

1) O Ministério Público

"No exercício de suas atribuições, o Ministério Público só deve conhecer, dentro da lei, o limite do possível e jamais ficar aquém do necessário".

"Mais que prerrogativas e garantias das leis, o valor das instituições está nos homens que as compõem".

"Com efeito, para acusar é preciso ter caráter, firmeza e veracidade, probidade, uma integridade acima do comum, e, ainda, cultura servida pela experiência de um espírito arguto e atento às realidades do seu tempo e do seu meio". (Min. cordeiro Guerra in "A Arte de Acusar", F.U. 1989, pág.43).

2) Princípio da obrigatoriedade e da oportunidade

Dois são os princípios que informam, no campo da ação penal, a atividade persecutória do Ministério Público: Princípio da Obrigatoriedade (para alguns, legalidade) da ação penal pública e Princípio da Oportunidade.

Pelo magistério de Jorge Alberto Romeiro (Da Ação Penal, 2ª ed. pág.85), "o princípio da obrigatoriedade se expressa no dever do exercício da ação penal por parte da pessoa dele incumbido, desde que se verifiquem os seus pressupostos", previstos pela lei.

"O princípio da oportunidade exprime o exercício facultativo da ação penal pelo seu titular, atendidas as conveniências momentâneas, circunstanciais etc".

Nos sistemas em que se adota o princípio da oportunida

de, como entre nós com a ação penal privada, o MP tem a faculdade e não o dever de propor a ação (obrigatoriedade) à vista de "noticia criminis". Esta faculdade tem fincas em estimativa discricionária da utilidade da ação, sob o ponto de vista do interesse público (conf. Francisco Suracusa, II Publico Ministerio, pág.68).

Os países estão divididos na escolha de um destes princípios. As legislações modernas têm preferido o princípio da obrigatoriedade, embora algumas deixem para o da oportunidade crimes de escassa gravidade (ver "princípio da insignificância, item 4 à frente).

Na França usa-se o princípio da oportunidade, mesmo com a "action publique", de modo expresso no art.40 do "Code de Procédure Pénale." É o que se denomina "le système de l'opportu nite des poursuites (perseguição, ação penal), como diz P. Bouget.

No sistema espanhol, "rige, como regla general, el principio de legalidad" (Pedro Aragonese - Curso de Derecho Procesal Penal, Vol.I, Madrid, 1974, pág.112). De fato em sua "ley de Enjuiciamiento Criminal", art.105, está expresso: "Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que considerem procedentes". (com arreglo = conforme).

Também na Itália a obrigatoriedade é a adotada. No art.112 de sua Constituição Federal está: "O MP é obrigado a promover a ação penal."

Já na Alemanha, a par da obrigatoriedade, tem sido adotado em sucessivas reformas, o princípio da oportunidade para causas de menor importância.

Na América latina, dá-se preferência para a obrigato

riedade.

No Brasil, Frederico Marques (Tratado de Direito Processual Penal, 2º vol, 1980, pág.89), com a sua autoridade irrefutável e com brilhantes seguidores, ensina, "verbo ad verbum", "que certo poder discricionário cabe conferir ao Ministério Público a fim de que, atendendo estas a circunstâncias de conveniência ligadas ao interesse geral, ao invés de instaurar o processo penal, promova o arquivamento das peças da "informatio delicti."

É claro que, no nosso sistema, esta faculdade de não exercitar o "dever de agir" está dentro dos limites traçados pela lei, porque acreditamos que não existe "obrigatoriedade mitigada". Por isso arremata o grande mestre, "ipsis litteris": "Em suma: a legalidade como regra e a oportunidade como exceção."

O nosso ilustrado Tornaghi (Comentários...vol.I Forense, pág.44) acentua, "verbis": "O código consagra a regra da obrigatoriedade da ação penal traduzida na expressão será promovida (art.24)." E esta é a posição quase unânime da doutrina brasileira.

A nosso sentir, mais uma prova da obrigatoriedade em nosso sistema é a exigência de invocação de razões, exigida no art.28, CPP. Ora, aquele que é arbitrário (oportunidade) não precisa apresentar razões para seus atos.

Realmente, numa sociedade democrática, a obrigatoriedade da ação penal pública (adotada por nós) é muito mais construtiva, pois "põe a justiça penal a descoberto de suspeita e tentações de parcialidade e arbítrio". Contrariamente, com o poder de dispor da punição arbitrariamente, "haveria sempre o perigo de diminuir a confiança da comunidade na atividade pública realizada no processo penal" (prof. Afrânio Silva Jardim - Direito Processual Penal, Forense, 1990, pág.165).

