

Rejeição de aditamento de denúncia. Aplicação analógica, pelo Juiz, do art. 28 do Código de Processo Penal ao entendimento de que a colocação diante do Judiciário de nova hipótese acusatória, via aditamento, gera a mesma eficácia da recusa pelo Juiz em aceitar o requerimento de arquivamento do inquérito policial. Impossibilidade de substituição, pelo Procurador-Geral de Justiça, do juízo acusatório formado pela Promotoria de Justiça, sob pena de ofensa ao princípio do Promotor natural.

ASSESSORIA CRIMINAL

Procedimento Administrativo MP- nº 5034/03

Origem: Juízo de Direito da 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital (Processo nº 2001.001.083730-0)

Assunto: *Rejeição de aditamento de denúncia - Art. 28 do Código de Processo Penal aplicado por analogia*

Rejeição de aditamento de denúncia. Art. 28 do Código de Processo Penal aplicado por analogia. Promotoria de Justiça que, após a instrução criminal relativa a processo instaurado em virtude da prática do crime de furto, oferece aditamento modificando a narrativa fática e postulando a condenação em virtude da ocorrência do crime de receptação. Discordância judicial, com remessa dos autos à Chefia do *Parquet*, sob o fundamento de que a colocação diante do Judiciário de nova hipótese acusatória, via aditamento, gera a mesma eficácia da recusa pelo Juiz em aceitar o requerimento de arquivamento do inquérito policial. Impossibilidade de substituição, pelo Procurador-Geral de Justiça, do juízo acusatório formado pela Promotoria de Justiça, sob pena de ofensa ao princípio do Promotor natural. Juízo sobre a *admissibilidade* da acusação superveniente, operada via aditamento, que não pode ser excluída da apreciação judicial. Descabimento de aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, não sendo hipótese de intervenção da Chefia Ministerial. Parecer, pois, no sentido da devolução dos autos ao douto Juízo de origem.

PARECER

Ex.^{mo} Sr. Procurador-Geral de Justiça

O Ex.^{mo} Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, Juiz de Direito da 37^a Vara Criminal da Comarca da Capital, com fundamento em aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, encaminha a esta Procuradoria Geral de Justiça, para os devidos fins, os autos do procedimento acima referenciado.

Cuida-se de ação penal deflagrada em face de Aloízio da Costa Bezerra em virtude do cometimento do crime de furto (art. 155, *caput*, do Código Penal). Segundo narra a denúncia, o acusado foi preso em flagrante em virtude de ter subtraído, para si, uma bolsa contendo em seu interior diversas peças de roupa pertencentes a Iranilton Pereira da Silva.

Após regular instrução criminal, a Promotoria de Justiça ofereceu rerratificação da denúncia, passando a imputar ao acusado, em virtude dos mesmos fatos, a conduta de ter recebido, em proveito próprio, os já referidos pertences de Iranilton Pereira da Silva, sabendo aquele tratar-se de produto de crime. Atribuiu, portanto, ao acusado a Promotoria de Justiça a conduta descrita no preceito primário da norma constante do art. 180, *caput*, do Código Penal (fls. 62/63). Ato contínuo, a Promotoria de Justiça ofertou suas alegações finais opinando pela condenação do acusado em virtude da prática do crime de receptação (fls. 64/66).

Em fls. 72/79, consta decisão judicial, na qual o Magistrado não recebe o aditamento oferecido pela Promotoria de Justiça e determina a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça por aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, submetendo o acerto ou desacerto do aditamento à *opinio* da Chefia Ministerial. Em seus argumentos, sustenta o ilustre Magistrado: "(...) *Em um sistema que passou a permitir que as redefinições da acusação influenciassem até mesmo o cabimento de soluções consensuais não tradicionais, praticamente impondo a nova configuração da imputação, por intermédio da desclassificação, para por exemplo facultar a formulação de propostas de transação penal e de suspensão condicional do processo naqueles casos em que a imputação original interditava as soluções penais negociadas, não se pode mais deixar de considerar a eficácia de que está dotada a simples manifestação do Ministério Público, no sentido de pretender aditar a denúncia e alterar a imputação. E esta eficácia consiste em colocar diante do juiz nova hipótese acusatória cuja inadmissibilidade – por força da rejeição do aditamento, como no presente caso – há de gerar os mesmos efeitos da recusa pelo juiz em aceitar o requerimento de arquivamento do inquérito policial: a imputação deverá ser submetida ao Procurador-Geral (aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal).*

