

ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL

REMETENTE: Juízo de Direito da 9.^a Vara Criminal.

Para o oferecimento da denúncia basta um início de prova. A observância do princípio da legalidade. O órgão do Ministério Público, na dúvida, deve oferecer denúncia. O princípio *in dubio pro societate* é norteador do Ministério Público na fase pré-processual. O arquivamento só cabe nas hipóteses permissivas do art. 10 do Código do Ministério Público.

P A R E C E R

1. O Dr. Juiz de Direito da 9.^a Vara Criminal, inconformado com o entendimento da ilustre Promotora em exercício naquele Juízo, que deixou de incluir na inicial de acusação três dos quatro indiciados no auto de prisão em flagrante número 399/71, originário da 13.^a Delegacia Policial, relativo à violação do tipo penal indicado no art. 281 do Código Penal, remete o procedimento em questão ao superior exame desta Procuradoria-Geral, fazendo-a na forma do art. 28 da lei adjetiva penal.

A ilustrada Promotora em exercício, na cota que acompanhou o oferecimento da denúncia, dentro da melhor técnica processual, indicou as razões pelas quais deixara de incluir na denúncia os demais indiciados, assinalando, na oportunidade, o seguinte: "Deixo de incluir na denúncia os indiciados Guilherme de Carvalho, Petrucio Izidro dos Santos e Geraldo Silva Vidal, visto que no auto de prisão em flagrante de fls. 4/6, consta haverem os mesmos sido presos quando encontravam-se em companhia do menor S. M. O., que fumava um cigarro de *maconha*. Nada foi encontrado em poder dos referidos indiciados. O saco plástico contendo mais entorpecentes também pertencia ao menor.

Nestas condições, o fato de que dá notícia o procedimento policial não caracteriza infração penal, uma vez que não encontra tipicidade informadora da figura penal do art. 281 do Código Penal.

Com efeito, o comportamento dos indiciados não representou qualquer das figuras do comércio, posse ou facilitação do uso de entorpecentes, eis que não traziam consigo, ou forneciam, ou transportavam, nem tinham em depósito, guardavam, vendiam, ministravam, usavam, preparavam, produziam etc. a erva entorpecente, como previsto em lei para a integração da tipicidade criminal.

E, ainda que tenha sido consignado, no auto de flagrante, que os indiciados iriam consumir, ou como até referido *iam também pegar*, também aí não se vislumbra crime, já que não passou de uma presumível intenção, impunível.

Reservo-me, todavia, para aditar a denúncia caso, no curso da instrução criminal, novas circunstâncias surgirem".

O pronunciamento em questão, por via de consequência, importou no arquivamento da *notitia criminis* coativa em relação aos referidos indiciados.

O douto Juiz Titular dissentiu do entendimento do órgão do Ministério Público, manifestando-se da seguinte forma: "*Data venia* da ilustre Promotora, havia uma adesão dos elementos não denunciados à própria ação criminosa, como confessam, estando eles abrangidos pelo art. 281 do Código Penal, em seus latos termos. À Procuradoria para, se assim entender, denunciar a todos".

Tal despacho ensejou nova e fundamentada cota da digna Promotora, onde, com elegância e fidalguia, defendeu seu ponto de vista, salientando, na ocasião, a impossibilidade de "enquadrar a conduta dos indiciados no *Tatbestand* do art. 281, e que seria o de seu parágrafo 3.º, n.º III, atual parágrafo 4.º, III. . ."

E concluí sua promoção acostando ao procedimento cópia de sentença da lavra de ilustre Juiz substituto, que vem em abono das razões então apresentadas.

Novo despacho, objetivo e singelo, coloca a questão nos seguintes termos:

"1) Para denúncia basta um começo de prova.

2) A Procuradoria."

É o relatório.

2. Assiste razão ao Magistrado.

Para o oferecimento da denúncia bastam indícios da autoria e prova da materialidade. É uma decorrência lógica do princípio da obrigatoriedade da ação penal ao qual está vinculado o Ministério Público na persecução criminal.

MAGALHÃES NORONHA, com a sua indiscutível autoridade, aliada a uma vivência de trinta anos no glorioso Ministério Público paulista, doutrina: "É o Ministério Público o senhor da ação penal pública, é o *dominus litis*, pois intenta-a e promove-a, mas não tem *disponibilidade dela*. Sua atuação é *obrigatória*; não pode declinar do exercício, transigir, aguardar oportunidade etc. Vigora em nossas leis o princípio da *legalidade*: o Ministério Público é obrigado a agir tão logo se forme a *opinio delicti* ou a suspeita de crime, em face dos elementos que lhe são fornecidos pelo inquérito ou por outros meios, como se verá. No Código não vige o princípio da *oportunidade*, pelo qual pode o Ministério Público, conforme as circunstâncias, usar ou não do direito de persecução". (Cf. *Curso de Direito Processual Penal*, E. Magalhães Noronha, pág. 25, Edição Saraiva, São Paulo, 1971).

