

ESCLARECIMENTOS E INDAGAÇÕES EM TORNO DO ARTIGO 28 DO CPP

BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVEDO*

I

Se o Ministério Público é o *dominus litis*, se ele pode e deve apreciar a viabilidade da ação penal, por que, ao pedir o arquivamento do inquérito, pode o Juiz discordar o Promotor? Não deveria o Juiz, sempre que houvesse um pedido de arquivamento, com ele concordar, mesmo divergindo da apreciação feita pelo órgão do Ministério Público?

Se o Juiz devesse acatar o pedido de arquivamento mesmo entendendo que nenhuma razão assistisse ao Promotor para formular tal pedido, estaria sancionado o arbítrio deste. Este, de órgão da lei e fiscal da sua execução, passaria a ser fiscal das suas conveniências pessoais. Por sentimentalismo piegas ou por injunções políticas, o Promotor pediria o arquivamento e ruiaria por terra o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ficando, o que é mais grave, a repressão do crime na dependência da conveniência e oportunidade do Promotor, sendo tal situação de um absurdo manifesto, como observa o Prof^º FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹.

Por outro lado, dissentindo da apreciação feita pelo Promotor, que se recusa a oferecer a denúncia, não pode o Juiz obrigá-lo a apresentá-la, sob pena de violar, como lembra o Prof^º HÉLIO BASTOS TORNAGHI², ainda que por via oblíqua, o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, dogma do sistema acusatório.

Neste caso deve, então, o Juiz obedecer ao disposto no artigo 28 do Código Procedimental, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que poderá adotar uma daquelas providências anteriormente esposadas. No que

* Professor de Direito Penal e Processo Penal da UCSal – Universidade Católica do Salvador. Professor de Direito Penal da FABAC – Faculdade Baiana de Ciências. Professor de Direito Processual Penal da Escola Superior do Ministério Público da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Escola dos Magistrados da Bahia. Analista Previdenciário do INSS/BA.

1. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 401.

2. Hélio Bastos Tornaghi. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 345-349.

concerne especificamente a uma dessas providências, qual seja, a do ato de designação de um Promotor de Justiça, para que este ofereça denúncia, há uma acirrada discussão doutrinária. Senão vejamos.

Para a grande maioria da doutrina, a exemplo dos professores VICENTE GRECO FILHO³, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO⁴, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO⁵, JULIO FABBRINI MIRABETE⁶, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS⁷, EDGARD MAGALHÃES NORONHA⁸, HÉLIO BASTOS TORNAGHI⁹, e JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁰, não pode o Promotor designado pelo Procurador-Geral de Justiça recusar-se a oferecer a denúncia por este determinada em razão de um imperativo de hierarquia previsto em lei (Lei n° 8.625/93, art. 10, inciso IX, *d*), bem como porque não há qualquer ofensa à consciência do Promotor, vez que o mesmo age por delegação do Chefe do Ministério Público.

Contudo, para alguns doutrinadores, a exemplo dos professores PAULO CLÁUDIO TOVO¹¹ e JOSÉ PAGANELLA BOSH¹², o Promotor, apesar de designado pelo Procurador de Justiça, não deve está obrigado a oferecer a denúncia, pois tal exigência, além de ofender o princípio da independência funcional (CF, art. 127, § 1°), é de todo desnecessária, vez que, se o Procurador-Geral de Justiça está tão convicto do oferecimento da denúncia, nada impede que ele mesmo o faça.

Com efeito, releva notar que a própria denúncia fica, em muito comprometida, se o Promotor que deve, em tese, oferecer a denúncia, não está convicto disso, pois, se o próprio está em dúvida acerca dos elementos que devem compor a exordial acusatória, como, por exemplo, a *justa causa*, em obediência ao princípio constitucional do *in dubio pro reo* (CF, art. 5°, LVII), como quer o professor AFRÂNIO SILVA JARDIM¹³, não deve ser oferecida denúncia, vez que, em razão do aludido princípio, cabe ao Ministério Público o ônus da prova, ou seja, o ônus de demonstrar que o acusado realmente é o autor de um determinado delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

2. Hélio Bastos Tornaghi. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 345-349.

3. Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*. Saraiva, 1999, São Paulo.

