

ADITAMENTO À QUEIXA

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO
Membro do Ministério Público de São Paulo
Prof. Dir. Proc. Pen. Fac. Dir. Bauru e Araraquara, SP (*)

1. Pode o Ministério Público *aditar* a queixa, nos casos de exclusiva ação penal privada? Em caso positivo, em que consistiria esse aditamento? *Aditar*, de um suposto frequentativo de *addere*, significa acrescentar, aumentar, ampliar. Ora, dispondo o Código de Processo Penal, no art. 48, que a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade e, no art. 45, explicitando que 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 subsequentes do processo, não se pode deixar de concluir que o aditamento, *in casu*, implica inclusão de co-réu ou co-réus.

2. A alegação de que o aditamento, na hipótese, somente ocorrerá se houver conexão ou continência, envolvendo crime de ação pública e delito de alçada privada, a nosso ver — e com a devida vênia — não pode ser aceita. E por duas razões: nesse caso, cumprirá ao Ministério Público ofertar denúncia, pelo crime de ação pública, formando, ao lado do querelante, um litisconsórcio ativo, para que haja um *simultaneus processus*; por outro lado, seria pouco provável que, na hipótese de conexão ou continência, abrangendo crime de ação privada e crime de ação pública, atribuisse o legislador, ao Ministério Público, o singelo prazo de três dias para o oferecimento da denúncia, sem qualquer razão plausível (cf. art. 46, § 2º do Código de Processo Penal).

3. Na hipótese de crime complexo, não pode haver aditamento. Se o ofendido, por exemplo, oferece queixa por injúria e, percebendo o Ministério Público que a hipótese se subsume na moldura do art. 140, § 2º do Código Penal, deverá ele ofertar denúncia substitutiva, uma vez que, no crime complexo, a ação penal é pública. *Mutatis mutandis* é o que ocorre no direito alemão, quando o Ministério Público divisa na *Privatklage* um interesse público (cf. UMBERTO GUALTIERI, *La Parte Civile nel Processo Penale*, 1968, p. 10).

4. É certo que a ação penal exclusivamente privada é regida pelo princípio da oportunidade ou conveniência, significando que a pessoa investida do direito de queixa tem o poder de julgar da conveniência, ou não, do seu exercício.

Ao lado desse princípio, há outro não menos importante, comum à ação pública: o da indivisibilidade. A ação deve ser proposta contra todos os autores da conduta punível, desde que conhecidos, lógico. Quem velará por esse princípio? Iniciando-se o processo pela denúncia, bem poderá o Juiz, observando ter havido a exclusão de algum dos autores,

(*) Professor de Direito Processual Penal das Faculdades de Direito de Bauru e Araraquara, SP.

aplicar a regra contida no art. 28 do Código de Processo penal, uma vez que o afastamento do co-réu implicou, necessariamente, pedido tácito de arquivamento.

Tratando-se de crime de ação pública, cujo ato de iniciativa, em face da negligência do Ministério Público, coube à vítima, a fiscalização ficará a cargo deste, tal como disciplinado no art. 29 do estatuto processual penal.

Entretanto, se o crime for de exclusiva ação penal privada, o disciplinamento normativo do aditamento descansa nas regras consubstanciadas nos arts. 45, 46, § 2.º e 48, todos do Código de Processo Penal.

5. O fato de haver o querelante omitido, na queixa, algum co-réu, pode traduzir, ou não, renúncia tácita.

A renúncia é a abdicação do direito de queixa. Ela pode ser tácita ou expressa. Na primeira hipótese — é a que nos interessa — o querelante pratica ato incompatível com o direito de acusar. E, como bem preleciona ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, é óbvio que não poderia a lei relacionar esses atos, devido à sua multiplicidade, como à sua variável significação (cf. Comentários ao Código Penal, Forense, 1956, v. 4, p. 47).

Implicaria renúncia tácita a não-inclusão de algum co-réu? Açodado seria o procedimento do órgão do Ministério Público que, em tal caso, requeresse ao Juiz o reconhecimento da extinção da punibilidade, nos termos do art. 108, inc. V, primeira figura, do Código Penal, sob o fundamento de que a renúncia em relação a um a todos se estenderá. Bem pode acontecer de o querelante, inadvertidamente, omitir, na queixa, um dos co-réus. Sob a pressão da urgência, em trabalho alinhavado a correr, é bem provável nela se omita o nome de um ou de alguns. Se tal circunstância não raramente ocorre quando da oferta de denúncia, malgrado o órgão do Ministério Público esteja afeito a esse mister, não surpreende a omissão, em se tratando de peça acusatória ofertada pelo particular. Poder-se-ia, então, excogitar de renúncia tácita? Obviamente não. Como se poderia saber houvesse o querelante, propositadamente, feito a omissão? Como se poderia devassar o íntimo psíquico do querelante para auscultar-lhe o propósito de excluir da queixa algum ou alguns dos co-réus?

