

O aditamento provocado, uma heresia

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. Sabe-se que o nosso Código de Processo Penal não prima pelo sistema nem pela qualidade, afirmação que não constitui novidade para aqueles que se ocupam do estudo do processo penal. Mas ele subsiste, desde 1941, apesar das sucessivas tentativas no sentido de dotar o País de um código atualizado. Emendado e remendado, ele vai seguindo a triste sina de “primo pobre” da lei processual. Desde o início da década de 60, ainda no Governo Jânio Quadros, surgiram anteprojetos e projetos, que ficaram pelo caminho. De todos, sem dúvida, o de melhor técnica foi o anteprojeto de autoria do saudoso professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, mestre de todos nós, que, como os demais, acabou abandonado. Optou-se, então, pelas reformas setoriais em diversos capítulos do Código, algumas de grande relevância, como aquela surgida em função da Lei 7210/1984 (Lei de Execução Penal). Esta última, embora não tenha revogado de forma expressa o Livro IV do Código, que regulava a execução, abrange toda a matéria relacionada com a execução penal. O diploma legal em questão é aqui referido a título meramente exemplificativo, não me movendo qualquer preocupação exaustiva quanto à enunciação das diversas leis extravagantes que, no decorrer dos anos, e quase sempre para pior, vêm alterando o velho Código, com maior ou menor amplitude.

Recentemente, foram elaborados onze anteprojetos pela “Comissão de Reforma do Código de Processo Penal”, presidida pela professora ADA PELLEGRINI GRINOVER e integrada por expressivo número de professores quase todos radicados em São Paulo.

Torna-se ocioso assinalar que, se transformados em lei os referidos anteprojetos, teríamos, praticamente, um novo Código, pouco restando (se é que sobraria algo!) do atual, em vigor desde os primórdios dos anos 40 do século passado e já bastante desfigurado¹. Ignoro o destino que os referidos trabalhos tomaram nos meandros do Congresso, quando foram transformados em projeto.

¹ Caso o leitor manifeste interesse a respeito da matéria, poderá encontrar algum subsídio em meu estudo “O Anteprojeto sobre a Investigação Policial”, publicado na *Revista Jurídica*, da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 1, nº 1 - Janeiro/Junho de 2001, p. 103 e seguintes. Pretendia, naquele ensejo, examinar todos os anteprojetos, porém, ao ser informado (não-oficialmente) de que eles haviam sido retirados do Congresso, deles não mais se tendo qualquer notícia, abandonei a empreitada, até mesmo porque, àquela altura, diversos dispositivos do anteprojeto já haviam sofrido alteração no Legislativo.

2. Relatada, em breves linhas, a odisséia de quase meio século vivida pela reforma do processo penal e pelo aguardo de um novo Código, passemos ao exame do tema que motivou o presente estudo.

3. Sabe-se que o Código, pelo menos em palavras, adotou o sistema acusatório, ao proclamar “a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber **exclusivamente** a este a iniciativa da ação penal” (item V, da Exposição de Motivos do CPP) [destaque meu], atendendo ao princípio de *ne procedat iudex ex officio*. Mantinha, porém, o procedimento *ex officio* em relação às contravenções, o que, por si só, já desnaturava o “sistema” que pretendia adotar. (Vide “Ação Penal” em o nº V da “Exposição de Motivos” do CPP).

Na verdade, a forma mista foi sempre a que prevaleceu em nosso processo, não porém tal como ela é concebida pela doutrina tradicional, isto é, por uma combinação das outras: a investigação inquisitória e o julgamento acusatório. Adotou-se, na verdade, um sistema misto à brasileira, onde, na fase processual, vislumbramos um grande número de providências que viola, frontalmente, o sistema acusatório como já tivemos a oportunidade de salientar em outra ocasião, cujo estudo escapa aos objetivos do presente trabalho ². Aliás, nem mesmo nas chamadas formas secundárias do processo houve um critério rígido da parte do legislador da década de 40. Assim, por exemplo, o Código permite o sigilo em várias fases do processo (arts. 486, 745 e 792 § 1º), valendo ressaltar, ainda, que o procedimento comum é escrito, deixando-se a oralidade para os ritos sumário e sumariíssimo. Convém notar, no entanto, que em tais casos não haveria o que criticar, pois tais formas processuais são secundárias, uma vez que nem o sigilo nem a escritura integram a essência do processo inquisitório, assim como a oralidade e a publicidade nem sempre compuseram o quadro do processo acusatório no decorrer da História. Daí, falar-se em formas secundárias ³.

