

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MUTATIO LIBELLI**Ana Lúcia Tosta Teixeira<sup>1</sup>**RESUMO:**

O instituto da *mutatio libelli* foi criado pelo legislador com o intuito de se manter a compatibilidade dos fatos apresentados na exordial acusatória com a sentença proferida ao final do julgamento. O sistema processual penal admitido pela Constituição Federal nacional (embora implicitamente descrito, em seus artigos 129, I; 92 e seguintes; e, 133) e pelo Código de Processo Penal (artigo 3º-A) é o acusatório. Portanto, o tema do presente artigo justifica-se porque tal instituto deve ser adequado às concepções desse sistema, para que seja uma ferramenta constitucional e benéfica a todos que a utilizem. A partir dessa exposição, tem-se por objetivo analisar a relação *mutatio libelli*-sistema processual penal acusatório brasileiro, apontando seus conceitos e os resultados jurídicos decorrentes dessa relação, bem como sua importância para a população. Para tanto, a metodologia utilizada quanto à abordagem foi o método indutivo, uma vez que se analisou particularmente o conceito da *mutatio libelli* e do sistema processual penal acusatório, para posteriormente alcançar uma conclusão sobre a relação entre os dois assuntos; quanto ao procedimento, realizou-se pesquisa teórica básica, descritiva, qualitativa e bibliográfica (leitura de livros e artigos científicos já publicados). Conclui-se que o processo penal brasileiro é baseado em princípios como contraditório, ampla defesa e imparcialidade do juiz. A "*mutatio libelli*" permite que o Ministério Público adite a denúncia com novas provas, respeitando esses princípios. No entanto, o §1º do Art. 384 do CPP é considerado inconstitucional por permitir que o juiz influencie o aditamento, comprometendo a imparcialidade e violando o sistema acusatório.

3

**Palavras-chave:** *mutatio libelli*; sistema processual penal acusatório; constitucionalidade.

**ABSTRACT:**

The institute of *mutatio libelli* was created by the legislator in order to maintain the compatibility of the facts presented in the accusatory exordial with the sentence handed down at the end of the trial. The criminal procedural system admitted by the national Federal Constitution (although implicitly described, in its articles 129, I; 92 et seq; and 133) and by the Criminal Procedure Code (article 3-A) is the accusatory. Therefore, the subject of this article is justified because such an institute must be adequate to the conceptions of this system, so that it is a constitutional and beneficial tool for all who use it. From this exposition, the objective is to analyze the relationship *mutatio libelli*-Brazilian accusatory criminal procedural system, pointing out its concepts and the legal results resulting from this relationship, as well as its importance for the population. In order to do so, the methodology used for the approach was the inductive method, since the concept of *mutatio libelli* and the accusatory criminal procedural system were particularly analyzed, in order to later reach a conclusion on the relationship between the two subjects; as for the procedure, basic, descriptive, qualitative and bibliographic theoretical research was carried out (reading of books and scientific articles already published). It is concluded that the Brazilian criminal process is based on principles such as contradiction, broad defense and impartiality of the judge. The "*mutatio libelli*" allows the Public Prosecutor's Office to add new evidence to the complaint, respecting these principles. However, §1 of Article 384 of the CPP is considered unconstitutional because it allows the judge to influence the amendment, compromising impartiality and violating the adversarial

<sup>1</sup> Bacharel do Curso de Direito da UNIFEV – Centro Universitário de Votuporanga-SP. Email: anapteixeira@hotmail.com

system.

**Keywords:** *mutatio libelli*; accusatory criminal; procedural system; constitutionality.

## INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal (CPP), em seu artigo 384, trata do instituto da *mutatio libelli*, uma ferramenta que possibilita ao órgão acusador aditar a sua peça inicial acusatória (denúncia ou queixa) caso sobrevenha, durante a fase de instrução probatória processual, provas de um fato novo, não mencionado na peça inicial, que configurem uma definição legal do fato diferente da que fora apresentada inicialmente. Essa ferramenta foi criada pelo legislador com o intuito de se manter a compatibilidade dos fatos apresentados na exordial acusatória com a sentença proferida ao final do julgamento.

O sistema processual penal admitido pela Constituição Federal (CF) nacional, embora implicitamente descrito, em seus artigos 129, I; 92 e seguintes; e, 133, e pelo CPP (artigo 3º-A) é o acusatório. Portanto, o instituto da *mutatio libelli* precisa ser adequado às concepções desse sistema, para que seja uma ferramenta constitucional e benéfica a todos que a utilizem.

Com isso, este trabalho tem o objetivo específico de verificar a relação *mutatio libelli*-sistema processual penal acusatório brasileiro, apontando seus conceitos e os resultados jurídicos decorrentes dessa relação, bem como sua importância para a população. Como objetivo geral, tem-se a análise da constitucionalidade ou não da *mutatio libelli*.

Quanto à metodologia científica utilizada nesta pesquisa, o método de abordagem adotado foi indutivo, uma vez que se analisou particularmente o conceito da *mutatio libelli* e do sistema processual penal acusatório, para posteriormente alcançar uma conclusão sobre a relação entre os dois assuntos. Quanto ao método de procedimento, utilizou-se pesquisa básica (finalidade de aprofundar o conhecimento já existente), descritiva (pretende exibir as características do tema estudado), qualitativa (baseia-se em dados subjetivos, não numéricos nem estatísticos) e bibliográfica (utilização de livros e artigos científicos já publicados).