Daf a regra salutar contida no art. 48 do Código de Processo Penal: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”.

6. Velar é proteger, é vigiar, é estar alerta, interessar-se grandemente, com zelo vigilante, estar de vigia, de guarda, de sentinela, dizem os nossos lexicógrafos.

E de que maneira protegerá, resguardará e fiscalizará o órgão do Ministério Público a indivisibilidade? Com o aditamento, a que se referem os arts. 45 e 46, § 2.º do Código de Processo Penal. Após o aditamento, se o querelante, expressamente, manifestar seu desagrado e sua repulsa àquele ato, por ter sido seu propósito inicial a efetiva exclusão, por esta ou aquela circunstância, aí, então, inteira aplicação terá a regra do art. 49 do Código de Processo Penal, que proclama a comunicabilidade da renúncia, alcançando todos.

O aditamento não traduz, nem poderia traduzir violação do princípio da oportunidade que rege a ação penal privada. Expressa, isto sim, o manifesto desejo do Estado de não permitir ao particular transmude o *jus accusationis*, que lhe foi concedido, num insopitável desejo de vingança.

Se, porventura, alguém dissesse que o aditamento implicaria a inclusão de outra infração de natureza privada, violentado estaria aquele princípio.

7. Tampouco cuida da inclusão de crime de ação pública, pois, como vimos, não teria sentido oferecesse queixa o particular, e o órgão do Ministério Público, através de simples aditamento, imputasse ao querelado ou a um terceiro, a prática de crime de ação pú-

blica. Nesse caso deverá o Promotor ofertar denúncia, obedecendo à regra do art. 41 do estatuto processual penal, fazendo uma exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, qualificando o réu, classificando o crime e apresentando o rol de testemunhas.

Assim, temos para nós que o aditamento a que se referem os arts. 45 e 46, § 2º do Código de Processo Penal, implica a inclusão de co-autor ou co-autores arredados da queixa.

Desse entendimento comunga o insigne SÉRGIO DEMORO HAMILTON (cf. Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, p. 79). Ousamos, contudo, dele dissentir no que tange ao *modus faciendi* do aditamento. Em primeiro lugar, este não se dá, tão-somente, nas hipóteses previstas nos arts. 45, 46, § 2º e 384, parágrafo único do Código de Processo Penal. Também com assento nos arts. 29 e 569 do mesmo diploma. Em segundo, a feitura do aditamento pode apresentar variedade de formas. Por exemplo: a) se a omissão dever-se ao próprio órgão oficial da acusação e relacionar-se com a exclusão de uma infração penal, evidente que a lacuna será preenchida — *opportuno tempore* — de forma singela. Idem, se a hipótese subsumir-se na moldura do art. 29 do Código de Processo Penal. Na petição o Promotor deverá dizer: “Aditando (ou complementando) a peça vestibular, cumpre dizer constar, também, que o acusado, qualificado a fls. (narrar o que praticara, dando-lhe a qualificação jurídico-penal), pelo que se requer seja o mesmo condenado, também, às penas cominadas à referida infração”; b) se se omitir algum co-réu (seja na ação pública, seja na exclusivamente privada), outra poderá ser a forma: “Complementando a petição inicial, salienta a Promotoria que fulano de tal, qualificado a fls. (narrar a forma de participação), pelo que a acusação ali contida a ele se estende, etc.”; c) se a complementação deve ser feita em face da regra contida no parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Penal, aludir-se-á à circunstância de que a elementar se tornou conhecida no curso da instrução, dando-se a correta tipificação. A acusação não arrola testemunhas. Nem poderá fazê-lo. A prova acusatória já foi feita. Só à Defesa é lícito fazê-lo; d) com todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, quando o aditar tiver o sentido de juntar, associar, vale dizer, quando houver um litisconsórcio ativo.

Assim, na hipótese em estudo, o aditamento feito pelo Ministério Público dispensa, à evidência, todo o formalismo de uma peça inaugural, como o dispensa, também, em se tratando de ação privada subsidiária da pública.

8. Note-se, ademais, que o verbo aditar está empregado nos arts. 45 e 46, § 2º do Código de Processo Penal, na acepção de acrescentar, pelo que se infere da disposição contida no art. 48 do referido estatuto.

