

A IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA NO PROCESSO PENAL (*)

AFRANIO SILVA JARDIM

I — Considerações gerais

A candente advertência de Carnelutti sobre a "*negligencia en torno al concepto de la imputación*" data de 1948. (1) Passadas três décadas, nada obstante, tem ela perfeita atualidade, pois a doutrina não vem demonstrando maior preocupação com o estudo teórico da imputação no processo penal.

A toda evidência, não pretendemos suprir esta lacuna. Este não é o nosso escopo. Neste trabalho pretendemos estudar tão-somente a tormentosa questão da imputação alternativa. Vale dizer, estreitamos ainda mais o objeto de nosso estudo.

Se a imputação como categoria genérica não mereceu um tratamento doutrinário mais profundo, que dizer da imputação alternativa, que importa numa abordagem específica e de detalhamento. Aqui, a doutrina é quase nenhuma.

Desta forma, se acentuam as nossas dificuldades, à míngua de fonte bibliográfica mais extensa. Os autores que tratam do tema, o fazem de forma indireta ou de passagem. Aproveitamos tal circunstância para, desde logo, justificar os nossos equívocos e imprecisões no trato de tema ainda não desbravado.

Importa salientar, outrossim, que o campo em que nos moveremos tem a sua delimitação vinculada à ação penal condenatória, o que não impede, entretanto, que muitos dos conceitos aqui emitidos se apliquem às outras espécies de ações penais.

Nas ações penais não condenatórias, assim como nas ações civis, a rigor, não há, necessariamente, uma imputação no sentido próprio. Nestas a *causa petendi* é composta pela alegação de um fato ou ato jurídico constitutivo do direito afirmado pelo autor. Em tais ações não se exige a *atribuição ao réu de uma determinada conduta*. Em outras palavras, a pretensão processual não decorre da imputação. Note-se, porém, que não estamos dizendo que nas ações penais não condenatórias não possa haver uma imputação, mas apenas que ela não lhes é essencial, e sim accidental ou eventual.

(*) Tese apresentada no VI Congresso Nacional do Ministério Público realizado em São Paulo. Junho de 1985.

(1) Trabalho publicado na "*Rivista di diritto processuale*", nº 1, p. 203 e no livro intitulado *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1961, trad. S. Sentis Melendo, pp. 135/141.

2 — Conceito de imputação

Tratando-se de ação penal condenatória, o seu exercício presuppõe a formulação de uma acusação. Esta se compõe basicamente de dois elementos: a imputação e o pedido de condenação. Imputação e pedido de condenação formam a acusação. (2)

Dissemos alhures que o pedido do autor funciona como o objeto do processo, sendo uma manifestação de vontade dirigida à autoridade judiciária, requerendo uma atividade determinada. Conforme magistério de *Liebman*, invocado naquela oportunidade, todo o desenvolvimento do processo consiste em dar ao pedido o devido seguimento. Através do pedido, procura o autor fazer valer a sua pretensão sujeitando o réu ao processo. Exige o autor a prevalência de seu interesse, funcionando o pedido como exteriorização de uma determinada pretensão cujos contornos são delimitados pela imputação ou causa de pedir. (3)

Tendo em vista que o pedido na ação penal condenatória é sempre genérico, será a imputação que irá fixar o *thema decidendum*, ou seja, a própria extensão da prestação jurisdicional. Por isso, está integralmente certo o mestre José Frederico Marques, quando assevera:

“Na acusação, o que deve ficar perfeitamente caracterizado é o fato delituoso, uma vez que a sanção a ser imposta depende da qualificação jurídica dada a esse fato.

Isto significa que a acusação contém pedido não específico no que tange com a graduação da pena e imposição de outras sanções cabíveis.

*Há, assim, verdadeiro pedido genérico na acusação. A denúncia contém pedido, na realidade, de aplicação da **sanctio juris** devida e adequada para o fato delituoso que a acusação descreve”. (4)*

Na denúncia, esclarece o professor Tourinho Filho, o órgão do Ministério Público pede a condenação do réu. E, para pedi-la, obviamente, lhe deve imputar a prática de um crime. O fato criminoso, pois, é a razão do pedido de condenação, a *causa petendi*. (5)

(2) José Frederico Marques, *Tratado de Direito Processual Penal*, S. Paulo, 1980, Saraiva, 2º vol., p. 55.

(3) Afranio Silva Jardim, *Reflexão teórica sobre o processo penal*, trabalho a ser publicado na “Revista de Direito da P.G.J. do ERJ” e na “Revista de Direito Penal e Criminologia”, nº 36, editada pela Forense.

(4) *Elementos de direito processual penal*, Rio, 1961, Forense, 2º vol., p. 152.

(5) *Processo penal*, S. Paulo, 1982, Saraiva, 6ª ed., 1º vol., p. 335.