4. Retomo o fio da meada e volto ao *thema* específico do nosso artigo. O caso mais comum e relevante de aditamento provocado é aquele previsto no art. 384, parágrafo único, do CPP, conhecido na doutrina sob a designação de *mutatio libelli*. Diz-se provocado o aditamento pois a iniciativa do acréscimo à acusação parte da autoridade judiciária. Ela instiga o *Parquet* à providência.

Resta indagar se, em face da nova ordem constitucional, que adotou, sem sombra de dúvida, o princípio acusatório (art. 129, I), tal modalidade de aditamento pode subsistir.

² Para cumprida exposição das sucessivas violações ao sistema acusatório em nosso processo penal, convindo o paciente leitor a fazer uma visita ao nosso estudo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Revista da Defensoria Pública*, nº 17, pp. 191 e seguintes, Rio de Janeiro, 2001. Igualmente, será possível encontrar algum subsídio sobre o assunto em meu artigo in “MPM, em revista”, *Revista Cultural da Associação Nacional do Ministério Público Militar*, nº 2 - outono de 2003, pp. 10 e seguintes, no meu trabalho “Novas Questões de Processo Penal”, ali publicado.

³ Para um exame *ex professo* da matéria, consulte-se VINCENZO MANZINI, em seu *Diritto Processuale Penale*, vol. I, de modo especial os nºs 6 bis e 7, quarta edizione (1931), pp. 1 a 67.

Aliás, em matéria de aditamento, o Código de Processo Penal não poderia ter sido mais infeliz em sua regulação, começando pela própria topologia dada àquele instituto processual, pois colocado no título que trata da sentença (Título XII, do Livro I), ou seja, ao final do procedimento.

Na verdade, uma vez adotado o sistema acusatório, todo e qualquer aditamento (e o do art. 384, parágrafo único, do CPP, embora mais relevante, não resta solteiro no estatuto processual) só poderia decorrer de ação do Ministério Público. É o que na doutrina recebe a denominação de aditamento espontâneo, decorrência lógica do princípio da inércia que rege a jurisdição penal, tal como proclamado na "Exposição de Motivos" do CPP (3, *supra*), rica em palavras que a lei se encarrega de desmentir.

Aditar significa somar, acrescentar, crescer, pôr a mais. O ato de adição por parte do *Parquet* pode ser subjetivo ou objetivo. Subjetivo quando voltado para incluir no pólo passivo da relação processual outra pessoa que dela ainda não fazia parte. Já o aditamento objetivo importa na inclusão de novo fato ou circunstância ou ainda classificação nova que importe no agravamento da pena ⁴.

Há, ainda, outras situações em que, na praxe forense, usa-se a expressão re-ratificação da denúncia ⁵ para defini-las. Em tais casos, há mero suprimento de omissões, ou ainda retificações e/ou ratificações sem que daí advenha nova valoração jurídica do fato. Em suma: complementa-se apenas a exordial de acusação de maneira a torná-la mais perfeita. O art. 569 do CPP contempla a hipótese, valendo notar que, em tal situação processual, não há falar em aditamento no sentido em que estamos examinando o assunto, pois a imputação não é agravada. POLASTRI refere-se a esta modalidade de re-ratificação como aditamento impróprio ⁶.

Não é objetivo do presente estudo ocupar-se do aditamento em todos os seus aspectos, nem demonstrar os defeitos graves com que a matéria foi