Ora, tendo sido excluído da queixa um crime de ação pública — e nem poderia o querelante a ele se referir fora da hipótese singular do art. 29 do Código de Processo Penal — como se valeria o órgão oficial da acusação daquela peça, para, numa simples corrigenda, acrescentar, apendicular um crime de tal natureza? E no caso de eventual perempção, como poderia a ação penal prosseguir quanto a esse crime, sem a presença de uma peça acusatória elaborada segundo os cânones do art. 41 do Código de Processo Penal? Uma queixa remendada, apendiceada, não seria, como não o é, meio apto para o desenvolvimento válido da relação processual atinente a crime de ação pública.

Claro que, se houver um crime de ação pública conexo com outro de alçada privada, o Ministério Público — desde que satisfeitos os pressupostos normais para a propositura da ação — deverá aditar a queixa. Aditar, aqui, não tem o sentido que lhe emprestam os arts. 45 e 46, § 2º do Código de Processo Penal, mas o de juntar, associar, adit. Deverá, pois, o órgão oficial da acusação juntar-se ao querelante, com a sua denúncia, formando um litisconsórcio ativo. O Código nem cuida dessa possibilidade, de maneira expressa,

mesmo porque, sendo a ação penal pública regida pelo princípio da legalidade — *nec delicta maneat impunita* — desnecessário seria qualquer dispositivo a respeito. Tanto é verdade que, se o crime de ação privada estiver interligado, por conexão ou continência, a uma contravenção, caberá ao Juiz, baixando a portaria, juntar-se, também, ao querelante. Inobstante, não há nenhuma regra permissiva desse comportamento. Por quê? Simplesmente porque as normas contidas nos arts. 24, 531 e 79 “caput” do Código de Processo Penal seriam, como são, suficientes.

O Código de Processo Penal usa, pois, o verbo aditar sempre no sentido de corrigir, acrescentar, ampliar. É o que se infere dos arts. 29, 45, 46, § 2º, 384, parágrafo único. Jamais no sentido de aliar, juntar, associar.

Além disso, para que não se pensasse que a omissão de algum co-réu, na queixa, implicasse renúncia tácita, estabeleceu-se a regra contida no art. 48 do Código de Processo Penal. E, por último, mostrou-se a maneira de o Ministério Público velar pela indivisibilidade, com as normas dos arts. 45 e 46, § 2º do mesmo diploma.

Como poderia, repita-se, o órgão do Ministério Público imputar a alguém a prática de um crime de ação penal pública, com uma simples emenda à queixa? Admita-se. E se aquele não comparecer às audiências? *Quid inde?* O disposto no art. 564, inc. III, alínea *d* do Código de Processo Penal, refere-se a duas hipóteses: a) quando a ação penal for proposta pelo Ministério Público; b) quando for oferecida queixa substitutiva da denúncia (cf. ESPÍNOLA FILHO, Código de Processo Penal Comentado, v. 5, nº 1.166, p. 452; FLORENCIO DE ABREU, Comentários, v. 5, nº 37, p. 88; FREDERICO MARQUES, Elementos, v. 2, nº 564, p. 424).

No caso enfocado, então, não haveria nulidade, com a não-intervenção do órgão do Ministério Público. Manifesto o absurdo.

O aditamento, pois, a que se referem os artigos 45 e 46, § 2º do Código de Processo Penal, por força do que dispõe o art. 48 do mesmo diploma, implica inclusão de co-réu. Tal proceder do Ministério Público não viola o princípio da oportunidade ou da conveniência, em face do poder conferido ao querelante de se rebelar contra o aditamento, quando, pois, o disposto no art. 49 do Código de Processo Penal terá inteira aplicação.

9. O fato de o Código de Processo Penal não haver cuidado da possibilidade de o Ministério Público aditar o libelo (veja-se o argumento do saudoso BORGES DA ROSA evocado *in AJURIS*, v. 18, p. 29), quando este for ofertado pelo querelante, *data venia*, não é argumento convincente para se concluir não poder o órgão oficial da acusação entender a queixa a co-autor ou co-autores, acaso excluídos da peça vestibular.

Em primeiro lugar, é de se observar que o art. 420 do Código de Processo Penal confere ao querelante o direito de ofertar o libelo, no prazo de dois dias e, não o fazendo, o Juiz o haverá por *lançado*, mandando os autos ao Ministério Público.

Em duas hipóteses aquele preceito tem aplicação: a) em crime de ação privada conexo com alguma infração da competência do júri; b) no caso do art. 29 do Código de Processo Penal.