Compreendo, e até admiro, o escrúpulo de consciência demonstrado pela nobre Promotora Pública.

Mas, *data venia*, a posição assumida pela digna Promotora Pública, como órgão encarregado da *persecutio criminis*, não atende aos ditames da melhor técnica processual.

CARNELUTTI, que tão bem assimilou o angustioso problema da justiça penal, põe em destaque, em passagem lapidar, o aspecto doloroso do processo penal, com o qual se melindra, com justa razão, a humana Promotora. Salienta o festejado mestre estar o magistério penal num constante círculo vicioso,

pois, para saber se se deve castigar, deve-se começar por castigar, (cf. *El Problema de la Pena*, Buenos Aires, 1947, pág. 87).

A sentença trazida à colação, da lavra de ilustre Juiz Substituto, não pode servir de fundamento como argumento do Ministério Público na fase pré-processual. É sabido e ressabido que o Juiz para condenar precisa ter certeza. Na dúvida, para o Magistrado, vige o brocardo *in dubio pro reo*.

Já para o Ministério Público, o critério é completamente diverso. Em face da *notitia criminis*, estando o órgão do Ministério Público em dúvida, deve promover a ação penal. Para o Estado-Administração, ao contrário do que se dá com o Estado-Jurisdição, o princípio norteador está consubstanciado no aforismo *in dubio pro societate*.

O Ministério Público só atuará como verdadeira Magistratura, despin-do-se das suas características de sujeito parcial do processo, na fase de alegações finais, quando, concluída a instrução, poderá, inclusive, pedir a absolvição do réu, qual se vê dos arts. 385 do Código de Processo Penal e 12 da Lei 3.434, de 20 de julho de 1958.

No caso em exame há, nos autos, indícios suficientes da autoria em relação aos presos que deixaram de ser incluídos na denúncia.

Mais que isto: há excelentes elementos de instrução.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que a “maconha” foi encontrada “junto” aos pés dos indiciados em questão. A erva não foi encontrada distante daqueles indivíduos.

Em segundo lugar, merece atenção o fato de que os indiciados foram detidos em local conhecido como “boca de fumo”.

Certamente lá não foram rezar o terço...

Além do mais, o menor S.M.O. afirma que “momentos antes da chegada da polícia, os três elementos *pegaram* um cigarro de *maconha*; que é primo de Guilherme...” (fls. 7 v., *sic*).

Não será, assim, equivocado dizer que os referidos indiciados traziam consigo a “maconha” apreendida e que, ao sentirem a aproximação dos policiais, jogaram-na ao chão.

De resto, em Juízo, com as garantias constitucionais do contraditório, é que se irá apurar, com o devido rigor, a respeito da procedência ou não da acusação.

Agora, na fase pré-processual, não incumbe ao Ministério Público analisar, com profundidade, a prova que lhe foi trazida na *notitia criminis* coativa e que, por sinal, é bastante expressiva.

Formulando a acusação em obediência ao princípio da indivisibilidade da ação penal, tal como pretende o Magistrado, o Ministério Público estará agindo com acerto e em obediência à ortodoxia processual.

Acusando da forma mais grave, o Ministério Público ensejará ao Magistrado a oportunidade de, concluída a instrução, proceder na forma do art. 383 do Código de Processo Penal.

Verifico, porém, a existência de outro crime que não foi cogitado pela douta Promotora Pública.

Na verdade, todos os indiciados violaram o tipo penal previsto na Lei 2.252, de 1.º de julho de 1954, de vez que praticaram infração penal na companhia de pessoa menor de 18 anos.

Portanto, em tese, ocorreu, igualmente, a prática do crime de corrupção de menores em concurso formal com o disposto no art. 281 do Código Penal, na redação do Decreto-lei 385, de 26-12-68.

Assim, a denúncia terá que ser aditada não só para incluir os demais indiciados, como também para que, em relação a todos, seja reconhecido o concurso formal de crimes, tal como assinalado.

Para tal fim, o Dr. Promotor deverá encetar diligência no sentido de que venha instruir o processo a certidão de nascimento do menor S.M.O..

3. Dessa forma, por não se ater o arquivamento às hipóteses permissivas do art. 10 do Código do Ministério Público, devem os autos voltar ao Juízo da 9.ª Vara Criminal, com as homenagens de costume, para que o substituto legal da ilustrada Promotora Pública (caso ela ainda esteja em exercício) dê cumprimento aos termos do presente parecer.

É como opino.

Rio de Janeiro, 6 de setembro de 1971.

SÉRGIO DEMORO HAMILTON

13.º Promotor Público

Por delegação do Procurador-Geral.