⁴ Há entendimento jurisprudencial no sentido de não admitir-se que a acusação adite a denúncia para incluir fato novo, salientando que o art. 384, parágrafo único, do CPP prevê, apenas, a *mutatio actionis*, ficando restrita à nova definição jurídica constante da denúncia, restando vetada a inclusão de fato novo. Para uma consulta aos julgados, veja-se o *Código de Processo Penal Anotado*, de DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 280, Editora Saraiva, 2002, 19ª edição. Parece-me que tal entendimento não traduz a melhor exegese do texto, pois a lei, ao falar em nova definição jurídica que importe na aplicação de pena mais grave, para toda a evidência, não pode ser interpretada literalmente, pois ela pode decorrer do surgimento de fato novo que atingirá a classificação da infração penal e importará no agravamento da sanção respectiva. Demais disso, seria absurdo, ferindo o princípio da economia processual, proceder-se sempre na forma do art. 40 do CPP, instaurando-se novo processo para o fato novo, com grave prejuízo para a persecução criminal, quando tudo pode e deve ser resolvido em único processo e numa mesma decisão. Reconsidero, assim, entendimento anterior defendido em meu livro *Processo Penal - Reflexões*, p. 43, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁵ Sobre a expressão re-ratificação, seu uso no foro e suas consequências, veja-se o meu estudo sobre a "Técnica da Denúncia", in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. 5, nº 19, pp. 207 e seguintes, de modo especial o nº 16.

⁶ LIMA, Marcellus Polastri, in *Ministério Público e Persecução Criminal*, p. 285, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 3ª edição, 2002.

versada no estatuto processual penal em vigor. Na verdade, o que aqui se pretende é evidenciar a total ilegalidade do chamado aditamento provocado.

5. Dois são os fundamentos filosóficos básicos a justificar o aditamento: a observância do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal por parte do *Parquet*, bem como o da congruência.

Não dispondo o Ministério Público do conteúdo material do processo, está ele obrigado a agir, desde que presentes as condições regulares para o exercício do direito de ação. O art. 24 do CPP, de maneira taxativa, estabelece que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público...”

Ora, em consequência, o aditamento à denúncia a que alude o art. 384, parágrafo único do CPP é, igualmente, um dever jurídico para o *Parquet*, desde que se façam presentes as condições que o justifiquem. É mero consectário lógico do princípio da obrigatoriedade. Assim como ele vê-se obrigado a denunciar, situa-se, na fase do aditamento (que, em sua essência, reveste o caráter de denúncia), com o mesmo dever jurídico. Aliás, o aditamento nada mais é que um acréscimo **relevante** da inicial de acusação, relevante na medida em que, eventualmente, pode acarretar a aplicação de pena mais grave para o réu.

Outro fundamento lógico para o aditamento decorre do princípio da correlação entre a acusação e a sentença. Esta não pode apreciar fato diverso, não cogitado na petição inicial, ou pessoa não incluída na imputação originária.

6. O grave equívoco do Código consiste, justamente, em admitir o aditamento provocado. E é exatamente neste ponto que vamos nos deter.

Examinando o tema, no seu apreciado estudo sobre o aditamento, POLASTRI salienta que a “provocação do Ministério Público para oferecer o aditamento é **atividade anômala do juiz**, que age, *in casu*, como verdadeiro fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública”⁷. [grifos meus]

Função anômala ou atividade anômala do juiz, com a devida vênia, são expressões elegantes e imponentes, que, como num passe de mágica, fazem desaparecer a violação expressa ao sistema acusatório e legitimam o atentado contra a Constituição Federal.

Elas são usadas, a torto e a direito, para indicar as sucessivas e indevidas intervenções do juiz em atividades de persecução criminal que não lhe competem. Não será aqui a sede adequada para demonstrar o grande número de “funções anômalas” conferidas pela lei ao juiz no decorrer do estatuto processual ou em leis extravagantes, todas ignorando, por completo, o sistema acusatório⁸.

⁷ *Apud op. cit.*, in nº 06 dessas notas, p. 288.

⁸ Para um estudo mais aprofundado sobre a matéria, será possível ao leitor encontrar alguns exemplos em meus trabalhos “A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro - uma Falácia”, in *Revista da Defensoria Pública*, nº 17, pp. 191 e seguintes, Rio de Janeiro, 2001 e “Alguns Pespointos ao art. 28 do Código de Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público-RJ*, 3ª fase, nº 17, pp. 221 e seguintes, 2003.

A única modalidade de aditamento tecnicamente admissível é o espontâneo, isto é, aquele suscitado pelo Ministério Público, titular privativo da ação penal pública (art. 129, I da CF), quando, no decorrer do processo, verificar que outro agente também atuou no fato criminoso, quer como autor, quer como partícipe, e não foi incluído na acusação (aditamento subjetivo) ou ainda quando ocorrer a prática de infração conexa com aquela constante da petição inicial e que, igualmente, não consta da denúncia (aditamento objetivo). Este último pode dar-se também quando emerge dos fatos uma qualificadora ou uma causa de agravamento da pena que não se fizera presente quando da propositura da ação penal. Aliás, pode ocorrer, dependendo do caso, que o aditamento assuma duplo aspecto: subjetivo-objetivo.

