

A IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA NO PROCESSO PENAL: EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA?

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA*

Importante polêmica no direito processual penal versa a respeito da admissão, ou não, da chamada imputação alternativa. Referida discussão pode ser trazida ao plano do abuso do direito de ação penal condenatória com a seguinte indagação: o acusador (Ministério Público ou querelante), ao formular uma imputação que se revele alternativa, estaria exercendo abusivamente o direito de ação?

A doutrina que melhor cuidou da imputação alternativa no direito processual penal brasileiro vislumbra a sua ocorrência, sob o aspecto objetivo, "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 na queixa, que a pretensão punitiva se lastreia nesta *ou* naquela ação narrada"⁽¹⁾. Portanto, a chamada imputação alternativa sob o caráter objetivo diz respeito à possibilidade de, diante de dúvida irremovível no inquérito policial, mais de um fato criminoso ser atribuído ao acusado de maneira não cumulativa, vale dizer, afirma-se que o réu praticou um *ou* outro dos possíveis comportamentos delituosos, os quais necessariamente são excludentes entre si.

A alternatividade também pode referir-se ao sujeito passivo da própria imputação. Cuida-se da chamada imputação alternativa de caráter subjetivo⁽²⁾. Esta modalidade pode verificar-se, por exemplo, no caso de incerteza quanto à autoria delitiva, quando os indiciados se acusam reciprocamente e os restantes elementos colhidos no procedimento policial não são suficientes a afas-

* ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA é Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

⁽¹⁾ JARDIM, Afranio Silva. *A imputação alternativa no processo penal*. Direito processual penal. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 153. Em sentido aproximado, mas sem os mesmos detalhamentos, vide MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume II. 1ª ed., 2ª tir., Campinas: Bookseller, 1998, p. 153.

⁽²⁾ JARDIM, Afranio Silva. *A imputação alternativa no processo penal*, cit., p. 153.

tar a dúvida sobre quem, de fato, praticou a violação da norma penal incriminadora. Pense-se na hipótese de dois indivíduos que se agridem mutuamente, causando lesões corporais recíprocas, sustentando ambos a legítima defesa como causa excludente da ilicitude⁽³⁾. Neste caso, caberá ao acusador, ao expor o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, atribuí-lo a um ou a outro dos acusados, afirmando que somente um deles terá transgredido, efetivamente, o comando penal.

Mas a imputação alternativa poderia verificar-se ainda sob o aspecto subjetivo e objetivo, abrangendo conjuntamente o sujeito ativo e a infração penal. Pense-se na seguinte hipótese: diante de um auto de prisão em flagrante lavrado em virtude de possível crime de resistência, tendo em vista as controvérsias existentes, pode restar dúvida contundente acerca da legalidade da prisão efetivada – o que porventura poderia caracterizar, por parte do agente público, o crime de abuso de autoridade. Assim, havendo suporte probatório mínimo, afigurar-se-ia razoável que a denúncia imputasse, alternativamente, ao preso o crime de resistência e ao agente público que efetuou a prisão o crime de abuso de autoridade, pois tais condutas se excluem reciprocamente⁽⁴⁾.

No plano legislativo e doutrinário europeu a imputação alternativa não é de todo desconhecida. Na Espanha, por força dos arts. 653 e 732 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882⁽⁵⁾, se permite alternatividade inclusive no momento dos *escritos de conclusiones definitivas*⁽⁶⁾. Parcela da doutrina italiana, já à luz do antigo *Codice di Procedura Penale* de 1930, sustentava igualmente a possibilidade da imputação alternativa⁽⁷⁾. Também em terrenos latino-ameri-

⁽³⁾ O exemplo é fornecido por HAMILTON, Sergio Demoro. "A técnica da denúncia", in *Processo Penal – Reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 281. O mesmo autor, linhas adiante, adverte: "(...) na minha opinião, seria impossível ao Ministério Público fazer uma opção por um dos indiciados tomando um caminho ilegal e, mais do que isso, imoral. Por que um e não outro?" (*op. cit.*, p. 282).