Admitindo-se a solução mais usual, de facultar ao Ministério Público recorrer da decisão, a única consequência prática consistiria em deslocar a questão sem mudar a essência. O Tribunal decidiria sobre o (des)acerto do aditamento e, conforme fosse a

decisão, manteria a imputação contra a posição do titular constitucional do direito de ação penal, que é o Ministério Público. O estigma de inconstitucionalidade estaria sendo transferido da sentença para o acórdão do Recurso em Sentido Estrito" (fls. 77/78).

Este o relatório.

Salvo melhor juízo, a hipótese é de *não-intervenção da Chefia Ministerial, devendo os autos serem devolvidos ao douto Juízo de origem*.

Com efeito, o aditamento oferecido pela Promotoria de Justiça, apesar de ostentar o *nomen* de rerratificação, não passa de uma forma velada de desistência da ação penal originariamente exercida. Sim, pois o pedido de condenação inicial (um dos elementos identificadores da referida ação), que se deu em relação ao fato de o réu ter *subtraído* (este o elemento reitor que consubstancia o núcleo do tipo) a *res furtiva*, foi relegado a último plano, ou mesmo a nenhum, pois, em alegações finais, a Promotoria de Justiça pugna pela procedência *somente* do *novo* pedido: condenação com base em ter o réu *recebido*, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, vale dizer, pelo crime de receptação (art. 180, *caput*, do Código Penal). Ora, tal desistência jamais pode ser aceita pelo Juiz, a quem incumbe, *no mínimo*, apreciar o pedido originário em relação ao fato narrado que consubstancia o crime de furto¹. Isto por força do comando inscrito no art. 42 do Código de Processo Penal². Contudo, permite-se-lhe proferir juízo positivo acerca da admissibilidade do aditamento, o que, se viabilizado, acresce imputação alternativa à já fixada na ação originária. Trata-se, decerto, de *imputação alternativa superveniente*, como acentua a melhor doutrina³.

¹ Eis a lição de AFRANIO SILVA JARDIM: "Urge salientar, ainda, que os aditamentos não podem importar em retirar ou desfazer a imputação originalmente feita na denúncia, ainda que indiretamente, o que violaria o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, consectário lógico da obrigatoriedade do seu exercício. Não é incomum encontrarem-se aditamentos que importem em rerratificação de denúncias, em que a parte retificada tem como escopo alterar o 'fato principal' já imputado ou imputá-lo a outrem que não o primitivo réu. Tal não deve ser admitido. *Posta a imputação, ela não pode ser subtraída da apreciação do juiz em julgamento de mérito*. Cabe um esclarecimento: quando falamos em 'fato principal' estamos usando a expressão no sentido utilizado pela norma do art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal" (*Direito Processual Penal*, p. 127, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997) - *Os grifos não constam do original*.

² O art. 42 do Código de Processo Penal dispõe: "*O Ministério Público não poderá desistir da ação penal*".