A imputação, destarte, é a atribuição ao réu da prática de determinadas condutas típicas, ilícitas e culpáveis, bem como todas as circunstâncias juridicamente relevantes. (6)

Não nos parece correto dizer que a acusação penal limita-se à descrição de um fato típico e ao pedido de condenação. O artigo 41 do Cód. Proc. Penal exige que a denúncia ou queixa contenha "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", razão pela qual três hipóteses podem ocorrer:

a) o autor da ação, ao narrar os fatos circundantes da ação principal, faz uma imputação de conduta "criminosa", como quer a lei, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A acusação é apta;

b) o autor narra somente a conduta principal, sem descrever as suas circunstâncias, que permitiriam examinar, em tese, a sua ilicitude e culpabilidade. Nesta hipótese, a peça acusatória deverá ser rejeitada por inépcia (art. 41, c/c. 564, inc. IV);

c) o autor, ao narrar as circunstâncias da conduta típica, acaba por atribuir ao réu uma ação lícita ou não reprovável e, neste caso, a peça acusatória não deve também ser recebida, nos termos do art. 43, inc. I, do Cód. Proc. Penal.

Concordamos mais uma vez com o prof. José Frederico Marques — autor que melhor tratou da matéria em nossa pátria — quando assevera que o "fato imputado consiste na descrição das modificações do mundo exterior relevantes para o Direito Penal e tudo que possa individualizá-lo. Integra, assim, o fato imputado todas as circunstâncias incidentais que sirvam para individualizar o caso concreto". (7)

Julgamos, ainda, que, além das "modificações do mundo exterior", também deve conter a imputação o conteúdo da vontade do autor da ação, dado indispensável para a configuração da sua tipicidade subjetiva. Embora o elemento volitivo se extraia dos fatos físicos, que servem para indiciá-lo, com eles não se confunde.

Note-se, ademais, que para a admissibilidade de acusação não basta a imputação de uma conduta típica, ilícita e culpável. É necessário que ela venha alicerçada por suporte probatório mínimo destes elementos, que deverão se encontrar no inquérito ou nas pe-

(6) Sobre o conceito de imputação, *Cfr.* Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, 2.º vol., p. 153; Carnelutti, no trabalho citado na 1ª nota e Gaetano Foschini, *Sistema del diritto processual e penale*, Milano, 1965, Giuffrè, 2ª ed., 1º vol., pp. 93/94.

(7) *Elementos*, loc. cit., p. 242.

ças de informação. Veja-se a respeito o que deixamos dito no nosso trabalho intitulado "*Arquivamento e Desarquivamento do Inquérito policial*", publicado na "Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio" de n.º 19.

Cabe aqui um reparo à regra do art. 41 do Cód. Proc. Penal. A rigor, a denúncia deve conter mais do que uma mera "exposição" do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. A peça acusatória deve conter uma imputação deste fato, vale dizer, *o autor deve atribuí-lo ao réu*. A mesma crítica vale ao artigo 229 do Projeto que se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Em verdade, consoante ensinamento de Frederico Marques, "a descrição do fato delituoso não é o conteúdo da imputação e sim o modo de especificar o seu objeto. A imputação não é a descrição, mas o ato de atribuir a alguém um fato que deve ser necessariamente descrito". (8)

Ainda na esteira do mestre paulista, podemos afirmar que a imputação se compõe dos seguintes elementos: a) descrição de fatos; b) qualificação jurídico-penal desses fatos; c) a atribuição dos fatos descritos a alguém.

3 — A relevância da imputação no processo penal

Na medida em que o pedido na ação penal condenatória é sempre genérico, conforme vimos acima, assume especial relevo a imputação no processo penal. Ela é o elemento que serve para a identificação das ações, seja no plano da litispendência, seja para efeito da coisa julgada.

Por outro lado, é a imputação que delimita a prestação jurisdicional, sendo imperativo que haja perfeita correlação entre a acusação e a sentença. Neste particular, se apresenta indesejável a regra do artigo 384, *caput*, do Cód. Proc. Penal, cuja constitucionalidade é duvidosa.

A exigência de imputações certas e bem delimitadas tem estreita ligação com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no processo (art. 153, §§ 15 e 16, da Const. da República). Para que tenhamos um processo regular, é indispensável que o réu saiba de que conduta ou condutas está sendo acusado, a fim de que possa eficazmente se defender.

É de relevo acentuar que a imputação refere-se não só à autoria imediata ou material, como também a todas as condutas penalmente relevantes. Em outras palavras, a peça acusatória deve conter imputação precisa também da autoria mediata e de

(8) *Elementos*, loc. cit., p. 237.

todas as ações que caracterizem uma determinada forma da participação. Sobre este particular, remetemos o leitor para o trabalho de Frederico Marques denominado "Da acusação de co-autoria". (9)

De tudo isto decorre que a aceitação da chamada imputação alternativa deve resultar da constatação de que ela não viola todos estes princípios informadores do processo acusatório moderno. A sua admissibilidade deve ficar restrita às hipóteses que serão explicitadas posteriormente.