4. Ob. cit., p. 407.

5. Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 1°, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1960, pp. 348-352.

6. Julio Fabbrini Mirabete. *Código de Processo Penal interpretado*. Atlas, 2ª ed., 1994, p. 31.

7. Damásio Evangelista Jesus. *Código de Processo Penal interpretado*. Saraiva, São Paulo, 2000, p. 485.

8. Edgard Magalhães Noronha. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 1996.

9. Ob. cit., p. 441.

10. José Frederico Marques. *Elementos de processo penal*. vol. 2. Campinas, Bookseller, 2000, p. 345.

11. Paulo Cláudio Tovo. *Apontamento e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1986.

12. José Paganella Bosh. *Processo penal*, Rio de Janeiro, Aide, 1995.

13. Afrânio Silva Jardim. *Direito Processual Penal*, 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 178-182.

Ademais, acrescenta os citados doutrinadores, que não há que se justificar tal exigência com base na hierarquia, vez que o Promotor, no desempenho de sua função ministerial, não está submetido a qualquer ingerência do Procurador-Geral de Justiça, pois, se assim fosse, força é convir que poderiam ocorrer situações que distorceriam a atividade do Promotor, como, por exemplo, a de este membro do *Parquet*, para conseguir gratificação ou remoção para uma comarca mais próxima da Capital, promover uma determinada ação penal para agradar o Procurador-Geral de Justiça, que, seja por seu excesso de trabalho, seja por seu interesse pessoal no desfecho da ação penal, não queria promover, pessoalmente, a mesma.

Note-se, ainda, como ressaltam os mencionados professores, que só há falar em hierarquia, no que concerne ao desempenho das atividades do Promotor na esfera interno-administrativista do Ministério Público, ou seja, *interna corporis*. Caso contrário, toda vez que o Promotor fosse oferecer alguma denúncia, teria a "obrigação institucional" de consultar o Procurador-Geral de Justiça, para obter desse a sua *opinio delicti*.

Por fim, ainda segundo os aludidos professores, não assiste razão àqueles que defendem o posicionamento contrário sob o argumento de que se viesse a se permitir que o Promotor designado pudesse divergir da instrução do Procurador-Geral de Justiça, demorar-se-ia demasiadamente para se oferecer a denúncia, correndo-se, desta forma, o risco de vim a prescrever o delito. Contudo, isto não é verdade, pois, como já foi destacado, o próprio Procurador-Geral de Justiça pode oferecer a denúncia, evitando, assim, uma possível prescrição.

II

O Tribunal, apreciando recurso, anula todo o processo a partir da denúncia. Pergunta-se: pode, nessa hipótese, o Promotor requerer o arquivamento em vez de oferecer nova denúncia?

Se ele entender deva ser apresentada nova denúncia, poderá apresentá-la, e, se entender, apreciando novamente a espécie, de requerer o arquivamento, nada impedirá também, conforme o Prof^o FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹⁴.

Tal assunto, por sinal, já foi objeto de discussão no Tribunal de Justiça de São Paulo, e, por unanimidade, foi aceito o parecer do festejado Prof^o MAGALHÃES NORONHA, no sentido de que "*uma vez que o venerando acórdão anulou a denúncia, anulando também todo o processo, nova oportunidade se oferecia ao órgão da acusação para apreciar a espécie, pois processo, nesse caso, não havia: nulla et non facta paria sunt*" (RT, 209/130).

14. Ob. cit., p. 406.

III

Como já vimos, submetido o pedido de arquivamento à apreciação do Procurador-Geral de Justiça, este, caso entenda não haver motivo para o arquivamento, apresentará a denúncia ou designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la. Pergunta-se: poderá o Procurador designar o mesmo Promotor que pediu o arquivamento?