## 1 PERSECUTIO CRIMINIS

### 1.1 Histórico, conceito e finalidade

A *persecutio criminis* abrange duas fases: a investigação (feita por inquérito policial

ou procedimento investigatório) e a ação penal.

Em tempos remotos, o Estado não era detentor da jurisdição penal. As pessoas resolviam seus conflitos diretamente com seus ofensores através da vingança privada, normalmente usando de força física, fazendo “justiça com as próprias mãos”. Com o passar do tempo, o Estado passou a exercer o monopólio do direito de punir, tornando-se proibida a vingança particular (Távora; Alencar, 2018).

Roma foi quem estabeleceu primeiro um sistema de investigação (*inquisitio*) proveniente do Estado, segundo o qual, após a *notitia criminis*, o julgador determinava que agentes do Estado diligenciassem para esclarecer sua autoria e como tinham ocorrido os fatos. Após esta etapa, iniciava-se um processo (*cognitio*) e instaurava-se a pena àquele indicado como autor dos fatos. Nota-se, então, que não havia a fase de acusação propriamente dita. Dessa maneira, nascia a fase investigativa da *persecutio criminis*. Com o passar do tempo, criou-se o recurso e um órgão colegiado para avaliá-lo. Ainda, criou-se a faculdade de determinados cidadãos postularem acusações ao órgão julgador e, caso recebidas, dar início a um processo, devendo provar os fatos alegados. Dessa forma, nascia a fase da ação penal da *persecutio criminis*. Então, com o passar do tempo, houve uma maior especialização de funções e uma evolução da Justiça Penal (Almeida, 2012).

No Brasil, na época colonial, vigorava o Código Afonsino, que era baseado no sistema jurídico português e já trazia indícios de um poder centralizado pelo Estado. Em contrapartida, havia também influência das Ordenações Filipinas, que estabelecia regras com penas de confisco de bens, tortura, enforcamento e açoites. Contudo, quando a realeza se estabeleceu no País, passaram-se a criar normas nacionais, com apoio da população e com grande influência da Igreja. Entretanto, o Brasil só formulou seu ordenamento penal e processual penal após sua Independência. Em 1824 criou-se a Constituição, a qual aboliu os abusos de crueldade praticados na esfera penal, abolindo as penas de tortura, enforcamento e açoites. A Constituição determinava que fosse criado um Código de Processo Criminal, que foi editado em 1832 e era considerado liberal (Silva; Cralcev, 2017).

O Código de Processo Criminal brasileiro de 1832 tinha como características a valorização de juízes, a diferenciação de crimes públicos e particulares e a inclusão de dispositivos que garantiam a defesa do réu (Silva; Cralcev, 2017). Era inspirado no sistema processual penal inglês, segundo o qual os fatos eram julgados por juízes leigos e os juízes de direito julgavam apenas os fatos admitidos pelos juízes leigos. Já a investigação dos fatos cabia ao juiz de paz e somente era realizada se houvesse denúncia (ofensa aos interesses públicos do Estado) ou queixa (ofensa a interesses particulares) (Mendes, 2008).

Houve alteração desse Código de Processo Criminal em 1841 e em 1845. Já em 1891, a Constituição nova instituiu o federalismo e, com ele, o poder descentralizado. Por fim, em 1941 criou-se o Código de Processo Penal que está em vigor até o momento, tendo sofrido mudanças, as mais recentes em 2008 (Silva; Cralcev, 2017) e em 2019, com a Lei nº 13.964/2019. Esse Código de 1941 já adotava o modelo acusatório de processo penal, ainda que apenas formalmente, sendo que em sua “Exposição de motivos” já consagrava a total separação entre o órgão acusador e o órgão julgador (juiz) (Silva, 2009).

No ano de 2019, foi incluído no Código de Processo Penal o artigo 3º-A que, dentre outras medidas, estabelece expressamente que o processo penal será conduzido segundo um sistema acusatório, segundo o qual, o processo penal passa a ter duas fases: investigativa e processual. Além disso, começa-se a dividir claramente as funções de acusação, defesa e julgamento. Para tanto, é regido essencialmente pelos princípios da da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e, por fim, da publicidade (Guimarães, 2015).

O alicerce do sistema penal acusatório é a obediência aos direitos e garantias constitucionais do acusado. Seu principal embasamento consiste na ideia de que nenhum sujeito poderá ser processado sem que seja feita uma acusação e sem que lhe seja assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, entende-se que exista a presunção de inocência do acusado e que ele fique em liberdade até a apuração dos fatos e a conclusão do processo. Este sistema é tipicamente adotado em regimes democráticos de governo, uma vez que assegura o cumprimento do princípio da isonomia e possibilita a uniformidade de armas entre as partes, seja fazendo a acusação, seja fazendo a defesa (Guimarães, 2015).

Segundo Bonfim (2017, p. 158), a *persecutio criminis*, ou persecução penal, pode ser definida como “[...] o caminho que percorre o Estado-Administração para satisfazer a pretensão punitiva, que nasce no exato instante da perpetração da infração penal”. Ainda, dispõe que essa atividade abrange uma fase de investigação preliminar (“[...] apuração prática de infrações penais, com vistas a fornecer elementos para que o titular da ação penal possa ajuizá-la”), uma de ação penal (“[...] atuação junto ao Poder Judiciário, no sentido de que seja aplicada condenação aos infratores [...]”) e, finalmente, uma de execução penal (“[...] satisfação do direito de punir estatal, reconhecido definitivamente pelo Poder Judiciário”).

