

X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MUTATIO LIBELLI PROVOCADA FRENTE O SISTEMA ACUSATÓRIO

THE CONSTITUTIONALITY OF MUTATIO LIBELLI PROVOKED IN FRONT OF THE ACCUSATORY SYSTEM

**Alan Robson De Souza Gonçalves
Vladmir Oliveira da Silveira ¹**

Resumo

A presente pesquisa analisa a compatibilidade do aditamento da denúncia provocado, previsto no art. 384, § 1º, do Código de Processo Penal, com o sistema processual penal adotado pela ordem constitucional. Para tanto, avalia-se a relação entre as funções dos atores processuais, o princípio da correlação entre a acusação e a sentença, e a (des)necessidade de após instrução processual, oportunizar-se ao autor da ação a adequação da acusação, ocorrência denominada pela doutrina de mutatio libelli, com destaque, para a hipótese em que o aditamento é provocado pelo órgão julgador. O método científico adotado é o hipotético-dedutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, pautada pelo paradigma pós-positivista e com o enfoque valorativo e emancipatório.

Palavras-chave: Sistema acusatório, Aditamento da acusação, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

The present work analyzes the compatibility of the amendment of the provoked complaint, provided for in art. 384, § 1, of the Criminal Procedure Code, with the criminal procedure system adopted by the constitutional order. To this end, the relationship between the functions of the procedural actors is addressed, the principle of correlation between the accusation and the sentence, and the (un)need for, after procedural instruction, to provide the author of the action with the adequacy of the accusation, occurrence denominated by the doctrine of mutatio libelli, with emphasis on the hypothesis in which the amendment is provoked by the judging body. The scientific method adopted is the hypothetical-deductive one, based on bibliographical and documentary research, guided by the post-positivist paradigm and with an evaluative and emancipatory approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Accusation system, Addition of the accusation, Human rights

¹ Orientador. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2006). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2003).

INTRODUÇÃO

A abordagem desenvolvida se debruça sobre a (in)compatibilidade da previsão legal de adequação da acusação provocada pelo órgão acusador, presente no art. 384, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP), no hiato entre a finalização da instrução e a prolação da sentença judicial.

A confrontação ocorre diante do papel atribuído a cada um dos atores do processo penal diante do sistema processual penal adotado pela carta constitucional, sem descuidar da necessária congruência entre a acusação e a sentença.

Avalia-se a (des)necessidade de se oportunizar ao autor da ação penal, a adequação da acusação, e sobretudo, a (in)viabilidade constitucional, de que na ausência de aditamento espontâneo quando as provas colhidas sugerirem a *mutatio libelli*, o órgão julgador a provoque.

Analisa-se ainda se a providência é constitucionalmente adequada frente as garantias franqueadas ao acusado, notadamente a imparcialidade do órgão julgador.

O método científico adotado é o hipotético-dedutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, pautada pelo paradigma pós-positivista e com o enfoque valorativo e emancipatório.

DESENVOLVIMENTO

A doutrina¹ tradicionalmente afirma que são três os sistemas processuais penais possíveis: inquisitório, acusatório e misto, embora haja posição crítica quanto a real existência deste terceiro, o qual seria, para os adeptos desta corrente, encabeçada por Coutinho (2009), um sistema verdadeiramente inquisitório, apenas agregando a si, elementos provenientes do sistema acusatório, o que seria o caso do processo penal brasileiro, tendo por base o Código de Processo Penal de 1941.

O sistema inquisitório remonta à Inquisição, como a próprio nome sugere. “Curiosamente, a Inquisição não tinha relação direta com a criminalidade, mas sim ao desvio em relação aos dogmas estabelecidos pela Igreja, que se viam ameaçados pela proliferação das novas crenças heréticas, no contexto da Reforma religiosa do século XVI” (KHALED JR. 2010, p. 295).

¹ Ler neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Tendo arcabouço estruturante no direito canônico, o inquisitor reunia em si, as funções de investigar, acusar e julgar. Segundo Carvalho (2003, p. 21-22), “o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz”.

Já o sistema acusatório, oriundo da era moderna, em linhas gerais, se destaca pela plena distinção entre as atividades de acusar e julgar, existência de juiz natural e imparcial, livre convencimento motivado do julgador, contraditório e ampla defesa, tratamento igualitário às partes com atribuição a estas quanto a iniciativa probatória. Nessa esteira, destaca Ferrajoli (2006, p. 518), “são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento”.

Por fim, o sistema misto, reuniria elementos de ambos os sistemas puros, apontando grande parte dos juristas, ser o caso do sistema brasileiro, vez que na fase administrativa da persecução criminal, a investigação criminal, seja por inquérito policial ou procedimento investigatório criminal, é regida pelo sistema inquisitório, uma vez que desprovida de publicidade - pois o sigilo é a regra (art. 20 do CPP), contraditório e/ou ampla defesa (art. 14 do CPP). Nem mesmo há uma acusação formulada para que o investigado possa dela se defender, pois na fase investigativa ainda se está coletando elementos informativos com o escopo de subsidiar a formação da *opinio delicti*, cujo titular poderá propor ou não a respectiva ação penal.

