



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFPG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

**DA POSSÍVEL (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA *MUTATIO*  
*LIBELLI*: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA E NORMATIVA**

HEITOR DE SOUZA DANTAS

SOUSA - PB  
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

**DA POSSÍVEL (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA *MUTATIO*  
*LIBELLI*: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA E NORMATIVA**

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Heitor de Souza Dantas  
Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo

SOUSA – PB  
2016

HEITOR DE SOUZA DANTAS

**DA POSSÍVEL (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA *MUTATIO LIBELLI*: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA E NORMATIVA**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Profa. Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo – UFCG  
Professora Orientadora

---

Nome – Titulação – Instituição  
Professor(a)

---

Nome – Titulação – Instituição  
Professor(a)

A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado.

*Theodore Roosevelt*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu biógrafo Deus e o Senhor Jesus Cristo pela tamanha onipresença e onisciência, que sempre comigo esteve guiando-me e fazendo de mim um homem melhor. Ensinando-me o quão bela é a vida e mostrando-me o seu caminho, pois a minha vida a ele pertence.

A meus pais, Antônio e Sônia, que com muito brilhantismo me educaram e me apoiaram durante toda a trajetória para chegar até aqui. Estrelas que fazem a minha vida mais feliz, alegre e amorosa. Aos senhores, dedico todos os meus esforços, visto que tudo que faço é em prol de retribuir o carinho e o afeto que sempre desprenderam a mim, que além dessa vitória, a luta continue e, um dia, vencamos a guerra.

As minhas irmãs, Suene e Monique, que apesar das inúmeras discussões, sempre se empenharam em oferecer amor e carinho para com a minha pessoa. E estiveram comigo durante todo o percurso da minha vida, principalmente, na acadêmica engrandecendo-me com opiniões e críticas que fizeram de nós pessoas melhores.

Aos meus avós, Maria Neuza e Raimundo Totó (*in memoria*), Antonio Barreto e Bernadete Mattos (*in memoria*) que são as luzes das nossas famílias, abençoando-nos diariamente com muito amor e afeto. Desde já, um muito obrigado, por serem tão batalhadores.

Aos meus tios e primos, que por não serem citados de um a um não os fazem menos importantes, meu muito obrigado por estarem presentes em minha vida tornando-a mais feliz e engraçada.

A minha namorada, Fransuênia Bezerra, que com muito amor e carinho esteve comigo durante toda a minha vida acadêmica e amorosa, atuando nos bastidores, ajudando-me com os estudos, incentivando-me a alcançar os meus objetivos e apoiando-me sempre que necessitei. Obrigado por ser essa luz em minha vida.

Aos meus amigos-irmãos e amigos, que não citarei nomes por necessidade de ser breve neste particular, meu muito obrigado a todos vocês, que sempre me apoiaram, estiveram comigo em todos os momentos, tenha sido ele difícil, fácil, triste, feliz ou conturbado.

Por fim, e não menos importante, agradeço à Cidade Sorriso, por ter acolhido este baiano com tamanha alegria e pacificidade. À Universidade Federal de Campina Grande, por ter me oferecido um curso de grandiosa qualidade devido ao seu excelente corpo docente, em especial, ao Professor Eduardo Jorge, que com tamanho conhecimento me ensinou para além dos portões da universidade e à Professora Carla Pedrosa, que com muita paciência e inteligência me orientou no presente trabalho, posto que, seu auxílio, acompanhamento e orientação foram imprescindíveis para o desenvolvimento da monografia.

## RESUMO

Este trabalho monográfico tem por finalidade analisar os princípios norteadores do processo penal brasileiro, bem como as garantias fundamentais trazidas pela Constituição Federal e as suas implicações no instituto da *Mutatio Libelli*, tendo como escopo principal criticar a utilização deste último como subterfúgio à ineficiência estatal em provar os fatos por ele alegados. O presente estudo se baseou na análise das legislações pertinentes ao assunto, notadamente a Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal, a Lei 11.719 de 2008, como também dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Constitucionalidade. *Favor Rei. Mutatio Libelli. Non bis in idem.* Subterfúgio.

## **ABSTRACT**

This bachelor thesis has set as its goal to analyse the guiding principles of the Brazilian penal procedures, as well as the fundamental guarantees given by the Federal Constitution and its implications in the Mutatio Libelli institute and as final scope to criticize the use of the latter as a subterfuge for the inefficiency of the state to prove the facts alleged by itself. The following study is based on the analysis of the relevant legislations in the matter, notably the Federal Constitution of 1988, the Code of Criminal Procedure, the law 11.719 of 2008, as also the fundamental principles of the Democratic State of Law.

Keywords: Constitutionality. Favor Rei. Mutatio Libelli. Non bis in idem. Subterfuge.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I : ASPECTOS PRINCIPOLÓGICOS E NORMATIVOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>13</b>
1.1. <i>Princípio do favor rei ou favor libertatis</i> .....	13
1.2. <i>Princípio do in dubio pro reo</i> .....	16
1.3. <i>Princípio do non bis in idem</i> .....	20
1.4. <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i> .....	22
1.5. <i>Princípio do devido processo legal</i> .....	25
<b>CAPÍTULO II: DO INSTITUTO DA <i>MUTATIO LIBELLI</i>: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONSTITUCIONAIS</b> .....	<b>29</b>
2.1. <i>Aspectos institucionais acerca do estado democrático de direito</i> .....	29
2.2. <i>Do processo penal constitucional e da adoção do sistema acusatório</i> .....	33
2.2.1. <i>Da adoção do sistema acusatório</i> .....	35
2.2.2. <i>Da normatização do instituto da mutatio libelli: contextualização legal</i> ..	37
<b>CAPÍTULO III: DA ANÁLISE MERITÓRIA DO INSTITUTO DA <i>MUTATIO LIBELLI</i></b> .....	<b>46</b>
3.1. <i>Da afronta aos princípios norteadores do estado democrático de direito</i> ..	46
3.2. <i>Do questionamento prático quando da aplicação do instituto da mutatio libelli</i> .....	51
3.3. <i>Da possível (in)constitucionalidade do instituto da mutatio libelli</i> .....	55
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

No decorrer dos últimos anos, a busca pelo exercício dos direitos tidos por fundamentais para a dignidade da pessoa humana cresceram significativamente, prova disso é a institucionalização do Estado (Democrático) de Direito albergado pela Constituição Federal de 1988.

Paralelamente a isso, novas conceituações foram surgindo, com a finalidade de diferenciar o Estado de Direito do Estado Democrático de Direito, sendo o primeiro, aquele que possui normas positivadas, divergindo deste último no que concerne ao anseio em garantir todas as garantias constitucionais através também das normas postas nas legislações.

Unido a isso, a Magna Carta de 1988 elencou diversos princípios capazes de nortear e, ao mesmo tempo, reprimir qualquer arbitrariedade que por ventura pudesse ser operacionalizada pelo Estado, principalmente no que tange à seara processual penal, haja vista que esta aprecia, na maioria dos casos, o direito de liberdade do réu. Nesse diapasão, o texto constitucional elencou princípios tais como do devido processo legal, o *Favor Rei*, o *Non bis in idem*, a dignidade da pessoa humana, dentre outros embaixadores do Estado Democrático de Direito, ao passo que adotou o sistema acusatório no que se refere ao processo penal.

Sob esta conjuntura, eis que surge através de norma infraconstitucional, no Código de Processo Penal, precisamente em seu art. 384, o instituto da *Mutatio Libelli*, o qual disserta acerca da possibilidade de aditamento da denúncia, tornando o juiz adstrito aos seus termos, quando do encerramento da instrução probatória se verifica através de novas provas contida nos autos, alteração fática capaz de ensejar nova tipificação da conduta do agente. Devendo assim, sob essas circunstâncias, o autor da ação penal, o Ministério Público, agir em respeito aos princípios da congruência e da indisponibilidade da ação penal, com o fim de aditar a denúncia para adaptá-la à nova narrativa fática.

Por conseguinte, ao passo que o MP adita a denúncia por entender que a inicial acusatória contém erro fático, doutro modo, reconhece a inidentidade dos referidos fatos com a realidade, visto que, se assim não o fosse, não teria operacionalizado o instituto da *Mutatio Libelli*, ou seja, não teria aditado a

denúncia posto que esta estaria, efetivamente, apta em relação à realidade fática, não se fazendo necessário o aditamento.

Nesta senda, quando realizado o aditamento, o juiz se torna adstrito aos seus termos, devendo o MP, caso o réu seja absolvido da prática delitiva constante do dito aditamento, ingressar com nova ação penal alicerçada nos fatos inicialmente perquiridos na denúncia alvo do aditamento, o que viola, em muito, os princípios do *Favor Rei*, do *Non bis in idem*, dentre outros, bem como as garantias trazidas pelo texto constitucional vigente.

Isto porque, o MP, ao aditar a denúncia, reconhece, a contrário senso, que os fatos inicialmente alocados na denúncia não condizem com a realidade, posto que, caso não fosse, não realizaria o aditamento. Assim, depreende-se que, quando há absolvição do réu acerca dos fatos alocados no aditamento, o possível ingresso com nova ação penal figura como subterfúgio à ineficiência estatal em provar os fatos por ele alegados, ônus que lhe incumbe, tendo em vista que ele é quem os alega.

Desse modo, vislumbra-se que o escopo do instituto da *Mutatio Libelli*, ao que tange a situação supramencionada, está sendo, de um todo, distorcido, ofendendo os ditames constitucionais, legais e principiológicos que almejam, após exitosa luta da sociedade, garantir o Estado Democrático de Direito e todas as suas lições.

Em assim sendo, a análise de tal problemática torna-se muito importante e atual no contexto contemporâneo da sociedade brasileira, haja vista que essa almeja pelo efetivo exercício de seus direitos fundamentais, assinalando a relevância do tema escolhido.

Dessa maneira, o presente trabalho possui como objetivo e tema “o estudo do instituto da *Mutatio Libelli* e as suas incongruências, em determinadas situações, com os princípios norteadores do processo penal e da ordem constitucional, bem como com o Estado Democrático de Direito, visando analisar as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/2008 a respeito do instituto, e a sua sistemática de aplicabilidade, em determinadas situações, desacordando dos preceitos legais, constitucionais e principiológicos”.

O método de pesquisa utilizado foi a análise da legislação vigente sobre o assunto, notadamente o Código de Processo Penal, bem como a Constituição Federal de 1988, além dos princípios norteadores da aplicabilidade das garantias

fundamentais. Além disso, pesquisou-se a opinião de diversos doutrinadores sobre o assunto, e seus aspectos particularizados, assim como a jurisprudência existente sobre o tema.

Para tanto, será apresentado a seguir a abordagem principiológica acerca do tema, adiante, no segundo capítulo, será exposto o instituto da *Mutatio Libelli* e os aspectos quanto a sua aplicabilidade, e, por fim, uma explanação acerca da (in)constitucionalidade do instituto quando do desvio da sua finalidade legal, perpassando-se sobre a aplicabilidade prática, bem como quando esse figura como subterfúgio para o Ministério Público,

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS PRINCIPOLÓGICOS E NORMATIVOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Neste primeiro capítulo faz-se mister elucidar que o processo penal brasileiro possui singularidades e regramento próprios, os quais promovem uma distinção com os demais ramos do direito. Desta feita, a persecução processual penal difere da processual civil, trabalhista, bem como, da constitucional, possuindo princípios norteadores particulares que buscam garantir a eficiência estatal para aplicação das sanções previstas legalmente, como também, garantir a instauração da mais lúdima justiça.

#### *1.1. Princípio do favor rei ou favor libertatis*

O legislador, em certos momentos, ao editar as leis, buscou proteger a parte mais frágil da relação endoprocessual, conferindo a esta, garantias e prerrogativas que viessem a facilitar, ou seja, a viabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório com a finalidade de proporcionar aos que se encontram em situação de desigualdade, o exercício de direitos inerentes à pessoa humana possam exercer direitos inerentes à pessoa humana. É o que se vislumbra, por exemplo, nos preceitos legais do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), que, almejando acobertar a parte hipossuficiente da relação processual, garantiu a inversão do ônus da prova, numerosas prerrogativas em favor do consumidor; o que se justifica pela defesa daquele economicamente mais frágil.

De forma não diferente, no âmbito do processo penal, o legislador assegurou ao réu, e àquele que exerce juridicamente a sua defesa, conceitos de interpretação das normas e institutos que visam afastar toda e qualquer forma de incidência da injustiça. Desse modo, eis que surge o Princípio do *Favor Rei* ou *Favor Libertatis*, que ensina ser prevacente o direito de liberdade do réu sobre o direito de punir do Estado, haja vista que o primeiro é acobertado constitucionalmente como um direito fundamental do ser humano, declinando-se

apenas frente ao direito à vida. Assim sendo, pode-se afirmar a partir dessa premissa que o réu está em desvantagem ao se comparar com a acusação que, via de regra, é exercida pelo órgão ministerial, o qual ainda possui todo o aparato necessário para comprovação dos fatos constitutivos de seu direito.

