

ADITAMENTO À DENÚNCIA EM FAVOR DO ACUSADO

Jorge Henrique Schaefer Martins
Juiz de Direito em Florianópolis (SC) e Professor de Direito Penal da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – Campus IV (Biguaçu).

No curso da ação penal, é dado ao Ministério Público modificar a imputação original contida na denúncia ou queixa-crime por intermédio da apresentação de aditamento. Este, na prática, consiste no aprimoramento da acusação, principalmente pelo levantamento de novos elementos de convicção obtidos após sua deflagração, ou mesmo pela hipótese de observar equívocos na acusação primitiva.

A questão está regulada no Código de Processo Penal, nos arts. 45 e 46 § 2º (no que se refere ao aditamento à queixa-crime), no art. 384, p. único (quanto à perspectiva de nova definição jurídica que importe em aplicação de pena mais gravosa) e, por fim, no art. 408, § 5º (aditamento na fase de pronúncia).

Interessa ao presente estudo, a comparação do fato de ser viável a apuração de crime mais grave nos mesmos autos, com a conseqüente resposta penal do Estado, que levava em consideração uma realidade diversa da encontrada no sistema jurídico atual, com o reconhecimento de situação mais benéfica.

Considera-se, de acordo com a redação do Código, a circunstância da ação penal haver sido deflagrada e ter, como única solução, a entrega da prestação jurisdicional pela prolação de sentença, condenatória ou absolutória.

Não se cogitava, e nem seria admissível à época de sua vigência, mormente pela aplicação do princípio da indisponibilidade da ação penal 1, de outras alternativas para a prevenção da criminalidade, o que veio a acontecer somente após a vigência da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), que se consubstanciou em ***verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro.*** 2

1 DA SILVA, Marco Antonio Marques, *Juizados Especiais Criminais*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 55.

2 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance e, GOMES, Luiz Flávio, *Juizados Especiais Criminais*, São Paulo, RT, 1995, p. 14.

Todavia, com o advento de tal legislação, muito se modificou na estrutura do processo penal, em face de se reconhecer que o preceito maior não era a punição obrigatória do infrator, mas render-se

...à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, possibilitando-se uma solução rápida para a lide penal, quer pelo consenso das partes, com a pronta reparação dos danos sofridos pela vítima na composição, quer pela transação, com a aplicação de penas não privativas de liberdade, quer por um procedimento célere para a apuração da responsabilidade penal dos autores de infrações de menor gravidade na hipótese de não se lograr ou não ser possível aplicar uma ou outra daquelas medidas inovadoras... 3

A previsão de novos institutos, não se limitou à conciliação, transação ou aplicação de procedimento sumaríssimo para a apuração da responsabilidade penal. Além de dispor sobre questões somente aplicáveis às infrações de menor potencial ofensivo, disciplinadas pelo art. 61 da Lei 9.099/95, criou um novo regramento com característica de norma geral de direito penal, que é a suspensão condicional do processo.

Possui a seguinte conformação:

...A suspensão condicional do processo é um instituto inovador no direito brasileiro, e que apesar de ter contado como fonte de inspiração a probation, dela difere em aspecto fundamental.

Naquela ocorre por parte do acusado o reconhecimento da culpa e, em decorrência disso, há a suspensão da sentença.

No modelo brasileiro, o denunciado limita-se a não discutir a imputação que lhe é dirigida, ao mesmo tempo em que não reconhece sua culpa. Abre mão de defender-se em troca da suspensão do curso do processo, sujeitando-se ao cumprimento de condições e, findo o prazo, verá o reconhecimento da extinção da punibilidade... 4

3 MIRABETE, Julio Fabbrini, Juizados Especiais Criminais, 2 ed., São Paulo, Atlas, 1997, p. 16.

4 MARTINS, Jorge Henrique Schaefer, Juizados Especiais Criminais – Aspectos Polêmicos da Conciliação, Transação e Suspensão Condicional do Processo, Revista Jurídica, Porto Alegre, Síntese, setembro/96, vol. 227, p. 141.

Suas conseqüências são inúmeras: incoerência de registro externo de ação penal em curso; inexistência de instrução judicial, impossibilidade de prolação de sentença condenatória, com a manutenção do estado de primariedade, além da inviabilidade do encarceramento provisório, ou mesmo definitivo, por ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, além de sentença condenatória irrecorrível.

O benefício vem sendo concedido a grande número de infratores, com reflexos positivos em suas vidas, assim como funcionando como primordial aspecto de recuperação, ante a baixa incidência de recalcitrância em práticas infracionais.

