em verdade, porém, se trata de um dos maiores entraves ao desenvolvimento e modernização do ordenamento jurídico, especialmente o brasileiro.

Isso porque, em primeiro lugar, a doutrina nacional passa ao largo dessa problemática, restringindo-se a tentar classificar o ordenamento pátrio de acordo com a tríade acusatório, inquisitório ou misto. E, exatamente porque o tema não é enfrentado com o fôlego que se exige, mesmo a classificação nos termos da divisão tradicional não é feita de maneira pacífica, divergindo os autores quanto à natureza do processo penal brasileiro.

A título exemplificativo, podemos mencionar os entendimentos de Fernando da Costa Tourinho Filho, para quem o ordenamento brasileiro se filiaria ao sistema acusatório misto ou com laivos de inquisitivo<sup>7</sup>; Antônio Alberto Machado, defensor do entendimento de que o ordenamento pátrio se enquadraria no modelo acusatório puro<sup>8</sup>; e

---

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 124.

<sup>8</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 04.

do já citado Aury Lopes Jr.<sup>9</sup>, para quem nosso sistema integraria o modelo neoinquisitório.

Percebe-se, então, a total dissonância de conclusões em algumas das obras mais utilizadas tanto pelos iniciantes no estudo do direito processual penal, como pelos atores das lides jurisdicionais – acusadores, defensores e julgadores – quanto à identidade do processo penal brasileiro. Essa crise de identidade processual ultrapassa as fronteiras da academia, refletindo-se nos momentos de criação e implementação das normas processuais. Afinal, não se sabendo ao certo qual a natureza do processo penal, qual paradigma poderia ser utilizado para a tão falada adequação das normas existentes? Ademais, a simples classificação do processo em acusatório, acusatório misto ou inquisitório (ou neoinquisitório), não se mostra, a nosso ver, suficiente para a verificação da validade da norma posta, mas tão-somente para identificação de suas características principais.

Diante desse quadro, o primeiro passo no caminho da reforma do ordenamento e do sistema processual deve ser o de identificação não apenas do sistema posto entre os modelos citados, mas, acima disso, da matriz norteadora do sistema processual. Somente a partir disso é que se pode realizar qualquer juízo valorativo tanto sobre as normas vigentes como sobre as propostas de alteração em tramitação perante o Poder Legislativo.

### ***2.3. A proposta de Mirjan Damaška por uma indexação dos modelos de justiça à estrutura de poder estatal***

Afastando-se da metodologia tradicional de classificação dos sistemas processuais, Mirjan Damaška, ex-Decano da Faculdade de Direito da Universidade de Zagreb e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Yale (EUA), em sua obra *As Faces da Justiça e o Poder do Estado* (publicado originalmente em inglês, lido por meio da tradução espanhola)<sup>10</sup>, apresenta uma nova proposta para o estudo dos sistemas processuais.

Nas palavras do próprio Mirjan Damaška, tendo por marco teórico os estudos de Max Weber, sua tese parte da análise cuidadosa das relações entre política e justiça, “*de*

---

<sup>9</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

<sup>10</sup> DAMAŠKA, Mirjan. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

*alli que se utilizarán factores de la esfera política para buscar un esquema capaz de hacer más inteligibles las notables variaciones de las formas modernas de justicia”<sup>11</sup>.*

A proposta em tela se mostra especialmente cativante. Não que, ao final de sua obra, o autor apresente grandes inovações quanto aos elementos mais importantes para distinção dos sistemas processuais em relação ao que já se desenvolveu a partir da dicotomia acusatoriedade – inquisitoriedade. Em nossa opinião, sua maior contribuição se dá pela apresentação de um novo olhar sobre o processo, não mais como algo segregado do mundo social e absolutamente autônomo, mas sim inteiramente imerso na realidade política de uma sociedade e de um Estado:

Buena parte de la discusión entre política y justicia se articula en torno a dos temas que nos llaman atención. El primero se refiere a la estructura del Estado y más específicamente al carácter de poder judicial; el segundo enfoca la función legítima del Estado y más específicamente los puntos de vista sobre el propósito que debe perseguir la administración da justicia<sup>12</sup>.

Com isso, e reconhecida a inexistência na contemporaneidade de um sistema processual puro, a tarefa de investigar tanto as características de um dado ordenamento como a melhor forma de sua configuração se estabelece a partir do desenho político do Estado, bem como dos compromissos sociais por ele assumidos.

Nesse sentido, Mirjan Damaška elege dois modelos ideais puros de Estado. O primeiro deles configurado sob o espírito *laissez faire*, chamado de Estado Reativo, tem como função unicamente a manutenção do equilíbrio social e se limita a proporcionar o ambiente para que os próprios particulares conduzam a sociedade e alcancem a solução de seus problemas e conflitos. O outro modelo ideal, diametralmente oposto ao primeiro, é o de um Estado que assume o papel de gestor da sociedade e da vida dos próprios indivíduos. Mais que interventor, esse segundo modelo é efetivamente implementador de políticas, daí ser chamado por Mirjan Damaška de Estado Ativo<sup>13</sup>.

Ao primeiro modelo de Estado, reativo ou de resolução de conflitos, adéqua-se perfeitamente uma estrutura paritária de justiça, na qual, dentre outras coisas, não se

---

<sup>11</sup> DAMAŠKA, Mirjan. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 22.