Nesse sentido, o doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho em sua obra *Processo Penal* 1, ano 2010, leciona que:

Como salientado por Bettiol, em determinada ótica, o princípio do *favor rei* é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade. Não há, de fato, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constante das articulações jurídicas de semelhante Estado o particular empenho no reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana. No conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quiser assistir o triunfo da liberdade (). (...)E mais adiante acrescenta o mestre: o *favor rei* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isso significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia interpretativa), a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu (cf. *Instituições*, cit., p. 295-296).

Dessa maneira, conforme fora esposado, e, mantendo a melhor interpretação dos preceitos aludidos pelo princípio do *favor rei*, depreende-se que esse deve servir como base para a inspiração da aplicação dos demais princípios, além de viabilizar a mais justa inferência do texto normativo quando encontrar-se em situação de antagonismo, almejando a aplicabilidade mais justa das leis. Em decorrência desse processo, a própria lei buscou prever tanto a absolvição por insuficiência de prova, prevista no art. 386, IV do Código de Processo penal, quanto a proibição da *reformatio in pejus*, prevista ao teor do art. 617 do CPP, além dos recursos privativos da defesa, como o protesto por novo júri, os embargos infringentes ou de nulidade, a revisão criminal, dentre outros.

Os tribunais superiores, de forma precisa, aplicam os ensinamentos do princípio do *favor rei* aos casos em que haja a divergência entre o direito de punir

do Estado e o direito à Liberdade do réu, prevalecendo este último conforme se infere dos julgados infracitados:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1201828 RJ 2010/0126439-9 (STJ)

Data de publicação: 05/03/2012

Ementa: RECURSO ESPECIAL. PENAL. PRINCÍPIO DO FAVOR REI. RECEPÇÃO (ART. 180 DO CP ). CIÊNCIA DA ORIGEM CRIMINOSA DO AUTOMÓVEL. DOSIMETRIA.CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR À DENÚNCIA. FIXAÇÃO DA PENA EM SEUMÍNIMO LEGAL. PRESCRIÇÃO DECRETADA. 1. O princípio do favor rei estabelece, diante do conflito entre o jus puniendi do Estado e o jus libertatis do acusado, a interpretação mais benéfica ao réu do texto legal, a afastar, in casu, a incidência da Súmula 7 /STJ (arts. 386, 596 e 621, todos do CPP). 2. O Tribunal de origem, de forma inadequada, fixou a pena-base acima do mínimo legal em razão de condenação, do ora recorrente, por fato posterior ao indicado na denúncia. 3. Fixação da pena definitiva em seu mínimo legal é medida que se impõe, isto é, 1 ano de reclusão. 4. Entre o recebimento implícito da denúncia (13/5/2002) e a prolação da sentença (31/5/2007), transcorreu prazo superior a 4anos, o que determina o reconhecimento da prescrição. 5. Extinção da punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva dos fatos imputados ao ora recorrente. 6. Recurso especial parcialmente provido para declarar, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Encontrado em: DE EXECUÇÃO PENAL PROCESSO PENAL - PRINCÍPIO FAVOR REI STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1201828 RJ 2010

TJ-MS - Apelação APL 00158260520138120001 MS 0015826-05.2013.8.12.0001 (TJ-MS)

Data de publicação: 27/07/2015

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – VIAS DE FATO – FALTA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO FAVOR REI – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – NÃO PROVIDO. Não há elementos suficientes para comprovar a ocorrência da contravenção penal de vias de fato, uma vez que ao ser interrogado judicialmente o réu negou as acusações, afirmando que apenas discutiu com a vítima e foi agredido pelo filho de sua ex-esposa. A palavra da vítima está isolada nos autos e defronta-se com a credibilidade da versão do réu e da testemunha presencial. A dúvida sabidamente é sempre levada pela direção mais benéfica ao réu pelo princípio do favor rei. CONTRA O PARECER – RECURSO DESPROVIDO.

Portanto, por todo o exposto, vislumbra-se que o princípio do *favor rei* norteia as interpretações e aplicações das normas processuais penais ao caso concreto, favorecendo, em havendo antinomia nas normas ou em princípios, o direito à liberdade do réu deve ser tutelado com maior abrangência aos demais.

### 1.2. Princípio do *in dubio pro reo*

O legislador, como dito supra, buscou editar normas capazes de conceder melhores condições para os exercícios dos direitos inerentes à pessoa humana. Assim, como decorrência do princípio do *favor rei*, surgiu com incidência mais específica o princípio do *in dubio pro reo*, muito embora alguns doutrinadores os confundam como sendo um só. Todavia, esse último é mais específico a determinadas situações, diferentemente do princípio do *favor rei*, que se apresenta como o mais amplo e norteador dos princípios processuais penais.

Destarte, é imprescindível salientar que o próprio ordenamento jurídico pleiteou positivar os preceitos estabelecidos sob a égide do princípio do *in dubio pro reo*, estabelecendo no artigo 387, VII, do CPP que, em não havendo prova suficiente para a condenação, deverá o réu ser absolvido. Por conseguinte, insurge-se que para que haja condenação no âmbito penal imprescindível se faz que o Estado consiga provar todos os fatos por ele alegados, de modo a não deixar qualquer dúvida, sob pena de uma possível condenação ocorrer de forma arbitrária e injusta, restringindo, conseqüentemente, a liberdade do cidadão.

Em uma tradução livre tem-se que, literalmente, a expressão *in dubio pro reo* significa *na dúvida, em favor do réu*; por assim o ser, diversos aspectos do código processual penal pretendem observar as aplicações normativas em favor do réu. Tendo respaldo pela presunção de inocência, como é citada no Pacto de São José da Costa Rica, ou, presunção de não culpabilidade, como é tratada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII, o qual preceitua que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse diapasão, é interessante expor os ensinamentos didáticos de Fernando Capez (2012, p. 83) sobre a temática, destacando que:

[...] o princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instauração processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. (CAPEZ, 2012, p 83)

Do mesmo modo, o doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho (1993, p. 213) leciona que:

Cabe à acusação provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza de presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte objecti, quer a parte subjecti, deve ficar a cargo da acusação. (FILHO, 1993, p. 213)

Desta feita, tendo em vista que a lei processual penal exige que haja ao menos a comprovação, ou exista indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, para que haja a persecução penal e eventual condenação, tem-se que o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade traz a incumbência do magistrado em decidir de forma mais benéfica para o réu, já que esse pode vir a ser alvo de injustiça por não ter, o autor da ação penal, provado os fatos por ele alegados, ônus que lhe cabe.

Assim, o juiz pode se valer dos princípios processualistas norteadores para decidir a lide e absolver o acusado já que o Estado, quando a ação penal for pública, ou a parte, quando a ação penal for privada, não conseguira convencê-lo das suas alegações, haja vista não ter comprovado a culpabilidade do acusado.

Dessarte, a presunção de inocência passou a ser um comando constitucional e legal, ou seja, um dever do magistrado em absolver o réu quando da insuficiência de provas haja receosa dúvida quanto aos fatos a ele imputados, de acordo com o que se depreende do artigo 386, VI e VII do CPP, "*ipsis litteris*":

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...]

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do

Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (BRASIL, Lei 3.689, 1941, art. 386)

Convergindo com a lei e com os princípios, os tribunais superiores firmaram entendimento, no sentido da aplicação dessas determinações, aos casos em que existam fundada dúvida sobre a possibilidade de condenação, seja essa sobre a existência do fato, ou sobre a não existência de prova suficiente capaz de enseja-la. É o que se extrai dos julgados:

TJ-CE - Apelação APL 00665187320138060001 CE 0066518-73.2013.8.06.0001 (TJ-CE)

Data de publicação: 29/06/2015

Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE . APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A ROUBO QUALIFICADO. AUTORIA DUVIDOSA. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. SENTENÇA MANTIDA. 1.Se as provas carreadas aos autos mostram-se frágeis e duvidosas acerca da autoria delituosa, em observância ao princípio do in dubio pro reo, a absolvição é medida que se impõe. 2.Não obstante que em sede de crimes cometidos às ocultas a palavra da vítima assumam relevante valor probatório, para que suas declarações possam embasar a condenação devem ser seguras e corroboradas por outros elementos de convicção, o que, na espécie, não ocorreu. 3."Havendo dúvida acerca da autoria, deve imperar o princípio do in dubio pro reo." (STJ – REsp 171995/DF – Recurso Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 21/09/1999, DJ 18/10/1999). 4.Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. ACÓRDÃO ACORDA a 3ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por uma de suas turmas julgadoras, à unanimidade, em conhecer do recurso de apelação, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator, parte integrante deste. Fortaleza, 29 de junho de 2015.

TJ-PR - 8545951 PR 854595-1 (Acórdão) (TJ-PR)

Data de publicação: 12/04/2012

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ART. 33 , CAPUT, DA LEI Nº 11.343 /2006 - SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA PARA O ART. 28 DA MESMA LEI - RECURSO MINISTERIAL PUGNANDO PELA CONDENAÇÃO PELO DELITO DE

TRÁFICO - ALEGAÇÃO DE SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - IMPROCEDÊNCIA - RAZOÁVEL DÚVIDA QUE IMPÕE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI 11.343 /2006 - CIRCUNSTÂNCIA DA INFRAÇÃO PENAL DE USO DE DROGAS NÃO CONTIDA NA EXORDIAL ACUSATÓRIA - INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA (ART. 384 DO CPP )- NULIDADE NÃO ARGUIDA NO RECURSO DA ACUSAÇÃO - APLICABILIDADE DA SÚMULA 160 DO STF - RECURSO DESPROVIDO COM A ABSOLVIÇÃO EX OFFICIO DO RÉU. O direito penal não comporta juízo de probabilidade. Havendo dúvida, é imperiosa a aplicação do princípio 'in dubio pro reo'. STF Súmula nº 160 - É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.

Ademais, asseverando todo o aduzido, o doutrinador Afrânio Souza (2003, p. 210) preconiza que:

Por isso, quando houver fatos permeados de dúvida alegados pela acusação, a absolvição do réu se faz necessária, com base na primeira parte do artigo 156 do Código de Processo Penal, nas palavras de Jardim "restaura-se o princípio do in dubio pro reo em toda sua plenitude, sem ferir a letra da lei, mas interpretando o sistema positivo. Aliás, isto é o que está expresso no artigo 386, inc.VI, por muitos esquecidos no tratamento do ônus da prova penal. (SOUZA, 2003, p. 210)

Por derradeiro, restou por cediço que o princípio do *in dubio pro reo* está inserido dentre os norteamentos impostos pelo princípio do *favor rei*, *estabelecendo* que, em determinadas situações a interpretação deva ser favorável ao réu, isto porque esse é presumivelmente inocente até que haja o trânsito em julgado da matéria, momento este no qual a sentença se torna insuscetível de recurso. Ainda assim, interessante se faz mencionar que tal regra encontra uma excepcionalidade, a saber, a decisão de pronúncia do réu que o levará a julgamento em plenário por seus pares, pois esta é tomada em favor da sociedade, ou seja, *in dubio pro societate*; demonstrando que o acusado deva ser julgado por seus pares, podendo o mesmo exercer todos os direitos inerentes à defesa, a fim de que haja a mais fidedigna justiça.

### 1.3. Princípio do *non bis in idem*

Tendo em vista que o direito penal e processual penal aludem, na maioria dos casos, à possível restrição da liberdade do indivíduo, tem-se que estes ramos devem buscar a verdade real dos fatos ou aquela que se aproxima mais fielmente. Desta maneira, o princípio do *non bis in idem* busca coibir o julgamento repetitivo de fatos idênticos, assim, por exemplo, aquele que fora julgado por ter praticado o delito de roubo (art. 157 do CP) não poderá, tenha sido ele absolvido ou condenado, ser julgado posteriormente pelos mesmos fatos, sob pena de infringência à coisa julgada.

Diante disso, tal princípio tido como norteador geral do direito impede que o Estado, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da coisa julgada, examine os mesmos fatos, sujeitos e fundamentos já que estes foram apreciados em momento anterior. Por conseguinte, traz a inadmissibilidade de haver múltipla persecução penal, sucessiva ou simultânea, dos mesmos fatos, pois estes se encontram vinculados à garantia constitucional da coisa julgada. Nesse sentido, Fábio Medina Osório (apud GUEDES, 2006, p.01) define tal princípio como sendo:

A idéia básica do *ne bis in idem* é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato. Já foi definida essa norma como princípio geral de direito, que, com base nos princípios da proporcionalidade e coisa julgada, proíbe a aplicação de dois ou mais procedimentos, seja em uma ou mais ordens sancionadoras, nos quais se dê uma identidade de sujeitos, fatos e fundamentos [...]. (OSÓRIO *apud* GUEDES, 2006, p. 01)

Isto posto, infere-se que, embora não haja previsão positivada no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do *non bis in idem* surgiu doutrinariamente tendo como tradução corrente a “vedação da dupla punição pelo mesmo fato”, e, com o fito de coibir condenações embasadas em fatos já colocados em apreciação pelo poder judiciário, ou seja, fatos delituosos que foram, ou são objetos de outra ação penal.

