

## **Atuação do juiz e das partes no processo: estudo sobre a mutatio libelli a partir do movimento das reformas processuais**

### **Action of the judge and the parties in the process: A study about mutatio libelli from the perspective of procedural reforms**

**Felipe Daniel Amorim Machado<sup>1</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil  
felipemachado100@gmail.com

**Flaviane de Magalhães Barros<sup>2</sup>**

PUC Minas, Brasil  
barros.flaviane@gmail.com

#### **Resumo**

Este artigo apresenta a discussão que se trava em relação à alteração do pedido regulado pela *mutatio libelli*. A análise é feita após as alterações do art. 384 do CPP (Código de Processo Penal) dadas pela Lei n. 11.719/2008 e pela proposta do novo Código de Processo Penal através do PLS 156/2009. A partir de um caso concreto, em que a nova redação do art. 384 do CPP foi declarada inconstitucional, procura-se uma terceira via de resposta ao seguinte questionamento: o juiz deve ficar completamente vinculado aos termos da denúncia? Ou poderia, mediante novas circunstâncias, elementos ou provas colhidos durante a instrução probatória, modificar de ofício o conteúdo da acusação? Para tanto, o estudo parte de uma análise paradigmática das interpretações do art. 384 do CPP para, em seguida, utilizando-se do caso concreto apresentado, interpretar a nova redação do artigo, a partir da compreensão do modelo constitucional de processo. Apresenta-se, como consequência lógica da compreensão do modelo constitucional de processo (Andolina e Vignera, 1997), a discussão sobre a renovação do conceito de ação (Fazzalari, 1992), o que, por sua vez, leva à reinterpretção do próprio conceito de parte no processo, tomando como marco a compreensão do Estado Democrático de Direito na Teoria do Discurso. A

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela UFMG. Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Graduado em Direito pela PUC Minas. Membro do Conselho Deliberativo do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Diretor Presidente do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Advogado (OAB/MG). Av. João Pinheiro, 100, Centro, Belo Horizonte, MG, Brasil.

<sup>2</sup> Doutora e mestre em direito processual – PUC Minas. Pós-Doutora (CAPES) junto a *Università degli studi di Roma TRE*. Professora adjunta da PUC Minas, no curso de graduação e pós-graduação em Direito. Professora da Universidade de Itaúna, nos cursos de graduação. Membro do Conselho Científico do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Advogada (OAB/MG). Av. Dom José Gaspar, 500, Bairro Coração Eucarístico, Belo Horizonte, MG, Brasil.

discussão passa ainda pela análise da reforma do CPP, que segue uma linha crítica de revisão do sistema inquisitorial. Assim, conclui-se que a revisão do papel do juiz e consequente atuação da parte no processo no Estado Democrático de Direito não pode ser dar em termos liberais ou do ativismo judicial, mas como uma atuação definida a partir do contraditório e do modelo constitucional de processo.

**Palavras-chave:** *mutatio libelli*, juiz, modelo constitucional de processo, ação, estado democrático de direito.

## Abstract

This article presents the discussion about the interpretation of art. 384 of the CPP, which regulates the *mutatio libelli*, after the changes brought by Law n. 11719/2008. From a concrete case, in which the new wording of art. 384 of the CPP was declared unconstitutional, it is offered a third way of answering the following question: the judge should be completely bound by the accusation terms or he could, by new circumstances or evidence obtained during the process, modify the content of the complaint? Thus, the study parts from a paradigmatic analysis of the interpretations of art. 384 of the CPP, and then, using the case presented, interpret the new wording of article from the understanding of the constitutional process model. Furthermore, it presents, as a logical consequence of the understanding of the constitutional process model, the discussion about the renewal of the concept of action, which takes to the concept of part in the process. The proposed discussion, from the current text of *mutatio libelli*, also offers a reflection about the movement of total reform of the criminal proceeding.

**Key words:** *mutatio libelli*, judge, constitutional process model, action, constitutional democracy.

## Introdução

O Código de Processo Penal (CPP), Decreto-Lei n. 3.689/1941, que há muito é denunciado em *terrae brasilis* como inadequado frente ao atual modelo constitucional, vem, a exemplo do Código de Processo Civil (CPC), sofrendo reformas parciais que deturpam a coesão de seu texto, gerando várias contradições lógicas e lacunas internas (Machado, 2008). Assim como ocorreu no CPC, as reformas parciais do CPP se pautaram, exclusivamente, no interesse de se garantir celeridade e eficiência ao Direito Processual, a fim de se possibilitar o acesso a uma ordem jurídica justa (Dinamarco, 1998), além de, por seu viés político, acalentar o anseio punitivo que assola a sociedade contemporânea.

Reconhecidas as contribuições do movimento reformista em defesa das garantias processuais<sup>3</sup>, merece destaque as alterações do CPP que reafirmam concepções já ultrapassadas do instituto da ação, bem como da correlação entre acusação e sentença. A controvérsia

sobre a nova redação do art. 384 do CPP, que regula a *mutatio libelli*, repousa na questão da limitação do juiz aos termos da acusação ou se este poderia, *ex officio*, alterar, mediante novos elementos, circunstâncias ou provas colhidas durante a instrução, a imputação, mudando-lhe, por consequência, a classificação jurídica.

Apesar de há pouco tempo ter entrado em vigor, o novo art. 384 do CPP já é objeto de controvérsias que possuem efeitos práticos imediatos, requerendo análises e interpretações que possam balizar a conduta dos operadores do Direito em consonância com as disposições da CR/1988.

Tal discussão transcendeu a reforma parcial do CPP, uma vez que, no projeto do novo Código de Processo Penal, a *mutatio libelli* se mantém em parte igual à reformulação efetivada em 2008. Mas, traz um avanço, pois a reforma total tem como base para revisão do CPP a adequação ao princípio acusatório definido na Constituição de 1988. Contudo, a proposta do novo Código não conseguiu, até então, revisar o protagonis-

<sup>3</sup> Como aspectos positivos da reforma parcial do CPP, citam-se a admissão de assistentes técnicos pelas partes na realização de perícias, a revogação do art. 594 do CPP, o qual aduzia que o acusado deveria se recolher a prisão para poder apelar da sentença penal condenatória, entre outros.

mo judicial presente na *mutatio libelli*, bem como o conceito de ação que se depreende de tal instituto.

O presente artigo objetiva apresentar uma análise constitucionalmente adequada da *mutatio libelli* face às alterações implementadas pela Lei n. 11.719/2008. Assim, pretende-se, de maneira específica, refletir sobre o papel do juiz em tal situação processual, bem como das partes no processo penal, buscando uma interpretação conforme ao modelo constitucional de processo (Andolina e Vingnera, 1997).

Para tanto, no primeiro item, apresenta-se um paralelo entre o instituto da *mutatio libelli* na redação original do CPP e na definida pela Lei n. 11.719/2008. No item segundo é discutido um caso concreto, em que o art. 384 do CPP, com a nova redação, foi declarado inconstitucional, via controle difuso de constitucionalidade, pelo Juiz Federal da 7ª Vara Criminal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, nos autos de n. 2005.61.81.009766-6 (Brasil, 2008), realizando uma análise a partir dos paradigmas jurídico, liberal e social. Tal caso possibilita uma efetiva análise dos limites da atuação do juiz e das partes, visando à mudança de classificação pretendida. No terceiro item, é proposta uma interpretação constitucionalmente adequada para o caso, levando em consideração o modelo constitucional de processo. No quarto item, é destacada a apropriação da discussão feita a partir do art. 384 do CPP, reformado pela Lei n. 11.719/2008, para analisar o movimento de reforma total do CPP, em especial da revisão da inquisitorialidade do processo penal e do tema específico do papel do juiz no processo penal no Estado Democrático de Direito para, por fim, apresentar a conclusão final.