<sup>12</sup> DAMAŠKA, Mirjan. op. cit., p. 23.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 25.

verifica nem o monopólio estatal na administração da justiça e nem a superioridade do julgador em relação às partes na condução do processo, na gestão da prova e nem no controle do objeto da lide. Ao segundo modelo de Estado, por sua vez, atende de maneira plena a estrutura hierarquizada de justiça, na qual imperam o monopólio estatal, a superioridade do julgador, sempre voltado à busca da verdade, a oficialidade da tarefa investigativa e o tratamento do processo como uma efetiva questão de Estado.

Apresentados esses modelos hipotéticos absolutos, deve-se, entretanto, reconhecer que, na contemporaneidade, raramente se verificará concretamente a configuração plena de algum deles. Em verdade, o mais provável, e frequentemente encontrado, é que em um Estado de tendência reativa, se encontre uma estrutura processual que conceda primazia à autonomia das partes. Ainda assim, mesmo nesses Estados, ainda que de forma tímida, um pouco de dirigismo poderá ser encontrado.

Lado outro, embora um Estado ativo seja à primeira vista identificado com processo hierarquizado, em maior ou menor extensão pode ser encontrada a flexibilização desse dirigismo e a ampliação do poder das partes.

Essas verificações concretas levaram Mirjan Damaška a reconhecer que, além dos modelos ideais, é possível encontrarmos modelos concretos a meio caminho dos hipotéticos. Desta feita, da interrelação entre esses dois modelos ideais originários, surgem outros dois, de modo que, em verdade, poderíamos falar em quatro modelos para a aferição da relação entre modelos de Estado e modelos de processo: Estado reativo com organização paritária de poder, Estado reativo com organização hierarquizada de poder, Estado ativo com organização hierarquizada de poder e Estado ativo com organização paritária de poder:

No se puede negar que en ausencia de un aparato estatal mínimamente capaz, algunas empresas de gobierno permanecerán como ilusiones, o no se contemplarán em absoluto. Pero sin llegar a esos extremos, no parece necesario que una concepción particular de la misión del Estado tenga que ir acompañada de una estructura particular de implementación. Un Estado fuertemente dirigista puede estar gobernado por dirigentes descentralizados – situación que se produce por ejemplo, en Irán, donde gobiernan los religiosos chiítas – y un Estado con una inclinación al *laissez-faire* puede tener un gobierno centralizado y burocrático, situación que recuerda la de muchos Estados continentales durante

el siglo diecinueve. Desde luego se puede alegar que la realización de ciertos objetivos del Estado está mejor servida por organizaciones de poder particulares, o que ciertos tipos de organización gubernamental impiden la realización fluida de objetivos particulares. Un Estado con muchos centros de poder independientes y un fuerte deseo de transformar la sociedad puede compararse con un hombre con apetitos ardientes y un instrumento pobre para satisfacerlos. Pero, este argumento no niega la realidad de estas combinaciones; sólo implica la observación de que ciertas combinaciones son armoniosas en tanto que otras crean disonancias y tensiones diversas. De modo similar las formas de justicia de implementación de políticas y resolución de conflictos pueden combinarse con formas adaptadas a diversas estructuras de poder, pero en tanto que algunas combinaciones encajan mal y crean tensiones, se ha visto que otras son funcionales de procedimiento y autoridad bien ajustadas<sup>14</sup>.

Todas essas considerações nos permitem concluir, primeiramente, que, ao menos na contemporaneidade, não existem modelos puros de Estado (ativo ou reativo) e, conseqüentemente, de sistemas processuais (hierárquico ou paritário). Assim, em segundo plano, podemos concluir que, para bem compreendermos a estrutura de um determinado ordenamento processual, devemos indagar quão ativo ou quão reativo é o Estado e, conforme a resposta, quão hierárquico ou quão paritário deve ser o ordenamento processual.

Lembremos, nesse contexto, que mesmo os Estados Unidos, tido externamente como exemplo de Estado liberal e de sistema paritário de justiça, guarda em seu ordenamento certa parcela de controle estatal sobre o processo, que, inclusive, vem se expandido nas últimas duas décadas em razão do atentado de 11 de setembro de 2001<sup>15</sup>.

### **3. O modelo de Estado e de administração da justiça na matriz brasileira**

Quando se fala em modelo de Estado, em verdade o que se tem em mente é a conformação da sua matriz política. Desta feita, quando a premissa de nossa análise é o

---

<sup>14</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 29.

<sup>15</sup> THAMAN, Stephen C. Aspectos adversariales, acusatórios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 176.

modelo de Estado e de administração da justiça na matriz brasileira, o primeiro passo para o sucesso da empreitada é exatamente o de identificar esse modelo. E, em tempos de constitucionalismo, outra não pode ser a forma para se estabelecer essa identificação que não no texto constitucional.