⁽⁴⁾ A hipótese narrada é extraída de JARDIM, Afranio Silva. *A imputação alternativa no processo penal*, cit., p. 156. O mesmo autor, em seguida, arremata: "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 a pergunta: quem deveria ser denunciado primeiro?" (*op. cit.*, p. 156).

⁽⁵⁾ O art. 653 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola dispõe: "Las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa, para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia". O art. 732 do mesmo Diploma somente corrobora a possibilidade da alternatividade, remetendo ao artigo mencionado: "Las conclusiones podrán formularse en forma alternativa, según lo dispuesto en el artículo 653".

⁽⁶⁾ Como bem observam GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Antonio et al., "el escrito de conclusiones definitivas recoge los hechos considerados punibles que se imputan al procesado y constituyen el objeto del proceso penal" (*Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*. Madrid: Colex, 2000, p. 409).

⁽⁷⁾ Admitindo a imputação alternativa em face do Código de Processo Penal italiano de 1930, SARRACENO, Pasquale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: Cedam, 1940, pp. 291/292; SANSO, Luigi. *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*. Milano: Giuffrè, 1953, pp. 299/300. Em sentido contrário, inadmitindo a imputação alternativa inclusive em face do *Codice di*

canos, a alternatividade na imputação não escapou ao Código Processual Penal Modelo para Ibero-América, o qual, em seu art. 263, possibilitou ao Ministério Público "indicar, alternativamente, aquelas circunstâncias fáticas que permitam enquadrar o comportamento do imputado em uma figura distinta da lei penal, na hipótese de não ficarem demonstrados no debate os elementos que compõem a sua qualificação jurídica principal, a fim de possibilitar a correta defesa do imputado".

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 não regulamentou de maneira expressa a possibilidade de a imputação se revelar alternativa *no momento* do oferecimento da denúncia ou da queixa. Contudo, acabou por admitir em seu art. 384, parágrafo único, uma espécie de alternatividade na imputação, embora superveniente e restrita, por intermédio do aditamento à denúncia ou à queixa⁽⁸⁾. E apesar de a modalidade prevista no *caput* do art. 384 do Código de Processo Penal não sofrer ataques de monta por parte da doutrina, mesmo quanto à possibilidade de reconhecimento de acusação implícita, sem necessidade de aditamento⁽⁹⁾, subsiste a controvérsia quanto à alternatividade quando do exercício originário e inicial da ação penal.

Parcela da doutrina nacional demonstra aversão à imputação alternativa no processo penal, por entender que, diante desta, resulta dificultoso o exercício do direito de defesa⁽¹⁰⁾. Argumenta-se também que a diversidade de repercussões das classificações dadas às imputações alternativas poderia dificultar o desenvolver do processo, quando, por exemplo, uma daquelas se referisse a um crime em relação ao qual coubesse suspensão condicional do processo (*e. g.*, furto simples) e simultaneamente a outro em que tal benefício não fosse possível (por exemplo, roubo): a decisão sobre o cabimento do chamado *sursis* processual ficaria pendente até a sentença. Na mesma linha

Procedura Penale de 1988, vide RAFARACI, Tommaso. *Le nuove contestazioni nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1996, pp. 288/290.

⁽⁸⁾ Assim, JARDIM, Afranio Silva. *A imputação alternativa no processo penal*, cit., pp. 157/159. No mesmo sentido, NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Volume I. São Paulo: Edipro, 2002, pp. 623/624; FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 192.

⁽⁹⁾ Poucos os doutrinadores que atentaram para este fato, inadmitindo a acusação implícita e sustentando a exigência de aditamento mesmo na hipótese de a alteração se verificar em relação a crime cuja pena não seja superior à do delito originalmente imputado. Neste sentido, com acerto, vide JARDIM, Afranio Silva. *A imputação alternativa no processo penal*, cit., p. 158; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 172/173; FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, cit., pp. 200/201; RANGEL, Paulo. "O garantismo penal e o aditamento à denúncia". *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 14. jul./dez. 2001, pp. 178/179; MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 197/202.