## O instituto da *mutatio libelli* e sua nova estruturação a partir da lei 11.719/08

O instituto da *mutatio libelli* e o da *emendatio libelli* (artigos 384 e 383 do CPP, respectivamente) têm suas base no princípio da correlação entre pedido e sentença consolidado tanto no processo civil como no penal em razão do princípio dispositivo.

A correlação entre pedido e sentença é entendida como princípio que representa garantia processual restritiva da atuação do magistrado, limitando seu campo decisório, em se tratando de processo penal, aos estritos termos apresentados pela acusação. Qualquer decisão

que viole o *tantum iudicatum, quantum deductum* atentaria, por consequência, ao princípio da correlação entre acusação e sentença (Grinover et al., 2006).

No decorrer da instrução criminal, o juiz pode verificar que à imputação feita ao acusado deve-se dar definição jurídica diferente ou que, devido a novas circunstâncias, provas ou elementos colhidos durante a respectiva instrução, a própria imputação deve ser alterada. Diante dessas situações, com base no princípio do livre convencimento (*jura novit curia*) e do *narra mihi factum, dabo tibi jus* (Tourinho Filho, 2003), era possível concluir que o juiz estaria livre para, desde que fundamentadamente, julgar o fato, mesmo que isso significasse ir além ou aquém dos termos da imputação, ou então para alterar a própria imputação e depois julgá-la.

Assim, os artigos 383 e 384, ambos do CPP, atuam no sentido de compatibilizar o princípio da correlação entre pedido e sentença com os princípios do livre convencimento e da consubstanciação. Os dois artigos tratam, contudo, de situações diferentes. Na *emendatio libelli* não se introduz nenhum fato novo ao processo, a discussão se dá em torno de qual é a norma penal adequada para a narração fática contida na denúncia. Por sua vez na *mutatio libelli*, a modificação decorre da introdução de novos fatos ou circunstâncias não previstos na denúncia, porém descobertos na fase de instrução do processo.

Na antiga redação do art. 384 do CPP, havia duas espécies de *mutatio libelli*, sendo uma com e a outra sem aditamento do Ministério Público (MP). Na primeira hipótese, se, do novo elemento, circunstância ou prova colhidos na instrução, surgir possibilidade de uma nova definição jurídica mais gravosa para a imputação, o juiz deveria baixar os autos ao MP para que ele procedesse ao aditamento da denúncia ou da queixa<sup>4</sup>. Na segunda, por sua vez, caso a possibilidade seja de nova definição jurídica para um crime de igual ou menor gravidade, o magistrado agiria de ofício, aditando a denúncia, abrindo vista somente à defesa para que esta em três dias se manifestasse sobre o feito.

A redação original do art. 384 do CPP foi criticada por atribuir ao juiz poderes instrutórios, em razão da possibilidade dele efetivar a desclassificação *ex officio*, abrindo-se vista somente à defesa sem permitir a participação do MP (Badaró, 2000). Ademais, sustentou-se que, no caso de *mutatio libelli* para imputação mais gravosa, o juiz deveria manter-se inerte, não podendo baixar os autos ao MP sob pena de desrespeito ao princípio acusatório (Penteado, 1994).

<sup>4</sup> Somente se tratar-se de ação penal privada subsidiária da pública, conforme o art. 29 do CPP. Nos casos de ação penal exclusivamente privada, não cabe ao MP aditar a queixa, eis que tal espécie de ação rege-se pela oportunidade e conveniência do particular.

A nova redação do art. 384 do CPP, dada pela Lei n. 11.719/2008, não prevê a duplicidade de procedimentos relativos à *mutatio libelli*. O artigo agora dispõe que a *mutatio libelli* deverá ser realizada, independentemente se a nova imputação for menos, igual ou mais gravosa, mediante aditamento a ser feito exclusivamente pelo MP. Sendo que, caso este não proceda ao aditamento e o juiz o entenda cabível, será aplicado o art. 28 do CPP.

Apresentado pelo MP pedido de aditamento da denúncia ou queixa, será aberta vista para a defesa e depois o juiz se pronunciará a respeito de sua admissão. Aceito o aditamento, poderá a acusação ou a defesa requerer a designação de dia para a continuação da audiência. Nesta continuação ocorrerá a produção de novas provas, incluindo a oitiva de até três testemunhas de cada parte, que devem ser arroladas no prazo de cinco dias contados a partir da data de designação da continuação da audiência. Às partes também se abre a possibilidade de requerer outras provas como, por exemplo, esclarecimentos prestados pelos peritos. O acusado será novamente interrogado e serão feitos novos debates. Na sentença, o juiz ficará adstrito ao pedido do aditamento ou julgará *ultra petita*.

De outro modo, se, ao analisar o pedido de aditamento feito pelo MP, após a manifestação da defesa, o juiz rejeitar o aditamento, ou seja, entender que falta justa causa ou outro requisito para o recebimento da denúncia, determinará o prosseguimento do julgamento, abrindo vista para as partes apresentarem suas alegações para posterior sentença.

Como dito, o art. 384 do CPP, antes mesmo do advento da Lei n. 11.719/2008, já suscitava discussões sobre a atuação do juiz e das partes na *mutatio libelli* (Pacelli de Oliveira, 2005) e, com a promulgação da referida Lei, o debate ganhou novas feições que demandam estudos mais acurados, em prol de uma interpretação constitucionalmente adequada do referido instituto.

Antes da reforma, o *caput* do art. 384 do CPP permitia ao juiz exercer a *mutatio libelli* de ofício, quando a nova imputação acarretasse uma sanção de igual ou menor gravidade. Assim, discutia-se se essa intervenção do magistrado não estaria a violar o sistema acusatório, reconhecido pela CR/88 em seu art. 129, I, no qual a acusação e o julgamento são exercidos por órgãos distintos (Badaró, 2000). Sobre a incompatibilidade entre o sistema acusatório e a iniciativa do juiz que, independente de manifestação das partes, altera o teor da imputação, aduz Pacelli de Oliveira (2005, p. 8) que:

[...] em primeiro lugar, nenhum tribunal até hoje se levantou contra a *mutatio libelli* do art. 384 do CPP, no qual se permite uma alteração substancial da peça

acusatória, a partir de fatos e/ou circunstâncias que o juiz julgue provados na instrução criminal. Assim, uma nova acusação é formulada pelo próprio juiz, com a agravante de já significar uma antecipação da valoração que ele estará a fazer do material probatório já produzido.

Esta questão também é analisada por Gustavo Badaró, Fauzi Choukr e Benedito Roberto Garcia Pozzer, ao afirmarem, respectivamente:

[...] em face do art. 129, I, da CR, o art. 384, *caput*, do CPP não mais pode ser aplicado. O juiz não poderá considerar na sentença “circunstância elementar não contida implícita ou explicitamente na denúncia”, salvo se houver aditamento da denúncia ou da queixa, mesmo na hipótese em que a pena a ser aplicada, em face da alteração fática, seja mais branda ou igual à inicialmente cominada (Badaró, 2000, p. 230).

[...] Sempre que com a devida vênia às opiniões em sentido contrário, é de ser destacado que no processo penal conforme à CR e com fundamento acusatório, ao juiz não é dado alterar o objeto do processo. [...] O parágrafo único também se não presta à compatibilidade com a CR. Isto porque o juiz mantém postura ativa com relação ao conteúdo do objeto do processo, ainda que se instigue o Ministério Público a “aditar” a denúncia, momento no qual, diante de eventual recusa deste em proceder à modificação, seria utilizado o mecanismo do artigo 28 por analogia (Choukr, 2005, p. 574-575).