Ainda no que se refere à aplicação deste princípio no processo penal brasileiro é importante demonstrar a sua relevância nas decisões emitidas pelos tribunais superiores, tolhendo dúplices condenações sobre os mesmos fatos:

STJ - HABEAS CORPUS HC 35430 SP 2004/0066272-5 (STJ)

Data de publicação: 07/11/2005

Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FALTA DE MOTIVAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM. ORDEM CONCEDIDA. 1. A consideração só numérica de circunstâncias de individualização da pena, em espécies em que se faz judiciais as mesmas circunstâncias qualificativas do delito, para aumento da pena-base mínima, importa em falta de motivação e violação do princípio non bis in idem. 2. Ordem concedida

“Ementa: Constitucional. Penal. Extradicação: Grécia. Tráfico de entorpecentes. Extraditando condenado num terceiro Estado pelo mesmo delito: aplicabilidade do disposto no artigo 77, inciso V, da Lei nº 6.815, de 1980. I - extradicação requerida pelo governo da Grécia, com base no artigo 8º, do Código Penal grego, que dispõe que os crimes cometidos no exterior, pelos seus nacionais, são sempre punidos pelas leis gregas, independentemente das leis do lugar onde foi praticado o ato. Acontece que, pelo mesmo delito, cuja prática iniciou-se no Brasil, foi o extraditando julgado pela Justiça italiana, tendo cumprido a pena de prisão a que foi condenado. II - A lei brasileira não admite seja o indivíduo processado criminalmente por delito pelo qual foi condenado, consagrando a regra, que vem do direito romano, do non bis in idem: não se pune duas vezes a um acusado pelo mesmo crime. III - Caso em que a extradicação deve ser indeferida, porque ocorrente situação configuradora de double jeopardy, vale dizer, de duplo risco de condenação, no Estado requerente, pelo mesmo fato pelo qual foi condenado pela Justiça italiana: Extradicação nº 688/Itália, Relator Ministro Celso de Mello. Aplicabilidade, por analogia, do disposto no artigo 77, inciso V, da Lei nº 6.815, de 1980. IV. - Extradicação indeferida” (STF, Extradicação nº 871/GR, 2004, p. 00037).

Diante do aduzido, deduz-se que, por mais que não seja explícito como outros princípios, o princípio do *non bis in idem* possui aplicabilidade na sistemática jurídica brasileira, por se agrupar com as demais garantias constitucionais e legais, no sentido de conferir direitos intrínsecos ao exercício da cidadania. Ao mesmo tempo, proíbe o referido princípio, práticas abusivas e arbitrárias por parte do Estado, já que esse é detentor do *jus puniendi*.

Em frente ao aludido, conclui-se que o princípio em comento visa complementar os demais direitos e garantias individuais trazidos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática conduz à ideia de que a Magna Carta impõe a prevalência do direito à liberdade frente ao direito de punir do Estado. Sob esta conjectura, urge pontificar que no âmbito internacional, o Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8, nº 4, preleciona que o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. Asseverando com veemência a relevância deste princípio para nortear o processo penal, bem como para garantir que não haja qualquer prática injusta por parte do Estado condenando o indivíduo duas vezes pelo mesmo fato.

#### *1.4. Princípio da dignidade da pessoa humana*

A dignidade da pessoa humana é tida como um direito fundamental que tem por finalidade garantir àqueles que nascem com vida todos os direitos a ela inerentes, a liberdade, igualdade, dentre outros assecuratórios do exercício pleno da cidadania. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela ONU (Organização das Nações Unidas) de 1948 estabeleceu em seu artigo 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Muito embora nos tempos contemporâneos não se tenha estabelecido um conceito único de dignidade, tem-se que este evolui com os decorrer dos anos, tornando-se cada vez mais abrangente e garantidor de direitos. Chaves Camargo (1994, p. 27-28), sobre a temática afirma que:

[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser... (CAMARGO, 1994, p. 27-28)

Deste modo, salutar que se explane acerca das gerações que buscam didaticamente demonstrar o progresso histórico dos direitos humanos. Em um primeiro momento sobrepõe a 1ª Geração, que trata das liberdades individuais, do direito à vida embasando uma limitação imposta ao Estado, conforme ensina Comparato (2003, p. 51):

[...] representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. Mas em contrapartida, a perda da proteção familiar estamental ou religiosa tornou o indivíduo muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Esses direitos, visando a proteção das liberdades individuais ao impor limites ao Estado, recebem a denominação, por alguns autores de direitos humanos de primeira geração ou primeira dimensão. (COMPARATO, 2003, p. 51)

Já os de 2ª geração visaram consagrar os direitos de liberdade, estabelecendo restrições impostas por parte do Estado, que passou a intervir nas relações sociais, garantindo direito à saúde, educação, como também direitos de minorias. A 3ª geração buscou conferir diversos direitos inerentes à pessoa humana, tais como a paz, a autodeterminação dos povos, o meio ambiente e qualidade de vida, dentre outros.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III trouxe como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, garantindo por todo o corpo redacional, direitos necessários ao seu exercício, tais como os esposados nos artigos 5º, 6º, 7º, entre outros.

No que se refere ao processo penal, o princípio da dignidade da pessoa humana norteia a aplicabilidade dos demais princípios e normas positivadas, tendo em vista que o Estado por mais que seja detentor do *jus puniendi* não o pode exercer sem respeitar os ditames legais, e as garantias constitucionais, sob pena de nulidade do referido processo. Assim, se, por exemplo, alguma prisão for decretada em desconformidade com o que determina a lei, que estabelece a possibilidade e viabilidade no caso concreto, tem-se que esta é considerada ilegal e viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Caminhando nesse sentido, os tribunais superiores firmaram seu entendimento:

STF - HABEAS CORPUS HC 100564 PI (STF)

Data de publicação: 13/05/2010

Ementa: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. ENCERRAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. VIOLAÇÃO. I - O encerramento da instrução criminal não afasta a alegação de excesso de prazo, se a duração da segregação cautelar for abusiva. II - Viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à duração razoável do processo o encarceramento do paciente por quase sete anos sem que haja previsão de julgamento da causa. III - O princípio da razoabilidade impõe o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva, quando a demora no curso processual não for atribuível à defesa. IV - Ordem concedida.

STF - HABEAS CORPUS HC 98966 SC (STF)

Data de publicação: 29/04/2010

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. GRAVIDADE DO CRIME. REFERÊNCIA HIPOTÉTICA À POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS. FUNDAMENTOS INIDÔNIOS PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR. VEDAÇÃO DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO PRESO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES [ART. 44 DA LEI N. 11.343/06]. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que a gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva. Precedentes.

2. A referência hipotética à mera possibilidade de reiteração de infrações penais, sem nenhum dado concreto que lhe dê amparo, não pode servir de supedâneo à prisão preventiva. Precedente.

3. A vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB/88]. Daí a necessidade de adequação desses princípios à norma veiculada no artigo 5º, inciso XLII, da CB/88.

4. A inafiançabilidade, por si só, não pode e não deve constituir-se em causa impeditiva da liberdade provisória.

5. Não há antinomia na Constituição do Brasil. Se a regra nela estabelecida, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade, sendo a prisão a exceção, existiria conflito de normas se o artigo 5º, inciso XLII estabelecesse expressamente, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória. Nessa hipótese, o conflito dar-se-ia, sem dúvida, com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla e do devido processo legal.

6. É inadmissível, ante tais garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal. A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável. Ordem concedida a fim de que a paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

De acordo com o que fora argumentado, percebe-se que a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana pretende compelir prováveis abusos que possam ser realizados por parte do Estado, sob o preceito de que é detentor do direito de punir. Assim, para que esse possa realmente executar suas prerrogativas deve ser observado o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, e todas as normas que dão legitimidade aos seus atos, sob a sujeição de tê-los declarados nulos e sem efeitos.

Por consequência, ergue-se um valor constitucional que rege todo o ordenamento jurídico pátrio, em todos os seus ramos, penal, civil, administrativo, trabalhista, entre outros, orientando as atividades estatais, tanto no que tange aos três poderes, executivo, legislativo e judiciário, quanto às práticas privadas, estabelecendo, assim, uma proteção mínima à dignidade da pessoa humana.

### *1.5. Princípio do devido processo legal*

O “devido processo legal” além de alocado na Constituição Federal, figura como princípio norteador, determinando que os atos estatais deverão seguir procedimentos próprios e estabelecidos previamente, afastando qualquer incidência de descomedimento ou injustiça. Dessa maneira, garante a instrumentalidade das formas em que os indivíduos serão julgados, acarretando,

caso não sejam considerados, a nulidade absoluta ou relativa dos atos praticados.

Também conhecido como *due process of law*, terminologia decorrente do direito americano, o devido processo legal possui maior rigidez no âmbito do processo penal, haja vista ser este responsável por cominar em uma possível restrição da liberdade do indivíduo. Sendo assim, é imperioso destacar que, para haver legalmente a retenção da liberdade de qualquer indivíduo, esta deverá se dar por ato do Poder Judiciário, função típica de exercer a jurisdição, atuando mediante o juiz natural, *longa manos* do Estado, em um processo contraditório onde se assegure a ampla defesa e o devido processo legal.

Em observância ao exposto, sobreleva-se que a Magna Carta estatuiu diversos institutos com a finalidade de garantir o pleno exercício do processo legal, previsto ao teor do artigo 5º, LIV, impondo, em um primeiro momento, a ideia literal de que este deva ser considerado, no que tange às temáticas de restrição da liberdade ou de bens. Todavia, tal preceito, ou princípio, deve ser aplicado a todos os ramos do direito, seja em processos jurídicos ou administrativos.

Como aduzido, essencial se faz destacar, dentre as diversas garantias trazidas pela CF para o exercício do devido processo legal, aquelas que mais se realçam, tais como:

ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante", "inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da casa, da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e da imagem das pessoas", "não haverá juízo ou tribunal de exceção", "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", "nenhuma pena passará da pessoa do acusado", "individualização da pena", "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", "inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícitos", "não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", "publicidade dos atos processuais", "direito ao silêncio", etc. (MOREIRA, s/d)

Pontifica-se que as garantias acima citadas encontram previsão na Magna Carta, e corroboram o pleito dos legisladores em assegurar a incidência de um processo legalmente estatuído em todos os ramos do direito, haja vista que a

Constituição Federal figura-se como a Lei Maior, segundo a qual as normas infra não poderão ir de encontro, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

Sob essa égide, ao certificar às partes o exercício de suas prerrogativas a CF legitima a própria função jurisdicional exercida pelo Estado. Isto porque, cabe a ele, como instituição reguladora das relações sociais de um povo, assegurar que os indivíduos sob a sua tutela possam realizar os atos que lhes são conferidos como direitos, dando, a contrário senso, legitimação à sua jurisdição, tendo em vista que esta seguiu, nessa conjectura, todos os comandos legais, constitucionais e principiológicos.

Roborando todo o aludido, Luciana Andrea Accorsi Berardi *apud* Zanella (2007) ensina que:

A relação de coexistência entre o devido processo legal e o processo de modo geral é primordial a ser tutelado nos auspícios de nossa contemporaneidade, já que é de inequívoca importância à manutenção do Estado Democrático e Social de Direito uma vez amparado pelos princípios consagrados na Constituição Federal Brasileira de 1988, afinal, um processo só há de ser devido, ou seja, adequado à sua espécie, quando está apto para tutelar o direito discutido e resolver o conflito obedecendo à prescrição legal e atendendo à Constituição. (BERARDI *apud* ZANELLA, 2007, p.22)

Do mesmo modo, os tribunais superiores em seus julgados demonstram a caracterização da nulidade de atos que foram praticados em infringência ao princípio do devido processo legal, conforme se extrai dos julgamentos infracitados:

STJ - HABEAS CORPUS HC 164806 SP 2010/0042277-0 (STJ)

Data de publicação: 10/05/2012

Ementa: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PAD. AUSÊNCIA DE DEFENSOR LEGALMENTE CONSTITUÍDO. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. A Sexta Turma deste Tribunal entende que - da leitura do disposto no art. 59 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210 /1984)- resta clara a opção do legislador em determinar que a apuração de falta grave se dê mediante a instauração de adequado procedimento específico,

qual seja, procedimento administrativo disciplinar, indispensável para se verificar a configuração da falta grave, sob pena de se ter a produção unilateral de provas, a violar, portanto, o devido processo legal, o que, num Estado democrático de direito, soa de todo desarrazoado. 2. Verificando-se que os depoimentos das testemunhas no procedimento administrativo disciplinar foram colhidos sem a necessária e inafastável presença de defesa técnica legalmente constituída -advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil -, resta evidente que foram violados os princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau, que reconheceu a nulidade do procedimento administrativo disciplinar instaurado em desfavor do paciente, relativo à suposta prática de falta grave cometida em 13/9/2007, no curso da execução penal.

Por fim, depreende-se que o princípio do devido processo legal serve de base para a instituição de outros princípios assecuratórios dos direitos fundamentais, haja vista que esse não se esvai apenas como uma regra processual, devendo ser muito mais abrangente, propiciando o exercício das demais prerrogativas previstas constitucionalmente, legitimando, do mesmo modo, o exercício da tutela jurisdicional pelo Estado.