Lamentavelmente, o vigente Cód. Proc. Penal, através do seu artigo 384, além de dispensar o aditamento da denúncia quando houver *mutatio libelli* para beneficiar a defesa (regra que pode, no caso concreto, criar prejuízos irreparáveis para o acusado), chega a admitir a inusitada imputação implícita. Se o fato novo, surgido da prova colhida na instrução, estiver "contido implicitamente" na denúncia, mesmo que a desclassificação importar em pena mais grave, o legislador dispensou o aditamento.

Interessante notar que o reconhecimento desta forma implícita de realizar uma imputação no processo penal não tem merecido maiores críticas de nossa doutrina, parecendo, por uma questão de coerência, que ela também não se opõe à imputação alternativa, pelas razões expostas por *Luigi Sansò*, abaixo transcritas:

"Inammissibilità di una imputazione implicita non significa, peraltro, inammissibilità di una imputazione alternativa. La imputazione implicita è una non imputazione; la imputazione alternativa è una imputazione esplicita".

"I fatti hanno da essere chiaramente descritti, chè, altrimenti, non v'ha una imputazione alternativa, ma una no imputazione". (10)

4 — A imputação alternativa

Diz-se alternativa a imputação quando a peça acusatória vestibular atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado, embora todas se apresentem como prováveis, em face da prova do inquérito. Desta forma, fica expresso, na denúncia ou queixa, que a pretensão punitiva se lastreia nesta ou naquela ação narrada.

(9) Sobre este tema particular, remetemos o leitor ao trabalho de Frederico Marques, "Da acusação de co-autoria", constante de seus *Estudos de direito processual penal*, Rio, 1960, Forense, pp. 149/151.

(10) *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano, 1958, Giuffrè, pp. 299 e 300.

Por outro lado, como veremos mais adiante, a alternatividade também pode-se referir ao sujeito ativo da infração penal, acarretando um litisconsórcio no pólo passivo da relação processual penal.

Como se percebe, a imputação alternativa é resultante de um quadro probatório relativamente incerto constante do inquérito policial. Afastamos a possibilidade de imputação alternativa lastreada em meras peças de informação. Neste caso, se há dúvida relevante, deverá ser requisitada ou requerida a instauração do inquérito policial, a fim de que o estado de incerteza possa ser removido.

Estando encerradas as investigações policiais, não havendo qualquer diligência a ser realizada, cumpre ao titular da ação penal formular a sua *opinio delicti*. Tratando-se de ação pública, informada pelo princípio da obrigatoriedade, deve o Ministério Público oferecer denúncia no prazo legal, desde que presentes as condições exigidas pelo sistema processual para o regular exercício da ação. Entrementes, casos há em que, embora não seja hipótese de arquivamento, perdura dúvida razoável sobre qual conduta fora realmente praticada pelo indiciado, ou qual indiciado praticou determinada conduta. Temos prova no inquérito de que se o indiciado não praticou esta conduta penalmente relevante fatalmente deve ter praticado aquela outra.

Para melhor ilustrar o que viemos de dizer, pomos um exemplo: suponha-se que um automóvel tenha sido roubado. Dois dias após, o indiciado é surpreendido dirigindo o veículo em circunstâncias absolutamente suspeitas. Ao depor no inquérito, entretanto, o indiciado nega a autoria do roubo, confessando que comprara o carro de um desconhecido, sabendo de sua origem criminosa. A descrição física do autor do roubo, feita pelo proprietário do automóvel, coincide com os caracteres do indiciado, que está respondendo a três processos pela prática de outros roubos de carros. Uma testemunha, que poderá esclarecer sobre a duvidosa autoria, somente retornará ao país dentro de quarenta dias.

Diante deste quadro probatório, o Ministério Público ofereceria denúncia imputando ao indiciado a prática do roubo do veículo ou da receptação dolosa. Uma só acusação, embora feita de forma alternativa. Aqui, o reconhecimento, por parte do juiz, de uma das condutas narradas na denúncia importará, necessariamente, na rejeição da outra conduta.

Salvo o Professor Frederico Marques, os autores pátrios não estudaram o tema que ora nos ocupa. O próprio mestre paulista nele não se aprofundou. A doutrina estrangeira também não é abundante nesta matéria. Normalmente, ela vem tratada de forma indireta, como possível solução para a questão da *determinación alternativa* ou *accertamento alternativo*, diante do princípio do *in dubio pro reo*.