Na mesma linha, Ishida (2020, p. 102) descreve o conceito da *persecutio criminis* como sendo “[...] a atividade investigatória e também a processual penal, com o exercício da ação penal”. Também aponta a existência de uma fase de investigação (“[...] perseguição do acusado [...]”) e uma de ação penal (finalidade de punição do acusado).

Em todo Estado de Direito, as leis são absolutas e devem ser respeitadas portodos. O

objetivo das normas penais é a proibição e inibição dos delitos, a fim de proteger os direitos garantidos pela Constituição Federal e pelos demais Códigos. Entretanto, quando uma pessoa pratica uma conduta delituosa, ela também precisa ter seus direitos assegurados e, por isso, proíbe-se a conduta de “fazer justiça com as próprias mãos”, devendo o infrator ser julgado pelo Estado, que deve obedecer ao princípio do devido processo legal (Távora; Rodrigues, 2018).

No Brasil, o Código Penal prevê em seu artigo 345 o crime do “exercício arbitrário das próprias razões”, deixando claro a vedação da autotutela. Sendo assim, assegura-se o monopólio do Estado do direito de punir (*jus puniendi*), exaltando-se a sua soberania. Esse direito de punir consiste no dever de o Estado garantir o equilíbrio e a ordem pública, ditando regras para gerir as condutas sociais (Távora; Rodrigues, 2018).

Essa autorização privativa do Estado para a aplicação de sanções legais aos infratores visa a barrar injustiças e a garantir os direitos das duas partes da lide: vítima e infrator. Para tanto, é necessário que o Estado tenha conhecimento da ocorrência da prática delituosa, bem como de sua possível autoria, para que, após apuração dos fatos, a sanção adequada seja aplicada à pessoa correta. Essa tarefa deve ser exercida de ofício pelo Estado, não necessitando de provocação pela parte ofendida, tendo em vista que, por ser monopólio do Estado, adquire caráter de poder-dever (Bonfim, 2017, p.158).

Assim, analisando-se o conceito da *persecutio criminis*, infere-se que essa atividade tem como finalidade a concretização do *jus puniendi* estatal, depois de realizada a investigação – preliminar e na ação penal - dos fatos da notícia da infração penal, uma vez que o Estado imporá uma punição prevista em lei ao autor do ato criminoso. Com essa punição, consequentemente, ocorre a satisfação do interesse público de manter a ordem na sociedade (Bonfim, 2017, p. 158).

Em suma, pode-se dizer que a finalidade da *persecutio criminis* é apurar a ocorrência dos fatos e a autoria da conduta criminosa noticiada e, após a sua confirmação, aplicar uma punição prevista em lei ao autor do crime, mantendo-se, assim, a paz social (Bonfim, 2017, p. 158).

## 1.2 Princípios

A *persecutio criminis* e o processo penal (e os demais processos) são regidos por diversos princípios, posto que o princípio do devido processo legal serve de base e inspiração para os demais (Nery Jr., 2017, p.131). Alguns princípios merecem ser destacados, como:

a) Princípio do devido processo legal: previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal

(“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). Este princípio deve ser observado tanto de maneira material, ao assegurar à sociedade a garantia de que o Estado não violará direitos fundamentais em sua atuação, como de maneira formal, segundo a qual a persecução penal deve seguir procedimento previamente previsto em lei (Bonfim, 2017, p.90). Outrossim, a praticabilidade do devido processo legal é variável em cada caso concreto e implica a combinação de outros princípios e regras específicas para o caso, possibilitando, assim, um julgamento justo e garantindo os direitos dos envolvidos (Soares; Carabelli, 2019, p. 27).

b) Princípio da isonomia: previsto no artigo 5º, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal, assegura a igualdade de tratamento a todas as pessoas perante a lei. Na esfera processual, implica no oferecimento de oportunidades iguais às partes de um processo, quer seja de direitos, quer seja de deveres e também nos ônus (Bonfim, 2017, p. 99/100). A igualdade jurídica visa a balancear o tratamento das partes litigantes pelas autoridades competentes, proporcionando as mesmas possibilidades processuais para todos (Amaral, 2010, p. 91).

c) Princípio do juiz natural: previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, tem a finalidade de assegurar que qualquer caso jurídico seja julgado apenas pela autoridade competente e que tenha atribuição de jurisdição, previamente ao acontecimento juridicamente relevante. Visa a impedir que ocorram julgamentos discriminatórios e parciais (AMARAL, 2010, p. 95-97).

d) Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Tutela o direito de ação jurisdicional quando existir ameaça ou lesão aos direitos da sociedade, através do devido processo legal (Amaral, 2010, p. 97- 99). Visa a assegurar a todas as pessoas que tenham seus direitos feridos ou ameaçados, o acesso pleno à Justiça, utilizando-se dos meios processuais adequados (Netto; Fagundes, 2020,p.190).

e) Princípio do contraditório e da ampla defesa: previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Para Bonfim (2017, p. 78/79), o desenvolvimento do processo deve assegurar “[...] a paridade de armas entre as partes, separando-se o órgão responsável pela acusação daquele que julga, ao final, a lide penal”. Tal princípio visa a garantir que ambas as partes possam se manifestar sobre os fatos apresentados na lide, utilizando-se de todos os meios de defesa possíveis, mostrando os pontos de interesse de cada lado e inspirando a formação da opinião do Magistrado. O contraditório permite que as partes possam rebater cada parte da argumentação apresentada contra si, inclusive apresentando provas, se possuir, bem como, na ação penal, de tomar conhecimento dos atos que serão praticados. Já a ampla defesa permite que o acusado utilize todos os meios lícitos processuais para blindar os seus direitos e reafirmar

os seus interesses durante a lide (Bonfim, 2017, p. 92/94).