Assim, principalmente no que se refere ao processo penal, a jurisdição estatal deve seguir rigorosamente o devido processo legal, assegurando todos os recursos inerentes à defesa, bem como todas as prerrogativas estatuídas pela Magna Carta, tais como a interpretação mais favorável ao réu, a impossibilidade de o acusado ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos, dentre outras, a fim de que os procedimentos, por outro lado, gozem de legitimação e possam ao final ter um resultado útil e justo.

## CAPÍTULO II

### DO INSTITUTO DA *MUTATIO LIBELLI*: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONSTITUCIONAIS

Previsto ao teor do artigo 384 do Código de Processo Penal, o instituto da *Mutatio Libelli* trata acerca da possibilidade de aditamento da denúncia quando na instrução processual, ou após se verifica alteração elementar nos fatos, ensejando nova tipificação da conduta criminosa.

#### 2.1. Aspectos institucionais acerca do Estado Democrático de Direito

Em busca da melhor intelecção da temática acerca do instituto da *Mutatio Libelli*, faz-se imprescindível a produção de uma breve retrospectiva histórica sobre a consagração do Estado Democrático de Direito, haja vista ser esse o precursor do melhor convívio com os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito surgiu da necessidade de uma resposta aos modelos do liberalismo e do Estado Social de Direito, tendo sido estes superados, em virtude da ineficiência e ineficácia a eles atrelados. Desta feita, o Estado Democrático buscou reunir diversos conceitos com a finalidade de ser mais efetivo e social, atendendo beneficentemente os conclames da sociedade e da sua decorrente evolução. Por conseguinte, a nova ordem do Estado Democrático de Direito buscou de forma incisiva frear as atividades do Estado Absoluto, estabelecendo que os atos agora praticados devam ser amoldados aos ditames legais, que são emanados do Poder Legislativo.

Diante de tal conjuntura, apercebe-se que o antigo Estado Absoluto cedeu espaço a um novo conceito estatal, devendo obediência à lei, que exprimia a vontade popular, passando estes a serem considerados como verdadeiros cidadãos. Neste sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ano de 1789, quando da Revolução Francesa, atribuía direitos aos indivíduos, proclamando ideais de liberdade e igualdade. Todavia, chegou-se à conclusão de que o Princípio da Legalidade não possuía o condão para garantir que o Estado não se tornasse absoluto, ou seja, autoritário.

Nesse diapasão, José Afonso da Silva (2005, p. 113) aduz que o Estado de Direito é passível de ser conceituado de forma deformada, posto que seu significado, ou seja, seu conteúdo material, não é definido *a priori*, mas depende da concepção de direito que se tenha.

Desta feita, pontifica-se que o Estado de Direito, tido tão somente como um conjunto de normas oriundas de um Poder estatal, legitimado pelo povo, como um Estado de Legalidade, permite que, uma vez destituído de qualquer conteúdo definido, possa servir de base para diversas formas de organização e exercício do poder.

Dessarte, infere-se que o Estado Legal, edificado e regulado pela legalidade, nem sempre será um Estado legítimo, tendo em vista que tudo dependerá do conteúdo das normas que o constituem e o regem. Sob essa conjuntura, o Estado buscou materializar seus preceitos passando a ser um Estado Material de Direitos, de uma forma mais didática, haja vista que o antigo Estado, desinteressado com as questões sociais, cedeu espaço para um novo, que superou as individualidades próprias das liberdades burguesas, almejando promover a justiça social.

O capitalismo, que outrora não havia qualquer companheirismo com o meio social, passou a ser aliado a uma nova ordem estatal, que pleiteava o bem estar social de todos e o desenvolvimento da pessoa humana. Nesse sentido, Alexandre de Morais (2008, p.4) preconiza que:

Os direitos sociais foram consagrados pela primeira vez em texto constitucional nas Constituições Mexicana de 1917 e alemã 1919 (de Weimar), constitucionalizando-se, pois o Estado Social de Direito, convertendo-se em direito positivo várias aspirações sociais, que passaram a princípios constitucionais sob a proteção das garantias do Estado de Direito. (MORAIS, 2008, p. 04)

Como visto, o Estado Social de Direito preservou o capitalismo em tempos de crise social e econômica, já que a burguesia proclamou a igualdade de todos e criou a categoria de cidadão, encobrindo a verdade acerca da realidade social, que era de grande desigualdade.

Destarte, as classes mais oprimidas passaram a reivindicar os seus direitos, que até então possuíam apenas no prisma formal, gerando diversos

conflitos sociais, tais como a organização de sindicatos, grupos políticos, dentre outros. Todavia, a economia, à época, entrou em crise, com a conhecida queda da bolsa de valores de Nova York em 1929, por decorrência de uma freada culminante enfrentada pelos Estados Unidos, ocasionada, de forma breve, pela contração das exportações de produtos industrializados e agrícolas para a Europa, posto que esta já se recuperara da devastação trazida pela 1ª Guerra Mundial.

Eis que se chega à chamada “A Grande Depressão”, período de vultuosa recessão econômica no século XX, que acabou se espalhando por todo o mundo devido às numerosas relações mantidas pelos Estados Unidos. Assim, na tentativa de solucioná-la, criou-se um novo modelo econômico, conhecido por *New Deal*, caracterizado pela possibilidade da intervenção estatal na economia, almejando apaziguar a inflação, a desaceleração econômica, apresentando, assim, alguns programas sociais.

Este foi o perfil que deu origem ao chamado Estado do bem-estar social, como assim foi denominado, caracterizado por aquele que pleiteia, por meio da regulação da economia, a promoção social. Importante salientar, que não se tratava de um Estado Socialista, mas sim de um Estado que buscava a superação da estagnação e a promoção do desenvolvimento social-econômico.

O Estado Social, por sua vez, não foi capaz de garantir contundentemente a democracia, no que tange às participações populares nas decisões econômicas. Essa veio somente a ganhar mais amplitude quando das pressões sociais ocorridas à época, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, e da evidência de que se deveria lutar ainda mais para evitar quaisquer concentrações de poderes que pudessem resultar em um totalitarismo, partindo-se da premissa da promoção e proteção da dignidade da pessoa humana. É a partir destes movimentos que surge o Estado Democrático de Direito, resultado de mais uma conquista popular.

Essa evolução foi acompanhada pela consagração de novas formas de exercício da democracia, em especial, com a tendência de universalização do voto e constante legitimação dos detentores do Poder, fazendo surgir a ideia de Estado Democrático. (MORAIS, 2008, p. 4)

Urge pontificar que o Estado Democrático de Direito possuía uma necessidade que lhe era peculiar, qual seja, a de se legitimar. Isso por conta de que não era suficiente a edição de normas legais, mas de uma legislação que emanassem do Poder Legislativo, eleito pelo povo, que realmente respondesse aos conclames sociais, por um processo de incorporação, participação real e efetiva dos verdadeiros detentores do poder. Isto porque, como é sabido, a democracia exige tanto a soberania popular, já que todo o poder emana do povo, quanto a participação, direta ou indireta, do mesmo povo no poder.

Nesta senda, infere-se que o Estado Democrático de Direito se funda, na soberania popular que determina a participação efetiva do povo com a coisa pública. Desta forma, o Estado Democrático de Direito faz oposição ao Estado liberal burguês, haja vista que este não visa à participação popular em sua política estatal, mas a liberdade dos cidadãos, a qual surge com a limitação da ingerência do Estado.

Nesse diapasão, torna-se inegável o progresso alcançado pelo Estado de Direito no combate ao Estado Absoluto, submetendo-se ao direito, à lei como vontade de todo um povo, almejando o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

Por todo o esposado, faz-se mister estabelecer um conceito do Estado Democrático de Direito, todavia, para Luigi Ferrajoli (2006, p. 789), não há uma conceituação perfeita acerca da temática.

É importante deixar claro que não se pretende dar uma definição perfeita, acabada e única de Estado Democrático de Direito, posto que qualquer conceituação será sempre parcial e, como tal, sujeita a críticas e alterações. Neste sentido: “Estado de direito” é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a ideia, que remonta a PLATÃO e ARISTÓTELES, do “governo das leis” contraposto ao “governo dos homens”, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo Kelseniano. (FERRAJOLI, 2006, p. 789)

Por fim, tem-se que o Estado Democrático de Direito, embora não haja uma conceituação bem definida, pode ser entendido, aos olhos de Luigi Ferrajoli (2006, p. 149), como:

(...)a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mas ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos. (FERRAJOLI, 2006, p. 149)

## *2.2. Do processo penal constitucional e da adoção do sistema acusatório*

Para que possamos elucidar ainda mais a temática abordada neste capítulo, além de trilhar sobre os principais traços do Estado Democrático de Direito, interessante destacar os aspectos do processo penal constitucional e dos aspectos mais relevantes do sistema acusatório adotado, os quais serão de suma importância para a defesa dos argumentos abordados no presente trabalho monográfico.

Além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelecendo diversos direitos e garantias fundamentais, a Magna Carta de 1988 trouxe em seu bojo o anseio em manter, de forma concomitante, a evolução das normas infraconstitucionais e da sua efetividade. Nesta senda, trajou-se na Constituição Federal a necessidade de democratização do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que se refere ao processo penal, haja vista que este, na maioria dos casos, decide demandas a respeito do direito à Liberdade do cidadão.

Assim, para que ocorra tal fenômeno, será necessária a adoção de um sistema que busque garantir todos os preceitos estabelecidos na ordem constitucional. Desta feita, segundo a doutrina majoritária, o Garantismo foi amparado pela Constituição Cidadã, posto que este sistema busca,

efetivamente, tornar sujeitos de direitos e deveres aqueles que se encontram sob o albergue das decisões judiciais no âmbito penal.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2006, p. 312) leciona a respeito do Garantismo:

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade. (FERRAJOLI, 2006, p. 312)

Assim, o Garantismo, trazido à baila pelo doutrinador Luigi Ferrajoli (2006), ao qual anuímos é, de maneira evidente, o sistema firmado pela ordem constitucional, haja vista que essa pleiteia, a todo o momento, garantir os direitos e deveres fundamentais subscritos em seu corpo. Sendo o processo instrumento do exercício jurisdicional e também da garantia dos direitos fundamentais das partes, tendo em vista que, o juiz, aquele investido de jurisdição, deve cuidar tanto da devida observância ao processo em si, quanto à garantia dos direitos inerentes à pessoa humana que figuram como partes, especificamente, os réus no âmbito do processo criminal.

É importante salientar o fato de que nem sempre todos os princípios fundamentais postos por Luigi Ferrajoli para embasar o sistema Garantista, a saber, o Princípio da Retributividade; o Princípio da Legalidade; o Princípio da Economia do Direito Penal; o Princípio da Lesividade; o Princípio da Materialidade; o Princípio da Culpabilidade; o Princípio da Jurisdicionariedade; o Princípio Acusatório; o Princípio do Ônus da Prova, e, por fim, o Princípio do Contraditório, estarão presentes no caso em concreto, pois exigir-se contundentemente, que tal fato ocorresse, seria utópico do ponto de vista prático diante da demasiada ineficiência estatal em prestar a tutela jurisdicional.

Portanto, os preceitos ora esposados, referentes ao processo penal constitucional, servem de guia para as possíveis sanções aplicáveis pelo Estado ao acusado condicionando, por outro lado, o exercício do poder punitivo a uma série de preceitos e normas garantistas dos direitos fundamentais. Salienta-se

que, embora o estudo sobre o sistema garantista haja relevância temática a ser mais aprofundada, destaca-se que esta não é a finalidade do presente estudo, sendo suficiente para a elucidação do mesmo, o que fora abordado em linhas gerais e contundentes.

### 2.2.1. Da adoção do sistema acusatório

Tendo em vista todo o aludido, seguindo os ensinamentos postos por Luigi Ferrajoli, infere-se, no que concerne ao processo penal, que a ordem constitucional trouxe a implantação do processo garantista. Neste diapasão, é elementar que se destaque os aspectos primordiais da adoção do sistema acusatório pelo constituinte, de tal modo a traçar um liame com o que fora abordado em momento alhures.

Como fora dito no tópico ante, tem-se que o princípio acusatório figura como um dos axiomas do modelo processual penal garantista, bem como uma das garantias basilares do processo penal constitucional, podendo também ter a alcunha de *nullum iudicium sine accusatione*, que significa: não há processo sem acusação. Do mesmo modo, Rogério Greco (2007, p. 12-13) entende que a teoria garantista se sustenta em dez axiomas, quais sejam:

- 1 — Nulla poena sine crimine (não há pena sem crime);
  - 2 — Nullum crimen sine lege (não há crime sem lei);
  - 3 — Nulla lex (poenalis) sine necessitate (não há lei penal sem necessidade);
  - 4 — Nulla necessitas sine injuria (não há necessidade sem ofensa);
  - 5 — Nulla injuria sine actione (não há ofensa sem ação);
  - 6 — Nulla actio sine culpa (não há ação sem culpa);
  - 7 — Nulla culpa sine iudicio (não há culpa sem processo);
  - 8 — Nullum iudicium sine accusatione (não há processo sem acusação);
  - 9 — Nulla accusatio sine probatione (não há acusação sem provas);
  - 10 — Nulla probatio sine defensione (não há prova sem defesa).
- (GRECO, 2007, p. 12-13)

Desta forma, depreende-se que, consonante com Luigi Ferrajoli, o doutrinador Rogério Greco também menciona em sua tese o princípio do

acusatório, que funciona como salvaguardo aos direitos fundamentais, objetivando minimizar os espaços da discricionariedade estatal para aplicações das sanções penais. Saluta reforçar que o sistema acusatório não se confunde com o princípio acusatório, haja vista ser o primeiro muito mais amplo abarcando uma série de princípios dentre os quais está o princípio do acusatório, conforme fora dito.