De fácil percepção, por conseguinte, que a extensão da benesse a um número maior de acusados, representa um ganho na qualidade da prestação jurisdicional, como a possibilidade de se aplicar soluções mais justas à realidade dos fatos.

Dentro dessa ótica, observa-se já estar consolidado o pensamento de que é dado ao Ministério Público, por ocasião das alegações finais, buscar a desclassificação do delito para outro de menor gravidade e, verificando a possibilidade de aplicação do **sursis** processual, vir a propô-lo nessa mesma oportunidade:

Quando do oferecimento e recebimento da denúncia, o acusado sofria a imputação de prática de crime incompatível com a suspensão condicional do processo.

Ocorre que por ocasião das alegações finais, o representante ministerial requer a desclassificação para outro crime, agora adequado ao referido benefício. Como exemplos, a denúncia imputou o crime de furto qualificado e nas alegações finais requer-se a condenação por furto simples, ou ainda, quando a denúncia acusou de tráfico ilícito de entorpecentes, ao passo que, nas alegações derradeiras, pede-se a condenação por porte ilegal de entorpecentes.

Em tais casos, deverá o órgão do MP propor a suspensão condicional do processo.

Coletadas as alegações finais defensivas, deverá o juiz, antes de sentenciar, indagar ao acusado sobre o seu interesse em aceitar a suspensão. Sentenciando e acolhendo a desclassificação, ao invés de condená-lo, irrogando-lhe a pena respectiva, competir-lhe-á suspender o curso da ação penal.

Ter-se-á, então, não uma sentença definitiva, mas uma decisão desclassificatória (onde o mérito já foi analisado) e ao mesmo tempo concessiva da benesse.

Isso é consequência do princípio da emendatio libelli, previsto no art. 383 do CPP, que autoriza ao juiz dar ao fato definição jurídica diversa da contida na denúncia.
5

A matéria, trazida aos casos concretos, acabou sendo objeto de apreciação pelos Tribunais, e a jurisprudência não tem divergido dessa interpretação:

...LEI N. 9.099/95 — SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89) — CONDENAÇÃO PELO DELITO DISPOSTO NO ART. 16 DA LEI N. 6.368/76 — PROPOSTA OFERTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E ACEITA PELA DEFESA QUANDO DAS RAZÕES FINAIS — POSSIBILIDADE DURANTE O CURSO DA AÇÃO — DIREITO SUBJETIVO DO RÉU — DECISÃO ANULADA PARA PROPORCIONAR A APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA... 6

...“A Lei n. 9.099/95 não é mero procedimento processual penal. Constitui sistema jurídico resultante do comando do art. 98 da Constituição da República. Reúne também normas penais mais favoráveis do que o Código Penal. Cumpre aplicá-las, por imperativo constitucional. (...) urge, todavia, abrir oportunidade para eventual aplicação da referida lei”... 7

FURTO QUALIFICADO PELO ARROMBAMENTO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES - CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA OS FINS DO ART. 89 DA LEI N. 9.099/95 - POSSIBILIDADE.

"Em se tratando da Lei n. 9.099/95, é possível a interrupção do julgamento e sua conversão em diligência em casos que, iniciado o julgamento, ocorra modificação na qualificação jurídica do delito imputado, de modo a verificar a possibilidade da suspensão condicional do processo" (TACrimsP). 8

5 MARTINS, Jorge Henrique Schaefer, artigo citado, pp. 143/144.

6 Apelação Criminal 98.011631-7, comarca de Balneário Camboriú, Rel. Des. JORGE MUSSI, Segunda Câmara Criminal do TJSC, julgado em 15 de dezembro de 1.998.

7 Recurso Especial n. 143.519, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICHIARO, Sexta Turma do STJ, j. em 7.4.98, publicado no DJU n. 87, de 11.5.98, p. 165.

8 Apelação Criminal 98.000078-5, comarca de Taió, Rel. Des. ÁLVARO WANDELLI, Segunda Câmara Criminal do TJSC, julgado em 04 de agosto de 1998.

Trata-se de entendimento estratificado, na medida em que os Tribunais têm deixado de apreciar o mérito de apelações, para determinar a observância do prescrito no art. 89, antes mencionado:

PROCESSUAL PENAL – REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS REQUEREU A DESCLASSIFICAÇÃO DO ROUBO QUALIFICADO PARA TENTATIVA DE FURTO SIMPLES, PROPONDO SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – SENTENÇA CONDENATÓRIA SEM QUE SE TIVESSE INTIMADO O RÉU E ADVOGADO PARA SE MANIFESTAREM A RESPEITO DA ACEITAÇÃO OU NÃO DA SUSPENSÃO – SENTENÇA ANULADA.