Na primeira hipótese, a não-oferta do libelo implica *perempção*. Na segunda, aplica-se a última parte do art. 29 do Código de Processo Penal. Na primeira, se houver exclusão de algum co-réu, deverá incidir a norma contida no art. 48 do Código de Processo Penal, cumprindo ao Ministério Público aditar a peça acusatória. Mas, nessa hipótese, dir-se-á, caberá ao Juiz aplicar, analogicamente, a regra do art. 418 do mesmo estatuto. A solução torna-se meio esquisita, uma vez que se transfere ao Juiz, por via oblíqua, o poder de velar pelo princípio da indivisibilidade... Ademais, não cabe ao Juiz, mas sim, ao Ministério Público, que representa os interesses da repressão punitiva, velar pela observância desse princípio. A menos que se diga que a exclusão implicou perdão tácito. Nesse caso ficaria mais confusa a situação. Se o perdão só é válido, se aceito, pergunta-se: e se o excluído não o

aceitar e o querelante insistir em não ofertar outro libelo? A solução, pois, está, ainda na regra dos arts. 45 e 48 do Código de Processo Penal.

Além do mais — e isso é curial — se o Ministério Público pode aditar a queixa, por que razão charadística não poderá fazê-lo em relação ao libelo? Por falta de texto expreso? Então o assistente de acusação não poderia, pela mesma razão, interpor o recurso previsto no art. 581, inc. XV do Código de Processo Penal... Quem pode o mais, pode o menos. Se o Ministério Público pode aditar a queixa, com melhor razão, o libelo. Este, *mutatis mutandis*, outra coisa não representa senão o exercício do direito de queixa, em uma segunda etapa, ditada pelo escalonamento procedimental dos crimes cujo julgamento caiba ao tribunal do júri.

E se ocorrer a omissão em processo iniciado por queixa substitutiva da denúncia? Inobstante o silêncio do Código quanto ao aditamento, inteira aplicação terá o disposto no art. 29 do Código de Processo Penal. Se, nessa hipótese, se invoca o disposto no art. 29, por que motivo, em se tratando de crime de exclusiva ação penal privada, não se poderá evocar a regra do art. 45 do citado diploma? Não há razão séria que o impeça.

O argumento, pois, não convence.

10. Não se deve deslembrar que o art. 49 do Código de Processo Penal foi inspirado no art. 124, terceira parte, do *Codice Penale* de 1930: “La rinuncia si estende di diritto a tutti coloro che hanno commesso il reato”. E, por outro lado, a matriz do art. 48 do nosso diploma processual penal outra não é senão o art. 123 do mesmo estatuto peninsular: “La querela si estende di diritto a tutti coloro che hanno commesso il reato”.

Daí a lição de BATTAGLINI: “... Se, invece, vi è una pluralità di offensori, la rinuncia, intervenuta nei riguardi di uno di essi da parte del soggetto passivo del reato, opera a beneficio di tutti, *allo stesso modo che la querela proposta contro taluno dei partecipi ha effetto contro tutti*” (cf. *La Querela*, p. 448, n.º 119).

E, linhas adiante, arremata: “Como si ha indivisibilità passiva della querela, così si ha indivisibilità passiva della rinuncia” (cf. *ob. cit.* p. 448).

A extensão da queixa a todos os partícipes atende, por outro lado, a uma exigência de justiça da consciência pública. Mesmo porque, conforme ainda BATTAGLINI, “o sentimento público de justiça não pode tolerar que, em virtude de uma discriminação deixada ao arbítrio do ofendido, um partícipe da mesma infração seja punido e o outro não” (cf. *ob. cit.* n.º 79, p. 325). No mesmo sentido, vejam-se MANZINI (*Trattato di Diritto Processuale Penale*, 4 p. 57, GIROLAMO BELLAVISTA, Lezioni, 1956, p. 33).

BINDING, citado por BATTAGLINI, é incisivo: “Alla volontà del querelante non è dato di determinare l'estensione della perseguibilità del fatto. Quando'egli ha proposto la persecuzione, *spetta allo Stato di regolarne la misura*” (cf. *ob. cit.* p. 324).

Este, também, o ensinamento de CANDIAN: “É conforme ai principi, che l'ordinamento riconosca all'offeso la facoltà di impedire la persecuzione di determinati reati, ma non anche la facoltà di influire sul modo e l'estensione di questa persecuzione, limitandola ad uno o ad alcuni soltanto dei partecipi” (cf. ALBERTO CANDIAN, *La Querela*, Giuffrè, 1951, p. 56).