[...] Desponta não recepcionada esse norma do Código de Processo Penal, artigo 384, *caput*, pela Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu art. 129, inciso I, reservou como função institucional, privativa do Ministério Público, promover a ação penal de iniciativa pública. Diante de possibilidade de nova definição jurídica, por fato não contido na denúncia ou queixa, não poderá o julgador determinar, tão-somente, a complementação da defesa. Impõe-lhe, primeiro, determinar o exercício da acusação, um direito do acusado: direito à acusação formal, deduzida pelo acusador oficial ou particular (Pozzer, 2001, p. 161).

Apesar das críticas formuladas, os tribunais pátrios acataram irrestritamente a *mutatio libelli* com e sem aditamento, conforme se denota da análise dos julgados: (a) STF, RHC 85657/SP, Relator: Min. Carlos Britto, publicado D.J. 05.05.2006; (b) STF, HC 76704/RJ, Relator: Min. Nelson Jobim, publicado D.J. 15.10.1999; e (c) STF, HC 68750/RJ, Relator: Min. Néri da Silveira, publicado D.J. 15.06.1995.

A Lei n. 11.719/2008, alterando o art. 384 do CPP, não fez referência à *mutatio libelli* sem aditamento,

exercida de ofício pelo juiz, assim criando uma enorme polêmica sobre o referido artigo, analisada a partir da decisão proferida em um processo criminal que considerou a nova redação inconstitucional.

## A atuação do juiz pela nova redação do art. 384 e sua análise paradigmática

A polêmica acerca da *mutatio libelli* tem seu foco mais incisivo na questão da atuação *ex officio* do juiz, no sentido de dar nova definição jurídica para a conduta denunciada, em razão de novas circunstâncias apresentadas na fase probatória do processo.

Utiliza-se, assim, neste artigo, um caso concreto, a fim de melhor esclarecer a questão. Nos autos de n. 2005.61.81.009766-6, que tramitou na 7ª Vara Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, narrava a denúncia de que o acusado, no dia 24 de julho de 2005, no cruzamento entre a rua Clarence e a avenida João Carlos Silva Borges, em São Paulo (SP), portava consigo, para posteriormente colocar em circulação, uma cédula falsa de R\$ 20,00 (vinte reais).

Segundo o relatório contido na sentença, foi ouvido em juízo o acusado e o policial que o tinha abordado e comprovado que ele detinha moeda falsa. Em seu interrogatório, o acusado disse ter recebido a mencionada cédula do proprietário de um veículo que vigiava, uma vez que trabalha como flanelinha. Esclareceu ainda ter percebido apenas no outro dia que a nota era falsa, mas, mesmo assim, manteve-a em sua posse.

Em suas alegações, o MP pugnou pela condenação nos termos da denúncia, que atribuiu ao acusado o crime de falsificação de moeda (art. 289, § 1º do CP, com pena de reclusão de 3 a 12 anos e multa). Contudo, a defesa aduziu as seguintes teses defensivas para fundamentar seu pedido de absolvição: (a) falsificação grosseira que implicaria em crime impossível, (b) ausência de dolo e existência de boa-fé; (c) e, de forma subsidiária, a aplicação do princípio da insignificância.

Ao analisar os pedidos da parte acusatória, fundamentou o juiz na sentença:

[...] Assim, a denúncia do MPF não prospera quanto à imputação do crime descrito no § 1º do artigo 289 do Código Penal, cuja pena varia de 03 a 12 anos de reclusão e multa. A instrução do processo demonstrou ter havido infração ao tipo penal descrito no § 2º do aludido dispositivo penal – crime privilegiado –, cuja pena

é bem mais branda, variando de 06 meses a 02 anos de detenção, além de multa. Deve-se, pois, proceder à desclassificação do crime – *mutatio libelli* (Brasil, 2008, p. 3, grifos do original).

De outro modo, também entende improcedentes as teses da defesa, concluindo:

[...] A conduta do acusado subsume-se objetiva e subjetivamente ao tipo penal do artigo 289, §2º, do Código Penal, em sua forma consumada, porquanto percorrido na integralidade o *iter criminis* (Brasil, 2008, p. 4, grifos do original).

Se ainda fosse vigente a norma da *mutatio libelli* sem aditamento da redação original do art. 384 do CPP, o juiz poderia dar à conduta descrita nova classificação, pois operaria a desclassificação de ofício. Sem pedido do autor ou do acusado, o julgador corrigiria a imputação, em virtude dos fatos novos descobertos no *iter processual*.

Na sentença<sup>5</sup>, ao analisar sobre a nova redação dada ao art. 384 pela Lei n. 11.719/08 e decidir por sua inconstitucionalidade, via controle concreto de constitucionalidade, o magistrado aduziu que:

[...] Pela nova regra, entretanto, entendendo o Ministério Público não ser caso de aditamento, o juiz terá de se submeter à vontade do órgão acusador. A iurisditio ou jurisdição foi outorgada pelo constituinte originário ao Poder Judiciário. Sendo esta – dizer o direito – sua atividade precípua e principal na solução dos conflitos de interesses, a independência do juiz ficará comprometida caso tenha, no momento de aplicar o direito ao fato, submeter o seu entendimento à aprovação de outro órgão, parte no conflito. [...] A nova regra processual pretende submeter o juiz, no ato da sentença, à vontade de outro órgão. A violação ao artigo 2º da Constituição Federal é frontal, não devendo ser aplicada a nova regra do artigo 384 do CPP na desclassificação do delito para outro de igual ou menor gravidade.

[...] É certo que, pela nova regra, não concordando o órgão acusador com o entendimento do juiz sobre a incidência de crime menos grave, deixando de aditar a denúncia, restariam ao julgador duas opções, ambas inadmissíveis: (a) curvar-se à vontade do Estado-acusação e condenar o acusado por um crime que está convencido de sua inocência, o que constituiria rematado disparate e abuso encharcado de extrema covardia; ou, (b) absolver o acusado do crime mais grave capitulado na denúncia, permitindo a impunidade para o crime menor, o

<sup>5</sup> A decisão foi impugnada por meio de apelação, mas que, até 16 de agosto de 2010, ainda não foi julgada.

que também *afrentaria o princípio republicano*, pelo qual todos devem ser responsabilizados por seus atos contravenientes ao ordenamento jurídico. Por isso, é aqui *declarada, incidenter tantum, a inconstitucionalidade* da nova regra do *caput* do artigo 384 do CPP, introduzida pela Lei 11.719/2008, por violação aos artigos 1º, III, 2º e 5º, incisos XXXV e LIII, da Constituição Federal (Brasil, 2008, p. 7-10, grifos do original).

Em suma, a decisão insurgiu-se contra a nova redação do art. 384 do CPP, pois, segundo o magistrado, o pedido do MP não pode limitar a correta atuação do Poder Judiciário que possui a função precípua de dizer o Direito no caso concreto. Ainda no entender do juiz, caso ele adotasse a nova redação do art. 384 do CPP, estaria privilegiando a impunidade. Assim, deveria ele, mesmo sabendo ter o acusado cometido um fato típico, ilícito e culpável, absolvê-lo, o que afrontaria, em sua perspectiva, o princípio republicano, “pelo qual todos devem ser responsabilizados por seus atos contravenientes ao ordenamento jurídico” (Brasil, 2008, p. 10). Após atacar estes pontos, o juiz procedeu à desclassificação sem aditamento, condenando o acusado pelo crime previsto no art. 289, § 2º, que é punido com detenção de seis meses a dois anos e multa.

Em sentido oposto ao apresentado na sentença, vários autores sugerem que a nova redação do art. 384 do CPP excluiu por completo dois entendimentos: (i) o juiz está completamente inerte e adstrito aos termos da acusação; (ii) o magistrado deve atuar no sentido de alterar, *ex officio*, a imputação feita ao acusado, ou então baixar os autos ao MP.