Nesse diapasão, verifica-se que o sistema congrega outras características além da separação entre juiz e acusação, tais como a oralidade, a publicidade, o ônus da prova para as partes, que formulam alegações e as produzem sob o crivo do contraditório, em respeito também à ampla defesa.

A partir dessa conjectura apercebe-se que no sistema acusatório exige-se que a persecução processual se desenvolva em uma relação triangular, com partes independentes e autônomas, e com a presença de um juiz imparcial, acima das partes e inerte. Tutelando os direitos fundamentais dos cidadãos e não a aplicação do direito penal material, ou seja, o *jus puniendi* estatal, pois, o juiz não cumpre mais o ofício de garantidor da segurança pública, mas de garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos,

Por conseguinte, fica impedido o juiz de iniciar de ofício qualquer procedimento, pois este deve preservar a sua imparcialidade, devendo este ato se dar por parte do órgão responsável, autônomo e independente, através de uma acusação prévia, que deve preencher todos os requisitos trazidos pela lei processual penal. Assim, o processo é contraditório, devendo todas as provas, que servirão de base para o livre convencimento do magistrado, serem produzidas em juízo e sob o crivo do contraditório, respeitada a paridade de armas. Restando indubitável, por outro lado, que as provas colhidas em sede inquisitorial devam ter destinatário único e exclusivo, o órgão acusatório, servindo de base apenas para o oferecimento da denúncia, estando o juiz proibido de julgar essencialmente com fulcro em tais provas obtidas em fase pré-processual.

Nesse sentido, Diogo Malan (2003, p. 88) corrobora com a adoção do sistema acusatório, o princípio do acusatório, bem como o da inércia do magistrado ao ensinar que:

Nosso ordenamento jurídico-constitucional adotou um sistema acusatório ao outorgar a órgão distinto do Judiciário a exclusividade do exercício da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I), garantir o Juiz Natural (art. 5º, LIII), o devido processo legal (art. 5º LIV), o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, 93, IX), o procedimento oral nos Juizados Especiais Criminais (art. 98, I), dentre inúmeras outras garantias igualmente importantes, previstas tanto no próprio texto constitucional quanto nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, incorporados ao nosso ordenamento interno com força de norma constitucional (art. 5º, §2º). (MALAN, 2003, p. 88)

Sendo assim, remata-se todo o esposado com a percepção de que o Estado (democrático) de Direito, objetivou garantir, das mais diversas formas, os direitos constitucionais inerentes à pessoa humana, alocando-os em seu bojo, seja direta ou indiretamente. Deste modo, ao adotar o sistema acusatório, conferindo a um órgão independente a titularidade do exercício da ação penal, com o fito de manter todas as garantias constitucionais para um julgamento justo, preservando os princípios do devido processo legal, da inércia, da livre convicção motivada, e, principalmente, da imparcialidade, dentre outros, tem-se que, em dado momento, o instituto da *Mutatio Libelli*, objeto do presente estudo, que será esmiuçado em tópico próprio, vai de encontro aos preceitos axiológicos e precursores do sistema acusatório, e, por fim, da Constituição Federal.

Finalmente alcança-se o epicentro do presente trabalho, destarte passar-se-á a esmiuçar o instituto da *Mutatio Libelli*, sendo, então, abordado os seus principais aspectos através do olhar do sistema acusatório, bem como do garantismo processual penal. Alocando um liame entre o Estado Democrático de Direito como meio de garantia dos direitos fundamentais, e o eventual vício imbuído no presente instituo, ao analisar que, em certos momentos, este é revertido a demérito do Princípio do *Favor Rei*, da vedação ao *non bis in idem*, colimando na prevalência do *jus puniendi* estatal frente ao direito de liberdade do réu.

### 2.2.2. Da normatização do instituto da *mutatio libelli*: contextualização legal

Para que possamos trazer à baila o objeto central do presente trabalho monográfico, é importante salientar nesse momento os aspectos normativos legais do instituto da *Mutatio Libelli*, pormenorizando-o e traçando limites quanto a sua aplicabilidade.

Primeiramente, urge esclarecer que a *Mutatio Libelli* se distingue da *Emendatio Libelli*, tendo em vista que cada um destes institutos tem aplicabilidade de forma diversa e em situações distintas. A *Emendatio Libelli* consiste em um instituto previsto ao teor do artigo 383 do Código de Processo Penal, pelo qual se realiza uma simples emenda ou correção da acusação no que tange à qualificação jurídica do fato.

Art. 383. O juiz, **sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa**, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). (*grifo nosso*) (BRASIL, Lei 3.689, 1941, art. 383)

Depreende-se da literalidade do artigo que o juízo, de primeira ou de segunda instância, essa última, desde que não na *reformatio in pejus*, prevista ao teor do artigo 617 do CPP, pode conferir aos fatos descritos na denúncia tipificação jurídica diversa daquela que fora proposta pelo Ministério Público, amoldado os fatos em um novo delito, diferente do exposto na denúncia, ainda que resulte em pena mais grave, sendo desnecessário novo pronunciamento de defesa.

Isto se dá por conta de que, como consagrado no sistema jurídico, o juiz conhece o direito (*jura novit cúria*), e o réu se defende dos fatos e não do que fora tipificado juridicamente, de modo que não existe, nesse particular, aditamento da acusação em desfavor do réu. Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa por parte da aplicação da *Emendatio Libelli*, posto que

esta, em momento algum, altera a substância fática, tendo apenas remodelado a tipificação delitiva. Teríamos como exemplificação do instituto da *Emendatio Libelli*, sem mais aprofundamento em seu estudo, já que não este não é objeto do presente trabalho, a hipótese de o acusado ter sido acusado pelo delito de furto tendo sua capitulação ocorrida no artigo 121 do CP, o qual trata do crime de homicídio, desta forma, sem alterar os fatos, e, por estar-se diante de um equívoco quanto ao enquadramento, o juiz, poderá condená-lo nos termos do artigo 155 do CP, posto que esse é o artigo que trata do delito de furto.

Apenas para corroborar a congruência que deve haver entre denúncia e sentença, e que a *Emendatio Libelli* não altera a circunstância fática, faz-se relevante salientar o ensinamento de Fabbrini Mirabete (2002, p. 979), que aduz:

deve haver uma correlação entre a sentença e o fato descrito na denúncia ou na queixa, ou seja, entre o fato imputado ao réu e o fato pelo qual ele é condenado. Esse princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa e qualquer distorção, sem observância dos dispositivos legais cabíveis, acarreta a nulidade da decisão. Não pode o Juiz, assim, julgar o réu por fato de que não foi acusado ou por fato mais grave, proferindo sentença que se afaste do requisitório da acusação. (MIRABETE, 2002, p. 979)

No mesmo sentido, Benedito Roberto Garcia Pozzer (2001, p.127) leciona que:

a exigência da correlação entre acusação e sentença constitui poderoso instrumento de garantia do direito de defesa no processo penal. Verificada a discordância entre a acusação, fática ou jurídica, e os fatos comprovados, procede-se a correção pelo acusador, restabelecendo o contraditório e a ampla defesa. Acusar, defender e julgar é regra seqüencial, lógica e inafastável, no processo de conhecimento da espécie. Afinal, o mínimo a ser exigido, em qualquer Estado Democrático de Direito, é permitir ao acusado ser julgado, tão-só, pelos verdadeiros fatos e acerca dos quais teve oportunidade de se defender. (POZZER, 2001, p.127)

Portanto, tendo em vista o que fora sublinhado em linhas alhures, infere-se que o instituto da *Emendatio Libelli* não se confunde com o da *Mutatio Libelli*, posto que o primeiro não altera substancialmente os fatos imputados ao réu, não ensejando, desse modo, qualquer incongruência entre a acusação e a sentença, que, por ventura, venha a ser exarada sob sua égide.

Já no que tange à *Mutatio Libelli*, este está previsto sob a guarda do artigo 384 do Código de Processo Penal, tendo sofrido alteração fundamental pela Lei nº 11.719 de 2008, trazendo novas regras à sua aplicabilidade. O instituto trata da alteração do conteúdo da peça acusatória, ou seja, mudança nos fatos narrados na queixa, ou, na denúncia, no curso do processo, pela existência de novas provas contra o réu que possam levar a uma condenação por delito diverso daquele inicialmente perquirido.

**Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).**

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1o e 2o do art. 383 ao caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). (*grifo nosso*) (BRASIL, Lei 3.689, 1941, art. 384)

Desta feita, frisa-se que o aditamento da denúncia deverá ser realizado por parte do Ministério Público, oportunizando à defesa prazo hábil para exercício da ampla defesa, bem como do contraditório no que toca aos novos fatos que são o alvo do aditamento.

Assim, conforme dito, a Lei nº 11.719 põe fim a *Mutatio Libelli* sem aditamento, ou seja, a alteração do objeto do processo pelo juiz, deixando claro, por outro lado, que só cabe o aditamento em ação penal pública, não em ação privada. Ressalvada, contudo, a excepcionalidade contida no CPP em seus artigos 45 e 46, §2º, que, por sua vez, preleciona que esse aditamento não poderá incluir fatos novos nem responsabilizar outras pessoas, apenas suprir eventuais vícios formais.

**Art. 45. A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subseqüentes do processo.**

Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§ 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação

**§ 2º O prazo para o aditamento da queixa será de 3 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo. (grifo nosso) (BRASIL. Lei 3.689, 1941, art. 45 – 46)**

Neste momento, para melhor inteligência acerca do instituto da *Mutatio Libelli*, é imprescindível que se faça um liame entre a velha forma da sua aplicabilidade, e as novas alterações trazidas pela Lei nº 11.719, modificando significativamente sua formatação.

Em introito, destaca-se a alteração citada em linhas anteriores, a qual revela a modificação do sujeito ativo responsável pelo aditamento da denúncia, passando a ser o MP, na situação quando reconhecer cabível nova definição jurídica do fato por decorrência de novas provas existentes dos autos. Salutar a mudança, porque, anteriormente, o magistrado baixava os autos para a defesa se manifestar, sem que o MP fizesse algum pronunciamento, salvo se a nova capitulação resultasse em pena mais grave, conforme constava do antigo parágrafo único, sendo, nesse caso, operacionalizada pelo *Parquet*. Ou seja, num passado próximo o juiz exercia o direito de ação, fato inconcebível pela ordem constitucional.

Deste modo, na sistemática anterior, o juiz poderia condenar o acusado de um crime de furto qualificado por estelionato na forma simples, sem a necessidade de aditamento, violando, escancaradamente, o direito à ampla defesa. Já na nova redação, o aditamento faz-se imprescindível em qualquer caso, haja vista que a norma constitucional confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública.

Tal aditamento pode se dar por ato de vontade do próprio membro do *Parquet*, legítimo titular da ação penal pública, ou por provocação do juiz que abre vista para que o Ministério Público se pronuncie. Sob esse aspecto, assevera-se que, a única modalidade que deveria ser admissível deveria ser aquela que parte do próprio autor da ação, haja vista que quando feita pelo juiz, este extrapola suas atribuições e ofende o Princípio da Inércia, agindo ativamente e instigando o aditamento.

Outra mudança substancial tange à inclusão redacional no art. 384 do CPP da expressão “encerrada a instrução probatória”, diferenciando-se, pois, da textualidade anterior, vez que essa não estabelecia o momento oportuno para a aplicabilidade da *Mutatio Libelli*. Refuta-se nesse particular qual seria o momento oportuno para operacionalização do instituto, se após as alegações finais, ou, do encerramento da oitiva das testemunhas ou do interrogatório, visto que, tanto o juiz quanto o MP podem perceber a nova elementar no decorrer da instrução, após o interrogatório ou depois das alegações finais.

Sob este aspecto, infere-se que o momento escolhido pelo legislador infraconstitucional, num primeiro momento, é dirigido ao juiz, tratando-se, portanto, do aditamento provocado. Quanto ao aditamento feito pelo próprio

Ministério Público, defende-se que seja feito logo que surja o motivo, a elementar, para tanto. Como é sabido, geralmente, tal motivo surge após a instrução probatória, todavia, caso ocorra antes, deve ser feita de imediato a correção da denúncia, preferencialmente antes das razões finais, para que haja fidedigno uso da ampla defesa, bem como do contraditório. Malgrado, em certos casos, o aditamento ocorre após as alegações finais, momento oportuno para exercício da defesa, em virtude do princípio da obrigatoriedade. Que autoriza também, em qualquer fase, exceto a de segunda instância, a aplicação da *Mutatio Libelli*, até por uma questão de celeridade processual, evitando-se, sempre que possível, a instauração de um novo processo.