Por este enfoque é que o moderno penalista alemão *Hans-Heinrich Jescheck* chega a aceitar expressamente a imputação alternativa, malgrado inexistir, no ordenamento positivo daquele país, regra expressa autorizando-a. Vamos aos ensinamentos do grande jurista tedesco, posto que longo o texto a ser transcrito:

“Existen otros casos, en cambio, en los que según el convecimiento del juez resulta evidente que el acusado, caso no haber cometido el hecho que se le acusa y que de acuerdo con el principio in dubio pro reo tuviera que haber asuelto, necesariamente debe haber cometido otro hecho determinado, cuya existencia, sin embargo, depende de que no haya cometido el primero. La cuestión es la de si puede castigársele por este otro hecho.”

*“Un caso especial de determinación alternativa es la **alternatividad simple de los hechos**: aquí está clara la ley penal aplicable; no se sabe, sin embargo, con que clase de acciones ha sido infringida por el reo.”* ⁽¹¹⁾

Após fazer um breve balanço na jurisprudência alemã, *Jescheck* examina o aspecto processual do problema, tornando claro que admite a imputação alternativa, *in verbis*:

“Tanto el principio in dubio pro reo como el problema de la determinación alternativa son cuestiones que interesan sobre todo al Derecho Procesal, pues en realidad se trata de resolver el problema de hasta qué grado deben determinarse las pruebas de los hechos suscitadas en el proceso para poder basar en ellas una condena.”

“La seguridad jurídica en el ámbito procesal es decisiva para proteger el acusado. Por ello debe destacarse especialmente que la dos alternativas posibles estén ya fijadas en la querela y en la solicitud de apertura del juicio oral (§§ 264, 266 StPO) y que en caso necesario se indique al acusado la posibilidad de la condena alternativa (§ 265 StPO).”⁽¹²⁾

Não deve impressionar a circunstância de o titular da ação penal tornar explícita a sua dúvida em relação a qual conduta efetivamente o acusado praticara. A dúvida a isto se resume, pois há firme convicção de que o imputado infringiu o preceito primário de uma norma penal incriminadora, determinável após a instrução contraditória.

(11) *Tratado de derecho penal*, Barcelona, 1981, ed. Bosch, tradução de Mir Puig e Muñoz Conde, vol. 1º, pp. 195 e 196.

(12) *Tratado de derecho penal* citado na nota anterior, 2º vol., p. 202.

Ademais, como se sabe, a petição inicial (denúncia ou queixa) nada mais é do que uma proposta, uma probabilidade. É o ato processual hábil a trazer ao Poder Judiciário a apreciação de um ou mais fatos, em razão dos quais se empreenderá profunda investigação processual. Afinal, caso perdure a incerteza, as regras sobre a distribuição do ônus da prova traçarão ao juiz o rumo seguro a ser seguido.

Mais adiante voltaremos a enfrentar a questão da admissibilidade da imputação alternativa diante do sistema processual vigente. Nesta oportunidade, vamos procurar especificar as várias espécies de imputação alternativa, pois, até o momento, viemos trabalhando sobre um exemplo clássico, que não esgota as várias alternativas possíveis.

5 — *Espécies de imputação alternativa*

Casos há em que a área de incerteza, diante da prova do inquérito, está circunscrita apenas a certas circunstâncias e não à ação principal praticada. Em outras palavras: sabe-se que foi o indiciado o autor de determinado furto, mas há dúvida, por exemplo, se houve rompimento de obstáculo ou escalada para a prática do crime contra o patrimônio. No homicídio, pode existir dúvida se o indiciado o praticou por motivo fútil ou torpe, ou ainda, se foi praticado para facilitar execução ou assegurar vantagem de outro crime.

Sempre que circunstâncias do fato principal venham a ser elementos do tipo qualificado, podem dar margem à imputação alternativa, mais restrita, desde que haja incerteza ponderável entre certos motivos particularmente reprováveis, certos meios ou modos, ou fins colimados pelo sujeito ativo da infração penal.

Esta hipótese é bastante comum na prática do foro criminal. Entretanto, resolve-se a questão através de um expediente temerário e incorreto: o autor da ação penal imputa ao acusado tudo o que for possível, de forma cumulativa. Ao invés da alternatividade, postura sincera e ética, busca-se demonstrar uma certeza irresponsável, atribuindo-se ao réu, muitas vezes, circunstâncias que se excluem no caso concreto.

Desta maneira, relativamente aos fatos, podemos ter imputação alternativa ampla ou restrita, ambas de caráter objetivo.

Julgamos, outrossim, ser possível que a alternatividade se refira ao sujeito passivo da própria imputação. Pense-se na hipótese de incerteza da autoria de crime. Os indiciados se acusam reciprocamente, sendo a prova testemunhal também díspar. Nada obsta, em nosso entendimento, que a denúncia narre a conduta delituosa, atribuindo-a a um ou a outro dos indiciados, propondo-se o Ministério Público a provar, na instrução processual, que um dos denunciados merece a condenação pedida.

