

Aditamento provocado: ainda acontece no Brasil?

Magistrado não é parte e não deve ter interesse quanto à efetividade da acusação formulada pelo Ministério Público em forma de denúncia; ao juiz incumbe exclusivamente a função de apreciar as alegações em seu aspecto formal, em um primeiro momento, e no espectro material, após a instrução processual. Ao receber a denúncia, o juiz deve admiti-la, caso compreenda que estão preenchidos todos os requisitos do artigo 41 e do artigo 395, ambos do Código de Processo Penal. Em sentido contrário, se vislumbrar a inépcia, a ausência de pressuposto ou de condição processual, ou de justa causa para o exercício da ação penal, deverá rejeitá-la — pura e simplesmente —, como manda o artigo 395. Não há uma terceira via que prevê a possibilidade de *alertar* ou *advertir* o MP para sua própria torpeza e, assim, *salvar a todo custo* uma denúncia imprestável juridicamente.

O Ministério Público, dentro do círculo do processo penal acusatório (trinômio julgador — acusado — acusador), tem, dentre outras, duas funções primordiais: acusar e produzir provas desta acusação. Nenhuma destas incumbências se estende ao magistrado, que deve restringir-se exclusivamente à função de apreciar o que é levado ao seu conhecimento. Não pode, portanto, ativamente buscar complementar as alegações que lhe são apresentadas, e tampouco pode incitar as partes a fazê-lo. Se o *Parquet* descumpra com o ônus básico que lhe é confiado pela Constituição — promover a ação penal pública com base em uma acusação apta a ser compreendida —, o juiz deve observar a característica de filtro processual do momento de recebimento da denúncia e rejeitá-la. Querendo, o órgão acusatório que deve se mostrar ativo.



O processo penal não atua sob uma égide verdadeiramente acusatória se a separação entre as funções de *julgar* e *acusar* dá-se apenas no aspecto formal, ou seja, se o Ministério Público apenas oferece a denúncia e depois permite que o magistrado aja em seu lugar ao propor provas ou estimular o aditamento da denúncia para torná-la apta ao crivo do artigo 41 do Código de Processo Penal. Mera dissimulação inicial não serve a outro propósito senão a perpetuação da matriz inquisitorial do procedimento penal, ainda que sob justificativa de prezar pela celeridade processual ou segurança jurídica. Invocar estes argumentos para embasar ato que viola o sistema processual penal acusatório simplesmente enseja conflito de direitos fundamentais — igualdade, ampla defesa e devido processo legal em contraponto à alegada segurança jurídica (que certamente não se perfaz quando a defesa técnica não pode confiar no magistrado para que não atue em prol da acusação, e.g.).

É flagrante caso de iniciativa acusatória judicial e de violação da própria fundação do processo penal



moderno — o sistema acusatório —, com profundo desrespeito à separação das funções de acusar e julgar. O aditamento provocado da denúncia não é admissível sob a óptica da Constituição de 1988, na medida em que não pode o julgador simplesmente adotar as funções do Ministério Público para determinar reiteradamente a reconstrução da acusação até que seja do seu agrado, considerando que “juiz julga e quem julga não pode promover atos de persecução criminal” [1]. O *Parquet* deve arcar com os ônus e custos inerentes à posição processual adotada, isto é, deve lidar com as consequências caso deixe de observar as formalidades mínimas exigidas por um ato jurídico [2].

Outrossim, traz-se as palavras do ministro Olindo Menezes quando do julgamento do recurso em Habeas Corpus nº 162.110/PR: “O juiz, com a devida vênia, não é um assessor do Ministério Público” [3]. A partir disto, quando constatada a inépcia da exordial acusatória por ausência da descrição do fato (artigo 41 combinado com o artigo 395, I, ambos do CPP), deve rejeitá-la, e não provocar o aditamento pelo Ministério Público, sob pena de promover violação grosseira do sistema processual penal acusatório. Esta postura resultaria no que Lopes Jr. denomina de “juiz-inquisidor”, incorrendo em violação plena da imparcialidade necessária ao ato de julgar:

“A iniciativa do aditamento deve ser inteiramente do Ministério Público, não cabendo ao juiz invocar o acusador para que promova o aditamento, sob pena de termos uma postura de juiz-inquisidor, incompatível com o sistema acusatório constitucional e expressamente recepcionado pelo art. 3º-A do CPP. Portanto, não cabe ao juiz invocar a atuação do MP, sob pena de completa subversão da lógica processual regida pela inércia do juiz e o sistema acusatório. O juiz é quem sempre deve ser invocado a atuar, jamais ter ele uma postura ativa de pedir para o promotor acusar e ele poder julgar... Isso conduz a uma quebra do sistema acusatório e fulmina com a imparcialidade do julgador, diante do ‘pré-juízo’” [4].