Não há falar, por outro lado, que este dever de agir do MP lhe subtraia poder. E isto é confirmado pelo amigo, prof. e magistrado Weber Batista (Direito Penal e Processo Penal, Forense, 1987, pág.181) quando sentencia, "in verbis": "O princípio da legalidade não subtrai do MP o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal, o que é evidente. Dever de denunciar não significa mais que dever de denunciar quando for caso de denunciar".

3) Arquivamento do inquérito e peças informativas

3.1) E a doutrina favorável

O CPP não traz diretamente um artigo que regule os casos de arquivamento do inquérito e peças de informação, porém o art.43 elenca expressamente as hipóteses em que o Juiz deve rejeitar a Denúncia. Consequentemente, nestas hipóteses, é tranquilamente aceito que o inquérito e peças devem ser arquivados a requerimento do MP, isto é, quando (art.43) "I - o fato narrado evidentemente não constitui crime; II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal".

Mesmo que a condição para o exercício da ação expressa no item III se refira apenas às condições específicas (v.g., exigência de representação) e não às condições genéricas (possibilidade, legitimidade e interesse de agir), segundo a melhor doutrina, como a de Frederico Marques (Curso ... III/339), Giovane Leone (Trattado di Diritto Penale, I/88), Ada Pellegrini (Teoria Geral do Processo, ed. RT, 1979, págs.219 e 220), Tourinho (Processo Penal, I/442), "o interesse de agir estará implícito em toda acusação, em toda e qualquer ação penal".

Também a hipótese de arquivamento do item I vem à luz quando faltar todos ou qualquer um dos elementos do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) e com esta insuficiência há carência de possibilidade jurídica, ou interesse como querem muitos autores.

O Prof. Jardim (ob. cit. pág.162) inda acrescenta mais a condição de "justa causa", embutida no item III do art.43, posição acatada por Mirabete. Realmente os tribunais, sistematicamente, vêm trancando ação penal, por força de H.C., quando falta "justa causa" à ação e isto com base no art.648, I, CPP. Por isto que este arguto prof. da UERJ (ob. cit. pág.147) ensina que a "persecutio criminis in judicio" só terá motivo se presente alguma prova, além da conduta típica, da antijuridicidade e da culpabilidade. Cumpre notar que no inciso I do art.43 não há referência a "fato apurado" e sim a "fato narrado".

Para citar nesta mesma linha alguns dos nossos mais decantados processualistas, Tourinho (Processo, I/443) expede que só há interesse de agir se se supõe "um estado de fato antijurídico", não o havendo, "ninguém pode exercitar o direito de ação". Damásio (Código ... 1986, pág.23) orienta que, "verbis", "Encontrando-se demonstrada a legítima defesa etc no inquérito, por isso não havendo crime por falta de ilicitude pode o MP requerer arquivamento da "informatio delicti". O adjetivado Tornaghi (Curso ... Saraiva, 1980, pág.59) sintetiza o assunto de maneira a servir de base a muitas ementas, "verbis": "É verdade que se estiver a excludente provada a ponto de não deixar qualquer dúvida, então pode o MP pedir arquivamento das peças de fundamentação ou do inquérito, da mesma forma que ao Juiz é dado rejeitar a queixa ou denúncia, mas com fundamentação na falta de interesse e, pois, no n.III e não no n.I do art.43".

Para não se abster de autores mineiros no sentido de que se o fato descrito mostra conduta típica, mas indubitosa a excludente, podendo o MP não exercitar a pretensão punitiva, é do magistério do Prof. José Barcelos de Souza (Teoria e Prática do Processo Penal, Saraiva, 1979, pág.89), "ipsis litteris": "Mas se de início estiver evidente a exclusão da culpabilidade, formando o órgão da acusação "opinio delicti negativa", lícito será o pedido de arquivamento". Outro autor mineiro, Marcelo Jardim Linhares (Legítima Defesa, Forense, 1980, pág.425) assegura que pode o MP "deixar de exercer o "jus denunciandi", caso se convença de haver o agente praticado o fato sobre o pálio da legítima defesa".

3.2) E a jurisprudência favorável

O Prof. e Magistrado Luiz Flávio Gomes (Erro de Tipo e Erro de Proibição, ed. RT, 1992, pág.142) preleciona que, "verbis", "na jurisprudência inúmeros são os julgados que admitem a possibilidade de reconhecimento de uma comprovada causa de excludente da ilicitude (e, por extensão, da culpabilidade) no limiar da ação penal." E continua asseverando o culto magistral paulista, "litteris": "Como se vê, é majoritário e, quando não, é mais correto o entendimento de que, comprovada uma causa de exclusão da ilicitude ou culpabilidade, cabe ao Promotor requerer arquivamento do inquérito policial".