Vamos mais longe ainda. A alternatividade da imputação pode abranger não só o sujeito ativo, como a própria infração conjuntamente. Diante de um auto de prisão em flagrante por crime de resistência, podemos ter dúvida, diante do caso concreto, sobre a legalidade da ordem de prisão, por serem controvertidos os fatos. Nestes casos, havendo suporte probatório mínimo, se nos afigura razoável que a denúncia impute, alternativamente, ao preso o crime de desobediência e ao funcionário público que efetuou a insólita prisão o crime de abuso de autoridade, conforme autoriza a prova até então existente. Não fosse assim, somente após a absolvição de um, poderia o Ministério Público denunciar o outro, caso não estivesse consumada a prescrição. De uma forma ou de outra, cabe uma pergunta: quem deveria ser denunciado primeiro?

Tal imputação alternativa de caráter subjetivo é admitida expressamente por *Pasquale Saraceno*, em obra que já se tornou clássica na literatura jurídica:

“Credo pure che si possa esercitare l'azione penale contro più individui alternativamente indicati con colpevoli di un reato, ma solo nella fase della instruzione.”⁽¹³⁾

O próprio processualista peninsular cita precedente jurisprudencial que aceita este tipo de alternatividade até mesmo na fase final do procedimento escalonado italiano, dizendo:

“Nel senso che sia possibile anche il rinvio a giudizio di più persone ritenute alternativamente colpevoli di un reato, vedi la sentenza della S. C. sez. 11, 13. dic. 1937 (Pinna), in “Rev. It. di D. Penale”, 1938, p. 376 con nota. Nella specie si trattava del rinvio a giudizio, per omicidio colposo, davanti al Tribunale di due persona, sulla considerazione che l'auto investitrice era guidata dall'una o dall'altra.”⁽¹⁴⁾

Partindo da hipótese concreta examinada pela jurisprudência italiana, lembramo-nos dos corriqueiros acidentes de trânsito, dos quais resultem lesões corporais culposas, sem que se saiba seguramente qual dos motoristas avançou o sinal vermelho do cruzamento. Aqui, a culpa de um exclui a do outro. A imputação cumulativa é inteiramente despropositada e tecnicamente impossível. A solução será a imputação alternativa, buscando-se a certeza na instrução criminal. É lógico que, se a dúvida perdurar, ambos serão absolvidos, mas isto já é outra questão.

(13) *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, CEDAM, p. 293.

(14) Obra citada na nota anterior, p. 293.

Desta forma, temos duas espécies de imputação alternativa:

- a) imputação alternativa objetiva;
- b) imputação alternativa subjetiva.

A primeira espécie, por sua vez, pode ser subdividida em ampla e restrita. Por sua vez, a segunda espécie pode ser subdividida em simples ou complexa.

Por derradeiro, levando-se em linha de conta a fase processual, podemos, ainda, classificar a imputação alternativa em originária e superveniente. A primeira é feita na denúncia ou queixa e a segunda através de aditamento à peça vestibular, nos termos do parágrafo único do artigo 384 do Cód. Proc. Penal, conforme veremos a seguir.

6 — *A imputação alternativa através do aditamento à peça acusatória*

Embora até os dias de hoje tenha passado despercebido, parece-nos que o vigente Cód. Proc. Penal prevê expressamente um caso de imputação alternativa, embora superveniente e restrita.

Vejam os a regra do parágrafo único do artigo 384:

“Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oterecer prova, arrolando até três testemunhas.”

Conforme se verifica pela conjugação deste parágrafo com o *caput* do artigo, tal aditamento somente se fará necessário se o fato novo não estiver contido, expressa ou *implicitamente* na peça acusatória. Assim, por incrível que possa parecer, o Cód. Proc. Penal admite imputação implícita, cuja constitucionalidade já colocamos em dúvida anteriormente.

Por outro lado, o *caput* do artigo 384 dispensa o aditamento se o fato novo, embora não esteja contido na denúncia (expressa ou tacitamente), possa levar o juiz a uma outra definição jurídica mais favorável ao réu. Aqui temos flagrantemente violado o salutar princípio da correlação entre acusação e sentença, pois permite-se a chamada *determinati6n alternativa* ou *accertamento alternativo* sem uma correspondente imputação, ainda que para “beneficiar” o acusado.

Constatadas estas duas deficiências do sistema processual vigente, passemos à demonstração da existência legal da imputação

alternativa, diante da regra supratranscrita. Note-se que imputação alternativa é imputação expressa, não merecendo as críticas que acabamos de fazer.