O primeiro entendimento, daqueles que defendem a inércia do juiz – criticando também a utilização do art. 28 do CPP –, sustenta-se sob o discurso de que tal intervenção afronta o sistema acusatório, como ilustram as citações:

[...] a intenção do legislador foi a de corrigir uma discrepância até então prevista no CPP: a atuação *ex officio* do juiz de alterar (e não apenas corrigir a capitulação jurídica do crime descrito na inicial, tal como ocorre com a aplicação da *emendatio libelli*) a acusação, em violação ao sistema acusatório que permeia o processo penal brasileiro (Neto e Monteiro, 2008, p. 171).

[...] Qualquer que seja a pena cumpre ao juiz remeter os autos ao Ministério Público, a fim de que, no prazo de cinco dias, se proceda ao aditamento da denúncia ou da queixa (Gomes *et al.*, 2008, p. 328-329).

[...] O juiz não deveria, em nenhuma hipótese, ingressar na esfera da parte acusatória para retificar informações fáticas e jurídicas. Infelizmente o legislador fi-

cou a quem do que deveria. O § 1º mantém no sistema processual vigente a possibilidade de o juiz discordar do não aditamento da denúncia e remeter os autos para o Procurador-Geral de Justiça. Em resumo, houve uma melhora na *mutatio libelli*. Devolveu-se ao Ministério Público parcela de sua competência que estava em mãos erradas – na do magistrado –, mas não de forma plena. O juiz, de forma inquisitória, ainda pode imiscuir-se na titularidade da ação penal pública e provocar o incidente do art. 28 do CPP (Silva, 2008, p. 28).

Autores como Gomes *et al.* (2008) e Badaró (2000) acreditam que o juiz deve ficar completamente adstrito aos termos da denúncia, isentando-se de qualquer atuação *ex officio*.

O segundo posicionamento, por sua vez, caracteriza-se por permitir a atuação do julgador na definição dos fatos imputados ao acusado, ou então que admite que o magistrado baixe os autos ao MP para que ele adite a denúncia, assim demonstrando sua predisposição à *mutatio libelli*. Esta foi a compreensão que permeou a decisão do Juiz Federal da 7ª Vara Criminal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, nos autos de n. 2005.61.81.009766-6 (Brasil, 2008), ao declarar inconstitucional o art. 384 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.719/2008.

Os entendimentos acerca da aplicação da *mutatio libelli* acima expostos são agora confrontados com o papel do juiz e das partes a partir de uma visão paradigmática do Direito Processual, reconhecendo as características próprias do liberalismo processual e da corrente socializadora do processo. Tal proposta visa justamente chegar a uma interpretação que seja adequada não aos dois primeiros paradigmas (liberal e social), mas, sim, ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

O liberalismo processual é fundado no princípio dispositivo, que define a correlação entre pedido e sentença. Como assevera Nunes (2008, p. 76),

[...] com base nesse princípio (dispositivo), o liberalismo processual idealizou uma concepção de protagonismo processual das partes, uma vez que, desde a abertura (proposição) do procedimento, até mesmo o impulso processual era confiado a elas.

Logo, o liberalismo processual defende a ideia de que o processo é coisa das partes, como se fosse uma guerra particular. Esta posição foi combatida pelas legislações processuais socializadoras que trouxeram à tona a discussão sobre o acesso à justiça.

Assim, no processo de superação do liberalismo, deslocou-se o foco das partes para a figura do juiz, o qual teria o *munus* de proferir uma decisão justa, con-

solidando, portanto, o protagonismo judicial. De forma clara, percebe-se a influência de tal movimento na proposta de instrumentalidade do processo e de seus escopos metajurídicos de Dinamarco (1998).

As duas interpretações do art. 384 do CPP analisadas laboram a questão com base na discussão das heranças inquisitoriais ou acusatórias no instituto da *mutatio libelli*, não se voltando a uma análise paradigmática como pretende o presente estudo, em que pesem tais interpretações se aproximarem da compreensão do processo em uma perspectiva liberal ou socializadora.

Quando na decisão, nos autos n. 2005.61.81.009766-6 (Brasil, 2008), o juiz ressalta que o Poder Judiciário não pode ficar submetido à posição de outro órgão, visível se coloca a influência do socialismo processual, a qual outorga ao juiz a tarefa de realizar a justiça social como se, no caso do processo penal, “responsável pela segurança pública fosse” (Lopes Júnior, 2004, p. 183). Por outro lado, a decisão demonstra a profunda separação entre a atuação do juiz, de dizer o Direito, da atuação das partes, de apresentar os fatos com todas as suas circunstâncias, sendo estas as bases do princípio do *iura novit curia*. Nessa esteira, o próprio *iura novit curia* exclui as partes da atuação de dizer o Direito, no sentido de que o único intérprete autorizado seria o magistrado, característica esta que reforça ainda mais o protagonismo judicial.

Por outro lado, o mesmo princípio, visto a partir de uma vertente liberal, limita a atuação do juiz unicamente ao apresentado pelas partes, de modo especial, no processo penal, à imputação feita pelo MP, titular da ação penal, sob a justificativa da adoção do sistema acusatório. A perspectiva liberal se aproxima àquela interpretação do art. 384 do CPP que defende a adstrição do juiz aos estritos termos da denúncia, devendo este submeter-se irrestritamente ao (não) aditamento feito pelo MP. Esse posicionamento, como ressaltado, pode levar o julgador a absolver o acusado das imputações descritas na denúncia, mesmo estando convicto de ter ele cometido outro crime ou então a condenar pelo crime mais grave.

Percebe-se em ambas as posições que as bases da compreensão do processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, próprias do Estado Democrático de Direito, não são atendidas, desconsiderando-se a garantia da participação das partes na construção do provimento. Ignoram-se o próprio princípio do contraditório e o da ampla argumentação, porque compõem a base do modelo constitucional de processo, com os também princípios do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões (Barros, 2009).

No atual paradigma constitucional, a atuação do juiz deve adequar-se ao modelo constitucional de processo. Logo, o julgador não pode quedar-se inerte e alheio à causa como se pretendia no liberalismo processual e também não deve portar-se como um justiceiro e protagonizador único de uma sentença justa, como se defendia no socialismo processual.

### **Por uma interpretação constitucionalmente adequada da atuação do juiz e das partes na *mutatio libelli***

As propostas já formuladas parecem não apresentar uma compreensão adequada ao Estado Democrático de Direito, pois ora privilegiam a impunidade, ora defendem a discricionariedade judicial. Diante desse quadro, busca-se uma interpretação constitucionalmente adequada da *mutatio libelli*, partindo da análise do paradigma procedimentalista de Habermas (2003), o qual compreende o sujeito de direitos como autor e destinatário da norma jurídica, na medida em que o Direito possa ser obedecido não em razão da sua positividade, mas em virtude da sua legitimidade.

Algumas das principais questões acerca da interpretação do art. 384 do CPP podem ser assim resumidas: (a) Entendendo que à imputação deve ser dada classificação diversa daquela presente na denúncia, devido a novas circunstâncias percebidas na instrução, e, diante da inércia do MP, o juiz deve quedar-se inerte ou provocar o MP abrindo-lhe vista dos autos para aditamento? Isso configura pré-julgamento do magistrado, comprometendo assim a sua imparcialidade?; (b) Caso entenda pela desclassificação e o MP recuse-se a aditar a denúncia, o magistrado deve condenar o acusado nos termos da denúncia ou absolvê-lo (mesmo sabendo ter ele cometido outro crime)? Ou, então, poderia o juiz atuar de ofício, desclassificando o crime a fim de evitar a impunidade pelo fato típico descrito na denúncia? Tal ato desrespeitaria o sistema acusatório?; (c) O MP é o único legitimado a dispor da ação, como se tal instituto fosse um direito exclusivo do autor? Ou a ação é um direito de todos os sujeitos processuais?