Havendo o Ministério Público proposto a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), deveria o Magistrado designar audiência para que o acusado, acompanhado de defensor, se manifestasse a respeito do benefício. 9

Afastada qualquer dúvida a respeito da obrigatória incidência do beneplácito legal, há necessidade do seguinte questionamento: É efetivamente necessário aguardar-se sempre a conclusão de todos os atos processuais anteriores à sentença para que se possa partir para tal solução ?

Parece imperiosa a resposta negativa. Casos e casos ocorrem em que, logo após o interrogatório, o encaminhamento da prova pericial ou ouvidas as testemunhas acusatórias, verifica-se a impossibilidade de manutenção da capitulação inserida na peça acusatória. Antecipa-se na visão tanto do representante da sociedade, do advogado, como do próprio julgador, o que virá a ser observado na fase do julgamento.

Pode-se dizer da extemporaneidade de manifestação prematura a respeito, visto que a dilação probatória não se concluiu, sendo de bom alvitre que se aguarde a apuração total dos fatos.

Contudo, a adoção da providência pode repercutir de forma negativa à pessoa do acusado, provocando-lhe sérios gravames: a continuidade da ação penal, com a manutenção de registro público de existência de acusação formalizada contra sua pessoa, ou o que é pior, a continuidade de seu encarceramento.

9 Apelação Criminal 99.021342-0, comarca de Balneário Camború, Rel. Des. AMARAL E SILVA, Primeira Câmara Criminal do TJSC, publicado no DJESC nº 10.424, de 27.03.2000, p. 37.

Analise-se a hipótese antes mencionada de prática de furto qualificado, onde o acusado por ser oriundo de outro Estado da Federação, portanto sem qualquer vinculação ao distrito da culpa, é mantido aprisionado para a salvaguarda da aplicação da lei penal. Poderá o juiz, ante a existência da acusação, sem vislumbrar a eventual possibilidade de concessão de penas diversas da privativa de liberdade, entender da imprescindibilidade da manutenção do decreto prisional. Mas, observada a falta de condições de manutenção da qualificadora imputada, poderia o Ministério Público sobre isso dispor, dizendo de sua inaplicabilidade, propondo a aplicação do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais. Disso adviria a vantagem do acusado não se sujeitar a uma eventual sentença condenatória, como a restituição imediata de seu ***status libertatis***.

Mas não se pode deixar de reconhecer que o exemplo não é dos mais significativos, em vista de acusações como a de furto qualificado a indivíduos que satisfariam os requisitos do ***sursis*** processual, não fosse a quantidade mínima de pena cominada, não implicarem, na maioria das vezes, em encarceramento cautelar. De qualquer sorte, dar-se-ia continuidade à ação penal, com o esgotamento de todas as fases, de forma dispensável.

Observe-se então, outra questão de maior relevância: processo criminal onde ao acusado é atribuída a prática do crime de narcotraficância.

Em casos tais, como se sabe, não há possibilidade de concessão de liberdade provisória, ante a determinação de vedação expressa contida no art. 2º, inciso II, da Lei 8.072/90, a qual conta com o beneplácito de esmagadora interpretação jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE. PRETENDIDA LIBERDADE PROVISÓRIA SOB ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA E PRESTAÇÃO DE FIANÇA. EM SEDE DE HABEAS CORPUS É IMPOSSÍVEL A ANÁLISE DO MÉRITO, SENDO A INOCÊNCIA OU NÃO DO PACIENTE OBJETO DE APRECIÇÃO NA PRÓPRIA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. NO QUE TANGE À PRESTAÇÃO DE FIANÇA, INCABÍVEL NA ESPÉCIE, POSTO QUE SE TRATA DE CRIME REGULAMENTADO PELA LEI 8.072/90, QUE TAXATIVAMENTE PROÍBE A LIBERDADE PROVISÓRIA. 10

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. NARCOTRAFICÂNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO INADMISSÍVEL. ORDEM DENEGADA. Havendo indícios de autoria de crime definido no artigo 12, da Lei nº 6.368/72 (tráfico de substância entorpecente), e sendo a prisão decorrente de flagrante, inadmissível a concessão de liberdade provisória, em face da proibição contida no inciso II, do artigo 2º, da lei nº 8.072/90. 11

Assim, apresentada denúncia com atribuição do crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, tendo ocorrido a homologação da prisão em flagrante, obrigatoriamente permanecerá o acusado recolhido até a sentença final.