Averbe-se que não se trata de mera faculdade do Ministério Público aditar ou não a acusação. O aditamento decorre da estrita observância do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal, fundamento por excelência da acusação pública (5, *supra*), pois o *Parquet* há que observar sempre o dever jurídico de agir. Em outras palavras mais severas: ele não dispõe do poder de indultar, deixando de acusar por razões de política criminal.

Assim, *data venia*, não tem qualquer sentido afirmar-se que a providência judicial na hipótese do art. 384 parágrafo único, do CPP é medida “extrema” e “fiscalizatória” do juiz em relação à omissão do Ministério Público.

Vou repetir ainda uma vez mais: juiz julga e quem julga não pode promover atos de persecução criminal. O Ministério Público, *Deo gratias*, não precisa de “auxiliar” para estar a ditar o que ele tem que fazer ou não fazer. Ele age ou não age, adita ou não adita a acusação, correndo o risco processual de seus atos. Isto é sistema acusatório. O mais recente anteprojeto de Código de Processo Penal (1, *supra*) elaborado por uma Comissão de Juristas em São Paulo, tendo à frente a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, cuidava com técnica esmerada do resguardo do sistema acusatório na fase pré-processual, estabelecendo um rígido critério de controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal no âmbito do próprio Ministério Público ⁹.

Louve-se, na doutrina, a firme posição do Professor PAULO RANGEL ^{9A}, ilustre Promotor de Justiça fluminense, ao salientar, fiel à ortodoxia do sistema acusatório, que a provocação do juiz na hipótese que vimos examinando acaba por atingir a sua imparcialidade, que fica, sem dúvida, comprometida. Registra, ainda, aquele ilustre processualista que o aditamento, quando provocado, não encontra amparo na Constituição da República.

7. Há outras modalidades de aditamento, além daquela prevista no parágrafo único do art. 384 do CPP. Ela, porém, por sua incidência no foro somada à sua relevância para o processo, mereceu-nos maior atenção ¹⁰. Demais

⁹ *Apud op. cit.*, in nº 1 dessas notas.

^{9A} RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*, p. 270, 6ª edição, Editora Lumen Juris, Rio, 2002.

¹⁰ Para uma relação das modalidades de aditamento contempladas no CPP, veja-se o completo estudo sobre a matéria levado a efeito por MARCELLUS POLASTRI LIMA, *apud op. cit.*, in nº 6, pp. 287, 316 e outras.

disso, como já ficou registrado, o assunto excederia à finalidade do presente estudo (4, *in fine, supra*).

8. Outro aspecto nem sempre ressaltado em termos do aditamento que estamos estudando refere-se ao fato de que a providência judicial faz nascer, a partir dela, para o acusado, uma imputação alternativa, dificultando-lhe a defesa na fase final do processo.

É sabido que na doutrina há grande repulsa para a chamada “denúncia alternativa” pelas dificuldades que ela pode trazer ao exercício do direito de defesa. Com efeito, as *Súmulas das Mesas de Processo Penal da USP* estabelecem ¹¹:

“Em princípio, não se deve admitir denúncia alternativa, ainda quando houver compatibilidade lógica entre os fatos imputados, pois seu oferecimento quase sempre acarreta dificuldades ao exercício do direito de defesa (Súmula 1 - Denúncia Alternativa)

Não comungo, com a devida vênia, de tal entendimento, conforme já tive o ensejo de ressaltar quando do exame do assunto, parecendo-me perfeitamente correta a adoção da acusação alternativa ¹². Porém, não aqui e por iniciativa do juiz. Em primeiro lugar, visto que nesta fase, da sentença, o agente provocador da acusação alternada é o juiz, violando, nesse passo, o sistema acusatório e o princípio da inércia. Em um segundo motivo, por força do momento processual em que o réu vê-se surpreendido com uma possível mudança de rumo da imputação, fato que lhe trará, sem sombra de dúvida, grande dificuldade para adaptar a sua linha de defesa tendo em conta os novos caminhos impostos à acusação em função da iniciativa do “juiz-acusador”. É certo que o Ministério Público não estará obrigado a aditar a denúncia. Nem por isso o problema deixa de fazer-se presente diante da simples possibilidade de o *Parquet* ampliar a denúncia.