Dois importantes pontos da teoria do processo devem ser analisados para a formulação de respostas constitucionalmente adequadas às questões acima formuladas. O primeiro reside na adequação da *mutatio libelli* ao modelo constitucional de processo.

O modelo constitucional de processo foi pensado, inicialmente, por Andolina e Vignera (1997) para

revisão do processo civil italiano<sup>6</sup>, na tentativa de consolidar a compreensão de que na constituição havia um conjunto de normas comum a todos os processos jurisdicionais.

[...] Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all'interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l'oggetto de una esposizione unitária [...] (Andolina e Vignera, 1997, p. 7).<sup>7</sup>

Nesse contexto, es propuseram um modelo formado por um esquema geral de processo que possui três características básicas: a expansividade, a variabilidade e perfectibilidade.

[...] Nella espansività, consistente nella sua idoneità (consequente alla posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella variabilità, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l'adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi; c) nella perfectibilità, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub- costituzionale, la quale (scilicet: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) bem può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale [...] (Andolina e Vignera, 1997, p. 9).<sup>8</sup>

Em outros termos, a base do modelo constitucional de processo é única e se encontra na constituição, especificamente, nos princípios constitucionais do processo. Entretanto, tal modelo pode se expandir, formando vários microssistemas, podendo estes variar conforme seus institutos específicos, mas sempre coerentes com o modelo constitucional de processo (Machado, 2008). Nas palavras de Barros (2008a, p. 335),

[...] Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adéqua à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo.

A CR/88 estipula um modelo constitucional de processo, sendo necessário identificar quais seriam seus princípios fundantes. Assim, de acordo com o marco procedimentalista do Estado Democrático de Direito (Habermas, 2003), no qual o processo é visto como garantia constitutiva de direitos fundamentais, sustenta-se a compreensão de quatro princípios codependentes – contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões – que formariam a base do modelo constitucional de processo brasileiro (Barros, 2009).

Apesar da teoria do modelo constitucional de processo ter sido proposta no contexto do processo civil, mostra-se completamente viável, numa perspectiva procedimentalista, a sua apropriação em termos de uma teoria geral do processo, assim, aplicando-se ao processo jurisdicional, legislativo, administrativo e arbitral. Isto se reflete nas palavras de Barros e Machado (2007, p. 5194) que, com base em Habermas, afirmam que no

[...] Estado Democrático de Direito o paradigma procedimentalista garante o direito de escolhas e de pertencimento de uma sociedade multicultural e plural, que para isto se legitima pela participação dos atingidos, compreendidos como autores e destinatários da norma jurídica, seja no processo legislativo, na definição de políticas públicas, no processo administrativo ou jurisdicional.

Na análise de cada microssistema, não se pode desconsiderar os princípios do esquema geral, isto é, do modelo constitucional de processo, mas, ao lado de tais princípios, em cada microssistema, existirão institutos que o especializam. Ou seja, cada micros-

<sup>6</sup> No Brasil, um dos grandes precursores do estudo do processo constitucional é José Alfredo de Oliveira Baracho que, em apertada síntese, afirma que este se contrapõe à ideia de processo como instrumento, sendo caracterizado, em verdade, como uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais que possibilita a efetiva tutela, proteção e fomento de tais garantias (Baracho, 2006, p. 47-48).

<sup>7</sup> Normas e princípios constitucionais concernentes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas em sua complexidade, possibilitam ao intérprete determinar um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, susceptível de formar o objeto de uma exposição unitária (tradução nossa).

<sup>8</sup> (a) na *expansividade*, consistente em sua idoneidade (relativa à posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar o aspecto dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, o qual (aspecto) deve ser compatível com as conotações daquele modelo; (b) na *variabilidade*, que indica a possibilidade de assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possa ocorrer segundo várias modalidades em vista da realização de fins particulares; (c) na *perfectibilidade*, que designa a sua idoneidade para ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (*scilicet*: no respeito ao modelo e em função do alcance de objetivos particulares) pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (ulteriores) garantias e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional (tradução nossa).

sistema aperfeiçoa-se pelas suas peculiaridades, bem como pelo provimento pretendido ou pelo direito fundamental a ser garantido, lembrando que ele deve sempre respeitar os princípios do contraditório, ampla defesa entendida como ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação da decisão, os quais compõem a base do modelo constitucional de processo. Essa noção decorre das características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade<sup>9</sup>.

Em relação ao processo penal, como microsistema que é, a característica da expansividade do modelo constitucional de processo se manifesta na incorporação de princípios como a presunção de inocência e a garantia das liberdades constitucionais do cidadão, previstas no art. 5º da CR/1988. Portanto, além de estar de acordo com a base principiológica que compõe o modelo constitucional de processo, o processo penal deve especializar-se por intermédio da “presunção de inocência e das garantias de liberdades individuais do cidadão” (Barros, 2008a, p. 337).

Assim, no caso concreto analisado neste artigo, não se pode simplesmente desconsiderar que a construção do provimento seja um ato exclusivo do juiz. Este ponto é claro quando se analisa o processo no Estado Democrático de Direito, em razão da superação da própria teoria da relação jurídica, a partir da apropriação da teoria do processo como procedimento em contraditório de Fazzalari (1992). A sentença não é produto da inteligência pessoal do juiz, mas da reconstrução do fato e da argumentação realizada pelas partes, em contraditório garantido pelo juiz. O magistrado não participa do contraditório, mas o garante como o espaço argumentativo para construção da decisão pelos que serão por ela afetados.

Logo, o juiz, ao verificar a necessidade de aplicação da *mutatio libelli*, deve atuar oportunizando que acusação e defesa discutam sobre tal tema, o que não fere sua imparcialidade. Esta postura, ao contrário, garante que o tema da *mutatio libelli*, relevante para a construção do provimento, seja discutido e argumentado pelas partes, justamente, para evitar uma decisão solipsista, proveniente do horizonte subjetivista do juiz. Além de garantir o contraditório e a fundamentação adequada da decisão, garante-se a ampla argumentação, pois permite às partes o tempo necessário para argumentativamente reconstruírem o discurso dialético do processo (Barros, 2009).

O juiz não possui interesse na causa, de modo que não defenderá nenhum posicionamento. Ele se restringirá a inserir o tema da *mutatio libelli* no debate das partes em meio à audiência de instrução e julgamento, o que possibilita a ampliação do contraditório. Se as partes desenvolverem o tema, este poderá ser utilizado na fundamentação da decisão, eis que a argumentação travada em contraditório delimita o campo argumentativo da sentença.

[...] a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão [...] (Barros, 2008b, p. 135).

Caso as partes não o desenvolvam, restará ao juiz absolver o acusado, eis que não poderia condená-lo por um crime que não cometeu, prevalecendo assim o princípio do *favor rei*.

A adoção de tal compreensão dos princípios, em especial da ampla argumentação exige a revisão do próprio conceito de ação de forte herança pandectista. Não se pode admitir que somente o autor tenha direito de ação, e o réu um reduzido e não simétrico direito de defesa, definido apenas como reação ao direito de ação. Dessa maneira, a posição analisada anteriormente, em que o juiz estaria limitado à ação do órgão de acusação, no sentido de aditar a denúncia, funda-se no conceito de ação como direito exclusivo do autor no processo penal. No caso concreto analisado, há uma questão específica que deve ser levada em conta: a nova classificação garante situação penal mais favorável ao acusado. Mesmo que a defesa, em um primeiro momento, não tenha formulado um pedido específico de desclassificação, como ocorreu no caso concreto analisado, não se pode desconsiderar sua participação, esperando-se apenas que o órgão de acusação concorde com a *mutatio libelli*, que visa à desclassificação. Isto sem considerar ainda a garantia da eficiência da defesa penal.