Nesta posição majoritária da jurisprudência está também o STF que de maneira tranquila e iterativa tem julgado que o MP é o "dominus litis" exclusivo, "não podendo o Tribunal obrigá-lo a oferecer denúncia, sob pena de violar o princípio do "ne procedat judex ex officio" (S.T.F., pleno, votação unânime, 1984, ao deferir pedido de arquivamento, RTJ 110/925). E mais,

à guisa de exemplo, "verbo ad verbum": "O MP, como órgão titular da ação penal pública, dá a palavra definitiva sobre a pertinência da ação". (STF, pleno, à unanimidade, deferindo arquivamento, RF 275/241).

Não só os tribunais federais, mas também os estaduais, majoritariamente, dão provimento ao pedido de arquivamento em caso de exclusão patente; há só, entre eles, divergência no que pertine à fundamentação: uns dizem que importa em ausência de interesse para agir; outros, em "falta de justa causa para a ação penal ou o "fumus boni juris". (conf. RJTSP 101/403).

Sob o fundamento de carência de interesse, art.43, III, com referência a um homicídio, o TJSP traz à luz, RT 553/337, esta ementa: "Justifica-se a rejeição da denúncia se o fato atribuído ao acusado, embora típico, não constitui crime, por faltar-lhe a antijuridicidade, por isso que amparado pela excludente da legítima defesa." No respectivo corpo deste longo e erudito acórdão, da lavra do mestre Weiss de Andrade, registrou-se que "A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade configuram a construção tripartida do conceito de crime". Por isso "quando o fato típico", continua o mestre, "deixa de ser crime, porque amplamente demonstrada e comprovada na investigação inicial a existência de uma das causas da exclusão da antijuridicidade, desaparece o seu interesse de agir porque, a rigor, está pretendendo punir quem praticou uma ação lícita, embora típica."

Em sessão plenária, outra câmara do TJSP, votação unânime, agora com fundamento na justa causa, deferiu arquivamento de inquérito por faltar elementos para a ação penal (R.F. 239/242). Neste acórdão, registrou-se ensinamento sobre o princípio da admissibilidade, "ad litteram": "E o exame que ora se faz está

na esteira do princípio que dispõe no sentido de que os atos postulatórios devem passar primeiro sob o crivo do julgamento da admissibilidade, regra que se estende, também, à eventual denúncia".

Como se sabe, o princípio da admissibilidade decorre de três espécies de pressupostos: a) regularidade formal da denúncia; b) viabilidade da relação processual; c) viabilidade do direito de ação (conf. Frederico Marques, Elementos...1965, vol.II - 161).

No âmbito da "viabilidade do direito de ação" a preocupação, em decorrência deste presente estudo, com o interesse de agir é de grande pertinência. E isto porque seguimos a corrente que assevera que não há interesse de agir quando na "informatio delicti" há falta de um dos elementos do crime.

Segundo Mirabete (Processo Penal, 1991, pág.100), os requisitos para a existência do interesse de agir são a) necessidade, b) adequação e c) utilidade. E este mestre ainda afirma que a "utilidade só existe quando a decisão pode interferir em algo que possa ter algum relevo para o autor". E adverte a profª. Ada Pellegrine Grinover (Teoria Geral do Processo, 222), "verbis", "que não convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil" (grifamos). E qual este resultado útil que "está implícito em toda acusação"? A própria profª. Ada responde: "Consiste em pleitear a imposição da pena àquele que violou a norma penal". (ob. cit.).

Realmente, se contra um particular que, por exemplo, provocou escoriações diversas no mister de prender alguém em flagrante por crime grave (exercício regular de um direito), for movida ação penal, qual seria então a utilidade, se a absolvição é certa? O prof. José Barcelos de Souza (ob. cit. pág. 86)

dá a resposta, "verbo ad verbum": "Evidentemente, instaurar-se uma ação, oferecer uma denúncia, que protesta provar, pedir a punição de alguém que exerceu um direito, parece-me iníquo. A denúncia é, incontestavelmente, em princípio, um pedido de punição", termina o jurista.