Sem que tenha detectado o fenômeno jurídico de que estamos tratando, o Supremo Tribunal Federal deixou bastante claro que o aditamento a que se refere o comentado parágrafo único do artigo 384 não importa no desfazimento da imputação originária, constante da denúncia ou queixa (esta na hipótese do artigo 29 do Cód. Proc. Penal). Vale dizer, *mesmo que o Ministério Público adite a peça acusatória vestibular para nela incluir fato penalmente relevante que altere a tipicidade, não fica o magistrado impedido de condenar o réu pelo fato imputado anteriormente*. Neste sentido, é bastante elucidativa a ementa do acórdão:

“Habeas corpus. Denunciado o réu como incurso no artigo 171, do Código Penal, converteu o juiz o julgamento em diligência, em face do artigo 384, parágrafo único, do Cód. Proc. Penal, para que o Ministério Público pudesse aditar a denúncia, acusando o denunciado de infração ao artigo 297 do Cód. Penal. Na sentença, o réu foi condenado por infringir o artigo 171 do Cód. Penal. Exegese do artigo 384, parágrafo único do Cód. Proc. Penal. Nessa hipótese, não fica o juiz impedido de manter a primitiva definição da denúncia. O que a lei não quer é que o réu venha a ser condenado por fato do qual não haja tido oportunidade para se defender. No caso, não há falar em cerceamento de defesa ou prejuízo para a defesa do paciente. O juiz, na decisão, desprezou a classificação de crime de falsificação de documento público, feita no aditamento, para condenar o réu, por estelionato, segundo capitulação original da denúncia” (Rel. Ministro Néri da Silveira).⁽¹⁵⁾

Este aresto do Pretório Excelso, a par de dar ao caso concreto a solução absolutamente correta, interpreta o art. 384, § único, do Cód. Proc. Penal no sentido de que dele pode surgir uma imputação alternativa, na medida em que o juiz, feito o aditamento, val apreciar as duas condutas imputadas: a narrada na denúncia e a atribuída ao réu no aditamento. O acolhimento de uma das imputações levará, necessariamente, à rejeição da outra. Trata-se, pois, de imputação alternativa superveniente, e não imputação cumulativa.

Em seu escoreito voto, que mereceu acolhimento unânime, o eminente Min. Néri da Silveira transcreve o magistério de Eduardo Espínola Filho, no qual o renomado jurista assevera que a circuns-

(15) “Revista Trimestral de Jurisprudência do S.T.F.”, vol. 104, p. 1.047.

tância de o legislador ter usado a expressão “possibilidade” significa que a imputação feita na denúncia permanece posta à consideração do juiz, pois “mesmo quando tenha sido feito o aditamento da denúncia ou queixa, poderá, não obstante, condenar o réu pela infração como definida na denúncia ou queixa, e, até, absolvê-lo”. (16)

Também o acatado professor Fernando da Costa Tourinho Filho admite esta alternatividade que o aditamento outorga ao juiz: “ademais, bem pode acontecer que o juiz, quando da sentença, com ou sem novas provas, entenda ser mais ajustável à hipótese a primitiva capitulação”, referindo-se ao art. 384, § único do Cód. Proc. Penal. (17)

O Projeto de Cód. Proc. Penal, ora em tramitação no Congresso Nacional, ainda é mais generoso que o sistema atual, vez que admite aditamento à denúncia também quando “a ação penal deva abranger, pelo mesmo crime, outros acusados não incluídos na denúncia”, tornando possível até mesmo a imputação alternativa subjetiva superveniente. Vejam-se as regras do art. 233 e seus incisos do citado projeto.

Disto tudo pode-se extrair uma primeira conclusão: o atual Cód. Proc. Penal consagra a imputação alternativa restrita superveniente, através do aditamento à denúncia ou queixa. Isto não há de causar maior crítica, na medida em que o legislador, no *caput* do art. 384, chega a admitir imputação implícita e mesmo condenação por fato não imputado, ainda que implicitamente. A censura deve recair sobre estas duas últimas hipóteses, vez que, com o aditamento, o fato passa a ser atribuído ao réu, possibilitando o pleno exercício da defesa.

7. Condições para a admissibilidade da imputação alternativa e os seus efeitos processuais

O artigo 41 do Cód. Proc. Penal e o correspondente artigo 229 do Projeto n.º 1.655/83 não se apresentam como qualquer obstáculo à aceitação da imputação alternativa. Como vimos, o parágrafo único do art. 384 do diploma vigente é expresso em admitir tal forma de acusação penal. Entretanto, ainda encontramos algumas resistências doutrinárias e jurisprudenciais.

Os Juízes do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, reunidos sob a coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover, discutindo a questão da correlação entre a acusação e sentença, chegaram à seguinte conclusão: “A acusação deve ser determinada, pois

(16) *Código de Proc. Penal Anotado*, Rio, 1976, ed. Rio, tomo 2º, pp. 117/118, 4º volume da obra original.