Ocorre que em muitas ocasiões, a opção de incriminação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, acontece pela circunstância do então indiciado negar-se a prestar esclarecimentos na fase inquisitória, deixando muitas vezes de declarar-se viciado ou mesmo usuário eventual de entorpecentes, ou de apresentar qualquer outra justificativa plausível, quase que obrigando ao Ministério Público a acusá-lo da prática mais gravosa, à falta de elementos que permitissem a inculpação por delito mais leve. Não se pode olvidar, também, da possibilidade da investigação haver sido direcionada somente no sentido de obter informações incriminadoras, sem que elementos importantes para a formação da convicção tenham sido aclarados.

Em juízo, esclarece ser viciado em substâncias estupefacientes, comprovando o exercício de atividade lícita, vida regrada, o que pode vir a obstaculizar o futuro reconhecimento da prática do nefando comércio. Ainda mais, durante a instrução, apesar de prevista a audiência de instrução e julgamento, sabe-se da normalidade relativa à cisão do ato, seja por ausência de testemunhas, como por necessidade de ouvir algumas por precatória etc. Pode-se concluir, no entanto, pelo contexto probatório já produzido, a inviabilidade de vir a ser condenado pelo narcotráfico. Mantida a tendência atual, indispensável que se aguarde a finalização da instrução, com a posterior coleta das alegações derradeiras.

Repise-se a argumentação de que o procedimento usual e conforme com a legislação vigente, seria a conclusão da coleta de provas, o que não é equivocado. Porém, agir-se com tal pensamento seria provocar uma extensão desnecessária da prisão do acusado, o agravamento de sua situação pessoal, principalmente levando-se em consideração a caótica realidade prisional no país.

Traz-se à discussão, por conseguinte, a possibilidade do Ministério Público, em verificando nos autos a ausência de elementos que venham a permitir o agravamento de um crime, ou mesmo a convicção de que ocorrerá pedido de desclassificação para outro tipo penal menos relevante, antes de finda a instrução probatória, possa apresentar manifestação que teria a efetividade de aditamento à denúncia, diferindo da previsão legal, por cuidar do reconhecimento de situação benéfica ao acusado, propondo,

10 HABEAS CORPUS no. 11177, BALNEÁRIO CAMBORIÚ, Rel. Des. JOSE ROBERGE, Segunda Câmara Criminal do TJSC, publicado no DJESC, no. 8855, de 26-10-93, pág. 06.

11 HABEAS CORPUS no. 11862, PORTO UNIÃO, Rel. Des. JORGE MUSSI, Segunda Câmara Criminal do TJSC, publicado no DJESC, no. 9145, de 02-01-95, pág. 12.

concomitantemente – atendidos os pressupostos legais -, a suspensão condicional do processo.

Daí exsurgiriam em favor dele os benefícios próprios ao instituto, como sua imediata libertação.

Resta óbvio que a medida somente se aplicaria à situações onde o convencimento estivesse plenamente firmado, onde dúvidas não pairassem sobre o órgão do Ministério Público, autorizando-o a assim postular.

Sabendo-se da vigência do preceito de que a aplicação da analogia é possível *in bonam partem*, não se verifica a existência de óbice legal à providência.

Tenha-se em mente que o aditamento configura uma tentativa de perfectibilização da acusação, isto é, o ajustamento da incriminação de molde a torná-la consentânea com os fatos. No dizer de MIRABETE, ***Aditar a denúncia significa formular a imputação em novos termos, acrescentando circunstâncias que agravam a acusação.*** 12

Sendo ela viável para tornar a ação penal mais gravosa ao acusado, não há como se negar a condição mais favorável, sendo possível até afirmar, que diante dos hodiernos preceitos que regulam o Direito Penal e o Direito Processual Penal brasileiros, cuidar-se-ia de providência recomendável.

Trata-se, assim, de idéia concebida com o desiderato de se adaptar a realidade legal à tendência de obtenção de resultados justos em período de tempo mais curto, como da preocupação de se direcionar ao cárcere quem realmente praticou crime que mereça reprimenda severa, resguardando-se a liberdade individual de quem incorreu em fato previsto em lei penal como infração, mas a quem se possa conceder mercê legal.

12 MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, 7 ed., São Paulo, Atlas, 1997, p. 448.