A revisão do conceito de ação, portanto, é o segundo ponto necessário para a resposta às proposições destacadas. Nessa perspectiva de legitimidade pela

<sup>9</sup> A percepção dessas características reduz a relevância da distinção entre processo constitucional e infraconstitucional, pois, se para ser processo deve-se atender aos princípios da base constitucional, então, por dedução lógica, todo processo é constitucional. Nesse sentido, Leal (2008, p. 38, grifos do original) aduz que “Atualmente, pelas características da *expansividade*, *variabilidade* e *perfectibilidade* do Processo, não há falar em Processo Constitucional e outro infraconstitucional, de vez que é este *juridicamente* fundado naquele dentro de um modelo institucional constitucionalizado e unificado por princípios, garantias e institutos que lhes são qualificativos”.

construção democrática do provimento, insere-se a mudança da compreensão do conceito de ação, em sua conformação ao Estado Democrático de Direito. Essa renovação é percebida nos estudos do autor italiano Fazzalari (1992) que desloca o foco da teoria da ação, que recaía sobre o pedido e a demanda, para o provimento.

A nova compreensão do conceito de ação proposto por Fazzalari se define a partir do critério da legitimação para agir, que se expande a todos os sujeitos do processo e não somente ao seu autor (Gonçalves, 2001). O critério da legitimação é trabalhado por Fazzalari (1992) em um duplo viés, sendo eles o da situação legitimante e o da situação legitimada, os quais são assim apresentados por Gonçalves (2001, p. 152):

[...] enquanto a situação legitimante é contemplada como aquela em presença da qual um poder, uma faculdade ou um dever são conferidos ao sujeito, a situação legitimada consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, que se põem como expectativa para cada um dos sujeitos do processo.

O foco do conceito de ação não é mais o pedido<sup>10</sup>, mas o provimento. Isso porque, se ação fosse o direito de postular em juízo, de pedir, o direito do réu seria o de impedir. O novo conceito de ação se sustenta pelo direito ao processo. Assim, têm ação aqueles que serão afetados em sua esfera de direitos pela decisão.

[...] O critério para a determinação da legitimação para agir, no processo jurisdicional civil (podendo ser estendido a qualquer processo), é referido por Fazzalari ao provimento, e, em consequência, à medida jurisdicional emanada. O provimento será o ponto referencial para que, com base na situação legitimante, se identifique quem é o sujeito, dentre os protagonistas do processo [...] (Gonçalves, 2001, p. 146).

Nesse sentido, a ação não se coloca como mero direito de propor uma demanda, mas como a existência de direitos, faculdades, deveres e ônus simétricos entre os afetados pelo provimento jurisdicional. Logo, como ressalta Barros (2007, p. 180).

[...] têm ação no processo todos aqueles que realizam uma série de atos, direitos, faculdades e deveres, principalmente no que tange ao confronto entre as atuações do autor e do réu, pois tanto um quanto ou-

tro possuem faculdades, direitos e deveres relativos à construção do processo como procedimento em contraditório, entendido como posição de simétrica paridade entre eles. Logo, não se pode falar em legitimação ativa do autor e legitimação passiva do réu, pois ambos são legitimados ativos do contraditório. Se há alguma legitimação passiva das partes, esta se refere à legitimação ao provimento jurisdicional, pois serão elas as afetadas pela sentença do juiz [...].

Percebe-se que há uma mudança de perspectiva do próprio conceito de parte, sendo este agora entendido como os “sujeitos destinatários do provimento, afetados em sua esfera de direitos pela decisão, que atuaram em posição de simétrica paridade” (Barros, 2007, p. 181). Nesse sentido, se as partes possuem ação nos termos da releitura fazzalariana de ação, quais serão os limites entre os pedidos das partes e a atuação do juiz no processo, em uma perspectiva que leve em consideração o processo como garantia própria do Estado Democrático de Direito?

Certamente, a teoria da consubstanciação e da individualização que definem a causa de pedir, tema estudado em teoria geral do processo, não são suficientes para a resposta da questão, justamente porque descon sideram a simétrica paridade entre atuação da parte autora e da parte ré.

Não é possível admitir que os limites entre pedido e sentença sejam dados apenas pela atuação da parte autora ou em especial, no processo penal, pela imputação feita pelo MP.

A apropriação pelo processo penal das noções de teoria geral de processo a respeito do princípio da congruência ou da correlação entre pedido e sentença deve levar em conta as especificidades que lhe são próprias. Particularmente, toma-se como referência a presunção de inocência, o direito à liberdade dos cidadãos e as especificidades da ampla argumentação que exigem a ampla e eficiente defesa do acusado.

É preciso refletir sobre a noção processual civil da congruência, nas palavras de Ovídio Baptista da Silva:

[...] o princípio da congruência, ou da rigorosa correspondência entre pedido e sentença, impõe, como decorrência lógica, que a sentença decida igualmente a matéria deduzida pelas partes e a matéria que, embora não deduzida, seria deduzível [...] (Silva e Gomes, 2006, p. 244).

<sup>10</sup> Para Grinover et al. (2007), ação é uma situação jurídica de que desfruta o autor face ao Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo) ou um poder. Segundo os autores, ainda, a ação é dirigida exclusivamente ao Estado, mesmo que tenha efeitos na esfera jurídica de terceiros, caracterizando-se como um direito abstrato, autônomo e instrumental. Theodoro Júnior (2007) afirma ser a ação um direito autônomo (direito distinto do direito material disputado) e abstrato (independente da existência ou não do direito material).

Primeiro, porque, no processo penal, o que não foi deduzido pela defesa não pode ser simplesmente considerado precluso, uma vez que a ineficiência da defesa é argumento possível para o reconhecimento de nulidade no processo penal. Por outro lado, o dito julgamento *ultra petita*, para o processo penal, que seria justamente a inclusão de novas circunstâncias relevantes para a reconstrução do fato narrado na denúncia, não pode ser limitado pela necessária atuação do órgão de acusação, principalmente quando tais fatos são relevantes para a aplicação de norma penal mais favorável ao acusado.

Assim, os limites da sentença serão dados pelo fato que se pretende reconstruir argumentativamente no processo. Todas as circunstâncias relevantes para reconstruir o fato devem ser introduzidas no processo e submetidas ao contraditório e à ampla argumentação das partes. A atuação do juiz, ao fomentar o diálogo sobre a *mutatio libelli*, não pode substituir ou atenuar a participação das partes que estão em simétrica paridade. Logo, dizer que o MP é o titular da ação não significa que ele pode dispor do processo da forma que ele bem entender. O processo é garantia constitutiva de direitos fundamentais, logo é direito do acusado, inclusive, o direito de uma defesa eficiente.

O conceito renovado de ação (Fazzalari, 1992) auxiliará na análise hermenêutico-crítica do papel do juiz no modelo do Estado Liberal, em que ele figura como mero observador do duelo entre as partes, e também a sua atuação discricionária como se fosse responsável pela implementação das políticas estatais (Estado Social).

Assim, no caso concreto analisado, como o juiz fundamentadamente desconstituiu todas as teses defensivas de absolvição, e a desclassificação era um argumento possível, ele não deveria desclassificar de ofício. A atuação conforme ao modelo constitucional de processo impõe que ele oportunize a discussão sobre a *mutatio libelli* no processo, para que acusação e defesa, em contraditório, possam argumentar dialeticamente se há circunstâncias fáticas que fundamentem uma eventual modificação na classificação para crime menos/mais grave.

Desse modo, o juiz não se torna mero espectador do duelo das partes e da esperteza dos operadores do Direito que as representam, no mesmo passo em que também não atua solitariamente, sem permitir a atuação das partes em contraditório e sem efetivar a ampla argumentação.

Esta, certamente, é a questão a ser analisada no projeto do novo Código de Processo Penal. Isso, principalmente, por atingir a discussão do protagonismo judicial do juiz ou, dito ao contrário, a inércia da atuação jurisdicional.