f)Princípio da proibição da prova ilícita: previsto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal. Abrange a prova que contraria o direito material e a que contraria o direito processual, além das provas lícitas, mas que, de algum modo, foram originadas com envolvimento de prova ilícita (Netto; Fagundes, 2020, p. 195). A ilegitimidade na obtenção de tais provas impede que sejam valoradas na convicção do Juiz, porém, é do entendimento de algumas pessoas do ramo jurídico que se a prova beneficiar o réu no processopenal, poderá ter algum peso na decisão judicial (Bonfim, 2017, p. 99).

g)Princípio da publicidade dos atos processuais: previsto no artigo 93, inciso IX e no artigo 5º, inciso LX, ambos da Constituição Federal. Implica em garantir ao povo o acesso aos atos processuais realizados pelo Poder Judiciário, possibilitando, assim, a fiscalização e, conseqüentemente, que a justiça seja feita de forma justa e clara. Entretanto, esse princípio admite exceções parciais nos casos que devem correr sob sigredo de justiça, a fim de atender ao interesse público. Porém, deve-se frisar que, não obstante o sigredo de justiça, a publicidade continua sendo dada às partes do processo e aos seus procuradores, não sendo possível haver sigilo total dos atos processuais (Amaral, 2010, p.99-100).

Esse princípio anda atrelado ao princípio da razoabilidade, pois é razoável que em determinados momentos haja um sigilo processual temporário, como no caso do momento investigativo do inquérito policial, enquanto ainda houver risco de alguém atrapalhara coleta das provas, e quanto ao voto secreto dos jurados no Tribunal do Júri. Entretanto, apesar desse momento temporário sem “publicidade”, as partes e seus procuradores terão assegurado o direito ao acesso a tudo o que for juntado ao processo (Bonfim, 2017, p.101/102).

a)Princípio da legalidade: a fase inicial investigatória da *persecutio criminis* deve guiar-se pelo princípio da legalidade, tendo em vista que a conduta do agente noticiada como infração penal deve se enquadrar como fato típico na lei. Ainda, esse princípio, previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX), no artigo 1º do Código Penal brasileiro, “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1940), ou seja, também deve ser observado na fase final da persecução, a da punição, uma vez que a pena aplicada deve ser a prevista em lei.

b)Princípio da imparcialidade do Juiz: sua função é orientar os juízes a conduzirem os julgamentos das lides sem favorecimento de nenhuma das partes, aplicando a lei ao caso concreto de forma neutra e justa (Bonfim, 2017, p. 506/507). Este princípio será mais adiante novamente discutido em face da *mutatio libeli*.

## 2 O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

### 2.1 O juiz na história

Por volta dos anos 700 a.C., no Direito Romano, as leis eram baseadas na moralidade e nos bons costumes, havendo forte interligação entre a religião e o direito, e era o rei quem exercia o poder de julgamento de contendas na sociedade.

Posteriormente, no período da República Romana, surgiu a figura do magistrado, cuja função era julgar atos cometidos por sujeitos acusados de causar conflitos. Entretanto, nessa época, ainda não havia um sistema normativo jurídico escrito. Com o passar dos anos, os magistrados foram perdendo força no processo criminal, pois começou-se a enxergar um processo acusatório que necessitava de um órgão especializado na acusação do crime, exercendo eles apenas uma função julgadora.

Por volta de 27 a.C., criaram-se fontes de direito e houve a compilação de um manual de Direito Romano Clássico. Com isso, o juiz passa a seguir características inquisitórias, passando a intervir no processo, característica que persistiu durante a Monarquia Absoluta (anos 200 d.C) por bastante tempo.

Na mesma época, o direito germânico também ganha destaque com o seu sistema processual acusatório e, com isso, o processo penal começa a adotar um sistema misto, com características do inquisitório e do acusatório. Ainda, a Igreja Católica assumiu o julgamento dos crimes e o curso do processo penal, exigindo que os juízes da época fossem membros da Igreja. Assim, tanto o Direito Romano quanto o Germânico contribuíram para a evolução dos sistemas jurídicos, colaborando para a criação de garantias constitucionais e para a formação de um juiz imparcial ao longo do tempo.

Tratando-se do Brasil, o Direito Português prevaleceu desde a descoberta até o Império, estando a Igreja Católica no poder e os juízes sendo eleitos pela população. Com isso, não existia um padrão no julgamento de delitos. O juiz do Direito Português agia em concordância com um tipo de sistema processual misto, pois ostentava poderes inquisitórios e acusatórios ao mesmo tempo, permitindo a defesa do sujeito acusado de cometer crime, mas também exercendo o seu poder de fazer justiça.

O Código Processual Penal brasileiro foi criado em 1941, durante um período de ditadura em que os direitos e deveres dos cidadãos eram apenas admitidos, mas nem sempre exercidos na prática. Por conseguinte, as normas penais tendiam a ser contrárias ao sujeito acusado de cometer delitos, inculcando no órgão julgador um peso de parcialidade, evidenciando

a prevalência de um sistema processual inquisitorial. Entretanto, a inovadora Constituição Federal de 1988 aprovou explicitamente uma conduta acusatória e, além disso, assegurou o aparacionamento dos direitos fundamentais aos cidadãos. Com isso, o juiz teve sua função social restringida ao julgamento e as partes processuais ficaram incumbidas pela acusação e defesa, postura que se contrapunha à característica inquisitória empregada pelo Código de Processo Penal de 1941. Assim, por muito tempo, considerou-se que o Brasil adotava um sistema penal misto, possuindo uma fase inquisitória e outra acusatória (Netto de Souza, 2003; Barros, 2011).