E, quando se fala em matriz constitucional brasileira, se deve também ter em mente a matriz estabelecida no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88. Não obstante isso, necessário se faz lembrar que boa parte dos textos legislativos – e tidos por plenamente válidos – guardam vinculação com uma matriz anterior. Esse é exatamente o caso do ordenamento processual brasileiro, já que o Código de Processo Penal, elaborado em 1941 e em vigor desde 1942 foi elaborado à luz dos paradigmas da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

Em 1937, a matriz constitucional brasileira era a de um típico Estado Social, conduzido por um regime de exceção, como bem se verifica ao longo da exposição de motivos da Constituição de 37, de autoria de Francisco Brochado da Rocha:

A democracia sobre que assenta o novo regime político nacional não se confunde com a daquele momento histórico definido de reação ao ideal do século XVI e em que só se poderia afirmar o indivíduo pela negação do Estado. Na realidade contemporânea, o Estado já se não pode encerrar no círculo estrito das funções que lhes prescreveu a filosofia do século XVIII. Ao invés, de garantias negativas dos direitos dos indivíduos, dele se exige uma ação positiva em favor da coletividade. O Estado já não pode ser mais um ausente no curso da vida social; ele não pode mais restringir-se a votar e executar as leis; ele é impelido a produzir uma atividade racional e erigir-se em fator de solidariedade na luta social de interesses opostos dos indivíduos e dos agrupamentos. A antítese é clara: o Estado democrático do século XIX, nascido da Revolução Francesa, restringe-se a um papel passivo de assegurar a legalidade, no quadro definido das fórmulas jurídicas; o Estado democrático atual, que surge das realidades concretas do mundo contemporâneo, possui um papel o ativo no turbilhão dos problemas sociais (...) Porque é um Estado ativo, é um Estado forte, um estado dotado dos meios positivos de ação capazes de assegurar o justo equilíbrio da vida coletiva<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição de 1937**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1987, p. 03.

Dúvida não resta de que o Estado Brasileiro, sob a égide da Constituição de 1937, pautava-se pelo modelo de Estado ativo cuja atuação se marcava pela estrutura hierárquica de poder. Nesse contexto, obviamente o ordenamento processual penal – assim como a própria administração da justiça penal – não poder estar estabelecido em sentido diverso. Aliás, sobre isso o texto da exposição de motivos da redação original do CPP também não deixava dúvidas:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum<sup>17</sup>.

A partir desses paradigmas, o processo penal construído, como não poderia deixar de ser, primava pelo tratamento do crime e do criminoso como questões máximas de Estado, legitimando o ativismo policial e judiciário quase absolutamente e tratando os direitos do acusado como meras regalias ou vantagens. Exemplos desse tratamento podem ser encontrados em diversos artigos do Código de Processo Penal original – e muitos ainda no texto legal atualmente em vigor –, como a estrutura burocrática e oficial do inquérito policial, com impossibilidade do acusado influenciar em seu curso, a preocupação com a forma escrita no processo, a limitada participação das partes no momento de produção das decisões judiciais, geralmente dadas em gabinete e não na própria audiência de instrução e julgamento etc. Citando Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Ao Poder Judiciário cabe, no exercício da função jurisdicional, aplicar o direito material vigente aos casos concretos submetidos à sua apreciação, de modo

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Códigos 3 em 1 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 341.

construtivo, buscando o sentido teleológico de um imenso ordenamento jurídico. Não se prendendo á literalidade da lei e à de uma enormidade de regulamentos administrativos ou a uma possível intenção do legislador, deve enfrentar os desafios de um Direito lacunoso, cheio de antinomias. E será exercida tal função através de procedimentais que muitas vezes fogem ao ordinário, nos quais deve ser levada mais em conta a eficácia da prestação ou tutela do que propriamente a certeza jurídico-processual-formal: no Estado Social, cabe ao juiz, enfim, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, “a Justiça no caso concreto”<sup>18</sup>.

Esses paradigmas não se coadunam com a matriz política estabelecida pela vigente Constituição Federal de 1988. É bem verdade que, a partir da análise dicotômica Estado reativo *versus* Estado ativo, o Brasil ainda pode ser enquadrado na segunda categoria, guiando-se pela implementação de políticas. Qualquer dúvida a esse respeito rapidamente resta dissipada pela leitura do texto do art. 3º do texto constitucional<sup>19</sup>.

Entretanto, há que se reconhecer que, mesmo entre os Estados ativos, verificam-se níveis diferenciados de compromisso com a tarefa de implementar políticas. Não se deve, por exemplo, confundir Estados de Bem-Estar Social com Estados Sociais. Nessa toada, embora o Estado brasileiro de hoje, tal como o Estado brasileiro sob a égide da Constituição de 37 possa ser enquadrado no grupo dos Estados ativos, seu formato é bem distinto, aproximando-se em vários aspectos do modelo reativo de Estado.

Sua correta classificação, portanto, ainda que no rol dos Estados ativos, é a de um Estado Democrático de Direito, “*uma alternativa de superação tanto do Estado de Bem-Estar quanto do Estado de socialismo real*”<sup>20</sup>.

Dessa conformação da matriz constitucional brasileira como um Estado Democrático de Direito, irradia-se a necessidade de que todos os compromissos

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 61.

<sup>19</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 62.

políticos do Estado sejam vencidos de forma participativa, consensual ou, em outras palavras, a partir do direto envolvimento dos principais interessados – sociedade, cidadãos e partes – e com uma atuação cada vez mais horizontalizada.