A injustiça, neste caso, contra quem cumpriu um direito, inda é mais gritante se se levar em conta que qualquer um que tenha respondido a um processo, recebeu, infalivelmente, uma condenação, já que, embora saindo dele com seu "status libertatis" ileso, o seu "status dignitatis" foi gravemente atingido. Ora, o vexame do processo traumatiza, desgasta psicológica e financeiramente e, quando desnecessário e injusto, causa revolta na sociedade.

3.3) E a doutrina e a jurisprudência contrárias

Cumprir registrar que alguns autores, muito poucos, só admitem que se peça o predito arquivamento em caso de atipicidade e não em relação à ausência dos outros elementos do crime. Entre eles está Melo Almada (Legítima Defesa, Ad. José B, 2ª ed, 1981, pág. 191) e Geraldo de Siqueira (Aspectos Processuais ... Ed. RT, 1987) que doutrina à pág. 141, "litteris": "o juízo negativo da presença do tipo impede o ato instauratório da instância penal (arts.28 e 43, I), enquanto a valoração negativa do requisito da culpabilidade, condiciona a improcedência da pretensão punitiva". Como se pode apreender, nota-se uma forma bem burilada, porém, "concessa venia", um conteúdo simplesmente autoritário, falto de fundamentação.

Não só na doutrina, mas também há julgados, raros, não aceitando o arquivamento na hipótese estudada. É neste sentido acórdão do TJRS, RF 215/307, que julgou acusado que

matou, em casa, ladrão que o enfrentou com uma pistola. Na ementa lê-se: "As causas de exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade não autorizam o arquivamento..." E o voto do relator deixou claro que a legítima defesa transpareceu "isenta de qualquer dúvida", mas "quando o fato evidentemente não constitui crime (art.43, I, CPP), se deve ter em conta apenas a tipicidade (grifamos).

De começo cumpre ressaltar que o relator se apoiou em Hélio Tornaghi para conceituar a obrigatoriedade da ação penal, mas este mestre, como expresso atrás, é favorável ao arquivamento não só em caso de atipicidade.

A postura deste acórdão (outros seguem a mesma linha), "rogata venia", divide o indivisível e interpreta onde não há o que se interpretar.

Para citar um que exerceu grande influência no mundo jurídico, no seu tempo e ainda hoje, Guisepe Maggioro (Diritto Penale, 5ª ed, Bologna, 1949, vol. I-20) registrou que o crime só se aperfeiçoa com suas três condições: " 1) l'azione ; 2) l'antigiuridicità; 3) la colpevolezza".

Hoje, o festejado Min. Francisco de Assis Toledo (Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 1991 pág.82) coordenador das Comissões de Reforma do Código Penal de 1984, também não toma outro caminho, "ad litteram": "Se pudermos afirmar de uma ação humana que é típica, ilícita e culpável, teremos um fato-crime caracterizado, ao qual se liga a pena". Como se observa neste magistério, só da união dos três caracteres surge o crime e só do crime, assim aperfeiçoado, pode surgir a pena.

Realmente, ninguém contesta, o crime é uno e sua divisão em três partes é uma solução simplesmente didática.

É justamente como mostra Pierangelli (Curso sobre a Reforma Penal, Saraiva, 1985, pág.47), "ipsis verbis": "Não se admite, portanto, fracionamento, tais como: aqui está a tipicidade, aqui a antijuridicidade, e aqui a culpabilidade. Tudo está englobado e interligado".

Se é, então, indivisível, como podem fracionar o crime, admitindo cuidar da tipicidade no limiar da ação e da ilicitude e culpabilidade, só na sentença final? Pela superficialidade para justificar esta violentação do conceito de infração penal (O arquivamento e rejeição pelo Juiz, em caso das excludentes estudadas, "implicam proclamar a desnecessidade do processo penal e arvorar o MP em órgão judicante" - acórdão, R.F. 215/307) é de nosso pensar que esta posição não passa de um preconceito. E esse nosso pensar tem guarida, entre outros, no pensamento do respeitadíssimo Des. Dante Busana quando relator de acórdão do TJSP, 1984, in RT 591/336, assim ementado: "O preconceito de que as causas excludentes da antijuridicidade só devem ser reconhecidas ao término do processo não tem amparo na lei e ignora a necessidade de que a acusação venha revestida do indispensável "fumus boni juris", isto é, decorra de suspeita razoável de que um crime foi cometido". E ainda fundamenta o magistrado paulista, "verbis": "Nem há cercear a liberdade do indivíduo, cuja inocência não comporte dúvida, em nome de uma falsa prudência. Agir assim, será escandalizar o sentimento de justiça da sociedade"

Aqui, seria útil pedir permissão ao TJSP para acrescentar esta máxima de Mir Puig (Introducción a los bases del derecho penal, Bosch, Barcelona, 1976, pág.154): "Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto".