Por fim, em 2019, ocorreu a promulgação e publicação da Lei 13.964 de 2019, que acrescentou o artigo 3º-A no Código de Processo Penal, deixando totalmente explícito que o Brasil segue um sistema penal acusatório, tal como previsto anteriormente na Constituição. Com isso, esclareceu-se que o juiz deve fazer o julgamento de maneira imparcial, podendo analisar as provas adequadamente fundamentadas conforme seu livre convencimento e as provas não possuem valor pré-estabelecido, podendo o juiz apreciá-las de acordo com seu livre entendimento, desde que fundamentada sua decisão.

Os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, a despeito da inovação trazida, encerrando por vez os acalorados debates acerca da natureza jurídica da *persecutio criminis*, foram suspensos por força de uma liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>. Contudo, acreditando que os dispositivos são totalmente constitucionais, o presente trabalho segue seu estudo os considerando em vigor.

## 2.1 Princípios da jurisdição

Embora os doutrinadores escrevam sobre um número diferente de princípios da jurisdição, pode-se observar que alguns são frequentemente mencionados.

Para Lopes Júnior (2020, sumário), são quatro os princípios da jurisdição penal: princípio da inércia da jurisdição, princípio da imparcialidade, princípio do juiz natural e, por fim, princípio da indeclinabilidade da jurisdição.

Já para Bonfim (2017, p. 64-68), os princípios da jurisdição são sete, quais sejam: princípio da inércia da jurisdição ou da demanda, princípio do juiz natural, princípio da investidura, princípio da improrrogabilidade da jurisdição ou princípio da aderência, princípio da indeclinabilidade, princípio da indelegabilidade.

---

<sup>2</sup> ADIs ns. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

Na mesma vertente, Nucci (2020, p; 497-498) dispõe sobre os seguintes princípios da jurisdição criminal: indeclinabilidade, improrrogabilidade, indelegabilidade e unidade.

Semelhantemente, para Capez (2020), os princípios regentes da jurisdição são: investidura, indelegabilidade, inevitabilidade, inafastabilidade e juiz natural.

Assim, compilando-se os principais princípios previstos por tais doutrinadores, pode-se destacar a descrição dos seguintes:

a) Princípio da inércia da jurisdição: dispõe que o processo penal não poderá ser iniciado de ofício, mas somente após a provocação da parte que teve o seu direito ofendido, não dependendo, portanto, da vontade do juiz (Bonfim, 2017, p. 66/67). No caso da ação penal privada, cabe ao ofendido a sua propositura; já no caso da ação penal pública, a propositura cabe privativamente ao Ministério Público (arts. 129, inciso I, da Constituição Federal, artigos 24 e 257, inciso I, do Código de Processo Penal). Visa a assegurar a imparcialidade do Juízo.

b) Princípio do juiz natural: previsto no artigo 5º, LIII, da Constituição Federal, consiste no direito de o julgamento do acusado ser realizado por um juiz competente, constituído no cargo conforme as leis vigentes e anteriormente aos fatos a serem apreciados (Bonfim, 2017, p. 64/65), podendo a parte saber antecipadamente qual a autoridade julgadora do processo. Visa a assegurar um julgamento imparcial do processo e impedir a existência de tribunal de exceção (artigo 5º, XXXVII, CF) ou seja, veda-se a investidura de juiz/tribunal estabelecidos em caráter temporário ou excepcional, após a instauração do processo penal, com a intenção de julgá-lo especificamente, barrando, com isso, possíveis arbitrariedades.

b) Princípio da investidura: apenas os órgãos jurisdicionais legalmente constituídos podem exercer função jurisdicional (Bonfim, 2017, p. 66). Ou seja, os órgãos jurisdicionais devem ser aprovados em concurso público e tomar posse no cargo e na função;

c) Princípio da indeclinabilidade: o juiz não pode se negar a julgar uma lide que lhe for apresentada (Nucci, 2020, p.497-498). Está explicitado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual qualquer lesão ou ameaça a direito deverá poder ser compelida à jurisdição do Estado;

d) Princípio da correlação ou congruência: no processo, a sentença deve corresponder aos fatos apresentados na acusação. Para Nucci (2005), para não atentar contra os princípios do contraditório e da ampla defesa, a sentença do juiz deve corresponder ao fato atribuído à conduta do réu na acusação, bem como aos fatos novos que surgirem durante a instrução processual. Importante salientar que essa correlação ou congruência diz respeito aos fatos narrados na denúncia, não quanto à classificação do crime.

## 2.2 Funções no processo penal

O juiz é um servidor público qualificado, empossado por meio de concurso público, com a função de prestar serviço à sociedade (Nalini, 2009).

Sua principal função, em qualquer ramo do Direito, é de tutelar os direitos fundamentais constitucionais coletivamente e individualmente. No processo penal, essa tutela visa a punir os acusados de cometer crimes, por intervenção do processo, baseando-se na existência de provas, ou, ainda, a absolvição dos mesmos, quando for o caso (Lopes Junior, p. 85); “(...) é atuar como *garantidor* da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal” (Lopes Junior, p. 84, 85 e 89).

Nessa seara, cumpre destacar que o processo penal, na conjectura de 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”. Seu objetivo principal é proporcionar a solução jurídica pertinente à lide entre Estado-juiz e acusado, viabilizando a correta aplicação do Direito Penal e buscando a paz social, resguardando-se os direitos e garantias previstos aos sujeitos processuais (Boulhosa; Duarte; Athias, 2019).