Importante salientar que a nova acusação, alvo do aditamento, deve ter vínculo de conexão ou continência com a alocada na denúncia, posto que, se assim não o for, deverá tais fatos ser objeto de nova ação penal. Isto ocorre também, conforme preleciona o artigo 80 do CPP, nos casos em que o aditamento venha a gerar tamanho tumulto processual, inviabilizando tanto a aplicação do *jus puniendi*, como o exercício dos direitos inerentes à defesa.

Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação. (BRASIL. Lei 3.689, 1941, art. 80)

Em terceiro, a nova lei trouxe mais tecnicidade ao instituto, posto que utilizara os termos “elemento ou circunstância”, substituindo a antiga redação que trazia a terminologia “circunstância elementar”, sendo ambas de significados diferentes. A antiga expressão abrangia tanto as elementares do tipo penal, quanto as circunstâncias legais especiais, tais como qualificadoras, causas de aumento e diminuição de pena, ficando excluídas as agravantes e atenuantes, visto que, quanto a essas, o artigo 385 do CPP autoriza o juiz a conhecê-las de ofício, e quanto às últimas, por absoluta desnecessidade, eis que beneficiam o réu.

Outra mudança refere-se à exclusão dos termos “explícita ou implicitamente”, que afrontara ao princípio da ampla defesa, uma vez que

autorizava a possibilidade de se admitir uma acusação implícita. Por fim, ainda no caput do artigo, salienta-se que a alteração do termo “poderá” para “deverá” reflete a obrigatoriedade da ação penal pública, e, também, a obediência aos princípios da legalidade, oficialidade, e da congruência.

O atual parágrafo 1º do artigo 384 do CPP elucida a hipótese em que o aditamento é provocado pelo magistrado que vislumbrou, durante a instrução processual, uma circunstância ou elemento que não estava contida na denúncia. Todavia, é importante mencionar que o MP não está obrigado a fazer o aditamento pretendido pelo juiz, podendo esse, caso não tenha sido realizado o aditamento pelo órgão ministerial como requerido, aplicar a regra do art. 28 do CPP, encaminhando os autos para o Procurador Geral de Justiça, para que este, caso entenda cabível a nova definição jurídica ao fato, realize o aditamento.

Portanto, caso o MP não atenda ao aditamento solicitado pelo juiz, devem os autos ser remetidos ao procurador-geral, para que este o faça ou designe outro membro do órgão ministerial para que o faça, resguardando a independência funcional do anterior. O objetivo precípuo deste dispositivo consiste na fiscalização estatal, por meio de uma função atípica do juiz, ao princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, uma vez que, sem este mecanismo, restaria por criado uma fenda entre estes princípios e o Poder Judiciário. Daí a necessidade de um meio fiscalizatório a fim de que não sejam sucumbidosos princípios obrigatórios ao autor da ação penal.

O §2º trazido pela lei estabeleceu que a defesa técnica terá o prazo de cinco dias para manifestar-se preliminarmente, anteriormente, oito dias, quando a pena resultante da nova classificação fosse idêntica ou menos grave que a da imputação alocada na denúncia, e de três dias quando mais grave. Já o §3º determina que as mesmas regras impostas ao instituto da *Emendatio Libelli*, no que se refere à desclassificação para outro crime que enseje a suspensão condicional do processo ou competência de outro juízo, serão aplicadas à *Mutatio Libelli*. O §4º confere prazo de cinco dias para cada parte arrolar testemunhas, sendo este número, limitado a três.

Por fim, urge pontificar que o juiz, quando feito o aditamento da denúncia, torna-se adstrito aos seus termos, ou seja, julga os fatos conforme alocados no aditamento, e não mais aqueles postos precipuamente na denúncia, devendo o Ministério Público, caso o réu seja absolvido pela prática do delito, oferecer nova

ação penal com os mesmos fatos postos na denúncia anteriormente oferecida. Nesse diapasão é que se assenta a crítica realizada no presente trabalho, uma vez que, tal ato colide com os princípios já mencionados, bem como com o Estado Democrático de Direito, que durante anos foi almejado por toda a sociedade. Ademais, é importante salientar que, o instituto da *Mutatio Libelli* não se aplica à segunda instância, de acordo com o que se depreende da súmula 453 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

## CAPÍTULO III

### DA ANÁLISE MERITÓRIA DO INSTITUTO DA *MUTATIO LIBELLI*

De frente a todo o aludido no presente trabalho monográfico, é chegado o momento crucial do mesmo, no qual passaremos a abordar acerca da (in)constitucionalidade do instituto da *Mutatio Libelli* quando, esse, em alguns momentos, ofende aos princípios mencionados em linhas alhures, bem como ao Estado Democrático de Direito, mostrando-se como efetivo subterfúgio à ineficiência estatal em provar os fatos por ele alegados.

#### *3.1. Da afronta aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito*

Em introito faz-se mister salientar que o presente instituto, conforme dito em momento anterior, consiste na alteração fática alocada na denúncia durante instrução processual, embora a lei faça menção a após a instrução, senda que já fora abordada e elucidada anteriormente, ensejando o aditamento da mesma por parte do órgão ministerial tornando o juiz adstrito aos seus termos. Desta feita, quando operacionalizado o instituto, o juiz julgará os novos fatos de acordo com o que consta do aditamento e não mais com aqueles que estavam esposados inicialmente na denúncia.

Este fato se dá por conta do comando esposado no parágrafo 4º do artigo 384 do Código de Processo Penal o qual preleciona que em havendo o aditamento o juiz julgará adstrito aos seus termos. Isto nos revela que, caso haja aditamento da denúncia para delito diverso daquele anteriormente pretendido, o juiz ao julgar a demanda estará adstrito aos seus termos, e, em assim sendo, caso o réu seja absolvido do delito posto no aditamento o Ministério Público terá de ingressar com nova ação penal para poder ver o mesmo réu condenado pelo crime alocado inicialmente na denúncia.

Assim, se, por exemplo, fosse oferecida denúncia contra uma mulher por, a mesma, ter assassinado uma criança, conduta descrita no art. 121 do Código Penal, e, ao longo da instrução processual se verificasse que esta dita criança se tratava de seu filho que acabara de nascer, e que a mulher, no momento do

fato, estava sob a influência do estado puerperal, deverá a peça acusatória ser aditada, vez que se trata, agora, do crime de Infanticídio constante ao teor do artigo 123 do CP.

Deste modo, o juiz julgará adstrito aos novos fatos ensejadores tipo penal inserido no aditamento, e, caso a mulher autora do delito seja absolvida por insuficiência de provas, por exemplo, o MP terá de ingressar com nova ação penal embasada nos fatos precipuamente alocados na denúncia, que foi alvo do aditamento, para vê-la figurar no polo passivo novamente. Fato que, de plano, ofende aos princípios do *Favor Rei, non bis in idem*, bem como os demais princípios garantidores do Estado Democrático de Direito.

Uma vez que o princípio basilar do processo penal, o do *Favor Rei*, preleciona que, conforme exposto em momento anterior, quando do embate entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu este último deva prevalecer, ao autorizar que o Estado, através do Ministério Público que atua como *longa manos*, ingresse com nova ação penal para ver o réu responder por fatos que já foram alvo de aditamento em momento anterior, torna-se evidente que o direito de punir estatal está, em muito, sobreposto ao de liberdade do réu.

Tourinho Filho (2004, p.71) proclama quanto ao princípio do *Favor Rei* que "*no conflito entre o 'jus puniendi' do Estado, por um lado, e o 'jus libertatis' do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último, se se quiser assistir ao triunfo da liberdade*". Nesta senda, a argumentação de que o juiz, ao julgar nos termos do aditamento, não está decidindo acerca dos fatos inicialmente postos na denúncia ensejando assim a possibilidade de ingresso de nova ação penal para que se decida estes, não são de um todo contundentes posto que, o instituto da *Mutatio Libelli* serviria de subterfúgio ao MP quando da sua ineficiência em provar os fatos alegados no aditamento.

Ora, quando o MP adita a denúncia, a contrário senso, este assume que há alguma irregularidade na mesma, tendo em vista que, se não tivesse, não seria feito qualquer aditamento, sendo mantida então a narrativa fática posta na peça acusatória. Desta forma, quando realizado o aditamento, tornando o juiz adstrito aos seus termos, em sendo o réu absolvido dos fatos que lhe foram imputados, ao permitir que se ingresse com nova ação penal para ver o mesmo réu sendo julgado pelos fatos inicialmente postos na denúncia, abre-se um

precedente ilógico contrário ao que preleciona o princípio do *Favor Rei*, bem como do *non bis in idem*.

Haja vista que o instituto passa a ser um subterfugio à ineficiência do autor da ação penal em provar os fatos por ele alegados, operacionalizando a *Mutatio Libelli*, e, caso o réu seja absolvido, ingressa-se com nova ação penal sob a argumentação de que não foram julgados os fatos inicialmente pretendidos. A vedação ao *non bis in idem* consiste no brocardo de que ninguém será julgados mais de uma vez pelos mesmos fatos, ou seja, se alguém já teve em seu favor uma sentença prolatada e transitada em julgado acerca de determinados fatos, estes não poderão mais ser alvo de nova ação.

No que tange ao *non bis in idem* importante salientar as palavras exaradas pelos ministros dos tribunais superiores que reconhecem a adoção de tal princípio na sistemática processual penal trazida pela norma constitucional de 1988, aplicando-o até no que se refere à exasperação da pena, quiçá da possibilidade de o réu ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos, ou, se não os mesmos, aqueles que já foram tidos como incertos pelo próprio autor da ação penal, o Ministério Público.

Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo juizado especial de pequenas causas, com decisão penal definitiva. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do *non bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela CR, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes.”(HC 86.606, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, DJ de 3-8-2007.) = HC 87.869, rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, DJ de 2-2-2007

“Reiteração da conduta imputada ao paciente considerada na primeira fase da dosimetria, para a fixação da pena-base, e na terceira fase, com a aplicação da causa de aumento da continuidade delitiva do art. 71 do CP. Bis in idem caracterizado.” (HC 111.706, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T, DJE de 17-12-2012.) “(...) na fixação da pena-base, fez referência à circunstância de ter sido o crime cometido por três agentes, o que teria reduzido a capacidade de defesa da vítima. Na terceira etapa da individualização, aplicou a causa de aumento relativa ao concurso de agentes pelo mesmo fato, em franca violação ao

postulado ne bis in idem. Constrangimento ilegal configurado.” (HC 107.556, rel. min. Ricardo Lewandowski, 1ª T, DJE de 1º-7-2011.)

Desta feita, infere-se que ao aditar a denúncia, o *Parquet* reconhece que os fatos inicialmente postos em juízo não condizem com a realidade, já que, se assim não o fosse, não teria realizado o aditamento. Por consequência, se o réu for absolvido do delito pretendido em sede de aditamento, não deveria o MP ingressar com nova ação penal para poder pleitear a condenação do mesmo réu com base nos fatos que ele mesmo reconheceu a inexistência em momento anterior. Isto porque, estar-se-ia indo de encontro ao que preleciona o *non bis in idem*, pois, a contrário senso, o juiz acabara de julgar, no aditamento, os fatos inicialmente esposados na denúncia.

Em assim sendo, percebe-se que, em muitos casos, o instituto da *Mutatio Libelli* pode figurar com subterfúgio à ineficiência estatal em provar os fatos por ele alegados, vez que, caso o réu seja absolvido dos fatos expostos no aditamento, o Ministério Público poderá ingressar com nova ação penal para ver o réu sendo julgado pelos fatos alocados inicialmente na denúncia, que já fora alvo de aditamento.

Nesse diapasão, urge asseverar, de acordo com o que fora abordado em momento anterior, que durante anos a população lutou e pleiteou a amplitude dos direitos fundamentais para que lhes fossem assegurados uma vida digna e justa. Desse modo, a Constituição Federal, objetivando atender a todos estes anseios, trouxe um leque de direitos e garantias fundamentais que não podem, jamais, serem expurgadas por leis infraconstitucionais, bem como por decisões judiciais que extrapolam o *jus puniendi* estatal.