[...] a Constituição brasileira de 1988 pretende possibilitar a superação das desigualdades sociais e regionais, através do progressivo aprofundamento da democracia participativa, social, econômica e cultural, no sentido de se realizar um ideal de justiça social processual e consensualmente construído, só possível com o fortalecimento da esfera pública política, de uma opinião pública livre e de uma sociedade civil organizada e atuante<sup>21</sup>.

No campo do sistema processual, em nossa visão, essa conformação se encaixa com perfeição no modelo de Estado ativo com organização paritária de poder a que faz menção Mirjan Damaška.

#### **4. O contraditório à luz do Direito Constitucional Processual: elemento necessário à conformação do ordenamento processual penal à matriz definida pela Constituição Federal de 1988**

Como mencionado linhas acima, a Constituição Federal de 1988, em nossa visão, estabelece para o Brasil o modelo de Estado ativo com organização paritária. Para que se alcance a conformação do ordenamento processual, em especial o processual penal, a essa conformação, imprescindível se mostra a releitura de todos os institutos vigentes à luz do texto constitucional.

Esse é, também, o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

[...] o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas ao nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informaram. O importante é *ler* as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É verificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 63

interpretação da norma com sua letra, mas também como seu espírito. [...] Por isso, a cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensinava Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade<sup>22</sup>.

Isso, na prática, implica em três caminhos que devem ser escolhidos de acordo com o caso concreto: afirmação da validade da norma legal e da *praxis* forense sempre esteja conforme com o texto constitucional, reinterpretação da norma legal e da *praxis* forense de acordo com a ordem constitucional e, por fim, reformulação da norma legal e da *praxis* forense quando impossível sua conformação à matriz. Para tanto, a metodologia será sempre a mesma: buscar o espelhamento do sistema processual penal aos princípios elementares do Direito Constitucional Processual, como o devido processo legal, acesso à justiça, contraditório, ampla defesa, publicidade, fundamentação das decisões etc<sup>23</sup>.

E, de todos os princípios elementares do Direito Constitucional Processual, talvez um dos mais importantes, ao menos para a análise do instituto objeto do presente ensaio – a *mutatio libelli* – seja o do contraditório, elencado expressamente no art. 5º, LV da CF/88, ao lado do princípio da ampla defesa.

Durante muito tempo, esse importante instituto foi minimizado em seu conteúdo, dando-se-lhe a doutrina o pobre significado de direito de ter conhecimento da acusação e de ser ouvido pelo órgão julgador antes da formação de sua decisão<sup>24</sup>. À luz dessa conceituação, jamais se conseguiu romper com a herança inquisitorial e nada democrática no processo penal brasileiro. Afinal, por si só, o direito de ser ouvido não traz grandes resultados a ninguém, menos ainda ao acusado.

Diante desse problema, pensadores mais atualizados têm buscado a releitura do antigo instituto da *audiatur et altera pars*, conformando-o à própria exigência do Direito Constitucional Democrático. Aliás, alguns chegam, inclusive, a propor a revisão

---

<sup>22</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 14.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 121.

<sup>24</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

do próprio termo, não mais falando em contraditório apenas, mas em contraditório participativo. Segundo Leonardo Greco, o contraditório participativo:

[...] não se limita a assegurar a marcha dialética do processo e a igualdade formal entre as partes, mas que instaura um autêntico e fecundo diálogo humano entre as partes e o juiz, indispensável para que esse conjunto de prerrogativas possibilite às partes influir eficazmente nas decisões judiciais, através da intervenção no curso de toda a atividade de aquisição do conhecimento fático e jurídico de que se originam e da sua repercussão no entendimento do julgador<sup>25</sup>.

Nesse mesmo sentido, Flaviane de Magalhães Barros, entende que:

[...] a noção de contraditório pretendida pela referida teoria do processo consolida a proposta de garantia de participação em simétrica paridade dos afetados pelo provimento, no sentido de uma garantia de construção participada da decisão, que estarão compreendidos no processo tanto como autores, quanto como destinatários da norma jurídica<sup>26</sup>.

A partir dessa releitura do princípio do contraditório reconhece-se não apenas o direito, mas a própria necessidade das partes intervirem ativamente em todas as fases do processo, de modo que a decisão final a ser proferida pelo Estado-juiz não represente nenhuma surpresa. Longe disso, tendo sido construída a partir da interação real e efetiva entre as partes e entre elas e o juiz, a sentença, absolutória ou condenatória – e, neste último caso, a própria fixação da pena – não ultrapassará os limites do que fora ponderado e ao longo da instrução.

Como a redação original do CPP não se pautava por esse paradigma – ao contrário disso, tratava os direitos do acusado como meras benesses e regalias concedidas graciosamente pelo Estado – qualquer tentativa de se promover apenas a releitura do ordenamento processual à luz do texto constitucional de 1988 restaria, como fato restou, inviável.

---

<sup>25</sup> GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VII, n. 09, dez. 2006. Campos dos Goytacazes: FDC, p. 122.

<sup>26</sup> BARROS, Flaviane Magalhães de. **(Re)Forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 13.