Dessa forma, o juiz criminal deve atuar com neutralidade e imparcialidade ao julgar uma ação penal, ponderando o direito de punir do Estado, evitando excessos e proporcionando um julgamento justo e proporcional a cada caso concreto (Limongi, 2018).

Além disso, com o advento da Lei nº 13.964/2019, criou-se no Código de Processo Penal, na tentativa de preservar a imparcialidade do juiz, a pessoa do “juiz das garantias”, o qual, segundo Lima (220, p. 114), tem: “(...) função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal”.

Ainda, a mesma lei incluiu o artigo 3º-A no Código de Processo Penal, que explicitou o sistema penal acusatório adotado no país. Esse sistema é dirigido pelo princípio acusatório, o qual confere aos sujeitos processuais a gerência das provas e destina as atribuições de acusação, defesa e julgamento a entidades diversas para preservar a imparcialidade do juiz. Dessa forma, o juiz fica proibido de iniciar a ação penal, o que deve acontecer por atitude das partes, incumbindo àquele decidir com fundamento no livre convencimento das provas apresentadas (Boulhosa; Duarte; Athias, 2019). Constata-se que, nesse sistema penal, o juiz não é apenas observador do processo, mas uma pessoa que atua especificamente nele e domina a condução das provas (Lopes, 2015).

É dever do juiz manter a ordem processual, pois é o garantidor do processo penal, assegurando aos sujeitos processuais os seus direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório. Ademais, o juiz não será obrigado a se manifestar nem intervir na fase de investigação, caso em que haveria risco de contaminação do seu convencimento com a causa que julgaria posteriormente, cabendo, então, apenas ao Ministério Público (ou ao ofendido, no caso de ações privadas) decidir se deve iniciar a ação penal ou não.

Ademais, ele deve decidir a ação penal nos limites em que foi proposta, não sendo permitido conhecer de questões não apresentadas na denúncia ou queixa, exigindo-se, para tanto, a iniciativa das partes processuais. Com isso, o juiz deve, essencialmente, manter sua imparcialidade, respeitando o princípio do juiz natural.

### 3 A MUTATIO LIBELI

#### 3.1 Conceito

O instituto da *mutatio libelli* está disposto no artigo 384 do Código de Processo Penal (CPP) atual, como sendo a “[...] nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal nãocontida na acusação [...]”.

Na visão de Lima (2020, p. 1666):

*A mutatio libelli* ocorre quando, durante o curso da instrução processual, surge prova de elemento ou circunstância não contida na peça acusatória. Nesse caso, como há uma alteração da base fática da imputação, é evidente que há necessidade de aditamento da peça acusatória, com posterior oitiva da defesa e renovação da instrução processual, pelo menos para fins de realização de novo interrogatório do acusado, sob pena de se permitir que o acusado seja condenado por fato delituoso que não lhe foi imputado, o que viola, à evidência, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da correlação entre acusação e sentença.

Segundo Nucci (2020, p. 1106), o fenômeno da *mutatio libelli* consiste na:

[...] possibilidade de o juiz reconhecer nova definição jurídica ao fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal, não contida expressa ou implicitamente na denúncia ou queixa. Para tanto, deve abrir vista ao Ministério Público para que promova o aditamento da peça acusatória, no prazo de cinco dias, nos casos de ação pública.

Ainda, no mesmo ponto de vista, Lopes Júnior (2020, p. 1249) descreve a *mutatio*

*libelli* como sendo a “(...) nova definição jurídica do caso penal”, devido ao surgimento de prova de um fato novo, ausente na denúncia.

### 3.2 (In) Constitucionalidade

O início do processo penal ocorre quando o juiz procede à recepção da denúncia ou queixa. Em seguida, acontecem outros atos processuais, por exemplo a defesa e a audiência de instrução e julgamento, os quais levarão o juiz a proferir uma sentença baseada no que foi apresentado na acusação e no que foi obtido no decorrer do processo. Com a finalidade de preservar o princípio da congruência, criou-se no Código de Processo Penal de 1941, em seu artigo 384, a ferramenta denominada *mutatio libelli* (Boulhosa; Duarte; Athias, 2019).

A redação original do artigo 384 do Código de Processo Penal dava duas alternativas ao juiz quando surgia alguma prova nova durante a instrução que atribuiria uma nova definição ao fato jurídico, diferente daquela imputada na acusação: se não acarretasse o agravamento da pena, o juiz abria prazo para manifestação da defesa e proferia sua decisão em conformidade com os novos fatos surgidos; contudo, se acarretasse o agravamento da pena, o juiz remetia o processo ao Parquet para aditamento da denúncia ou queixa subsidiária, nos casos de crime de ação pública. Vê-se, assim, que o juiz atuava de ofício analisando os fatos novos surgidos durante a instrução criminal, que não estavam contidos na peça de acusação, e proferindo sua decisão, bastando a oitiva da defesa do réu; o órgão acusatório apenas se pronunciava sobre o fato novo imputado ao réu se este pudesse agravar a pena do réu.

No entanto, a redação desse artigo da maneira originária gerava muitas críticas, pois, por um lado, podia surpreender o réu com uma condenação sobre um fato que o órgão acusador não opinou e que o réu não se defendeu, ofendendo os princípios do contraditório e da ampla defesa e, por outro, vendo que a atuação do juiz se confundia com a do órgão acusatório, restava prejudicado o sistema acusatório e o devido processo legal.