(17) *Processo Penal*, S. Paulo, 1983, Saraiva, 6ª ed., 4º vol., p. 205.

a proposta a ser demonstrada há de ser concreta. Não se deve admitir denúncia alternativa, principalmente quando haja incompatibilidade lógica entre os fatos imputados". (18)

Data venia, ousamos discordar. Na imputação alternativa a acusação penal é determinada e os fatos são atribuídos ao réu de forma concreta. O réu sabe de que condutas está sendo acusado e delas pode amplamente se defender, apenas se amplia o *thema decidendum*, ao qual estará sempre vinculada a prestação jurisdicional.

Entretanto, um acórdão daquela Corte de Justiça é ainda mais contundente ao dizer: "denúncia alternativa é um aleijão que não tem guarida no nosso Direito Processual Penal". (18)

Nada obstante, ao relatar a apelação n.º 184.801, em 28-9-78, acolhendo de forma unânime o voto do eminente Juiz Silva Franco, o conceituado Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo admite a imputação alternativa, embora no caso concreto a tenha refutado. Consta do aresto a correta afirmação de que "a base da alternatividade reside na contingência em que se acha o Órgão do Ministério Público de, apesar de estar seguro de que o acusado violou uma norma penal, não ter certeza a respeito da norma penal em particular ofendida. O fato concreto mostra-se equívoco, apresentando elementos definidores de duas figuras típicas autônomas, sem que se possa indicar o infrator, desde logo, como incurso em um ou outro tipo. Isto ocorre, por exemplo, no caso do denunciado ter sido surpreendido na posse da coisa alheia sem que se tenha condições de estabelecer, de pronto, se a subtraiu ou se a recebeu, sabendo sua origem, do autor da subtração. Seria, nesta hipótese, tolerável uma imputação alternativa de furto ou de receptação". (19)

Mais uma vez vamos invocar o magistério autorizado de *Pasquale Saraceno*, talvez o autor que melhor tenha tratado da matéria. O mestre italiano, ao final de seu livro, que se tornou clássico, estuda os "*reflessi processuali dell'accertamento alternativo*", oportunidade em que deixa dito:

"No credo che possa essere oggetto di scandalo un decreto di citazione emesso contra Tizio imputado di furto o di recettazione."

"Al contrario non vedo altro modo per risolvere sul piano processuale il problema dell'accertamento alternativo. Se l'alternativa non impedisse la pronunzia della condanna, non può, a maggior ragione, impedire neppure l'emissione di un mandato o il rinvio a giudizio".

(18) *O processo constitucional em marcha — contraditório e ampla defesa*, S. Paulo, 1985, Max Limonad, p. 84.

(19) Obra citada na nota anterior, p. 89.

“Ma poichè l'imputato deve essere posto in condizioni di difendersi da tutte la possibili accuse, e poichè le accuse si suppongo tali che se è fondata l'una non può essere fondata l'altra, la contestazione non potrà essere fatta che in forma alternativa”. (20)

O tantas vezes citado professor Frederico Marques também se mostra favorável à imputação alternativa. (21)

Cabe, neste passo, procurar explicitar quais as condições necessárias à admissibilidade da imputação alternativa, questão não enfrentada na doutrina de forma objetiva. Assumindo o risco de cometer alguma imprecisão ou omissão, dizemos que a imputação alternativa deve ser admitida nas seguintes hipóteses:

- a) a denúncia ou queixa venha lastreada em inquérito concluído;
- b) existam provas, ainda que leves, que justifiquem a dúvida sobre a real ocorrência deste ou daquele fato a ser atribuído alternativamente. A imputação alternativa terá de encontrar algum suporte probatório no inquérito, não podendo ser resultado de fértil imaginação do titular da ação penal;
- c) os fatos imputados alternativamente devem ser certos e determinados, de modo a permitir o regular exercício do direito de defesa;
- d) os fatos imputados alternativamente devem ser reciprocamente excludentes, sob pena de tornar cumulativa a imputação.

Cumpridos estes requisitos mínimos, não vemos como se possa sustentar que a imputação alternativa vá de encontro à estrutura do processo penal acusatório. Não trará qualquer prejuízo ao pleno exercício da defesa, que, inclusive, saberá tirar proveito da dúvida apontada pela própria acusação. Poderá impugnar os fatos também de forma alternativa, atenta ao princípio da eventualidade. A prestação jurisdicional estará batizada pelos fatos atribuídos ao réu na denúncia ou queixa, mantendo-se o princípio básico da correlação entre a acusação e a sentença. Tudo isto vale também para a imputação alternativa subjetiva.

Finalmente, importa esclarecer que os efeitos da coisa julgada penal cobrirão ambos os fatos atribuídos alternativamente ao réu, conforme ensina o já citado *Heinrich Jescheck*: “*El efecto de cosa juzgada de una determinación alternativa comprende todos los*

(20) *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, Cedam, pp. 291 e 292.