Diante disso, outro caminho não restou que não o de se buscar uma substancial reforma da lei processual penal, atividade essa enfrentada com mais afinco a partir de 2001<sup>27</sup>. Para tanto, todos os projetos de lei encaminhados ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo a partir dos estudos técnicos e anteprojetos elaborados pela comissão de juristas tinham por norte a adaptação do Código de Processo Penal aos ditames da CF/88 e às necessidades da sociedade do século XXI.

E a leitura dos textos originais dos projetos de lei, em nossa opinião, deixam claro que uma das maiores preocupações ao longo do desempenho da tarefa de elaboração dos anteprojetos – transformados posteriormente em projetos de lei – foi a de introduzir efetivamente o contraditório no processo penal brasileiro, reduzindo, por consequência, boa parte dos poderes do juiz, sinais de um sistema hierárquico e inquisitorial.

No que diz respeito especificamente aos projetos de lei já aprovados e sancionados, transformados nas Leis nº 10.258/2001, 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008 e 12.403/2011, percebe-se que, em diversos aspectos, os objetivos originais foram alcançados – ao menos na letra da lei. Infelizmente, porém, como o processo de reforma ainda não se concluiu, restando ainda pendentes de apreciação os Projetos de Lei nº 4.204/2001, 4.206/2001 e 4.209/2001, o texto atualmente vigente do CPP conserva forte tendência inquisitória. Além disso, como a transformação do sistema não se limita à alteração legislativa, requerendo concomitantemente a isso a mudança comportamental do Estado e das partes, tanto na condução do processo como na reestruturação dos órgãos jurisdicionais, resultados concretos da reforma legislativa ainda não são tão perceptíveis.

Não bastasse isso, quando se tem a curiosidade de analisar comparativamente o texto originalmente elaborado pela comissão de juristas e apresentado ao Congresso Nacional e o texto das leis aprovadas e sancionadas, rapidamente se percebe que os projetos de lei não foram aprovados em sua íntegra. Entre eles, especial atenção merece ser dada ao texto do art. 384 do CPP, cuja redação original foi alterada pela Lei nº 11.719/2008.

## **5. A *mutatio libelli* na reforma do CPP**

---

<sup>27</sup> Os detalhes dessa tarefa já foram objeto de comentário à nota nº 01.

### **5.1. Sobre a adequação da *mutatio libelli* à matriz constitucional brasileira**

O art. 384 do CPP, em sua redação original dispunha:

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, a fim 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.

Após a reforma operada pela Lei nº 11.719/2008, referido artigo de lei restou substancialmente alterado, passando a contar com o seguinte texto:

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 instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

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

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

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

§ 4º 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.

Em ambas as redações do art. 384 do CPP, o que está em discussão é a possibilidade de se alterar o conteúdo da acusação – e, conseqüentemente, o tipo penal no qual se enquadra o delito supostamente praticado pelo acusado – caso, ao final da instrução, se perceba que as provas indicam a aparente existência de uma infração penal que, contudo, não se coaduna com aquela narrada no texto da denúncia.

Como bem esclarecem Ilana e Rogério Abreu, “antes do advento da Lei nº 11719/2008, a *mutatio libelli* poderia ou não depender do aditamento da denúncia ou da queixa (...), com a reforma passou a depender do aditamento”<sup>28</sup>. Isso porque, pela redação original do Código, o juiz podia, de ofício, alterar a definição jurídica do crime de modo a adequá-lo ao que restou apurado na instrução e, sem o consentimento ou mesmo o conhecimento do titular da ação penal, remeter o processo ao acusado para defesa. Essa medida somente não poderia ser adotada caso a nova definição implicasse em agravamento da pena, caso em que o juiz, convencido da necessidade de alteração da acusação, devia encaminhar o processo ao Ministério Público para tal providência e, somente depois disso, ao acusado para nova defesa.

Desde a mudança do paradigma constitucional do processo penal, em 1988, a regra do original art. 384 do CPP sempre foi vista como ofensiva aos princípios constitucionais do processo, em especial o do contraditório. Afinal, se um processo em contraditório se marca pela participação ativa das partes na formação do convencimento do juiz e da impossibilidade do juiz decidir-se senão pelo que foi provocado pelas partes, como seria possível aceitar-se a presença no ordenamento de uma regra que autoriza o magistrado a alterar de ofício o objeto da lide – assim considerado não apenas a definição típica, mas a própria conduta imputada ao acusado – ou, ainda que não a altere de ofício, a tomar a iniciativa de requerer ao órgão acusador que proceda essa alteração?

---

<sup>28</sup> ABREU, Ilana Flávia Barbosa Vilar de; ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Notas sobre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* após a reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008. In: **Revista dos Tribunais**, ano 99, n. 893, mar. 2010. São Paulo: RT, p. 425-435

Qualquer que fosse o caso, o juiz restava por ocupar, definitiva ou temporariamente, o assento da acusação, o que seguramente impede a realização do debate processual em contraditório.

O novo texto do art. 384 do CPP, *a priori*, corrigiria essa impropriedade jurídica. Isso porque, em seu *caput* não mais dá poderes ao magistrado para reformar a acusação, mas devolve esse poder a quem de direito, a parte que acusa – mais especificamente, o Ministério Público, nas ações penais públicas e privadas subsidiárias, já que a *mutatio libelli* não é permitida nas ações penais privadas originárias.