Portanto, mesmo no plano da mera conveniência, o aditamento na fase da sentença é, de todo, desaconselhável, podendo trazer prejuízo irremediável para a defesa, que se orientara, como é natural, voltada para a imputação contida na exordial de acusação.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *Recursos no Processo Penal*, p. 427, Apêndice, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 3ª tiragem.

¹² Veja-se, em meu trabalho “A Técnica da Denúncia”, in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) nº 19, 2002, pp. 207 e seguintes, exame mais acurado a respeito da imputação alternativa quando promovida por iniciativa do Ministério Público no momento do ofertamento da denúncia, providência, no meu entendimento, perfeitamente correta e que enseja à defesa, com a devida antecedência, apresentar sua resposta e produzir as provas que entender cabíveis.

9. Não bastasse a teratologia que traduz o aditamento provocado, e ainda muito restaria para ser dito e criticado em relação ao procedimento simplista que a lei processual traçou para o seu desenvolvimento, sem se dar conta da gravidade e da importância do ato que estava regulando.

Segundo dispõe o art. 384, parágrafo único, do CPP, desde que o Ministério Público aquiesça em aditar a denúncia, uma vez provocado pelo "juiz-acusador", deve ser dada vista à defesa para que ela, no tríduo legal, possa oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Tomada a redação legal *au pied de la lettre*, chega-se, numa visão superficial, à conclusão de que a defesa pode sofrer grave prejuízo, caso o juiz venha aplicá-la em seus exatos e estritos termos. Muito mais deve ser feito, como a mim parece óbvio.

Assim, o aditamento, uma vez recebido, faz nascer nova imputação, alternativa é bem verdade, mas que pode importar na aplicação de pena mais grave na pessoa do réu. Pois bem, se assim o é, o acusado terá que ser citado, pois contra ele ergue-se, agora, nova acusação. Após, deverá ser interrogado para exercer a sua autodefesa, tudo nos termos dos arts. 185 a 196 do CPP, apresentando, em seguida, defesa técnica quanto ao aditamento, além de indicar as provas que pretenda produzir. Por sinal, a lei equivocou-se ao especificar a prova testemunhal como a excluir outras; bastaria a referência aos meios de prova que o réu tenha em vista produzir em face do aditamento, pois a testemunhal nada mais é que espécie do gênero prova. Nem mesmo o número de testemunhas pode ser limitado em três. Explica-se: o aditamento pode vir a incluir mais de um fato e para cada fato o réu terá o direito de incluir o limite máximo de três testemunhas. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar da denúncia (e o aditamento, ontologicamente, dela não difere), já manifestou entendimento que a restrição legal não se refere à parte mas sim aos fatos. Se dois são os fatos, tanto a acusação como a defesa poderão arrolar o número legal máximo para cada um deles¹³.

POLASTRI é de pensamento que, na espécie, não há necessidade de nova citação ou interrogatório, sob o argumento de que o "fato principal permanece o mesmo"¹⁴. Ouso dissentir do eminente exegeta pois, ao meu sentir, o fato principal já não é o mesmo. Pode até permanecer o mesmo, quando do julgamento, porém, outro poderá vir a ser acolhido, pois a imputação tornou-se alternativa.

Aliás, em certas situações, pode ocorrer até que o rito do processo venha a ser alterado em face da acusação mais grave ou ainda em razão de peculiaridades que venham a cercar o procedimento da infração penal acrescida.

Em tal emergência, é meu pensar, melhor será promover a separação dos processos, na forma do art. 80, *in fine*, do CPP.

¹³ Cf. RHC 65.673, DJU 11-3-88, p. 4742, in *Código de Processo Penal Anotado*, DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 308, Editora Saraiva, 19ª edição, 2002.

¹⁴ *Apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas, p. 311.