Assim também STOPPATO: “L'azione penale debba dirigersi verso tutti coloro che del fatto sono gli autori” (cf. *Del'azione penale, in Commento*, UTET, v. 4, p. 8).

É bem verdade que a nossa queixa não é símile da *querela*. Tampouco da representação. É, antes de mais nada, um misto desta e daquela. Como manifestação no sentido de não se opor ao processo, a *querela* equivale à representação. Por outro lado, assemelha-se à queixa, e se distancia da representação, quanto poder conferido ao ofendido de dispor da “*res in iudicio deducta*”.

Inobstante a fisionomia toda especial da *querela*, as lições de BATTAGLINI, CANDIAN, MANZINI, STOPPATO e BELLAVISTA são válidas para a queixa e representação.

TORNAGHI, por isso mesmo, ensina: “Se o ofendido se queixa, o fato é punível e não há como excluir uns e incluir outros agentes” (cf. Processo Penal, 1953, 1, p. 232).

Professa, com segurança, FEDERICO MARQUES: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade, diz o art. 48 do Código de Processo Penal. Se as normas processuais transferem ao ofendido, em determinados crimes, o exercício do ‘*jus accusationis*’, incivil seria, no entanto, que lhe outorgassem a faculdade de influir sobre o modo e extensão da acusação. O ofendido não pode limitar a este ou aquele dos autores do fato delituoso, a acusação criminal. A tutela penal está preordenada a fatos que possam pôr em perigo ou lesar ao bem jurídico de que ele é o titular. Isto implica, afirma CANDIAN, que a ação se dirija contra todos que sejam autores do fato penalmente ilícito: “*La illiceità di un fatto, sanzionata con una pena, importa che la reazione dell’ordinamento investa coloro che ne sono stati causa determinanti*” (cf. Curso de Direito Penal, 1956, v. 3, p. 386; Elementos, v. 1, p. 360, nº 196).

Atentemos para o ensinamento: o ofendido não pode limitar a este ou aquele dos autores do fato delituoso a acusação criminal. E se, *por fas* ou *por nefas*, o fizer? Lógico, caberá ao Ministério Público, como fiscal do princípio da indivisibilidade, velar por ele. Velar como? De que forma? De que maneira? Aditando a queixa. Se a circunstância de que um dos autores fosse excluído implicasse renúncia tácita, o disposto no art. 48 do Código de Processo Penal não teria nenhuma razão de ser.

11. O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, nos idos de 1953, acolhendo parecer da lavra do eminente e saudoso MÁRIO DE MOURA E ALBUQUERQUE, teve oportunidade de afirmar: “Dizer-se que a simples omissão inicial do nome de um dos autores do crime constitui renúncia tácita, é confundir duas modalidades diversas de extinção do direito de queixa: a renúncia e a decadência. A omissão pode derivar de um erro e não da *voluntas abdicandi*. Se o erro é passível de correção, enquanto não decorrer o prazo de decadência, já a representação é irrevogável. Daí a exigência legal de um ato, que só importa em renúncia tácita, quando é incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa, ou seja, quando exclui, necessariamente, essa vontade” (cf. REV. TRIB., v. 214, p. 391). No mesmo sentido, REV. TRIB. v. 210, p. 97 e JUSTITIA, v. 12, p. 190). E, mais recentemente, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo, acolhendo voto do eminente Juiz FERNANDO PRADO, decidiu: “O art. 48 do Código de Processo Penal, firmando o princípio da indivisibilidade da ação penal, dispõe que a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos. Entretanto, não cabe ao Juiz, mas sim ao Ministério Público, que representa os interesses da repressão punitiva, velar pela observância desse princípio, suprindo a omissão do querelante para tornar efetivo o chamamento a juízo de todos os participantes do delito” (cf. REV. TRIB. v. 500, p. 350).

12. Poder-se-á dizer: se o Estado conferiu, exclusivamente, ao ofendido ou a quem legalmente o represente, o *jus accusationis* em relação a determinadas infrações, não violentaria o princípio da oportunidade o aditamento do Ministério Público? Obviamente não. Ao ofendido cabe julgar da conveniência, ou não, quanto à propositura da ação penal. Uma vez proposta, o órgão do Ministério Público terá vista dos autos para, dentre outras providências, observar se foi, ou não, respeitado o princípio da indivisibilidade. E se não o foi? Deverá ele aditar a queixa, em face do litisconsórcio passivo necessário.