³ Por oportuno, cite-se, mais uma vez, a lição de AFRANIO SILVA JARDIM: "De relevo acentuar, outrossim, que tal aditamento não importa em desistência da imputação primitiva, o que não se admite em se tratando de ação penal pública. Apenas abre-se uma nova possibilidade de julgamento, fiel ao princípio da correlação entre acusação e sentença. Diante da prova nova, o Ministério Público amplia o *thema decidendum*, criando uma outra opção para o julgador. Em verdade, cria-se uma forma superveniente de imputação alternativa, conforme já sustentamos em trabalho doutrinário, com lastro em aresto do Supremo Tribunal Federal" (*ob. cit.*, p. 126). Ao que parece, também é a posição do ilustre SERGIO DEMORO HAMILTON: "Em boa técnica, o aditamento da denúncia só poderia ser postulado, até a fase de alegações finais, pelo Ministério Público (ou, quando cabível, pelo querelante, na hipóteses do art. 29 do CPP), após concluída a instrução criminal. Não tem o mínimo sentido o juiz tomar tal providência sem violar, ainda uma vez mais, o sistema acusatório. É, novamente, o juiz atuando de ofício para agravar a situação do réu. *Este se verá diante de*

Todavia, sem invadir o juízo relativamente ao acerto, ou não, do exercício da ação penal, via aditamento, pela Promotoria de Justiça, deve-se ressaltar *não se poder equiparar, venia concessa* e ao contrário do que assevera o douto Magistrado, a colocação diante do juiz de nova hipótese acusatória (via aditamento) à recusa pelo juiz em aceitar o requerimento de arquivamento do inquérito policial. Nesta última hipótese, o art. 28 do Código de Processo Penal é aplicado em sua inteireza. Na primeira, não há analogia a ser buscada no referido preceito legal. Aqui, cumpre ao Juiz realizar o exame sobre a admissibilidade da acusação, podendo (*rectius*, devendo, se negativo o seu juízo) coarctar o exercício abusivo da ação penal, seja rejeitando a denúncia, seja rejeitando o aditamento. As posições, com efeito, são *diametralmente opostas*, e não se consegue vislumbrar identidade ou aproximação que legitime a utilização da analogia.

Contudo, o juízo acerca da *admissibilidade* da ação penal – e, por conseguinte, do aditamento, que é uma das formas de seu exercício – é privativo do Poder Judiciário. E isto não subverte a essência do sistema acusatório público, pois mesmo neste sistema não será o Ministério Público, por intermédio de sua Chefia Institucional, o detentor da prerrogativa de ver posta *e aceita* em juízo a relação jurídica de direito material alegada quando do ajuizamento da ação penal. A deflagração desta compete privativamente ao Ministério Público; o juízo quanto à sua admissibilidade, ao Judiciário (que, ultrapassada esta fase, também será o órgão competente para examinar o conteúdo da pretensão condenatória). Isto sob pena de se inverterem os papéis dentro do próprio sistema acusatório.

A função institucional constitucionalmente deferida ao Ministério Público com vistas à deflagração privativa da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição da República) não é, nem poderia ser, ilimitada: o controle exercido pelo Judiciário, em relação à *admissão* da acusação, funciona como um filtro destinado a reter acusações infundadas ou em descompasso com um suporte probatório idôneo a legitimá-las. Neste particular, a detenção da *opinio delicti* e o poder-dever de submeter ao Poder Judiciário o exame da pretensão condenatória, titularizados pelo *Parquet*, não implica – nem poderia implicar – necessariamente que toda acusação deva ser admitida pelo Juízo. A aceitar-se esta tese, não se teria tão-somente “*radicalização da acusatoriedade*”, ou mesmo “*busca máxima da acusatoriedade*”, mas, sim, *acusatoriedade sem lindes*, o que desembocaria, sem dúvidas, no exercício abusivo (e quiçá temerário!) do direito de ação penal ⁴. A conclusão a que chega o douto Magistrado importa conferir

uma imputação alternantiva, caso o Ministério Público, provocado pelo juiz, entenda ser cabível o aditamento” (“A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 12, p. 199, jul./dez. 2000) – *Os grifos não constam do original.*

⁴ Assim, inclusive, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “*Habeas Corpus - Alegação de ausência de justa causa para a persecução penal - Inocorrência - Pretendida aplicação do sursis processual ao processo penal militar - Fato anterior à edição da Lei n° 9.839/99 - Possibilidade - Pedido deferido, em parte. O abuso do poder de acusar e a possibilidade de seu controle*”

ao Ministério Público, por intermédio de sua Chefia Institucional, o poder de sujeitar o imputado à provável e nova acusação (que seria aduzida via “confirmação” do aditamento pelo Procurador-Geral) sem qualquer possibilidade de o Poder Judiciário empecer *legitimamente* a admissão da acusação.