(21) *Elementos*, 2º vol., p. 154.

hechos punibles incluidos en ella". (22) É a consagração do princípio da economia processual, evitando-se morosa repetição de atos processuais e dispersão da prova. Através da imputação alternativa, permite-se que todos os fatos atribuíveis ao réu sejam examinados conjuntamente, bem como que todos os possíveis autores da infração sejam julgados simultaneamente. Neste último caso, ampliam-se os limites subjetivos da coisa julgada no processo penal.

8 — Conclusões

De tudo o que se expôs, podemos extrair as seguintes conclusões principais:

- 1) Não há qualquer dispositivo legal no vigente Cód. Proc. Penal ou no projeto em tramitação no Congresso Nacional vedando a admissibilidade da imputação alternativa;
- 2) também não se pode extrair tal vedação do sistema processual ou de seus princípios básicos;
- 3) na imputação alternativa há atribuição ao réu de fatos certos e determinados, embora o reconhecimento judicial de um exclua o reconhecimento do (s) outro (s);
- 4) não há como confundir imputação alternativa com imputação implícita;
- 5) se o próprio Cód. Proc. Penal chega a admitir a imputação implícita, ao tornar desnecessário o aditamento à denúncia se o fato novo estiver implícito na acusação, com maior razão não impede a imputação alternativa, que é expressa (art. 384, § único);
- 6) o parágrafo único do art. 384 prevê claramente uma imputação alternativa superveniente, vez que o juiz poderá condenar o réu, tanto pelo que consta originalmente na denúncia ou queixa, como pelo que lhe foi imputado no aditamento;
- 7) a imputação alternativa tanto pode ter como objeto os fatos como os possíveis sujeitos de uma mesma infração penal;
- 8) os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada penal são ampliados em razão da imputação alternativa objetiva ou subjetiva, respectivamente, na medida em que se amplia o *thema decidendum*;
- 9) a imputação alternativa não prejudica o regular exercício do direito de defesa e nem viola o princípio da correlação entre a acusação e sentença.

(22) *Tratado de derecho penal*, 19 vol., p. 201.

BIBLIOGRAFIA

1. *Bettiol, Giuseppe, Sentenza penale di condanna ed accertamento alternativo dei fatti, "Riv. It. di Diritto Penale", 1935, págs. 463 e segs.*
2. *Beiling, Ernest, Derecho procesal penal, Barcelona, 1943, Labor, trad. Miguèl Fenech.*
3. *Bellavista, Girolamo, Lezioni di diritto processuale penale, Milano, 1979, Giuffrè, 5ª ed.*
4. *Carnelutti, Francesco, Lecciones sobre el proceso penal, Buenos Aires, 1950, EJEA, trad. S. Sentis Melendo.*
5. ———, *Cuestiones sobre el proceso penal, Buenos Aires, 1961, EJEA, trad. S. Sentis Melendo.*
6. *Cordero, Franco, Procedura penale, Roma, Giuffrè, 1979, 5ª ed.*
7. *Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal, Coimbra, ed. Coimbra, 1974.*
8. *Espinoia Filho, Eduardo, Código de processo penal anotado, Rio, ed. Rio, 1976.*
9. *Foschini, Gaetano, Sistema del diritto processuale penale, Milano, Giuffrè, 1965, 2ª ed.*
10. *Grinover, Ada Pellegrini, (coordenação), O processo constitucional em marcha, S. Paulo, Max Limonad, 1985.*
11. *Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, Barcelona, 1981, ed. Bosch, trad. da 3ª ed. alemã por Mir Puig e Muñoz Conde.*
12. *Leone, Giovanni, Tratado de derecho procesal penal, Buenos Aires, 1961, EJEA, trad. Sentis Melendo.*
13. *Maier, Júlio B. J., La ordenanza procesal penal alemana, Buenos Aires, 1978, Depalma.*
14. *Manzini, Vincenzo, Tratado di diritto processuale penale, Torino, 1967, UTET, 6ª ed.*
15. *Marques, José Frederico, Tratado de direito processual penal, S. Paulo, 1980, Saraiva.*
16. ———, *Elemento de direito processual penal, Rio, 1961, Forense.*
17. ———, *Estudos de direito processual penal, Rio, 1960, Forense.*
18. *Sansò, Luigi, La correlazione tra imputazione contestata e sentenza, Milano, 1958, Giuffrè.*
19. *Silva Jardim, Afranio, "Reflexão teórica sobre o processo penal", trabalho publicado na "Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro" de nº 20.*
20. ———, *"Arquivamento e desarquivamento do Inquérito policial", trabalho publicado na "Revista de Direito da PGJ do ERT nº 19".*
21. *Saraceno, Pasquale, La decisione sul fatto incerto nel processo penale, Padova, 1940, Cedam.*
22. *Ottorino, Vannini, Manual di diritto processuale penale, Milano, 1979, Giuffrè, 9ª ed., em colaboração com Giuseppe Cocciardi.*
23. *Tourinho Filho, Fernando da Costa, Processo Penal, S. Paulo, Saraiva, 1982, 6ª ed.*