## A análise do projeto de novo código de processo penal e a necessidade de uma interpretação constitucionalmente adequada

A proposta do novo Código de Processo Penal, que atualmente tramita no Senado Federal – PLS 156/09, mantém redação próxima a estabelecida pela Lei n. 11.719/2008, retirando apenas os resquícios inquisitoriais que se mantinham na reforma parcial de 2008. Assim, se excluiu da redação do art. 408 do PLS 156/2009 a referência à possibilidade de aditamento tão somente na ação penal pública, uma vez que o projeto de novo CPP pretende extinguir os crimes de ação penal privada, tornando todos de ação penal pública condicionada. Mais que isso, a proposta do novo Código exclui da *mutatio libelli* a possibilidade de aplicação do antigo e inquisitorial art. 28 do CPP de 1941, o qual determinava o encaminhamento dos autos ao Procurador Geral de Justiça quando o juiz discordava da decisão do MP de não aditar a denúncia, em razão de circunstância nova nela não contida.

Certamente, excluir a possibilidade de o juiz remeter ao Procurador Geral de Justiça se adequa à proposta do novo Código que pretende a adoção do sistema acusatório nos termos da disposição constitucional. Como ressalta Coutinho (2009), a proposta do novo Código de Processo Penal é regida pelo sistema acusatório e não mais pelo sistema inquisitorial. Em especial, o projeto de novo Código no art. 4º diz da impossibilidade do juiz ser o gestor da prova, importante característica inquisitória definida por Cordero (1986) a partir da noção de um “*quadri mentali paranoidi*”. Isto porque ao gerir a prova o juiz mentalmente antecipa sua interpretação sobre os fatos, dirigindo suas perguntas, por exemplo, às testemunhas no sentido de obter como resultado o quadro mental previamente imaginado. Em outros termos, o julgador pode decidir antes e depois buscar, quiçá obsessivamente, provas para embasar sua decisão previamente tomada.

Assim, segue bem o projeto de novo CPP ao tentar impedir que a gestão da prova comprometa a imparcialidade do juiz. Segundo o anteprojeto da comissão dos juristas: “Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Mas o ponto relevante da discussão da iniciativa probatória se apresenta também na discussão da *mutatio libelli*, feita pela análise do caso concreto nos itens anteriores. Isso é, até que ponto pode o juiz influir para

que as provas necessárias sejam produzidas pelas partes? Deve ele provocar o aditamento do pedido para incluir novas circunstâncias fáticas que gera alteração da classificação do crime? Dito de outro modo, o juiz deveria, na nova proposta de CPP, adotar uma posição de inércia ou até mesmo de obscuridade como se fosse uma “samambaia de sala de audiência”<sup>11</sup>?

Como afirmado anteriormente, o papel do juiz no Estado Democrático de Direito não pode ser o de inércia à espera da solução, a partir do jogo das partes – matriz liberal –, ou, ao contrário, a atuação protagonista do juiz de ofício – matriz social. Com seu papel de garantidor do contraditório e da ampla argumentação, certamente o juiz deve propiciar a possibilidade de discussão argumentativa das partes sobre as provas a serem produzidas, as circunstâncias do crime e a norma adequada ao caso, tudo mediante o contraditório prévio.

É oportuno, portanto, esclarecer o papel do juiz no Estado Democrático de Direito como garantidor do contraditório. Para tanto, a experiência vivenciada, a partir das legislações processuais civis francesa, alemã e portuguesa esclarecem a perspectiva que se pretende para o juiz.

Como ressalta o Código de Processo Civil francês em seu art. 16, ou ainda se verifica no art. 3º do Código de Processo Civil português e no parágrafo 139 da ZPO alemã, o juiz deve, mesmo em matérias que possa decidir de ofício, garantir o contraditório prévio. Tal perspectiva foi discutida pela Comissão de Juristas, nomeada pelo Senado Federal para propor um Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, adotando a seguinte redação:

Art. 10 - O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício (Senado Federal, 2010, s.p.).

O contraditório permite que a decisão não seja tomada a partir da atuação individual do juiz, consubstanciada em seu subjetivismo, exigindo, assim, que se garanta a influência das partes que participam da construção do provimento. Logo, quando o juiz observa o contraditório ele lança às partes os temas para serem debatidos, a fim de que com a participação delas possa proferir a decisão. Não se descredencia o juiz do papel

de julgador, pelo contrário, o consolida com terceiro imparcial no processo que ouve todas as partes antes de “*dire l’ultima parola*” (Resta, 2009, p. 159).

A democracia processual não pode nem desconsiderar o papel do juiz de julgador, nem desnaturar o papel das partes como participantes do contraditório. A elas cabe o direito de participar argumentativamente do processo em posição de simétrica paridade. Logo, garante-se a ambas as partes a simetria na possibilidade de pedir, apresentar argumentos, fatos e produzir provas. Portanto, o processo penal não pode ficar ao arbítrio nem da acusação, nem da defesa, ou do juiz. Trata-se de uma estrutura dialógica que garante a democracia e os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Certamente, mantendo-se a redação proposta pela Comissão de Jurista do CPP a respeito da *mutatio libelli* e da própria *emendatio libelli*, será necessário integrá-la a uma interpretação constitucionalmente adequada ao modelo constitucional de processo que privilegia a simétrica paridade entre acusação e defesa, exigindo o contraditório prévio para o aditamento do pedido de imputação. Este, por sua vez, permite à defesa postular por uma nova classificação jurídica dos fatos em razão das circunstâncias fáticas não contidas na peça inicial probatória.

## Conclusão

Este breve ensaio delimitou a atuação do juiz e das partes no processo penal, especificamente em relação ao art. 384 do CPP, oferecendo uma interpretação conforme ao modelo constitucional de processo que seja adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como analisou a proposta do novo Código de Processo Penal sobre o instituto. Utilizando-se de um caso concreto, apresentam-se dois posicionamentos sobre a aplicação do art. 384 do CPP com redação dada pela Lei n. 11.719/2008, sendo o primeiro o que defende a irrestrita adstrição do juiz aos termos da denúncia e o segundo aquele que permite ao magistrado atuar *ex officio* na redefinição da acusação.

Demonstrou-se que ambos os posicionamentos não se coadunam ao Estado Democrático de Direito, eis que: o primeiro remonta ao liberalismo processual, pois interpreta o processo como uma luta entre as partes, devendo o juiz se portar como um mero observador; o segundo, por sua vez, se liga às influências do Estado Social, pois outorga ao juiz a tarefa de realizar

<sup>11</sup> Tal expressão foi utilizada em acórdão judicial citando-se uma palestra proferida por Guilherme de Souza Nucci, em um curso de atualização de magistrados no Paraná, na qual o autor compara o juiz – que atua garantindo o respeito ao procedimento, indeferindo perguntas impertinentes, pautando sua atuação de maneira complementar às das partes – a uma “samambaia de sala de audiência” (Tribunal de Justiça do Paraná, 2009).

a justiça social, fazendo com que ele suprima a argumentação das partes e decida com base naquilo que ele entende ser o melhor para a sociedade, privilegiando, por consequência, o protagonismo judicial e a própria discricionariedade.

Na busca por uma terceira via da aplicação da *mutatio libelli*, adequada ao atual paradigma constitucional, interpretou-se o art. 384 do CPP, a partir do modelo constitucional de processo, analisando-se também as implicações de tal instituto frente à atual compreensão do conceito de ação adotada pelo CPP. Tal interpretação se estende, inclusive, à proposta de novo Código de Processo Penal, que avançou em termos da adoção do sistema acusatório, mas não conseguiu superar o tema do ativismo judicial.