Além do mais, a lei, de maneira bizarra, não cogitou, sequer, do aspecto formal do aditamento. Ora, tratando-se de uma nova petição inicial de acusação (colocada embora pelo legislador na fase da sentença!), ela deverá conter todos os requisitos da denúncia, que não são apenas aqueles indicados no precário art. 41 do CPP, como tantas vezes já tivemos a oportunidade de assinalar ¹⁵.

Não será necessário ir muito longe para constatar a completa ausência de um sistema regulando o aditamento provocado, tratado que é pela lei processual de forma fragmentária e empírica.

10. Chega-se, agora, a um ponto delicado envolvendo as conseqüências que tal modalidade de aditamento pode acarretar para a figura do juiz - imparcial no processo em que a acusação se vir acrescida por iniciativa sua.

Coerente com a nossa posição já externada em nosso estudo a respeito do art. 28 do CPP ¹⁶, entendo que o juiz, ao provocar o aditamento, não mais poderá exercer jurisdição no processo respectivo, nascendo a incompatibilidade para tal em razão do impedimento, pois, quer queiram, quer não, manifestou pronunciamento de fato e/ou de direito sobre a questão a ser decidida. Acrescente-se que, ao receber a inicial, o juiz procede a um juízo de prelibação sobre as condições da ação e nem por isso fica impedido de prosseguir no feito. Ocorre, porém, que, ali, ao contrário do que aqui ocorre, há um exame perfuntório e, em tese, da viabilidade da demanda. Na fase de sentença tal não se dá. A instrução criminal está concluída, com a participação efetiva do magistrado, e, após, ao examiná-la, o juiz, concretamente, se dá conta de que, provavelmente, a acusação está a exigir agravamento, violando, a partir daí, o princípio da inércia. Para tanto, terá, necessariamente, que externar pronunciamento de fato e/ou de direito sobre o *thema decidendum*, ainda que o faça por meias-palavras, como costuma ocorrer. Porém, não resta dúvida, terá que expender razões, ainda que sóbrias, para tanto, pois todas as manifestações judiciais, necessariamente e por imperativo constitucional, terão que ser fundamentadas (art. 93, IX). Ora, ao fazê-lo, não mais poderá continuar atuando no feito, por manifesto impedimento. O Pretório Excelso já teve a ocasião de decidir que só há impedimento, referindo-se, aqui, expressamente ao art. 252 do CPP, quando o juiz se pronunciar de fato e de direito sobre a questão ¹⁷.

Ora, salta aos olhos que o juiz, para provocar o aditamento, terá que dar as razões que motivaram tão relevante providência jurisdicional, que, em última análise, poderá importar na aplicação de pena mais grave na pessoa do réu. Mais importante ainda: ele, juiz, participou da colheita da prova ao presidir a instrução criminal.

¹⁵ O art. 41 do CPP, ao disciplinar os requisitos da denúncia ou da queixa, fê-lo de forma inepta e omissa, deixando de lado uma série de dados essenciais que uma petição inicial deve conter. Caso haja interesse no exame da questão, será possível examiná-la em nosso estudo "A Técnica da Denúncia", publicado na *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), nº 19/2002, vol. 5, pp. 207 e seguintes.

¹⁶ Remetemos o interessado ao nosso trabalho "Alguns Pespontos ao art. 28 do Código de Processo Penal", in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 21, ago-set.2003, pp. 19 e seguintes.

¹⁷ Obra citada in nº 16 dessas notas.

É caso de dizer: teratologia gera teratologia...

11. Cabe perguntar: o Ministério Público fica obrigado a aditar a acusação? Provocado o aditamento pelo "juiz-acusador", o *Parquet*, caso entenda não ser o caso de *mutatio libelli*, não estará obrigado ao acréscimo pretendido, desde que convencido do acerto da acusação originária. Em tal situação processual, há corrente doutrinária no sentido de que o juiz poderá remeter os autos ao Procurador-Geral, invocando-se, por analogia, o art. 28 do CPP. É meu pensamento, já externado em estudo anterior¹⁸, que, em face do sistema acusatório, a atuação do juiz está definitivamente banida de qualquer ato de provocação objetivando a instauração do processo. Penso, assim, que nem mesmo tal providência poderá ser tomada.