Ainda neste contexto, faz-se mister acentuar que possível substituição, pelo Procurador-Geral de Justiça, da *opinio* quanto ao acerto ou desacerto do oferecimento do aditamento consubstancia uma golpe mortal ao princípio do Promotor Natural. Com efeito, tal garantia, inerente ao membro do Ministério Público e também ao jurisdicionado⁵, impede a substituição do agir ministerial junto ao Juízo de origem pela vontade unipessoal da Chefia Institucional. Tal importaria verdadeira *avocação* não permitida pelo ordenamento jurídico⁶.

Finalmente, remarque-se que a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal somente se justifica quando o Juiz – a quem foi conferida a função anômala de fiscalizar o não-exercício da ação penal – vislumbra a imperiosa necessidade de controlar a não-atuação ministerial⁷. Na hipótese

jurisdicional. - A imputação penal não pode ser a expressão arbitrária da vontade pessoal do órgão acusador. A válida formulação de denúncia penal supõe a existência de base empírica idônea, apoiada em prova lícita, sob pena de o exercício do poder de acusar - consideradas as graves implicações de ordem ético-jurídica que dele decorrem - converter-se em instrumento de abuso estatal. Precedentes” (STF, 2ª Turma, HC 80542/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 29.06.2001, p. 34).

⁵ Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável” (STF, Plenário, HC 67759/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 1º.07.1993, p. 13142). No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “RHC - Constitucional - Processual Penal - Ministério Público - Promotor Natural. O Promotor ou o Procurador não pode ser designado sem obediência ao critério legal, a fim de garantir julgamento imparcial, isento. Veda-se, assim, a designação de Promotor ou Procurador *ad hoc* no sentido de fixar prévia orientação, como seria odiosa indicação singular de magistrado para processar e julgar alguém. Importante, fundamental é prefixar o critério de designação. O Réu tem direito público subjetivo de conhecer o órgão do Ministério Público, como ocorre com o juízo natural” (STJ, 6ª Turma, RHC 8513/BA, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 28.06.1999, p. 154).

⁶ Sequer teria incidência à hipótese o disposto no art. 10, IX, g, da Lei nº 8.625/93, que condiciona o exercício de funções afetas aos membros do Ministério Público, pelo Procurador-Geral de Justiça, à prévia decisão do Conselho Superior do Ministério Público.

⁷ Cite-se, ainda uma vez, a lição de AFRANIO SILVA JARDIM: “(...) Aqui, a analogia é perfeitamente cabível, possibilitando a aplicação da regra do art. 28 do Código de Processo Penal. Vale dizer, se o Poder Judiciário entender que a Promotoria de Justiça não exercita a ação que se apresenta como obrigatória no caso concreto, determina a remessa dos autos ao Procurador-Geral, que dará a última palavra, como acontece na hipótese de arquivamento indeferido. Nestas duas situações a ação penal não foi exercida, cabendo ao Poder Judiciário fiscalizar o cumprimento do princípio da obrigatoriedade” (*ob. cit.*, p. 198).

em questão, ao contrário, a Promotoria de Justiça manifestou atuação comissiva, deduzindo pretensão punitiva exteriorizada pelo aditamento, o que não atrai a incidência da referida normativa, tampouco torna legítima a invocação da analogia.

Em face de todo o exposto, o parecer é no sentido da *não-intervenção da Chefia Ministerial*, devolvendo-se os autos ao douto Juízo de origem.

Rio de Janeiro, 08 de maio de 2003.

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo. Devolvam-se os autos ao douto Juízo de origem com as homenagens de estilo. Publique-se e archive-se o remanescente.

ANTONIO VICENTE DA COSTA JUNIOR
Procurador-Geral de Justiça