Respeita-se, apenas, o ato de iniciativa do ofendido. Este tem inteira liberdade de propor, ou não, a ação penal. Se o quiser, deverá fazê-lo contra todos os partícipes. Propondo apenas contra um, já manifestou seu desejo de ver punido o criminoso. Resta sa-

ber, agora, se foi, ou não, desrespeitado o princípio da indivisibilidade. Sendo-o, deverá o órgão do Ministério Público, na sua função de fiscal daquele princípio, aditar a queixa.

Outro não é o ensinamento de BENTO FARIA, que durante muitos anos perolou no Excelso Pretório: “Assim, o ofendido não tem o arbítrio de escolher uns, dispensando outros, quando vinculados todos pela prática do mesmo delito. O Ministério Público, nesse caso, aditando a queixa, incluirá nela os responsáveis não incluídos” (cf. Código de Processo Penal, 1942, v. 1, p. 116).

13. Não se concebe deva o Promotor Público pronunciar-se, no sentido de que o querelante promova a citação de todos os réus (cf. FREDERICO MARQUES, Elementos, ed. 1967, v. 3, p. 138, nº 686). Como citá-los, se não foram incluídos na queixa? Teria, então, que haver uma queixa substitutiva, ou, então, um aditamento pelo querelante... Mas a lei não se refere nem a este nem àquela. Deixa entrever que tal função é do Ministério Público, sem qualquer violentação ao princípio da oportunidade.

Se, feito o aditamento, não pudesse o querelante dizer “não quis nem quero seja a queixa estendida aos demais”, outro seria nosso entendimento. Mas, pode. E pode muito bem dizer que a exclusão foi fruto de uma *voluntas abdicandi*, quando, então, se aplicará a regra contida no art. 49 do Código de Processo Penal.

O ofendido pode dispor do direito de agir. Mas se age, doutrina TORNAGHI, “tem de fazê-lo na conformidade da lei processual, cujas normas, quando imperativas, *l.s.*, isto é, quando ordenam ou proíbem um comportamento, não podem ser mudadas pela vontade privada” (cf. Instituições, 1ª ed., 1959, v. 3, p. 335). Não o fazendo, acrescentamos nós, o Ministério Público, órgão oficial da acusação, fiscal do princípio da indivisibilidade, corrige, acrescenta, adita a peça inaugural. Onde, pois, a anormalidade? Onde o desrespeito à liberdade de agir do querelante?

14. Dizer que o aditamento do Ministério Público se refere à inclusão de crime de ação pública, estaria também, *mutatis mutandis*, permitindo ao Juiz o direito de fazê-lo, quando, ao invés de crime houvesse uma contravenção. A não ser que se dissesse que o aditamento do Ministério Público estaria compreendendo, outrossim, a contravenção, o que teria o sabor de disparate.

Às escâncaras, não é assim. A lei fala em ADITAR A QUEIXA, querendo, com tal expressão, traduzir a idéia de ser ela acrescentada, ampliada, aumentada. Ora, se o Ministério Público, logicamente através de denúncia — peça autônoma — imputa ao *excluído* um crime de ação pública, não se pode dizer tenha sido a queixa ampliada. Esta continuará como estava, sem qualquer acréscimo. Apenas o Ministério Público aliou-se, com a sua denúncia, ao querelante, formando um litisconsórcio ativo.

Se, ao receber uma denúncia ou queixa, observar o Juiz a existência, também, de uma contravenção, fará ele um aditamento? Claro que não. Poderá, isto sim, baixar a competente portaria. Da mesma forma, se o Ministério Público, analisando os autos da queixa-crime, concluir pela existência, também, de um crime de ação pública, obviamente ofertará denúncia. Nesse caso não se poderá dizer tenha sido aditada a queixa.

15. Não teria sentido, ademais, interpretar o *aditar*, a que se referem os arts. 45 e 46, § 2º do Código de Processo Penal, como sendo desejo todo especial do legislador fossem apreciados em “*simultaneus processus*” as duas infrações: a de ação pública e a de alçada privada. Primeiro, porque a regra do art. 79 “*caput*” do Código de Processo Penal seria bastante. Segundo, porque, nesses casos, grosso modo, deve haver a separação, e não a reunião, principalmente em face das peculiaridades da ação privada. Sendo a disjunção, pois, quase que necessária, para evitar tumulto processual, por que razão iria o legislador estabelecer aquela norma?