Cabe lembrar que, caso o Estado Brasileiro estivesse organizado nos moldes de um Estado reativo, em nosso entendimento, o instituto da *mutatio libelli* não encontraria sustentação, tanto em sua forma originalmente prevista no CPP como na versão reformada pela Lei nº 11719/2008.

Isso porque a fundamentação jurídica para a possibilidade de modificação dos termos da acusação, que nada mais é que a alteração da causa de pedir e do pedido na ação penal, passa exatamente pela necessidade de atenção ao preceito da busca da verdade. Como no modelo reativo de Estado, esse preceito não encontra lugar, o fato das provas produzidas no processo indicarem uma imperfeição da acusação original não poderia gerar qualquer efeito negativo para o acusado, levando, quando muito, à improcedência do pedido. Afinal, o juiz, nesse modelo de Estado, não pode julgar *extra* ou *ultra petita* e a demanda já se estabilizou no momento da propositura da ação penal.

Como, porém, nosso modelo é o de um Estado ativo, a busca da verdade está presente em todos os ramos do Direito Processual, inclusive o penal. É bem verdade que, como nosso modelo de Estado ativo é relativizado pela organização paritária – Estado Democrático de Direito – a busca da verdade não é mais o ponto final do processo, estando limitada, entre outros, pelo princípio do contraditório<sup>29</sup> (participativo), mas, ainda assim, ela persiste.

Por conta disso, a pura adoção da regra da estabilização da demanda seja no momento da propositura da ação, seja no da citação do acusado, aplicável, inclusive, no Direito Processual Civil<sup>30</sup>, não se mostra viável no processo penal. Consequentemente, a manutenção da regra da possibilidade de reforma da acusação após a instrução

---

<sup>29</sup> PINTO, Felipe Martins. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

<sup>30</sup> Dispõe o art. 294 do CPC que “antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa”.

processual a fim de se atender à orientação das provas se mostra necessária, tanto para garantir, de um lado, o atendimento à busca da verdade, como, de outro, o princípio da não surpresa. Nesse contexto, a transferência do poder de aditar a denúncia do juiz para o Ministério Público, se adequa perfeitamente aos ditames constitucionais<sup>31</sup>.

### **5.3. Os problemas na redação do caput e § 1º do art. 384 do CPP**

Tivesse o Poder Legislativo aprovado o PL nº 4.207/2001 tal como apresentado pelo Poder Executivo – e elaborado pela Comissão de juristas – nossas considerações se encerrariam neste exato momento. Entretanto, como assim não se deu, o art. 384 do CPP, em sua redação atual, ainda merece novas análises.

A redação originalmente proposta no PL nº 4.207/2001 para a reforma do art. 384 do CPP assim estava disposta:

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 poderá aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação penal pública, reduzindo a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 2º Aplicam-se ao previsto no caput deste artigo as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 383.

§ 3º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de três dias.

§ 4º Não recebido o aditamento, a audiência prosseguirá<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A emendatio libelli* e a *mutatio libelli* na reforma do Código de Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, ano 98, v. 881, mar. 2009. São Paulo: RT, p. 431.

<sup>32</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoes/Web/fichadetramitacao?idProposicao=26557>> . Acesso em 13. jun. 2013.

Quando comparamos o texto originalmente proposto – apresentado acima – com aquele que restou aprovado e sancionado – apresentado no tópico anterior –, facilmente percebemos algumas alterações, as quais demonstram que o Congresso Nacional ao votar o projeto de lei e, posteriormente, a Presidência da República, ao sancioná-lo, não concordaram com a proposição original.

Talvez a mais substancial dessas alterações – e que interessa ao presente estudo – pode ser encontrada já no *caput* do artigo. O projeto de lei dava ao Ministério Público o *poder* de aditar a denúncia ou queixa; durante a tramitação na Câmara dos Deputados, propôs-se emenda ao PL que, aprovada, alterou o verbo empregado. A partir daí, restou ao Ministério Público não mais o poder, mas sim o *dever* de aditar a peça acusatória.

E, de forma complementar a essa alteração, inseriu-se nova redação ao § 1º do artigo proposto, a partir da qual a inércia ou deliberada negativa do *Parquet* em proceder o aditamento autoriza o juiz a remeter os autos ao Procuradoria Geral – de Justiça, na Justiça Estadual, e da República, na Justiça Federal – a fim de que o Procurador Geral, nos termos do art. 28 do CPP, decida sobre a manutenção da acusação original ou o aditamento à denúncia/queixa desejado pelo magistrado.

Note-se que, após ser aprovada essa alteração na Câmara dos Deputados, e uma vez encaminhado o texto ao Senado Federal, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania dessa Casa propôs, no que foi acolhida pelo plenário, o retorno à redação original do *caput* e do § 1º do art. 384 no PL nº 4.207/2001, sob o argumento de que a alteração do texto aviada na Câmara dos Deputados violava o contraditório, a imparcialidade do juiz e a iniciativa acusatória do Ministério Público, elementos indispensáveis ao sistema acusatório/paritário de administração da justiça<sup>33</sup>.

Ao retornar à Câmara dos Deputados, porém, novamente o projeto de lei sofreu alteração, retornando, conclusivamente, o *caput* e o § 1º do art. 384 do Pl. 4.207/2001 à redação aprovada anteriormente pelo plenário dessa Casa.