⁽¹⁰⁾ Dentre os que se colocam como contrários à imputação alternativa, vide GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 6ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 96; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. Volume 1, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 124; MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 58. Ainda neste sentido, a Súmula 1 das Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo: "Em

argumentativa, situação similar poderia ocorrer no caso de a alternatividade se referir a uma infração de menor potencial ofensivo e a outro crime que não se enquadre em tal categoria: a possibilidade da propositura da transação penal ao autor do fato também estaria empecida até a prolação da sentença⁽¹¹⁾.

Outros doutrinadores, sem admitir a imputação alternativa quanto ao aspecto subjetivo ou objetivo, aceitam-na tão-somente com relação a “pequenas variantes na exposição das circunstâncias que situam o fato como acontecimento histórico, como, por exemplo, a afirmação de que o crime foi cometido no dia 2 ou 3 de determinado mês”⁽¹²⁾.

Com a devida vênia, tais posturas contrárias à imputação alternativa não devem prevalecer, pois partem de uma perspectiva metodológica equivocada. Em primeiro lugar, não se vislumbra correta a colocação da imputação alternativa como dificultosa ao exercício do direito de defesa. Sequer seria viável argumentar, neste sentido, que, diante da alternatividade, também o acusado deveria realizar “reação alternativa, ou seja, defender-se desde o início de duas possíveis condenações, o que dificulta e não favorece a sua reação”⁽¹³⁾. Ora, não é incomum a defesa técnica sustentar, mesmo diante de imputações únicas, teses distintas, com fulcro no princípio da eventualidade (por exemplo, absolvição por insuficiência probatória quanto à autoria ou, se não acolhida esta, por legítima defesa). Além disso, ao formular uma imputação alternada não estará o acusador acarretando qualquer empecilho ou dificuldade à garantia do direito de defesa, pois esta se encontrará diante de uma imputação explícita e precisa⁽¹⁴⁾. Neste particular, deve ser salientado que o ônus de provar que o réu efetivamente praticou tão-somente *uma* das condutas criminosas a ele atribuídas, ou de que o fato criminoso foi cometido *apenas* por um dos acusados, incumbirá à acusação, nada tendo a defesa que demonstrar⁽¹⁵⁾. Ressalve-se, ainda, que a defesa técnica poderá tirar proveito da

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”.

⁽¹¹⁾ Tais argumentos são expendidos por FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 191.

⁽¹²⁾ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, cit., p. 190. O mesmo autor, contudo, assevera: “Inaceitável é a admissão de duas imputações sobre o fato criminoso, com possibilidade de condenação por uma ou outra, como a imputação de receptação dolosa e de receptação culposa. Em síntese: pode haver imputação alternativa quanto às circunstâncias que servem para individualizar o fato no contexto histórico, mas é inviável no tocante à conduta típica” (*op. cit.*, p. 190).

⁽¹³⁾ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, cit., p. 191.

⁽¹⁴⁾ Já advertia SANSÒ, Luigi: “Indammissibilità di una imputazione implicita non significa, peraltro, inadmissibilità di una imputazione alternativa. La imputazione implicita è una non imputazione; la imputazione alternativa è una imputazione esplicita” (*La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*, cit., pp. 299/300).

⁽¹⁵⁾ Neste sentido, quanto ao ônus da prova, dentre muitos, vide JARDIM, Afranio Silva, O ônus da prova na ação penal condenatória. *Direito Processual Penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 221; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 240; GOMES, Luiz Flávio. “Sobre o conteúdo processual

dúvida apontada pela própria acusação⁽¹⁶⁾. E a dúvida, na fase da prolação da sentença, em cognição exauriente, beneficiará à defesa.