Ao assegurar o devido processo legal, limitando as arbitrariedades que antes eram exercidas forçosamente pelo Estado, a Magna Carta buscou por eliminar quaisquer ameaças ou lesões aos direitos dos indivíduos, adotando um Estado Democrático de Direito, que não visasse só o estabelecimento de normas positivadas, mas sim, de legislações capazes de garantir a liberdade, a igualdade, ou outro direito inerente à dignidade da pessoa humana. Congruentemente o professor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.62) ensina acerca da dignidade da pessoa humana que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p.62)

Diante do aludido, imprescindível salientar a relevância jurídica que os princípios possuem em relação à aplicabilidade das normas e dos institutos que dela decorrem, tendo em vista que aqueles visam nortear e, ao mesmo tempo, legitimar os atos que se externam no mundo jurídico. Assim, Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 161) brilhantemente orienta que:

Em resumo, são os princípios constitucionais aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, espriar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídico. Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isso só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios essa meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas. (BASTOS, 2001, p. 161)

No mesmo passo, a doutrinadora Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p.02) afirma que a relevância recente do constitucionalismo consiste na tutela jurídica dos direitos fundamentais como passo indispensável para a construção de um efetivo Estado Democrático de Direito, elucidando:

Em conseqüência, a jurisdição dos direitos fundamentais tem buscado estabelecer uma série de pautas e critérios destinados a garantir a efetividade jurídica desses direitos. E a intensificação dessa preocupação, presente na maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais, permite identificar os contornos próprios da interpretação constitucional dos direitos

fundamentais, a qual é caracterizada por determinadas técnicas e princípios especiais. (PEREIRA, 2006, p.02).

Desta forma, extrai-se que a função precípua dos princípios é garantir uma conduta linear das normas que deles emanarão, guiando, nos dias de hoje, para o garantismo dos direitos fundamentais, tendo como consequência lógica, a garantia de um Estado Democrático de Direito. Assim sendo, não há plausibilidade em um instituto quando este visa um fim diverso do pretendido por todo o organograma jurídico, vez que deve ser consentâneo com o mesmo.

### *3.2. Do questionamento prático quando da aplicação do instituto da mutatio libelli*

Com a finalidade de ampliar a compreensão acerca da temática do presente trabalho, importante trazer à baila casos práticos para que se possa visualizar o cabimento do instituto da *Mutatio libelli* e quando este tem o condão de figurar como subterfúgio à ineficiência do Estado, indo de encontro aos princípios norteadores da ordem constitucional, bem como processual penal, infringindo os ditames trazidos pelo Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, mister destacar que o Código de Processo Penal em seu artigo 156 estabelece a quem cabe o ônus da prova aduzindo que:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – 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;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL. Lei 3.689, 1941, art. 156)

Assim, depreende-se que o ônus incumbe àquele que alega, ou seja, quando o Ministério Público oferece uma denúncia ele tem que buscar provar todos os fatos alegados sob pena de o réu restar absolvido, seja por insuficiência de provas ou por não existirem provas que o réu tenha concorrido para a infração penal, bem como pelas demais hipóteses previstas ao teor do artigo 386 do CPP.

Ainda sobre a temática, edificante que se comente a posição de alguns doutrinadores que trazem uma ótica diversa acerca do termo “ônus”, ensinando que, na verdade, trata-se de um direito, direito à prova, conforme a melhor inteligência de Gomes Filho (1997, p.83-88):

Tradicionalmente, a relação entre as partes e a prova tem sido tratada pela doutrina processual em termos de ônus, o que corresponde a uma ótica que se pode afirmar negativa da questão, pois ao litigante que tinha o encargo de provar e não o fez são atribuídos os riscos da falta de provas no julgamento da causa. (...). Essa colocação, que, segundo Verde, é própria do formalismo positivista, traz consigo a idéia de que o processo constitui mero instrumento de pacificação de conflitos, sem se importar com uma correta reconstrução dos fatos; assim, revela-se absolutamente insatisfatória e inadequada à moderna concepção de processo justo, especialmente no terreno penal, cujo modelo cognitivo constitui garantia do acusado e da própria jurisdição. (FILHO, 1997, p. 83 -88)

Retilneamente, Gomes Filho (1997, p. 83-84) reconhece às partes um direito subjetivo de:

empregar todas as provas de que dispõe; com o fim de demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam sua pretensão; nessa visão, ressalte-se o papel de colaboração dos interessados na reconstrução mais exata dos fatos sobre os quais irá versar a decisão judicial. (FILHO, 1997, p. 83-84)

A partir de então, pormenorizada a responsabilidade que cabe ao MP em provar os fatos por ele alegados, salutar que se trace um liame dessa com o instituto da *Mutatio Libelli*, tendo em vista que o ônus probante tanto da exordial acusatória quanto do aditamento incumbe ao *Parquet*. Assim, quando encerrada a instrução probatória, feitas as ressalvas acerca de toda sua aplicabilidade em momento anterior, se verifique, através de novas provas, que se trata de delito diverso daquele pretendido inicialmente na denúncia o Ministério Público adita a inicial acusatória tornando o juiz adstrito aos seus termos, fazendo com que haja apreciação acerca dos supostos fatos diversos, devendo doutro modo, caso queira ver o julgamento dos fatos alocados na denúncia precípua, ingressar com nova ação penal.

A título de exemplo cita-se uma denúncia oferecida pelo Ministério Público contra um réu sobre o crime de furto. Todavia durante instrução probatória se verificou que houve “supostamente” o delito de roubo, seja pela oitiva de alguma testemunha, seja por qualquer outro meio probante acostado aos autos, ensejando então o aditamento por parte do *Parquet*. Este o faz, tornando o juiz adstrito aos seus termos, contudo, ao final, fora exarada sentença absolutória em favor do réu. Dessa forma, há quem diga que o MP poderá ingressar com nova ação penal para ver o réu condenado, se comprovado, pelo delito de furto inicialmente pretendido.

Nesse cenário, se o MP não conseguira provar durante a primeira instrução que houve realmente a prática do delito de furto, aditando para pleitear condenação do réu ao crime de roubo, e não a conseguiu, não poderia ingressar com nova ação penal com base nos mesmos fatos inicialmente pretendidos, já que, se tivesse conseguido provar, não teria havido aditamento, uma vez que restaria por comprovado que efetivamente se tratava do ilícito de furto.

Destarte, em sendo intentada nova ação penal colimando a condenação do réu pelo delito de furto, objeto da primeira denúncia, resta-se por violado o princípio do *non bis in idem* e mitigado o princípio do *Favor Rei*, haja vista a flagrante preterição ao direito de punir frente ao direito de liberdade do réu. Assim, o MP ao oferecer nova denúncia estaria a intentando baseada nos mesmos fatos anteriormente pretendidos, visto que se não o fosse, a aditaria de novo durante a segunda instrução, não obstante, teria conseguido a condenação pelo delito de roubo, conforme os termos do aditamento.

Arremata-se do que fora aduzido que o Ministério Público, a quem cabe provar os fatos por ele alegados, não conseguiu provar os fatos apontados na denúncia, já que aditou a mesma por haver como “comprovado” que os fatos ocorreram de forma diversa. Desse modo, ao haver a absolvição por parte de tais fatos, não poderia sequer poder ingressar com nova ação penal sob o argumento de que não foram apreciados os fatos na denúncia, pois, de forma evidente, o Parquet não conseguira provar os fatos alocados na inicial acusatória nem os do aditamento, figurando esta façanha como subterfúgio para ver aplicado o direito de punir do Estado, o que fere em muito o Princípio do *Favor Rei*, e as demais normas regimentais que almejam a efetividade do Estado Democrático de Direito.

Importante salientar que a jurisprudência veda a prática do uso da *Mutatio Libelli* sem que sejam observados os ditames formais esposados no corpo do artigo 384 do CPC, nesse sentido os tribunais superiores aduzem:

TJ-RJ - APELACAO APL 199405050568 RJ 1994.050.50568 (TJ-RJ)

Data de publicação: 26/05/1994

Ementa: "MUTATIO LIBELLI" - ANULACAO. Roubo. Se a denuncia imputa ao recorrente a tentativa, modalidade delituosa que persiste ate' o fim, no primeiro grau, com a acusacao, inclusive, se batendo por ela nas alegacoes finais, nao pode o juiz, quando da sentenca, optar pelo crime consumado em decisao punitiva mais onerosa, porque colhe de surpresa e cerceia a defesa com essa "mutatio libelli", impedindo-a, ate', de discutir a questao, ao inves de se valer do procedimento previsto no art. 384, paragrafo unico, do CPP. Preliminar acolhida. Anulacao, extensiva ao segundo apelante. Rejeicao preambular de prejudicial anterior e relativa a erro material na grafia do nome do apelante.

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1388440 ES 2013/0199670-0 (STJ)

Data de publicação: 17/03/2015

Ementa: RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA AS RELACOES DE CONSUMO . EXPOR À VENDA MERCADORIAS IMPRÓPRIAS AO CONSUMO. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP . NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. SENTENÇA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA PARA CULPOSA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 384 , CAPUT, DO CPP . MUTATIO LIBELLI. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. SUPERVENIÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. Não importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação contrária aos interesses da parte, mas suficiente ao deslinde da controvérsia. 2. O fato imputado aos réus na inicial acusatória, em especial a forma de cometimento do delito, da qual se infere o elemento subjetivo, deve guardar correspondência com aquele reconhecido na sentença, a teor do princípio da correlação entre a acusação e a sentença. 3. Encerrada a instrução criminal, concluindo-se que as condutas dos recorrentes subsumem-se à modalidade culposa do tipo penal e ausente a descrição de circunstância elementar, atinente ao elemento subjetivo do injusto na denúncia, imperativa a observância da regra inserta no art. 384 , caput, do CPP , ainda que a nova modalidade de delito comine pena inferior, baixando-se os autos ao Ministério Público para aditar a inicial, sob pena violação ao princípio da ampla defesa e contraditório. 4. Transcorrido o prazo prescricional de 4 anos (art. 109 , V , c/c 110 , § 1º , do CP ), desde o recebimento da denúncia até a presente data,

considerando-se a inexistência de outro marco interruptivo em face da anulação da sentença condenatória, verifica-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado. 5. Recurso parcialmente provido para anular a sentença condenatória e julgar extinta a punibilidade dos recorrentes.

Deste modo, verifica-se a obrigatoriedade da aplicação do instituto da *Mutatio Libelli*, no caso concreto, em que haja necessidade, sob pena de anulação da sentença por desconformidade com o princípio da correlação entre acusação e a sentença. Posto que, o juiz estaria infringindo o sistema acusatório atuando como titular da ação penal, poder este que não lhe é conferido pela ordem constitucional tendo em vista que esse papel incumbe ao Ministério Público, legítimo autor da ação penal que deve proceder à efetiva titularidade da ação penal.

Assim, infere-se que o instituto da *Mutatio Libelli* tem por escopo garantir os direitos fundamentais como o contraditório, a ampla defesa, a congruência entre acusação e sentença, não podendo, sob qualquer argumento, ser utilizado com a finalidade de sobrepor o *jus puniendi* do Estado sobre o direito de liberdade do réu.

### 3.3. Da possível (in)constitucionalidade do instituto da *mutatio libelli*

O instituto da *Mutatio Libelli* conforme abordado em linhas alhures tem por finalidade garantir o direito de defesa do réu possibilitando, caso haja alteração substancial dos fatos, que este exerça o contraditório e a ampla defesa. Todavia, quando o Ministério Público, *longa manos* do Estado, confere destinação diversa ao instituto, utilizando-o como uma evasiva, atestando sua ineficiência em provar os fatos que alega, vez que ao aditar a denúncia por entender cabível nova definição jurídica ao fato, torna o juiz adstrito aos seus termos, e reconhece, a contrário senso, que os inicialmente não coadunam com a verdade, em sendo o réu absolvido não poderia ingressar com nova ação penal, sob pena de configurar, tal façanha, a inconstitucionalidade do instituto.

Deste modo, depreende-se que, com o escopo supramencionado, o instituto passa a ser inconstitucional uma vez que transgride as normas constitucionais, bem como os princípios norteadores do Estado Democrático de

Direito que são alocados na Magna Carta. Isto porque, as normas infraconstitucionais devem obediência à Lei Maior devendo estar amoldadas aos preceitos e regramentos postos em seu prisma.

No mais a mais, o saudoso doutrinador e advogado Rui Barbosa em uma de suas obras percebeu que a sanção à violação da Constituição integra o próprio conceito de inconstitucionalidade, aduzindo que a expressão inconstitucional poderia ter pelo menos três tipos de acepções diferentes dependendo do tipo de constituição adotada, sendo sua lição aqui demonstrada:

A expressão inconstitucional, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição a que aludir:

I – Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo.

II – Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se repute obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses a expressão de ordinário se deve tomar com simples termo de censura.

III – Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo inconstitucional quer dizer que esse ato excede os poderes do congresso e é, por conseqüência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucionalidade, isto é, ultra vires, isto é nulo.” (BARBOSA, Rui apud MENDES In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1156)

Acerca ainda desta temática, Alexandre de Moraes (2005, p.18) disserta acerca da acepção da inconstitucionalidade, “*in verbis*”:

É que a Constituição Federal, como norma-mãe (fundamento de validade material e formal do sistema), deve ser suprema. Todos os dispositivos e interpretações possíveis devem perpassar pelo seu controle formal e material, não podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria – esfera do indecível -, posto que as Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, devem sofrer processo específico para reforma, ciente, ainda, da existência de *cláusulas pétreas*. De fato, na atuação prática, a aplicação de

qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar *oxigenação constitucional de viés garantista*, para aferição da *constitucionalidade material e formal* da norma jurídica. Somente assim se dá a devida força normativa à Constituição. (MORAIS, 2005, p.18)

Assim, em face do que fora exposto conclui-se que as normas infraconstitucionais devem possuir correlação jurídica, material ou formal, com os preceitos da Constituição. Nesta senda, assevera-se que o instituto da *Mutatio Libelli* quando utilizado de forma diversa da finalidade para o qual foi criado, resta por dissonante com o Texto Maior, sendo, portanto, passível de inconstitucionalidade.