A resposta há de ser negativa. E, por várias: a) Em virtude de expressa proibição legal, pois o artigo 28 fala na designação de *outro órgão do Ministério Público, excluindo, assim, a possibilidade de poder ser designado o mesmo órgão que pediu o arquivamento*. b) Porque o órgão do Ministério Público tem liberdade de proferir seus pareceres de acordo com a sua consciência. Este é o seu dever: nisto residem sua *independência funcional* (CF, art. 127, § 1º) e *dignidade pessoal*. De outro modo, restaria violentada a sua consciência jurídica, obrigando-o a uma constrangedora retratação.

Acontecendo, então, tal situação, deve o Promotor de Justiça declinar da incumbência, não havendo em sua atitude qualquer desrespeito ao poder de direção que o Procurador-Geral tem quanto a todos os membros da Instituição, sendo este o entendimento do Profº FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹⁵.

IV

Cabe recurso da decisão que acolhe o pedido de arquivamento?

Em regra, não. Mas, exclusivamente naquela hipótese tratada no parágrafo único do artigo 6º, da Lei nº 1.508/1951 cabe, *in verbis*:

“Art. 6º Quando qualquer do povo provocara iniciativa do Ministério Público, nos termos do artigo 27 do Código de Processo Penal, para o processo tratado nesta lei, a representação, depois do registro pelo distribuidor em Juízo, será por este enviada, incontinenti, ao Promotor público, para os fins legais.

Parágrafo único. *Se a representação for arquivada, poderá o seu autor interpor recurso em sentido estrito*” (CPP, art. 581, I) (grifo nosso).

A lei em apreço versa sobre o procedimento de contravenções do jogo do bicho e jogo sobre corridas de cavalos, feito fora de hipódromos, e apostas sobre quaisquer outras competições esportivas.

Interposto o recurso, bem poderá o Juiz, no *Juízo de retratação* a que se refere o art. 589 do Código de Processo Penal, entender que o recorrente tem razão.

15. Ob. cit., p. 406.

Neste caso, segundo o Prof^o FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, deverá o Juiz obedecer ao disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo, a seguir, os autos para apreciação do Procurador-Geral de Justiça.

Contudo, se o Juiz mantiver a sua decisão, os autos do recurso sobem ao Tribunal, e se este não entender não ter sido caso de arquivamento, aplicará o disposto no artigo 28 do Código Procedimental. Do contrário, se a decisão for mantida, a "representação" será arquivada.

Atualmente, no entanto, tal situação, face à Lei nº 9.099/95, poderá ser resolvida por meio de uma transação penal (Lei nº 9.099/95, art. 76) que venha a ser feita. E, se o Procurador-Geral entender que a razão estava com o Tribunal, ao entender que o caso não era de arquivamento, este deverá remeter os autos ao Promotor de Justiça que funcione junto ao Juizado Especial Criminal.

SALAS, A. M. (org.). *Tratado de Direito Penal e Processual Penal Juvenil e a natureza jurídica das medidas socioeducativas*. 2. A prática da prisão socioeducativa e a prática da prisão executada das medidas socioeducativas. Delimitação da criação do Superior Tribunal de Justiça. 3. Análise crítica da organização do Superior Tribunal de Justiça. A prática da prisão socioeducativa e da prisão carcerária. Princípio de proporcionalidade e executiva internacional. 4. Proposições. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL E A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A Constituição da República de 1988, interligando-se à Convenção da ONU sobre Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, instituiu a doutrina da Proteção Integral, promovendo uma ruptura paradigmática ao reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e, assim, deixando no passado o lugar de objetos de tutela do Estado que lhes destinava o reclusivo sistema do Código de Menores de 1978.

A Constituição Cidadã confere expressamente uma série de direitos fundamentais de que são titulares crianças e adolescentes (art. 227), os quais

¹ Foi apresentada a tese de no XIII Congresso Nacional de Associação Brasileira de Magistrados e Procuradores de Justiça de Juizados e Juventude - ABMP, realizado nos dias 2, 3 e 4 de maio de 2004 em Florianópolis, SC.

² Carlos Carvalho Leite (Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro) especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação do Século XXI - Núcleo do Rio Grande do Sul.