Neste passo, deve deixar-se assentado ainda que a alternatividade na imputação, atendidos os requisitos para a sua admissibilidade, antes de se revelar como artificial e danosa, consubstancia expediente sincero e ético, notadamente preferível à prática abusiva de se imputar ao acusado todos os fatos possíveis, de maneira cumulativa⁽¹⁷⁾. Nem seria desejável, tampouco, que o acusador imputasse ao réu o crime mais grave, a fim de evitar possível necessidade de aditamento da exordial acusatória⁽¹⁸⁾.

Sob outro aspecto, no tocante ao risco de a alternatividade empecer à concessão dos benefícios da suspensão condicional do processo ou da transação penal, não há outra solução: enquanto persistir o estado de dúvida fundada e provisoriamente irremovível (que autoriza a formulação da imputação alternativa), o qual somente será desfeito com a sentença de mérito, não será possível a concessão ao imputado daqueles benefícios. Neste particular, nada há de se estranhar ou de constituir motivo de perplexidade. Sem dúvidas, não seria desejável que o acusador, em hipótese de viável alternatividade objetiva; fizesse a ilegítima e abusiva opção por imputar ao réu tão-somente o crime mais grave, em relação ao qual não coubesse quaisquer daqueles benefícios. Mas, por outro lado, não poderia renunciar, de antemão, na ação de iniciativa pública, à hipótese *provável* da ocorrência do crime mais grave. Advirta-se, neste passo, que tanto a doutrina como a jurisprudência dos Tribunais Superiores vêm admitindo a concessão de suspensão condicional do processo, ou mesmo de transação penal, após a prolação de sentença de mérito que venha a desclassificar a conduta narrada na denúncia ou queixa, ou mesmo após a desclassificação ter-se verificado em virtude do julgamento de recurso de ape-

tridimensional do princípio da presunção de inocência". *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 112.

⁽¹⁶⁾ JARDIM, Afranio Silva. *A imputação alternativa no processo penal*, cit., p. 161.

⁽¹⁷⁾ Magistrais as palavras de JARDIM, Afranio Silva, o qual já previa a possibilidade de acusações temerárias e abusivas por não se optar pela via correta da imputação alternativa: "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 a réu, muitas vezes, circunstâncias que se excluem no caso concreto" (*A imputação alternativa no processo penal*, cit., p. 156).

⁽¹⁸⁾ Esta posição, com a qual *não* concordamos, é exposta por NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho: "O Ministério Público, diante da dúvida quanto à conduta do acusado, pode baixar uma denúncia alternativa ou, por aplicação do *in dubio pro societate* - princípio que rege a propositura da ação penal - denunciar pelo mais para evitar eventual necessidade de aditamento da inicial. Por exemplo, diante da dúvida razoável entre a ocorrência de furto ou de roubo pode denunciar pelo último" (*Comentários ao Código de Processo Penal*, cit., p. 624). Mas o mesmo autor, em seguida, antevendo a possibilidade de ocorrer atitude abusiva do acusador, adverte: "Não pode, contudo, abusar do direito de denunciar por puro arbítrio ou por algum ímpeto de infame perseguição contra o acusado, denunciando-o pela infração mais grave quando não há dúvida quanto à efetiva ocorrência da mais leve" (*op. cit.*, p. 624).

lação⁽¹⁹⁾. Portanto, se por intermédio da sentença de mérito, ou por ocasião do julgamento recursal, houver prolação de provimento judicial que ateste ter o acusado cometido o crime alternativamente imputado que possibilite a suspensão condicional do processo ou a transação penal, deve ser promovida a abertura de vista ao Ministério Público a fim de que se manifeste sobre o cabimento, ou não, dos referidos benefícios.

Logo, diante de tais constatações, deve ser admitida a imputação alternativa no processo penal⁽²⁰⁾, seja sob o caráter objetivo, seja na modalidade subjetiva⁽²¹⁾, ou ainda quando venha a abranger o sujeito ativo e a infração conjuntamente. Remarque-se: apresentando-se *explícita* a imputação alternativa, sob quaisquer de seus aspectos, não se terá uma acusação temerária ou leviana.