Ora, a fase do recebimento da denúncia comporta a rejeição por inépcia, na forma do artigo 395, I, do Código de Processo Penal. Deixar de realizá-la para permitir que o *Parquet* refaça o ato é, essencialmente, um escárnio ao rito procedimental comum e à paridade de armas no processo penal; afinal, o Ministério Público já se valeu de oportunidade anterior (a denúncia originária) para apresentar uma exordial acusatória apta a ensejar o exercício da ação penal, e não é papel do magistrado alertá-lo para que a acusação seja retificada para tornar-se efetiva e atuar dentro dos limites legais.

Neste sentido, o ministro Gilmar Mendes concedeu ordem de Habeas Corpus para anular o recebimento de denúncia aditada após provocação do magistrado, no bojo do remédio constitucional nº 187.260/SP [5]. Na ocasião, magistrado de origem do feito determinou que: “Considerando que a denúncia descreveu a conduta do artigo 288 do Código Penal e tipificou o fato no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, retornem os autos ao MPF para, se entender conveniente, aditar a inicial”. E bem pontuou o ministro Gilmar Mendes na decisão:

“Para além das discussões acerca de em que medida a alteração do artigo 28 do CPP, pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), alterou a interpretação da mutatio libelli provocada pelo juiz, ao fim da instrução, prevista no CPP, artigo 384, § 1º, fato é que não existe qualquer sombra de previsão legal para um aditamento provocado pelo juiz, no início da



instrução, por meio de despacho e com relação a narrativa fática mais gravosa.

Considerando que o magistrado penal está vinculado aos fatos, e não à capitulação dos fatos, e levando em conta que, no caso concreto, o MPF narrou situação fática com pena menos gravosa do que a que foi capitulada, a provocação do Juiz por uma narrativa mais gravosa, prontamente atendida pelo Parquet, representa explícita quebra do sistema acusatório.

[...]

Nessa linha de fundamentação, importante ressaltar que o aditamento provocado, sobretudo no início da instrução, revela uma prática inquisitória, não prevista pelo legislador e que deve ser expurgada de nosso sistema processual penal” [6].

Ademais, o artigo 3º-A, pela via da Lei nº 13.964/19, instituiu a estrutura acusatória ao processo penal, vedando expressamente a substituição da atuação probatória do órgão de acusação pelo magistrado. Neste sentido, o dispositivo refere que: “*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*”. Este já era, pois, o espírito trazido pelo artigo 129, I, da Constituição, que prevê a competência exclusiva do Ministério Público para a promoção da ação penal pública — e não compartilhada com o magistrado, evidentemente.

Assim, compreendendo pela inadequação da denúncia, cumpre ao julgador sua rejeição por inépcia, e não a provocação do *Parquet* para a retificação do ato processual. Fazê-lo representa o retorno à lógica processual inquisitorial que foi rechaçada pela Constituição de 1988, resultando no início de um procedimento penal com base em iniciativa exclusiva de quem deveria restringir-se à função de julgar. O julgador não é membro institucional do Ministério Público para promover o exercício da ação penal pública incondicionada, e não deve agir sob a égide do artigo 129, I, da CF, sob pena de selecionar os fatos que lhe apeteçam julgar. Justamente, sob esta perspectiva, o “aditamento provocado” deve ser considerado inconstitucional frente a este dispositivo da Constituição e absolutamente vedado no ordenamento jurídico.

Apesar disso tudo, o aditamento provocado ainda acontece no Brasil!

[1] HAMILTON, Sergio Demoro. O aditamento provocado, uma heresia. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, v. 19, p. 281-292, 2004. p. 285.

[2] HAMILTON, Sergio Demoro. O aditamento provocado, uma heresia. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, v. 19, p. 281-292, 2004. p. 285.

[3] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 162.110/PR. relator: min. Olindo Menezes. Decisão monocrática. Brasília, 13 set. 2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MC



. Acesso em: 25 jul. 2023.

[4] LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 278.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 187.260/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão monocrática. Brasília, 23 jun. 2020. Disponível em: <
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343577203&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 187.260/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão monocrática. Brasília, 23 jun. 2020. p. 07. Disponível em: <
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343577203&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

Autores: Marcos Eberhardt, Gabrielle Casagrande Cenci