Com o advento da Lei 11.719/2008, que alterou o texto do artigo 384, começou-se a conferir exclusivamente ao órgão acusatório a iniciativa de atribuir ao réu os fatos apurados durante a instrução criminal, passando a ser obrigatório o aditamento da acusação, caso surjam novas provas. Não cabe mais ao juiz, de ofício, reconhecer os novos fatos do processo e mudar a imputação ao réu, tampouco fica incumbido de provocar a atuação do órgão acusatório, o qual deve manifestar-se espontaneamente ante o encerramento da instrução probatória criminal (Coelho, 2009).

Todavia, ainda há no texto de lei uma deixa para que a *mutatio libelli* ocorra por iniciativa do juiz, prevista no § 1º do artigo em questão, ou seja, quando o Ministério Público fica inerte e não adita a denúncia, ao juiz é permitido enviar o processo ao procurador-geral para manifestação sobre os novos fatos e o aditamento da acusação, conforme dispõe o artigo 28 do Código de Processo Penal (Boulhosa; Duarte; Athias, 2019).

A divergência da autonomia do juiz quanto ao estímulo do Ministério Público para aditar a acusação, disposta no *caput* do artigo 384 e no seu § 1º, leva à reflexão quanto à constitucionalidade ou não da ferramenta da *mutatio libelli*, pois carece de uma averiguação conjunta com o sistema processual penal acusatório admitido no Brasil. Tal sistema ficou explicitado pela Lei 13.964/2019 com a inserção do artigo 3º-A no Código de Processo Penal.

Para dar início à reflexão, cabe destacar que o princípio da correspondência entre a acusação e a sentença estão estreitamente relacionados, pois é necessário que haja uma correspondência entre o fato descrito na peça inaugural acusatória e o fato pelo qual o acusado deva ser condenado. Com isso, vê-se que a ferramenta *mutatio libelli* decorre diretamente do sistema acusatório do processo, bem como do princípio da inércia da jurisdição e assevera que o réu não seja condenado sem que tenha tido oportunidade de defender-se da acusação e que seja julgado nos limites do pedido apresentado na acusação do autor.

O princípio acusatório, originalmente adotado pela Constituição Federal de 1988, prevê uma divisão da função de acusação, defesa e julgamento entre diferentes pessoas atuantes no processo penal. Preceitua que a função acusatória cabe ao Ministério Público, devendo o juiz manter-se inerte e imparcial. Ademais, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, exalta alguns princípios como direitos e garantias fundamentais, como no caso do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, todos inerentes ao sistema acusatório (Lopes, 2011). Ainda, a adoção desse sistema ficou explicitada pela Lei 13.964/2019 com a redação do artigo 3º-A do Código de Processo Penal. Com isso, chamou-se a atenção para os princípios da inércia da jurisdição e da imparcialidade do Juiz e a Constituição destacou o direito à dignidade da pessoa humana, razão de existir dos demais direitos e garantias fundamentais.

Considerando essa abordagem, cabe pontuar que a previsão da *mutatio libelli* no Código de Processo Penal tem a finalidade de manter o princípio da congruência, preservando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa, consagrados pelo sistema processual penal acusatório. Ainda, sendo a iniciativa de aditamento da denúncia inerente ao órgão acusatório, não se admite interferência do juiz nesta etapa processual.

Assim, fica evidenciado que a *mutatio libelli* está em conformidade com o sistema

processual penal acusatório adotado no Brasil. Entretanto, a redação do §1º deste mesmo artigo desrespeita esse sistema, pois permite que o juiz provoque o aditamento no caso da estagnação do órgão acusatório, ferindo o princípio da imparcialidade, uma vez que tal atitude pode ser associada ao entendimento do juiz de que o sujeito acusado cometeu um crime diferente do apresentado na acusação e, sendo assim, que o juiz tende a condená-lo, de nada adiantando haver uma nova instrução probatória seguida de nova oportunidade para a defesa se manifestar.

Nas palavras de Lopes Júnior (2015, p. 897):

[...] 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 [...] quando o magistrado o utiliza para fazer um alargamento da acusação.

Se o juiz atuar como o provocador do aditamento, por crer na sua necessidade, restará demonstrado evidente afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, além de evidenciar um “desequilíbrio de armas” entre as partes, bem como desobediência ao princípio do devido processo legal (Prado, 2005).

Além do mais, há enorme contrassenso com o princípio da imparcialidade do juiz quando ele remete os autos ao Parquet para que faça o aditamento, pois presume-se que entende que o aditamento deva ocorrer, pois o acusado cometeu crime diferente do apontado na peça de acusação. Com isso, fica implícita a intenção do juiz de condenar o réu com base na nova tipificação penal, não podendo tomar uma decisão justa dentro do processo.

Nas palavras de Prado (2001, p. 129):

A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na ideia reitora do princípio do juiz natural – garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição – que consiste na combinação de exigência da previa determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido a priori a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo.

Dessa feita, analisando-se o § 1º do art. 384 do CPP, nota-se flagrante afronta ao Princípio da Supremacia da Constituição e aos preceitos previstos na lista de garantias e direitos fundamentais, uma vez que contraria o sistema processual penal acusatório, adotado pela Constituição Federal, percebendo-se a inconstitucionalidade deste dispositivo.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, ressalta-se que o processo penal no Brasil é fundamentado em diversos princípios, dentre os quais merecem destaque: o do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, da inércia da jurisdição, da imparcialidade do juiz e da congruência.