Se ao Ministério Público coubesse a simples tarefa de solicitar ao Juiz a notificação do querelante para aditar a queixa, muitas vezes a exigüidade de tempo provocaria a decadência e seria difícil saber se a exclusão implicou, ou não, renúncia tácita. Esta, ainda, uma das razões que levaram o legislador a permitir ao órgão oficial da acusação o direito de aditar. Outra, já por nós explicitada — talvez a mais importante — repousa na circunstância de que ao ofendido se concedeu, apenas, o poder de dispor do direito de agir. Uma vez exercido tal direito, vale dizer, uma vez respeitado tal direito, nada impede que o Estado, através do seu órgão, intervenha para corrigir o ato de iniciativa, amoldando-o aos cânones legais, sem contudo criar qualquer obstáculo ao poder também conferido ao querelante de dispor da *res in judicio deducta*, seja pelo perdão, seja pela perempção, seja, inclusive, pelo reconhecimento de ter havido renúncia tácita quanto ao excluído.

Não olvidar que o querelante é, apenas, um substituto processual e, não lhe tendo o Estado conferido o poder de restringir a queixa, excluindo algum ou alguns dos partícipes da conduta punível — muito pelo contrário até — nada impede possa o substituído dar, através do aditamento, a exata dimensão, no aspecto subjetivo, à peça acusatória.

16. Não cremos, *data venia*, que ao redigir o art. 45 do Código de Processo Penal, se houvesse o legislador inspirado no art. 19 do Código de Processo Penal do antigo Distrito Federal (“Quando a ação for intentada por queixa, poderá ser aditada pelo Ministério Público, cabendo-lhe intervir em todos os termos do processo e interpor os recursos que no caso couberem”).

Tal diploma se amoldava ao ordenamento daquela época. Nos crimes de alçada privada, nenhuma ingerência tinha o Ministério Público. Entretanto, nos de ação pública, havia dois titulares alternativos do direito de acusar: Ministério Público e ofendido. Aquele, através de denúncia, este, da queixa. Justificava-se, pois, a regra do art. 19 do Código de Processo Penal do antigo Distrito Federal.

Com o novo ordenamento, aboliu-se o direito de o ofendido instaurar, em caráter principal, a relação processual em crimes de ação pública.

Sendo assim, não se pode dizer, *data venia*, como pareceu ao eminente PAULO CLÁUDIO TOVO, que o art. 45 do atual Código de Processo Penal houvesse sido modelado no art. 19 do estatuto processual penal do antigo Distrito Federal (cf. AJURIS, v. 18, p. 27).

Na verdade, se o ofendido já não pode ofertar queixa em crime de ação pública (arredada a hipótese do art. 29 do Código de Processo Penal), qual a razão que levaria o legislador a repetir, no art. 45, o teor daquele art. 19? Absolutamente nenhuma.

Aliás, o ilustre Professor da Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre reconhece que o Ministério Público somente podia aditar a queixa, quando esta fosse peça inicial nos casos de crimes de ação pública. *In verbis*: “Ora, em sendo possível a queixa em crime de ação pública (não como ação subsidiária, mas como ação principal), é lógico que nesses casos tivesse o Ministério Público legitimidade para aditar a queixa ou promover as correções que entendesse cabíveis. Isso o estatuído no art. 19 do Código de Processo Penal antigo Distrito Federal. Todavia, quanto aos crimes de ação privada, não era reconhecido ao Ministério Público qualquer direito ao aditamento. Este o ensinamento da melhor doutrina da época” (cf. AJURIS, v. 18, p. 29).

17. Assim, desprezado o entendimento de poder o ofendido dar início a processo em crime de ação pública (exceto o caso previsto no art. 29 do Código de Processo Penal), aquele artigo 19 perdeu sua razão de ser e, por isso mesmo, não podia ser fonte de inspiração do legislador de 41. Inspirá-lo para quê? Para traçar norma sobre instituto desprezado, obsoleto, relegado e abandonado pelo novo ordenamento? Como poderia o art. 45 do atual Código ter como matriz um dispositivo que regulava assunto diverso?

Usando, no art. 45, a expressão “ainda quando a ação penal for privativa do ofendido”, teve o legislador dupla intenção: a) afastar-se, definitivamente, do ordenamento anterior, permitindo o aditamento, mesmo nesses casos; b) deixar bem claro que o direito de o Ministério Público aditar a queixa não se restringe, exclusivamente, à hipótese do art. 29 do Código de Processo Penal, mas, “ainda quando a ação penal for privativa do ofendido”.

Na hipótese do art. 29, se for excluído da queixa algum co-réu, não poderá o Ministério Público proceder ao aditamento? Claro. Se for excluída uma infração penal, não procederá o Ministério Público da mesma forma? Sem dúvida. E se se tratar de ação privativa do ofendido? Aí é preciso atentar para dois princípios: o da oportunidade e o da indivisibilidade. Assim, excluída uma infração penal de alçada privada, é vedado pelo princípio da conveniência ou oportunidade o aditamento, pelo Ministério Público. Mas, se se tratar de exclusão de algum co-réu, o Ministério Público não só poderá, como deverá ofertá-lo, em virtude de haver-lhe sido atribuída a função de velar pelo princípio da indivisibilidade, além da expressa autorização para aditar.