Talvez este preconceito de que só a tipicidade

negativa comporta trancamento da ação no início, tenha escora, "data venia", no desconhecimento de que a noção de tipo se alargou. Os seus elementos não são apenas descritivos, objetivos (matar, subtrair etc) como na sua inauguração em 1906 por Beling. Há também no tipo elementos normativos (função pública, coisa alheia, mulher honesta etc etc). E mais. "Muitas vezes a fórmula do tipo se compõe não só das condições objetivas do fato, mas dos elementos subjetivos do agente" (Anibal Bruno - Direito Penal - Forense, 1978, pág.345). Com estes elementos subjetivos há que se valorar a intenção, o fim do agente etc ao praticar o fato típico, como o fim de transmitir moléstia (art.131), o fim libidinoso (art.219) etc etc. E ainda mais. O tipo é um conceito basilar que fundamenta e limita a antijuridicidade, que, com seu conteúdo de consciência e vontade, norteia a culpabilidade. Basta estudar a problemática do "erro de tipo", que exclui o dolo. (Segundo esta corrente preconceituosa, aqui pode haver arquivamento). Com o dolo no tipo, o conceito deste fica mais complexo, aumentando a subjetividade em sua análise.

Pelo visto, é exigido do Promotor na formação de sua "opinio delicti", com relação à tipicidade, um juízo de valor muito mais profundo e complexo que com a ilicitude e a culpabilidade. Ora, "qui potest maius, potest et minus".

4 - Princípio da insignificância e arquivamento

Doutrinadores do mundo inteiro discutem a vantagem ou não da "persecutio criminis in iudicio" de pequena monta, de crimes de insignificante relevância social, diante de tantos crimes graves que congestionam as vias policiais e judiciais. Fala-se em "princípio da bagatela" ou em "princípio da insignificância" (Claus Roxin). Acreditamos que a solução deste problema,

principalmente num país como o nosso, composto de diversos brasis, geográfica e culturalmente, não deve ser por via do direito adjetivo (princípio da oportunidade). Não se deve desprestigiar a obrigatoriedade.

A solução deve ser buscada no Direito Penal (como se aconselha modernamente), no âmbito da tipicidade, da exigência de representação, de prazo decadencial, de transformação em ilícito civil, administrativo etc. Esta busca de solução no direito material pode ser observada no moderno Código Penal Cubano (1978) no seu art.8º: "No se considera delito a acción y omisión que, aun reunindo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor" (aun = embora).

5) O Projeto 1.655-A do CPP e o arquivamento

O Projeto do CPP, que está no Senado e, enviado ao Congresso em junho/83, foi aprovado pela Câmara em 26.04.84, adotou integralmente o sistema acusatório, varrendo de nossa ordem jurídica resquícios do sistema inquisitório (Juiz com função persecutória, o que é abominado por magistrados cultos e inteligentes). Também, no tocante ao arquivamento e rejeição aqui estudados, está mais explícito. Pelo seu art.7º, além de outros casos, "a acusação deve ser rejeitada de plano por ausência de justa causa, se não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse".

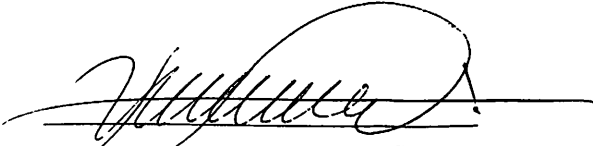
Contudo, pela dificuldade de se conceituar legítimo interesse, as polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais continuarão. Assim, seria pertinente o Projeto traçar os limites precisos dos casos de rejeição e, conseqüentemente, de arquivamento,

como "in casu" de exclusão de ilicitude e culpabilidade, excluindo-se a hipótese do art.26, caput, do CPB, que enseja medida de segurança.

6) CONCLUSÃO

O Ministério Público pode, além dos casos tranquilamente aceitos, pedir arquivamento de inquérito e peças informativas se o fato descrito ali não espelhar, indubitavelmente, antijuridicidade e culpabilidade, com exceção da hipótese do art.26, caput, do CPB, porque enseja medida de segurança.

Juiz de Fora/Salvador, 10 . 07 . 92



LINDOMAR DE PAULA GUIMARÃES

Promotor do Tribunal do Júri

Juiz de Fora - Minas Gerais