Apenas num segundo momento, se proposta a ação penal, é que então irá incidir o sistema acusatório, com todas as garantias a ele inerentes.

Nesse sentido, obtempera Lima (2020, p. 45):

É chamado de sistema misto porquanto abrange duas fases processuais distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução probatória, objetivando-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação.

Nessa toada, sublinha Nucci (2012), que o hibridismo proporcionado pela coexistência de um código processual penal de alma inquisitiva, com uma Constituição fundada nos princípios democráticos do sistema acusatório, evidencia a adoção brasileira do sistema misto.

Feito este breve panorama, independentemente da corrente a ser seguida, o fato é que vencida a investigação e formalizada a acusação penal, ao acusado é assegurado inúmeras garantias constitucionais, próprias e inerentes ao sistema acusatório. Destaca Capez (2008, p. 45):

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII).

Digno de acréscimo ao rol não taxativo reproduzido, é a clara separação entre as funções de julgar e acusar, atribuindo o texto constitucional, privativamente ao Ministério Público, a titularidade para promover a ação penal pública (art. 129, I).

Assim o sendo, formulada e recebida a inicial acusatória, a revelação ao fim da instrução processual, de prova de elemento ou circunstância relevante da infração penal não contida na acusação, reclama, nos termos do *caput* do art. 384 do CPP, que a acusação seja adequada, sob pena de não ser possível a apreciação do fato(s) descoberto(s), vez que deve existir correlação entre a denúncia e a sentença.

É uma decorrência do princípio da congruência, da correlação ou da adstrição, delineado pelo art. 472 do Código de Processo Civil, segundo o qual “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Conforme extrai-se da jurisprudência,

Ninguém pode ser punido por fato que não lhe foi irrogado, eis que a denúncia fixa os limites da atuação do magistrado, que não poderá decidir além ou fora da imputação, sob pena, como visto, de violação ao princípio da congruência, ou correlação entre acusação e sentença penal (HC 129284, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 06-02-2018 PUBLIC 07-02-2018).

Como corolário, até mesmo circunstâncias que alterem o preceito secundário aplicável, como uma qualificadora ou causa de aumento de pena, devem estar faticamente descritas na acusação para serem reconhecidas na sentença, ainda que não capituladas, pois conforme cediço, o réu defende-se em relação aos fatos que lhe são imputados, e não da capitulação jurídica (art. 383 do CPP). A exigência, todavia, não alcança o reconhecimento de agravantes, mesmo as não alegadas, pois cognoscíveis de ofício, conforme dispõem os art. 385 e 387, I, ambos do CPP.

É então, para viabilizar o contraditório e ampla defesa, que fatos pertinentes à imputação e com potencial de alterar a definição jurídica inicial, mas de revelação

superveniente, decorrente da instrução processual, devem ser aditados à acusação formal para que possam ser apreciados.

Esse aditamento previsto no art. 384 do CPP, consagrado na doutrina² pela nomenclatura em latim *mutatio libelli*, pode ser realizado após finda a instrução, inclusive na própria audiência de instrução e julgamento, oralmente e reduzida a termo, ou no prazo de 05 (cinco) dias.

Sobre o acréscimo realizado, o acusado, por intermédio da sua defesa técnica, poderá se manifestar no prazo de 05 dias, e se admitido o aditamento, a requerimento das partes será designada data para ter continuação a audiência, com oitiva de testemunhas, até o limite de 03 arroladas por cada parte, e novo interrogatório.

Até este ponto, não nos parece haver maiores controvérsias. Busca-se dar efetividade ao processo penal, que não desconsidera fatos relevantes provenientes da instrução, mas também não vulnera o contraditório e ampla defesa, vez que exige formalização do aditamento, dando plena ciência ao acusado da alteração da imputação, inclusive, reabrindo a instrução, se as partes assim o quiserem.

A celeuma central, reside sobre a possibilidade desse aditamento da denúncia, ser provocado pelo juiz da causa, conforme revela o § 1º do art. 384 do CPP, inclusive, socorrendo-se do órgão superior do Ministério Público para tanto, caso o promotor natural não o faça.

A possibilidade legal de iniciativa de conduta ativa do juiz, não se limitando a ser um mero espectador passivo da conduta das partes, não é uma exclusividade da *mutatio libelli* em nosso sistema processual.

Embora criticada por parte da doutrina³ que se alinha ao sistema acusatório puro, encontra-se expressamente prevista no art. 156, I e II, do CPP, a faculdade de o juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; assim como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Para além, há também outras previsões específicas possibilitando providências no processo sem que haja requerimentos das partes, a saber: determinação de prova pericial complementar (art. 168 do CPP); proceder novo interrogatório (art. 196 do CPP); ouvir testemunhas não indicadas pelas partes (art. 209 do

² Ler neste sentido TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

³ Ler neste sentido PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo : Atlas, 2020.