A partir da proposta do modelo constitucional de processo, vista sob o viés do paradigma procedimentalista habermasiano, conclui-se que a decisão não pode ser fruto da onipotência solipsista do juiz, ou seja, o dizer o Direito não é um ato exclusivo do magistrado, como se ele fosse o único interprete autorizado da constituição. Ao contrário, a sentença representa a reconstrução dos fatos, permeada pela argumentação das partes, em contraditório garantido pelo juiz. Assim, os limites da fundamentação da decisão seriam estabelecidos pela própria argumentação travada em contraditório, e deveriam, obrigatoriamente, decidir com base nos argumentos apresentados, em contraditório, pelas partes.

A compreensão do modelo constitucional de processo exige uma revisão do conceito de ação antes visto como um direito exclusivo do autor, ao qual corresponde um direito de defesa do réu. Essa perspectiva, que era inspirada no *tantum iudicatum, quantum deductum*, base do princípio da correlação entre pedido e sentença, aduz que o juiz deve ficar, no processo penal, estrito aos termos da acusação. A compreensão renovada do conceito de ação retira sua estrita ligação do pedido deslocando-a para o provimento. Assim, a ação não é mais entendida como um direito do autor, mas, sim, um direito de todos os sujeitos processuais, sendo estes definidos a partir de sua afetação pelo respectivo provimento.

Logo, o MP não é o único titular da ação, de modo que o processo não pode ficar a sua mercê. Assim, o processo, entendido como garantia de direitos fundamentais, é também direito do acusado que pode dele dispor. Nesse meio, o juiz deve atuar garantindo o respeito a todos os direitos e garantias fundamentais das partes, sendo que, no caso do processo penal, como microsistema que é em relação ao modelo constitucional de processo, deve-se prezar pelo direito

do acusado a uma defesa eficiente, lembrando que sua ausência pode ensejar, inclusive, o reconhecimento de nulidade do processo.

Assim, na aplicação da *mutatio libelli*, mormente em benefício do acusado, o magistrado deve atuar no sentido de inserir o tema em debate. Isso não representa uma atenuação do ônus argumentativo das partes, pois o juiz não defenderá nenhum posicionamento. Ele simplesmente colocará o tema em discussão para que as partes possam desenvolvê-lo. O juiz não possui interesse na causa. Sua atuação se dará no sentido de garantir e ampliar o próprio contraditório, proporcionando às partes o espaço argumentativo e o fomento à utilização desse próprio espaço com temas que, se trabalhados pelas partes, podem figurar na fundamentação da sentença. Se, mesmo assim, as partes não desenvolvam o art. 384 do CPP, resta ao magistrado absolver o acusado por respeito ao princípio do *favor rei*. Logo, a argumentação travada em contraditório pelas partes limita a fundamentação da decisão, devendo a *mutatio libelli*, para figurar na decisão, ser obrigatoriamente argumentada dialeticamente pelas partes contraditoras.

## Referências

- ANDOLINA, I.; VIGNERA, G. 1997. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2ª ed., Torino, Giappichelli, 275 p.
- BARACHO, J.A. de O. 2006. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte, Fórum, 882 p.
- BADARÓ, G.H.R.I. 2000. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 292 p.
- BARROS, F. de M. 2007. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 214 p.
- BARROS, F. de M. 2009. *(Re)forma do processo penal*. 2ª ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 167 p.
- BARROS, F. de M. 2008a. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: M.A. CATTONI DE OLIVEIRA; F.D.A. MACHADO (orgs.), *Constituição e processo: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, p. 331-345.
- BARROS, F. de M. 2008b. A fundamentação das decisões a partir modelo constitucional do processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 6: 131-148.
- BARROS, F. de M.; MACHADO, F.D.A. 2007. Violência Doméstica, Política Criminal e Direito: uma análise do Estatuto da Violência Doméstica a partir da compreensão dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: CONGRESSO NACIONAL DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, XVI, Belo Horizonte, 2007. *Anais...* Belo Horizonte, p. 5190-5208.
- BRASIL. 2008. Justiça Federal. 7ª Vara Criminal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo. Autos n. 2005.61.81.009766-6.
- CHOUKR, F.H. 2005. *Código de Processo Penal – comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1052 p.
- CORDERO, F. 1986. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino, Utet, 485 p.
- COUTINHO, J.N. de M. 2009. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, 183:103-115.

- DINAMARCO, C.R. 1998. *A Instrumentalidade do processo*. São Paulo, Malheiros, 341 p.
- FAZZALARI, E. 1992. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova, Cedam, 780 p.
- GOMES, L.F.; CUNHA, R.S.; PINTO, R.B. 2008. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 397 p.
- GONÇALVES, A.P. 2001. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro, Aide, 219 p.
- GRINOVER, A.P.; FERNANDES, A.S.; GOMES FILHO, A.M. 2006. *As nulidades no processo penal*. São Paulo, Editora dos Tribunais, 352 p.
- GRINOVER, A.P.; CINTRA, A.C. de A.; DINAMARCO, C.R. 2007. *Teoria geral do processo*. São Paulo, Malheiros, 383 p.
- HABERMAS, J. 2003. *Direito e Democracia II: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 352 p.
- LEAL, R.P. 2008. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro, Forense, 342 p.
- LOPES JUNIOR, A.; GAUER, G.J.C.; GAUER, R.M.C.; CARVALHO, S. 2003. (Des)Velando o Risco e o tempo no Processo Penal. In: R.M.C. GAUER (org.), *A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, p. 139-177.
- MACHADO, F.D.A. 2008. Gestão da Prova no Processo Penal: uma crítica à Lei n. 11.690/2008, a partir do modelo constitucional de processo. In: CONGRESSO NACIONAL DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPED, XVII, Brasília, 2008. *Anais...* Brasília, p. 4395-4416.
- NETO, A. da M.T.; MONTEIRO, M.V. 2008. Recentes reformas do código de processo penal. São Paulo, Método, 244 p.
- NUNES, D.J.C. 2008. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba, Juruá, 281 p.
- PACELLI DE OLIVEIRA, E. 2005. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 742 p.
- PENTEADO, J. de C. 1994. Imputação por julgador. *Revista dos Tribunais*, 83(705):305-307.
- POZZER, B.R.G. 2001. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo, IBCCrim, 21 p.
- RESTA, E. 2009. *Diritto vivente*. Roma/Bari, Laterza, 225 p.
- SENADO FEDERAL. 2010. *Comissão de Juristas "Novo Código de Processo Civil"*. Ata da 1ª reunião. Disponível em [https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=gmail&attid=0.l&thid=1291ab273ab861ac&mt=application/pdf&url=https://mail.google.com/mail/?ui%3D2%26ik%3D41a0ce4de2%26view%3Datt%26th%3D1291ab273ab861ac%26attid%3D0.l%26disp%3Datt%26zw&sig=AHIEtbRHka28uz0xhemk\\_6cfwi6Gt48AGA&pli=1](https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=gmail&attid=0.l&thid=1291ab273ab861ac&mt=application/pdf&url=https://mail.google.com/mail/?ui%3D2%26ik%3D41a0ce4de2%26view%3Datt%26th%3D1291ab273ab861ac%26attid%3D0.l%26disp%3Datt%26zw&sig=AHIEtbRHka28uz0xhemk_6cfwi6Gt48AGA&pli=1). Acesso em: 22/07/2010.
- SILVA, I.L.M. da. 2008. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 192 p.
- SILVA, O.B.; GOMES, F.L. 2006. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 351 p.
- THEODORO JÚNIOR, H. 2007. *Curso de processo civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro, Forense, 841 p.
- TOURINHO FILHO, F. da C. 2003. *Processo Penal (vol. 4)*. São Paulo, Editora Saraiva, 654 p.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. 2009. Órgão Especial do TJPR, Rel. Leonardo Pacheco Lustosa, AR nº 0413.084-9/01, DJ 16/10/2009.

Submetido em: 24/03/2010

Aceito em: 26/08/2010