Outrossim, o sistema penal acusatório, legitimado pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal, prega que existe a necessidade de que haja uma distribuição das atribuições de acusação, defesa e julgamento. Assim, o juiz precisa ser totalmente imparcial, tomando sua decisão com fundamento no livre convencimento por meio das provas que lhe são apresentadas pela acusação e pela defesa. O encargo de acusar fica atribuído exclusivamente ao órgão julgador (Ministério Público). Dessa forma, juiz e Ministério Público devem observar os princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e imparcialidade.

Nesse contexto, percebe-se que a ferramenta *mutatio libelli*, disposta no Art.384 do Código de Processo Penal, com redação mais recente dada pela Lei 8.719 de 2008, surgiu no transcorrer do aperfeiçoamento do sistema penal no Direito. Além disso, respeita os princípios da congruência, do contraditório e da ampla defesa quando admite o aditamento da denúncia pelo Ministério Público nos casos de crime de ação penal pública, se, em decorrência de novas provas/informações apresentadas nos autos, for constatado novo tipo legal do fato.

Nascerá com o aditamento da denúncia provocado pelo Ministério Público, sem participação do juiz, uma nova oportunidade de defesa para o acusado, sobre a nova definição legal apontado para o caso. Todavia, o §1º do Artigo 384 do CPP, dispõe sobre a hipótese de o juiz provocar a *mutatio libelli* quando o Parquet não aditar a peça inicial acusatória espontaneamente: o juiz poderá, por analogia, apoiar-se no art. 28 do CPP, podendo enviar os autos ao Procurador-Geral para que ele, então, adite a denúncia.

Dito isso, restou evidente e extrema importância de analisar a compatibilidade entre o sistema processual penal acusatório adotado pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal e o instituto da *mutatio libelli*, para demonstrar quais as consequências dessa relação no âmbito jurídico.

Como já discutido, o sistema penal acusatório caracteriza-se pela separação dos encargos de acusar, julgar e defender, prezando pelo respeito especialmente aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do juiz. Assim, as normas processuais penais que desrespeitarem tais preceitos, evidentemente contrariam o sistema acusatório.

Dessa forma, ao analisar o *caput* do artigo 384 do CPP, percebe-se que a *mutatio libelli*

está em conformidade com o sistema acusatório, tendo em vista que não há confusão entre as atribuições de cada órgão envolvido, sendo que, segundo o texto de lei, compete ao Ministério Público provocar o aditamento da denúncia. Sendo assim, pode-se concluir a *mutatio libelli* prevista no *caput* do artigo 384 é compatível com o sistema processual penal acusatório adotado pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal.

Contudo, analisando-se o §1º do art. 384 do CPP, percebe-se que o texto de lei contraria o sistema acusatório, evidenciando-se a parcialidade do juiz ao incitar o aditamento da denúncia e, com isso, tornando clara a intenção de condenar o acusado pelo novo tipo legal. Tal conduta do juiz contradiz as características e princípios fundamentais do sistema processual acusatório em sua totalidade. Portanto, dessa análise, é possível apontar a inconstitucionalidade deste §1º do art. 384 do CPP, pois ficou claro que contraria o sistema processual penal acusatório disposto na Constituição e, conforme preceitua o Princípio da Supremacia da Constituição, a Carta Magna é a Lei Suprema do Estado, devendo ser rigorosamente respeitada pelas demais normas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Mazella de. Histórico do inquérito policial no Brasil.

**Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2012. Disponível

em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29247/historico-do-inquerito-policial-no-brasil>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Princípios de Processo Civil na Constituição Federal**. Paraná: Revista Datavenia, 2010. v. 2.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOULHOSA, Bruna Edwirges Cunha; DUARTE, Kaique Campos; ATHIAS, Arianne Brito Cal. *Mutatio libelli*: uma releitura de sua compatibilidade em face ao ordenamento constitucional e o sistema acusatório brasileiro. **RJLB**, Ano 5 (2019), nº 4, 387-420. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/4/2019\\_04\\_0387\\_0420.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/4/2019_04_0387_0420.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 03 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 fev. 2021.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 158. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:622462>>. Acesso em: 20jan. 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/nc8vx1s>>. Acesso em: 08 fev. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:725093>>. Acesso em: 03 fev.2021.

COELHO, Daniela Bertolini Rosa. Breves comentários aos institutos da emendatio e *mutatio libelli*, à luz da Lei nº 11.719/08. Belo Horizonte: **Jurisp. Mineira**. 2009. a. 60, nº 189, p. 19-54. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8533/1/Breves%20coment%C3%A1rios%20aos%20institutos%20da%20emendatio%20e%20mutatio%20libelli%2C.pdf>>. Acesso em: 25 ab. 2022.

GUIMARÃES, Alexsandro Batista Tavares. **Sistema processual penal brasileiro**. Disponível em: <<https://oialexsandro.jusbrasil.com.br/artigos/320272120/sistema-processual-penal-brasileiro>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

ISHIDA, Válder Kenji. **Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a3d7e08fd7869dbe7dbdabab523f82f0.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMONGI, Celso Luiz. A função do juiz é interpretar e aplicar a lei, tudo em uma só operação. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/celso-luiz-limongi-funcao-juiz-interpretar-aplicar-lei#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20do%20juiz%20criminal,cada%20membro%20da%20sociedade%20civil>>. Acesso em: 08 fev. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **A invenção do inquérito policial brasileiro em uma perspectiva histórica comparada**. Rio de Janeiro: R. SJRJ, 2008. n. 22, p. 147-169. Disponível em: <[https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/dos\\_invencao\\_inquerito\\_policial\\_brasileiro.pdf](https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/dos_invencao_inquerito_policial_brasileiro.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2021.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