Uma observação, porém, se impõe: não deve ser admitida a imputação alternativa lastreada em simples peças de informação. Sim, pois, se destas resulta dúvida relevante, deverá ser requisitada pelo Ministério Público (art.

⁽¹⁹⁾ Sob o plano doutrinário, neste sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 196. Em sede jurisprudencial, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu: "PROCESSO - SUSPENSÃO - ARTIGO 89 DA LEI Nº 9.099/95 - DENÚNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. Uma vez operada a desclassificação do crime, a ponto de implicar o surgimento de quadro revelador da pertinência do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, cumpre ao Juízo a diligência no sentido de instar o Ministério Público a pronunciar-se a respeito" (STF, Tribunal Pleno, HC 75894-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.08.2002, p. 71). De igual maneira, reiterou este entendimento a Primeira Turma do mesmo Tribunal: "*Habeas corpus*. Ação penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I, do Código Penal. Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, *caput*, do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei nº 9.099/95, que trata da suspensão condicional do processo. Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério Público sobre a suspensão condicional do processo. Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que alude o *caput* do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delituosa para aquela prevista no art. 155, *caput*, do Código Penal. Precedente: HC 5.894-SP" (STF, 1ª Turma, RHC 81925-SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 21.02.2003, p. 45).

⁽²⁰⁾ Na doutrina brasileira, admitindo genericamente a imputação alternativa no processo penal, vide MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume II. 1ª ed., 2ª tir., Campinas: Bookseller, 1998, pp. 153/154; JARDIM, Afranio Silva. *A imputação alternativa no processo penal*. cit., p. 161; HAMILTON, Sergio Demoro. "A técnica da denúncia." *Processo Penal. Reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 281/282; "O aditamento provocado: uma heresia." *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 19, jan./jul. de 2004, p. 286; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 130; NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Volume I, São Paulo: Edipro, 2002, pp. 623/624; MUCCIO, Hidejalma. *Da denúncia (teoria e prática)*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 151.

⁽²¹⁾ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho, apesar de admitir genericamente a imputação alternativa, não a aceita sob o aspecto subjetivo, aduzindo a mesma argumentação da afronta ao direito de defesa. Adverte o referido autor: "Não se vem admitindo, porém, alternatividade com relação à autoria do crime (por exemplo: acusar um ou outro indivíduo pela prática criminosa), pois esse tipo de acusação alternativa instauraria no processo um indesejável grau de insegurança, em detrimento do direito de defesa de cada um dos acusados" (*Comentários ao Código de Processo Penal*, cit., p. 624).

129, VIII, da Constituição da República) ou requerida pelo acusador privado (art. 5º, II, e § 5º do Código de Processo Penal) a instauração de inquérito policial, “a fim de que o estado de incerteza possa ser removido”⁽²²⁾.

Conclusivamente, pode-se responder à indagação inicial com a assertiva de que, admitida a imputação alternativa no processo penal, tão-somente o fato de o acusador formulá-la, atendidas as condições para a sua admissibilidade, não implicará esteja aquele exercendo abusivamente o direito de ação penal. Poderá cometer abuso por outro motivo, seja por não concorrerem as condições para o exercício do direito de ação, seja pelo fato de a acusação resultar da fértil imaginação do titular da ação penal⁽²³⁾; ou mesmo em virtude de a imputação mostrar-se genérica por completo – o que, neste caso, efetivamente empeceria o legítimo exercício do direito à ampla defesa.

⁽²²⁾ JARDIM, Afranio Silva. *A imputação alternativa no processo penal*, cit., p. 153.

⁽²³⁾ Como bem ressalta JARDIM, Afranio Silva, “a imputação alternativa terá de encontrar algum suporte probatório no inquérito, não podendo ser resultado da fértil imaginação do titular da ação penal” (*A imputação alternativa no processo penal*, cit., p. 161).