De qualquer forma, a consciência do membro do *Parquet* não poderá ser violentada, obrigando-o à formulação de uma acusação que ele entenda incabível. Nem mesmo o Procurador-Geral pode forçá-lo a agir. Para tanto, nossa Carta Política assegura aos membros do Ministério Público plena independência funcional (art. 127, § 1º). O impasse irá perdurar até que o Código de Processo Penal venha a adaptar-se à nova ordem constitucional, tal como previsto no anteprojeto a que nos referimos (1, *supra*).

12. Deflui de tudo o que ficou dito que o único aditamento possível, em face do sistema acusatório e por força do disposto no art. 129, I, da Constituição Federal, é o chamado pela doutrina de aditamento espontâneo, isto é, aquele que decorre da iniciativa do titular privativo da ação penal pública.

Ele é versado somente pela doutrina, pois nossa lei processual penal não lhe conferiu uma disciplina, apesar de todas as juras de amor pelo sistema acusatório encontradas em sua "Exposição de Motivos" (item 3, *supra*) e que, na realidade, não passam de palavras ao vento.

Em que momento o acréscimo à acusação poderá ser suscitado?

À falta de texto expreso de lei, penso que o aditamento espontâneo deverá ser providenciado tão logo se instaure motivo para tanto. Vai depender da hipótese. Normalmente, ele surgirá após o encerramento da instrução criminal probatória mas pode ocorrer que, antes, dada a manifesta omissão da denúncia, deva ser providenciado, corrigindo-se, desde logo, o rumo do processo. É certo, porém, que a iniciativa, normalmente, deverá ser tomada antes das alegações finais, momento derradeiro em que o Ministério Público aprecia o fato e o direito em sua plenitude, dispondo, para tanto, de todos os elementos constantes dos autos. Mas não será absurdo que o aditamento venha a ser provocado, *in extremis*, em linha de preliminar, na fase das alegações finais, se ultrapassada aquela oportunidade. O princípio da obrigatoriedade não se rende a filigranas.

Nem sempre será possível o aditamento no processo respectivo. Isto se dará quando a providência venha a acarretar tumulto processual. Em ocorrendo a situação anômala, melhor será ao Ministério Público provocar a separação

¹⁸ Obra citada in nº 16 dessas notas.

dos processos, nos termos do art. 80, parte final, do CPP. Suponha-se, à guisa de exemplo, que se trate de processo volumoso, com excessivo número de acusados, ou, ainda, em que haja réus presos ou, por fim, já revestido de muitos incidentes no decorrer do seu andamento. Imagine-se, ainda, a possibilidade de o aditamento vir a provocar alteração do rito processual. Em todas estas situações aqui ventiladas, em que nem de longe aspiramos a exaustividade, recomenda-se a separação dos processos. Uma coisa é certa: jamais o Ministério Público, por força do princípio da obrigatoriedade da ação penal, poderá abrir mão da acusação agravada em razão das dificuldades apontadas. Apenas deverá optar pelo caminho que o bom-senso, no caso concreto, está a ditar.

13. Cabe recurso contra a decisão que rejeita o aditamento espontâneo?

A dificuldade da resposta nasce do fato de que, como a lei não previu tal modalidade de aditamento, não poderia, como é natural, cogitar do recurso para o enfrentamento da sua rejeição.

O problema, ao meu alvedrio, pode ser contornado, desde que se medite, com o necessário cuidado, sobre a ontologia do aditamento. Na verdade, o aditamento nada mais é que um acréscimo à denúncia. Portanto, denúncia é, trazendo nova e mais completa imputação.

Assim analisada a questão, torna-se possível perquirir o recurso cabível contra a decisão que não admite a inicial acrescida.

O pensamento da doutrina e, principalmente, da jurisprudência está dividido na abordagem do assunto. Expressiva corrente jurisprudencial entende incabível a interposição do recurso em sentido estrito contra a decisão que deixa de acolher o aditamento à denúncia, pois a hipótese não se encontra contemplada em lei, sustentando que a enumeração do art. 581 é taxativa e, por esse motivo, não suporta ampliação. Porém, em julgado relativamente recente, o Supremo Tribunal Federal, ao debruçar-se sobre a matéria, considerou exemplificativa a enunciação constante do art. 581 do CPP, ao julgar o HC 75798 (2ª Turma, j. 23.3.98, *Informativo STF* 104/2, abr. 1998)¹⁹. Nessa maneira de ver, tornar-se-ia possível a invocação à analogia (art. 3º do CPP), ensejando a possibilidade de interposição do recurso do art. 581, I, do CPP, dada a assemelhação de situações processuais.