---

<sup>33</sup> “Assim, o novo artigo reafirma a escolha constitucional pelo sistema acusatório. Por decorrência lógica do novo texto do art. 384, entendemos não ser possível a subsistência do § 1º, que remete ao art. 28 do mesmo diploma legal, caso o órgão do Ministério Público atuante na instrução criminal não levar a efeito o aditamento. Isso porque o art. 28 do CPP também prevê a interferência do juiz na atribuição exclusiva do Ministério Público, isto é, a iniciativa acusatória. Assim, para que a nova redação do art.384 possa subsistir, é imperiosa a supressão de seu §1º, que diminui as funções do Ministério Público, como foi pensado na Era Vargas, assumindo o juiz o papel de coadjuvante do acusador” (BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1.001, de 2007 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=81195](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81195)>. Acesso em 13 jun. 2013.

Assim, desde a sanção presidencial, o texto do art. 384 do CPP, a princípio, retirou do juiz o poder para transformar a acusação, devolvendo-o a quem, de fato, é seu legitimado. Entretanto, concedeu ao Ministério Público não o *poder* mas a *obrigação funcional* de aditar a denúncia/queixa.

Vemos nisso três problemas.

Em primeiro plano, a ofensa clara às regras da autonomia funcional privativa do órgão, sua competência privativa para a propositura da ação penal e do promotor de justiça natural. É bem verdade que os mais precipitados poderiam dizer que essas ofensas não se verificam, pois o juiz, nos termos atuais do art. 384 do CPP não pode aditar de ofício a acusação e nem decidir fora dos limites do que foi ou não aditado, mas tão-somente encaminhar o caso ao órgão superior do Ministério Público.

Entretanto, reafirmamos nossa posição de ofensa às regras, pois as garantias constitucionais valem não apenas para a instituição do Ministério Público, mas também para a pessoa do promotor de justiça. Mesmo porque, a partir do princípio do contraditório – participativo – e da nova estrutura dos procedimentos acusatórios, que, ao menos em tese, primam pela oralidade, pensamos ser difícil que o Procurador Geral, que não acompanhou a instrução, tenha real condição de decidir-se sobre o aditamento.

Em segundo lugar, imaginemos a situação em que o Procurador Geral, provocado pelo magistrado, procede o aditamento da acusação ou nomeia um promotor para aditá-la. Por acaso, ele, Procurador Geral, ou o promotor que procedeu o aditamento, passará a conduzir a acusação até o encerramento da lide?

Sendo positiva a resposta – hipótese absolutamente remota – entendemos ter ocorrido gritante ofensa ao princípio do promotor natural, prejudicando o contraditório e a própria ampla defesa do acusado. E, se a resposta for negativa, a situação se mostra ainda mais teratológica, pois, neste caso, o promotor de justiça que se negou a aditar a denúncia/queixa por não entender que tal aditamento era devido, passará a ter sustentar no processo um argumento com o qual não concorda: o reformado pelo aditamento. Qualquer que seja o caso, enfim, a lógica do processo democrático restará ofendida.

Por fim, em terceiro plano, não se pode esquecer que, se a ideia, ao se propor a reforma do texto original do art. 384 do CPP, era a de extirpar do ordenamento processual penal brasileiro a chamada *mutatio libelli* provocada, como bem considera

Danielle Silva<sup>34</sup>, a presença do verbo *deverá* no *caput* aliada à do § 1º tal como vigente no atual art. 384 do CPP representam o não acolhimento da proposta. Ou, o que em nossa opinião, o falso acolhimento da proposta já que, no final das contas, o juiz ainda manterá o poder de instigar o Ministério Público, na figura do Procurador Geral, a aditar a acusação. E, certamente, o juiz não tomará tal atitude se já não estiver convencido não apenas de que a acusação está errada, como de que o acusado é, de fato culpado da conduta que ele, magistrado, já entendeu ser a que deveria efetivamente figurar como causa de pedir na ação penal<sup>35</sup>.

Em outras palavras, a regra vigente do art. 384 não se mostra suficiente para, neste ponto, transformar o processo penal brasileiro de um modelo hierarquizado para um modelo efetivamente paritário e, conseqüentemente, por fim ao quadro mental paranóico<sup>36</sup> tão comum ao juiz inquisidor e que ainda se mantém forte em nosso Código de Processo Penal de base fascista.

## 6. Análises conclusivas

Creemos que nenhum processualista questione o fato de que o Código de Processo Penal brasileiro está em absoluto descompasso com os ditames da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, nosso objetivo ao apresentar as singelas reflexões empreendidas neste ensaio foi simplesmente esse descompasso em relação a um instituto específico, o da *mutatio libelli*.

Para tanto, necessário se fez revisitar a teoria da classificação dos ordenamentos processuais, a fim de que pudéssemos apresentar um modelo que, a nosso ver, se mostra mais fundamentado que a simples tipificação em acusatório, inquisitório ou misto. Mais que isso, o ordenamento processual, assim como a própria estrutura da administração da

---

<sup>34</sup> “A única modalidade de aditamento tecnicamente admissível deveria ser o espontâneo, procedido pelo titular da ação penal, pois, do contrário, o juiz termina tendo postura ativa quanto ao objeto do processo, mediante instigação do acusador ao aditamento” (SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A emendatio libelli e a mutatio libelli na reforma do Código de Processo Penal*. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 98, v. 881, mar. 2009, p. 431).