Mais ainda: o art. 45 do Código de Processo Penal cuida da queixa nos casos de exclusiva ação penal privada, enquanto que o art. 19 retrocitado dela tratava nos crimes de ação pública. Nenhuma similitude, pois, entre ambos.

Por último: no ordenamento anterior não se admitia o aditamento do Ministério Público à queixa ofertada, nos casos de exclusiva ação privada. O atual, rompendo com a tradição, salientou: “A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público”, querendo deixar bem claro que o aditamento não se dá, apenas, na hipótese de ação privada subsidiária da pública, mas, também, nos casos em que a ação penal for privativa do ofendido.

18. Da mesma forma que o legislador não cuidou da possibilidade de o Ministério Público ofertar denúncia substitutiva da queixa, no caso de crime complexo, por ser intuitivo, tampouco tratou da possibilidade de aquele oferecer denúncia por crime de ação pública conexo a crime de alçada privada, num *simultaneus processus*, por ser desnecessário, em face das regras consubstanciadas nos arts. 24 e 79 do Código de Processo Penal.

A prevalecer a opinião de que o aditamento a que se refere o art. 45 do Código de Processo Penal se relaciona com crime de ação pública, tal dispositivo constituiria mera excrescência no diploma processual, o que ultraja o princípio proibitivo da inserção de palavras inúteis no texto legal.

Passaria pela cabeça do intérprete menos avisado que, na hipótese de conexão entre crime de alçada privada e de ação pública, não pudesse haver um litisconsórcio ativo, entre querelante e Ministério Público? Certamente não. Por isso, um dispositivo com tal finalidade seria de uma inutilidade palpável.

Por todas essas razões, os arts. 45 e 46, § 2º do Código de Processo Penal ligam-se, indubitavelmente, ao art. 48 do mesmo diploma.

19. É bem verdade que o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em acórdão de que foi Relator o eminente ALBANO NOGUEIRA (cf. JULGADOS DO TACRIM/SP, v. 57 p. 295) acolheu, por maioria de votos, a tese de que o Ministério Público não tem legitimidade para incluir co-réu na queixa, em se tratando de crime de exclusiva ação penal privada. Contudo, os três argumentos invocados, *data vênia*, não convencem. O primeiro baseia-se nesta lição de ESPINOLA FILHO: “Quando se trata de ação que, por lei, só poderá ser proposta pela parte privada, o Ministério Público tem a faculdade de aditar, ou não, a queixa; desinteressando-se da ação penal na segunda hipótese, na primeira sua atividade será, porém, meramente secundária, de assistente, não podendo evitar que a parte principal abandone a ação, deixe ficar perempta, dela desista, perdôe o querelado” (cf. Código de Processo Penal Anotado, Borsoi, 1965, v. 1, p. 438).

Onde, pois, a afirmação categórica e convincente de não poder o Ministério Público incluir co-réu? Evidente que a inclusão feita pelo aditamento do Ministério Público não impede a perempção, a desistência, o perdão. Opõe-se, tão-somente, à divisibilidade da ação privada: ou ela é proposta contra todos, ou contra nenhum. Essa a função proeminente do Ministério Público na ação penal de alçada exclusiva do ofendido. Mas, ainda que se entrevisse no ensinamento de ESPÍNOLA FILHO a conclusão a que chegou o Egrégio Tribunal, não representa ele, e afirmamos com o respeito e carinho que o saudoso mestre sempre demonstrou ser credor, a *ultima ratio regum*.

O segundo, no sentido de que “o aditamento da queixa pelo Ministério Público viola, igualmente, o princípio da indivisibilidade da ação penal, princípio basilar da teoria da ação no processo penal” revela e traduz, *venia concessa*, uma incoerência. O não-aditamento é que implica violação do aludido princípio.

Por último: a não-inclusão de algum co-réu, na queixa, não faz supor, como já vimos, renúncia tácita ao *jus accusationis*. Se a não-inclusão implicasse renúncia tácita, a regra do art. 49 do Código de Processo Penal seria bastante, e, por outro lado, supérflua seria a contida no art. 48 do mesmo estatuto. Ambas, entretanto, regulam situações afins, mas, distintas. A primeira cuida da comunicabilidade da renúncia. A outra, da indivisibilidade da ação penal.