Entendo, com o maior respeito que me merecem as decisões do Excelso Pretório, que a orientação seguida, ao meu sentir, não perfilhou o melhor caminho. Caso o legislador pretendesse que o rol do art. 581 do CPP fosse meramente exemplificativo, não se justificaria a enumeração dos 24 casos em que o recurso é cabível. Teria, ao revés, tomado o caminho seguido pelo Código de Processo Civil, adotando o agravo de instrumento contra toda a decisão proferida no curso do processo pela qual o juiz julga questão incidente. Assim, de todas as interlocutórias o recurso cabível é o de agravo de instrumento, reservando-se a apelação contra a sentença, ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito.

¹⁹ Fonte: *CPP Anotado*, DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 432, Editora Saraiva, 19ª edição, 2002.

Ao meu julgamento, no regime do CPP, o recurso cabível contra a decisão que rejeita o aditamento espontâneo é o apelo residual contemplado no art. 593, II da lei processual. Ali está dito, com todas as letras e de forma bem clara, que caberá apelação das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular, **nos casos não previstos no capítulo anterior** (grifos nossos). Ora, o capítulo anterior a que a lei faz referência é o segundo, que trata, exatamente, “do recurso em sentido estrito”.

Creio, porém, que, em face da divergência demonstrada, não haverá maior problema na abordagem da matéria pela simples adoção do princípio da fungibilidade dos recursos, expressamente previsto no art. 579 do CPP.

A apelação será indispensável por parte do Ministério Público caso o aditamento pretendido venha a ser rejeitado, pois, como sabido, ele não pode ser efetivado na instância superior, conforme sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no verbete de nº 453.

14. Como tivemos a ocasião de assinalar no início da presente exposição (4, *supra*), não é nossa pretensão estudar o aditamento em todas as suas modalidades. Há vários outros casos de aditamento contemplados no Código de Processo Penal que, aqui, não foram objeto de exame, uma vez que era nosso propósito demonstrar, apenas, mais um grave caso de violação ao sistema acusatório e que encontra incidência rotineira no foro, sem que uma voz, sequer, se levante contra o absurdo.

POLASTRI, no seu cuidadoso estudo sobre o aditamento, indica alguns outros casos: arts. 384, parágrafo único, 76 e 77 (devido à conexão ou continência), 569, 408, §§ 4º e 5º, e 410, todos do CPP²⁰, aos quais permito-me acrescentar a hipótese contemplada no art. 29 da lei instrumental penal básica. (Esta, por sinal, absolutamente correta e bem disciplinada na lei).

15. Mais de 60 anos são passados da vigência do nosso Código de Processo Penal. Nesse período, a humanidade sofreu profunda transformação em todos os setores da vida. Tudo foi repensado. Virado e revirado, ora para melhor, ora para pior. De um lado contemplou-se um inimaginável progresso científico, aliado ao desenvolvimento de uma técnica quase milagrosa. No campo ético e dos costumes em geral, experimentou-se a passagem de um comportamento excessivamente rigoroso, herdeiro fiel da era vitoriana, para um “vale tudo” capaz de fazer corar um frade de pedra. De permeio atravessamos uma guerra mundial, a que sobreveio a “guerra fria”, seguida da queda do muro de Berlim, com a implosão da URSS. Passamos por um concílio, o Vaticano II, voltado, em suas origens, para tratar apenas de matéria pastoral, mas que, pelo menos nos seus efeitos, acabou por afetar, seriamente, a vida de muitos católicos doutrinariamente bem formados.

Pois bem, enquanto o mundo era sacudido por todas as essas mudanças substanciais, nosso velho Código de Processo Penal, a mostrar nítidos sinais de decrepitude, permanece incólume, sofrendo alterações meramente tópicas (as

²⁰ *Apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas, p. 287.

chamadas reformas setoriais) através da edição de leis extravagantes, muitas delas de má qualidade, que se sucedem e que, tantas vezes, comprometem o já precário contexto sistemático do Código.

O aditamento provocado revela, apenas, uma faceta dessa balbúrdia.

II Domingo do Advento do Senhor (A.D. 2003)

^(*) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor universitário.