<sup>35</sup> Contra essa postura, já na década de 80, Afrânio Silva Jardim já se insurgia, dizendo que “ao órgão jurisdicional deve-se reservar, de forma exclusiva, a nobre junção de julgar as pretensões deduzidas pelas partes, ficando equidistante dos interesses em conflito porventura existentes no processo. O juiz somente pode desempenhar sua atividade propriamente jurisdicional após o exercício da demanda, que pressupõe um processo de partes: ne proceda-te iudex ex officio e os seus consectários lógicos” (JARDIM, Afrânio Silva. Bases constitucionais para um processo penal democrático. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 10, n. 40, out.-dez. 1985, p. 105).

<sup>36</sup> BARROS, Flaviane Magalhães de. **(Re)Forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 04

justiça, precisam estar em perfeita consonância com o modelo de Estado vigente, em nosso caso, o do Estado Democrático de Direito.

Ao final dessa tarefa, nossa conclusão, a princípio, não fugiu daquilo que se esperava alcançar: não se pode discutir o fato do ordenamento processual penal pátrio estar desajustado em relação ao que para ele propõe a Constituição Federal de 1988. O que causa estranheza é o fato de que, mesmo quando nosso legislador tem a oportunidade de corrigir esse problema, prefere adotar medidas tímidas e que acabam por não conseguir alcançar o ajuste necessário.

Longe disso, o que ocorreu no processo de reforma do art. 384 do CPP, a reforma implementada pelo Legislativo brasileiro com o aceite do Executivo, que perdeu a oportunidade de vetar o § 1º do art. 384, demonstra que os próprios dirigentes do Estado brasileiro ainda não compreenderam sua matriz constitucional. É bem verdade, separemos o joio do trigo, que nesse caso o absurdo do texto legal aprovado e em vigor representa apenas a visão de processo penal da Câmara dos Deputados, já que no Senado tentou-se restabelecer o projeto originalmente elaborado pela comissão de juristas.

Diante desse quadro, tendo sempre por norte o entendimento de que a matriz constitucional deve sustentar o ordenamento legal e a prática concreta em um Estado Democrático de Direito, se a norma e a prática afastam-se dela, perdem essa sustentação. E, não podendo manter-se apoiadas no vazio, outra alternativa não resta que não a adoção de duas posturas, uma em relação ao *caput* e outro, em relação ao § 1º do art. 384 do CPP.

Por razões didáticas inverterei as considerações.

Como, pelo que se analisou, o § 1º do art. 384 não encontra sustentação em um processo de partes no qual deve imperar o contraditório e a equidistância do juiz, seu texto deve ser julgado, seja no controle de constitucionalidade concentrado, seja no difuso, materialmente inconstitucional. Como consequência disso, uma vez que o Ministério Público – legítimo titular da ação penal – se mantenha inerte ou efetivamente se manifeste contrário ao aditamento da denúncia/queixa, deve o juiz dar regular prosseguimento ao feito, chamando o *parquet* a apresentar suas razões finais oralmente, seguido da defesa para, por fim, decidir (ele, o juiz) a causa por meio da prolação da sentença – preferencialmente também em audiência.

Em relação ao *caput* do mesmo art. 384, por sua vez, deve ser procedida a interpretação de seus termos em conformidade com os ditames constitucionais. A partir dessa interpretação, o verbo *deverá*, empregado no texto legal, deve ser compreendido como significante de *poderá*, conferindo ao Ministério Público não a obrigação, mas a possibilidade de proceder o aditamento da acusação quando entender que as provas produzidas ao longo da instrução se afastam da narrativa lançada na petição inicial criminal.

Qualquer outra medida que se afaste dessas, em nosso modesto entendimento, vai de encontro ao modelo de Estado Ativo com organização paritária de poder, ou Estado Democrático de Direito, ao qual, desde 1988, se filia o Brasil.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICAS:

ABREU, Ilana Flávia Barbosa Vilar de, e ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Notas sobre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* após a reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 99, v. 893, mar. 2010, p. 425-435.

AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 49-72.

BARROS, Flaviane Magalhães de. **(Re)Forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. **A Constituição de 1937**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1987.

\_\_\_\_\_. **Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal; Processo Penal e Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoes/Web/fichadetratamiento?idProposicao=26557>> . Acesso em 13. jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Parecer nº 1.001, de 2007 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=81195](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81195)> .

Acesso em 13 jun. 2013.

- DAMAŠKA, Mirjan. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del proceso legal. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000.
- GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goytacazes: FDC, ano VII, n. 09, dez. 2006, p. 119-144.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- JARDIM, Afrânio Silva. Bases constitucionais para um processo penal democrático. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 10, n. 40, out.-dez. 1985, p. 100-108.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- PINTO, Felipe Martins. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal Norte-Americano**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A emendatio libelli e a mutatio libelli* na reforma do Código de Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 98, v. 881, mar. 2009, p. 431-437.
- THAMAN, Stephen C. Aspectos adversariales, acusatórios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 161-178.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.