CPP); tomar depoimento de testemunhas antecipadamente (art. 225 do CPP) e ordenar diligência considerada imprescindível (art. 404 do CPP).

Todas essas previsões, possuem em comum, o potencial de contribuir com a elucidação dos fatos, independentemente de favorecer ou prejudicar o réu. A justificativa para possibilitar este agir, é, portanto, a busca da verdade real, de modo que o julgador não fique adstrito ao intento probatório das partes, podendo assim agir de forma a complementar o resultado probatório.

Assim o fazendo, o juiz não está prejudicando sua imparcialidade, vez que como dito, o resultado poderá ser favorável a qualquer das partes. Ocorre que esta mesma lógica não se aplica a *mutatio libelli*. Ao observar o juiz que a instrução trouxe elementos que podem possibilitar nova definição jurídica do fato, e que o titular da ação penal a isso não se atentou, pois não requereu o aditamento da acusação, ao provocá-lo, o julgador atua, nitidamente, em favor da acusação. Isto porque, ao instar o aditamento, o juiz supre a iniciativa da parte, em providência que não possui potencial de favorecer o acusado, mas apenas a acusação.

Ao assim proceder, naturalmente, compromete sua imparcialidade, pois anteviu, em análise sumária da prova, possível crime diverso do denunciado, e ao intervir, suprindo providência do órgão acusador, impediu o resultado mais natural, que seria a impossibilidade de condenação do acusado pelo fato descoberto posteriormente e não integrado à acusação apresentada.

CONCLUSÃO

O sistema processual brasileiro, assegura aos acusados, inúmeras garantias constitucionais, próprias e inerentes ao sistema acusatório, todavia, apenas após a formalização da acusação. Na fase preliminar investigativa, o que impera é a lógica inquisitória.

Nesse contexto, o aditamento da denúncia, quando após finalizada a instrução, exsurgir da prova coletada, fato ou circunstâncias pertinentes à imputação e com potencial de alterar a definição jurídica do fato, é consentâneo com a eficiência esperada do processo penal, que não desconsidera protamente os fatos revelados, mas os compatibiliza com o princípio da correlação e com as garantias que assistem ao acusado, vez que condiciona o conhecimento do que não estava descrito na denúncia, à readequação da acusação formal, possibilitando, assim, a reabertura da instrução criminal para se ocupar do conjunto superveniente, caso as partes assim postulem.

Todavia, quando o órgão que possui a função de acusar, assim não faz, a provocação deste proceder pelo órgão incumbido do julgamento, conforme previsto no art. 384, § 1º, do CPP, é incompatível com o sistema acusatório que impera na fase judicial. Afinal, embora o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, não exclua a iniciativa do juiz de forma subsidiária à atuação das partes, o possibilita apenas quando a providência adotada de ofício, tenha potencial primordial de buscar o descobrimento da verdade, e assim, favorecer qualquer das partes, a depender, exclusivamente, do conteúdo do verdade revelada.

Porém, a *mutatio libelli*, não possui essa abertura, sendo providência nitidamente favorável a acusação, tendo em vista que o que se possibilita, com o aditamento da acusação, é que haja conhecimento e possivelmente condenação, por fato descoberto posteriormente e não descrito na denúncia.

Sendo providência adotada pela acusação, não há nenhuma discrepância com as funções atribuídas a cada uma das partes. Materializa-se apenas, a utilização por uma das partes, de faculdade legal, no sentido de compatibilizar o conhecimento de fatos revelados pela instrução, atendendo e potencializando o princípio da correção entre o conteúdo da acusação e a sentença.

Mas quando o julgador é que adota a iniciativa nesse sentido, é como se tomasse partido na causa, vez que sua ação, suprindo a inércia do órgão julgador, tende a contribuir com apenas uma das partes, o que nitidamente, contamina sua imparcialidade e isenção.

Desta feita, entende-se que a *mutatio libelli*, quando provocada pelo órgão julgador, na forma prevista pelo art. 384, § 1º, do CPP, é incompatível com a separação das funções, própria do sistema processual adotado na fase judicial, assim como contrária às garantias constitucionais asseguradas ao acusado, notadamente a de um juiz imparcial e ao tratamento igualitário que deve ser atribuído às partes. Por conseguinte, conclui-se que a inconstitucionalidade da previsão, é incontornável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jun. 2023.

BRASIL. Código de Processo Penal - Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 03 jun. 2023.

BRASIL. Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em 03 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 129284, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 06-02-2018 PUBLIC 07-02-2018).

CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 46, nº 183, Jul./Set. 2009. Acesso em: 03 jun. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KHALED JR, Salah, O Sistema Processual Penal brasileiro – Acusatório, misto ou inquisitório? -, Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p.293-308, maio-ago, 2010, p. 295.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal volume único. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2.020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo : Atlas, 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.