Pontifica-se neste particular, que o instituto criado pelo teor do art. 384 do CPP o qual determina o aditamento da denúncia, seja por provação do juiz, ou por espontaneidade do *Parquet*, quando ao final da instrução probatória se verifica, através das novas provas constantes nos autos, que se trata de nova capitulação jurídica, almeja a otimização dos direitos fundamentais ao contraditório e a ampla defesa. Todavia, ao passo que houvera o aditamento, doutro modo o autor da ação penal assume que os fatos inicialmente perquiridos não coadunam com os fatos reais, posto que os aditou. Assim, se o réu for absolvido do delito alocado nos termos do aditamento, não poderia o MP ingressar com nova ação penal consubstanciada naqueles fatos inicialmente aditados.

Tendo em vista que essa façanha ofende os preceitos constitucionais, principalmente, o que leciona os princípios garantidores do modelo processual penal garantista, do Estado Democrático de Direito, até mesmo dos princípios do *Favor Rei*, norteador do processo penal, do *non bis in idem*, do devido processo legal, e logicamente, ao texto constitucional. Desta feita, apercebe-se que quando promovida a devida *oxigenação constitucional* sob o prisma abordado em momento supra, o instituto passa a ser incongruente com os ditames constitucionais e com seus princípios, que possuem suma importância, devendo, por consequência, ser tido por inconstitucional.

Salutar que se mencione que muito embora não haja dúvida acerca da preponderância da norma constitucional sobre a infraconstitucional, de hierarquia inferior, a ineficácia daquela torna-se patente quando não se sabe lidar com os princípios, quando estes estão em choque com as normas. Desta

feita, é preciso desprender-se da visão meramente programática reconhecendo-se a eficácia cogente e absoluta dos princípios, conforme melhor ensinamento de Alexandre de Moraes (2005).

De frente a isso, coaduna-se perfeitamente com o abordado anteriormente, no que se refere à relevância dos proclames principiológicos, o ensinamento de Alexandre de Moraes (2005, p. 60), que passa a ser exposto:

No caso dos princípios constitucionais, estes devem nortear a atividade estatal em todas as esferas, impedindo a prevalência de normas infraconstitucionais desprovidas de pertinência material com a principiologia constitucional... (...)  
Com essa operacionalidade instrumental, o ordenamento jurídico pode ser revisitado, procedendo-se juízos de *validade* – na concepção *garantista*– sobre o conteúdo das regras infraconstitucionais, aferindo-se, assim, a sua constitucionalidade material, em face dos *princípios*, abandonando-se a percepção ultrapassada de que os *princípios* não possuem força cogente. (MORAIS, 2005, p. 60)

Desta feita, por conseguinte, caso o MP opte por aditar a denúncia tornando o juiz adstrito aos seus termos, em sendo o réu absolvido da prática delitiva por insuficiência de provas, ou por este não ter concorrido para a prática da infração, ou por não estar provada a existência de crime, ou por outro motivo alocado no art. 386 do CPP, não poderá o mesmo ingressar com nova ação penal que já foi objeto de julgamento em momento anterior, por mais que tenha sido sentenciado os termos do aditamento, posto que tal façanha figura como estratégia à ineficiência do Estado em provar os fatos por ele alegados.

Assim, permitir que o *Parquet* proponha ação penal sem a devida incumbência de provar os fatos que alega, possibilitando o aditamento, e em caso de absolvição, o possível ingresso de nova ação penal com base nos mesmos fatos antes pretendidos, viola veementemente o princípio do *Favor Rei, non bis in idem*, o Estado Democrático de Direito, e a Constituição Federal.

Embora não seja só dever do ator jurídico a aplicabilidade justa e correta dos institutos e dos proclames constitucionais, importante ter em conta o que muito bem leciona Alexandre Moraes (2005, p.88):

Não é verdade – e nem se está defendendo – que o Poder Judiciário é a salvação de toda situação social. Todavia, exigir o fazer acontecer do Poder Legislativo, dos administradores

públicos e dos próprios membros do Poder Judiciário é o grande papel ao ator jurídico, consciente de sua função democrática. Nesse pensar, ao ator jurídico cabe declarar sua independência em face de posições coisificantes da realidade, (re)lendo os critérios de validade da norma com matiz *garantista*, reconhecendo a validade material das normas ao invés de manter fiel e cego cumprimento às regras simplesmente por serem regras. O aspecto meramente formal cede espaço, no *Estado Democrático de Direito*, ao aspecto material, conforme a Constituição. (MORAIS, 2005, p. 88)

Dessa forma, diante do aludido, salienta-se que o instituto da *Mutatio Libelli* objetiva garantir direitos fundamentais, não devendo, ao arropio das normas constitucionais e principiológicas, ser utilizado como subterfúgio à ineficiência estatal em provar os fatos que alega; uma vez aditada a denúncia, reconhecendo-se, a contrário senso, que os fatos não condizem com a realidade, em sendo o réu absolvido dos termos do aditamento, não seria possível mais o intento de nova ação sobre os mesmos fatos aditados. Assim, medida que se impõe é a permanência do *decisum* inicial, o de absolvição. Posto que, possibilitando o ingresso de nova ação penal restaria por maculada a Constituição Federal de 1988. Doutro modo, resguardado estaria os princípios e o Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou elucidar a temática referente à aplicabilidade do instituto da *Mutatio Libelli* quando este se configura como subterfúgio à ineficiência do Estado em provar os fatos por ele alegados, indo de encontro a todos os preceitos principiológicos, constitucionais e legais que embasam o Estado Democrático de Direito, e garantem o exercício dos direitos fundamentais essenciais à dignidade da pessoa humana.

Desta feita, os princípios que regem o organograma jurídico nacional almejam a efetivação do Estado Democrático de Direito, preconizando acerca de direitos e garantias fundamentais capazes de garantir uma vida digna ao indivíduo. Neste diapasão, princípios como o do *Favor Rei*, que determina a opção pelo direito de liberdade do réu quando em conflito com o *jus puniendi* estatal, a vedação ao *non bis in idem*, que proíbe que o réu seja julgado duas vezes pelos mesmos fatos acalando a tutela da coisa julgada, o devido processo legal, que impõe limites às liberalidades e possíveis abusos que podem ser praticados pelo Estado, assim como todos os demais que pretendem dar eficiência ao garantismo e ao que determina o princípio supremo da dignidade da pessoa humana.

Sob este prisma, depreende-se que a Constituição Federal de 1988, na intenção de garantir os preceitos que ela mesma preconiza, optou por adotar o sistema acusatório, vez que conferiu a titularidade do exercício da ação penal a um órgão independente e autônomo, o Ministério Público, garantindo de pronto a imparcialidade do magistrado que exerce o *jus puniendi*, bem como salvaguardando os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, tendo em vista que inibe, ou, ao menos, tenta, todas as possíveis arbitrariedades que possam emanar do poder estatal.

Sendo assim, a legislação infraconstitucional que também deve se amoldar aos preceitos constitucionais, sob pena de serem eivadas de inconstitucionalidade, ao positivizar no artigo 384 do Código de Processo Penal, estatuiu o instituto da *Mutatio Libelli*, que consiste no aditamento da denúncia realizada pelo autor da ação penal, o Ministério Público, quando do final da instrução probatória verifica-se que houve alteração substancial nos fatos através de novas provas constante nos autos, e, por conseguinte, nova definição

jurídica, almejou, tão somente, a incidência dos conclames da justiça e da efetividade dos direitos fundamentais.

Ocorre que, conforme se depreende do presente trabalho, em alguns momentos o instituto da *Mutatio Libelli* é utilizado como subterfúgio à ineficiência do Estado em provar os fatos por ele alegados. Isto porque, quando o *Parquet* realiza o aditamento da denúncia, por entender cabível nova definição jurídica aos fatos, assume, a contrário senso, que os fatos alocados inicialmente na peça acusatória não condizem com a realidade. Isto posto, caso o réu seja absolvido do delito inserido nos termos do aditamento, o MP poderia ingressar com nova ação penal para ver o réu julgado pelos fatos inicialmente pretendidos em momento anterior na denúncia que já fora aditada.

Nesta senda, verifica-se que há uma usurpação na finalidade do instituto, ofendendo as determinações dos princípios do *Favor Rei*, vez que se está preterindo o direito de punir do Estado frente ao direito de liberdade do réu, fato inconcebível pela ordem constitucional e pelo Estado Democrático de Direito. Contrariando também a vedação ao *non bis in idem*, já que esse princípio tolhe a possibilidade de o réu ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos, e, embora o juiz tenha decidido adstrito aos termos do aditamento, o MP ao efetuar-lo e sem conseguir os provar, assume, doutro modo, que os fatos inicialmente perquiridos não condizem com a realidade, posto que também não os provara, senão não teria realizado o aditamento.

Assim, se, por exemplo, o réu fosse denunciado por ter supostamente praticado o delito de furto, e durante instrução probatória surge nova prova de que se tratava de um roubo (art. 157 do CP), visto que fora realizado mediante violência ou grave ameaça, passando a inicial acusatória a ser aditada pelo MP tornando o juiz adstrito aos seus termos, não poderia, caso o réu venha a ser absolvido por insuficiência de provas, o *Parquet* ingressar com nova ação penal acalcada nos mesmos fatos antes pretendido, pois ele, em momento anterior, assumiu que tais fatos não coadunam com a verdade, haja vista que os aditou.

Deste modo, de frente a todo o aludido, infere-se que o instituto da *Mutatio Libelli*, em tais circunstâncias, figura como um subterfúgio ao Ministério Público, autor da ação penal pública, visto que esse poderia ingressar com uma ação penal e aditá-la durante a instrução probatória tornando o juiz adstrito aos seus termos, e em sendo o réu absolvido por insuficiência de provas, ou por não ter

concorrido para a infração penal, ingressar com nova ação penal embasada pelos mesmos fatos anteriormente pretendidos com o escopo de ver o réu condenado pelo delito inicialmente pretendido.

Por fim, depreende-se do presente trabalho que em certas circunstâncias, inconcebivelmente, o instituto da *Mutatio Libelli* está figurando como subterfúgio ao direito de punir do Estado, permitindo a possibilidade de ingresso de nova ação penal acaçada com os mesmos fatos, antes alvo de aditamento, em consequente infringência aos preceitos principiológicos tais como o do *Favor Rei*, do *Non bis in idem*, do devido processo legal que objetivam nortear a aplicabilidade das normas, bem como dos demais direitos fundamentais que visam o garantismo do Estado Democrático de Direito precursor da efetiva tutela do exercício dos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE E SILVA, Daniele Sousa de. **A emendatio libelli e a mutatio libelli na reforma do código de processo penal**. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Princ%C3%ADpio+do+Favor+Rei>

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. **Devido Processo Legal: do processo devido à garantia constitucional**. In: Acessado em 13 de novembro de 2016, às 11:22h. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj027654.pdf>

BRASIL, Jurisprudência. Extradução nº 871/GR - Grécia. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 17 de dezembro de 2003. Publicado no DJ de 12 de março de 2004, p. 00037.

Disponível em:

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7830](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830)

\_\_\_\_\_. Código Penal Brasileiro (1941). **República Federativa do Brasil**. Disponível em: . Acesso em 11 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal Brasileiro (1941). **República Federativa do Brasil**. Disponível em: Acesso em 10 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8º Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Disponível em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-do-in-dubio-pro-reu-e-a-sua-aplicabilidade-pelos-magistrados,35333.html>

CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª tiragem. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003

Disponível em:

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9202278/habeas-corpus-hc-100564-pi>

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 2ª ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. **Código de Processo Penal: comentários aos projetos de reforma legislativa**. Campinas: Millennium, 2003.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 27-28.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, parte geral, vol. I. 8ª ed. rev., ampl. e atual. – Niterói : Impetus, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 210.

LOPES, Hálisson Rodrigo; BARBOSA, Robledo Karlily de Oliveira. **Ônus da prova no direito processual penal brasileiro: considerações conceituais**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10146&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10146&n_link=revista_artigos_leitura)

MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 88.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. Nona Edição, Editora Atlas S.ª São Paulo – 2002, pág. 979.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. P.4.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito ao devido processo legal**. In: . Acessado em 23 de outubro de 2016, às 10:51h.

NUNES, Dymaima Kyzzy. **As gerações de direitos humanos e o estado democrático de direito**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7897](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7897)

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

Disponível em: <  
[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/8735/a\\_emendatio\\_libelli\\_e\\_o\\_contraditori\\_o\\_a\\_posicao\\_do\\_stf](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/8735/a_emendatio_libelli_e_o_contraditori_o_a_posicao_do_stf)>. Acesso em: 09 de nov. de 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 113.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 4.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 14.ed. Saraiva: São Paulo, 1993. v. III.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 26. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2004. 4v., p. 71