

Arquivamento recusado. Art. 28 do Código de Processo Penal. Procedimento policial destinado à apuração de crime de atentado violento ao pudor, tendo como vítima adolescente de 13 anos de idade à época dos fatos. Pretensão de arquivamento fundada no cotejo dos elementos de convicção presentes nos autos, com a conclusão do órgão de execução oficiante no sentido da ausência de lastro probatório mínimo para o oferecimento de denúncia. Discordância judicial com remessa dos autos à Chefia do Parquet. Impossibilidade de cotejo de elementos de convicção com um mínimo de potencialidade probatória na fase pré-denuncial. Conceito de lastro probatório mínimo, objetivamente delineado. Análise crítica do princípio in dubio pro societate. Parecer no sentido de não insistir no arquivamento.

Assessoria Criminal

Procedimento Administrativo MP — nº 2.787/03

Origem: Juízo de Direito da 25ª Vara Criminal da Comarca da Capital (Inquérito no 79/02 da 23ª Delegacia Policial)

Assunto: Arquivamento recusado

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

A Ex.^{ma} Dr.^a. Marcia Perrini Bodart, Juiz de Direito da 25ª Vara Criminal da Comarca da Capital, com fundamento no 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 inquérito policial instaurado para apurar suposto crime de atentado violento ao pudor praticado contra a menor Aline Cristina da Silva, de 13 anos de idade à época dos fatos, tendo como indiciado Paulo Roberto Marques Teixeira.

Consta dos autos, em fl. 15, laudo de exame de corpo de delito; em fl. 14, laudo de exame de documentos e, em fl. 21, relatório da autoridade policial.

À fl. 24, encontra-se manifestação da 12ª Promotoria de Investigação Penal da Primeira Central de Inquéritos, postulando o arquivamento do feito sob o fundamento de falta de credibilidade no depoimento da vítima acerca da materialidade e autoria do crime.

Em fls. 26/27, consta decisão judicial na qual o Magistrado discorda do pleito de arquivamento formulado, encaminhando o feito, então, à Procuradoria Geral de Justiça, para os fins do art. 28 do Código de Processo Penal.

Este é o sucinto relatório.

Salvo melhor juízo, a hipótese é de não insistir no arquivamento postulado, designando-se órgão de execução desimpedido para o oferecimento de denúncia.

O horizonte a ser examinado para a descoberta da decisão correta do caso deve ter seus primeiros trechos iluminados pelas luzes do princípio da obrigatoriedade da ação penal. O estudo desta norma, por sua vez, vai remeter, como desdobramento normativo, a outro, o do *in dubio pro societate*, cuja análise de seus exatos sentido e alcance vai servir de norte para o reexame da linha argumentativa exposta pelo órgão de execução para o requerimento de arquivamento do inquérito policial.

Na verdade, a elucidação do caso enseja a análise sob duas vertentes teóricas. O ato de oferecimento da denúncia, com o início do processo penal, pode ser analisado sobre a ótica do Ministério Público, isto é, se se trata de obrigação ou faculdade; e, de outra parte, pela ótica do réu, ou seja, quais os critérios que afastam o subjetivismo e o arbítrio no ajuizamento da ação penal para que se possa considerar legítimo o processo penal, com seus consectários prejudiciais à dignidade do réu.

Pelo primeiro prisma, segundo a norma do art. 129, inciso I, da Constituição da República, o Ministério Público tem como função *promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*¹. Representa verdadeiro princípio geral do direito público a noção de que os poderes outorgados aos órgãos públicos, pela Constituição e pelas Leis, são a eles conferidos almejando a busca do interesse público e, justamente por este motivo, não se erigem como discricionários, sendo, antes, conceituados pela expressão *poderes-deveres*. Com relação ao “poder” do Ministério Público de demanda processual penal não é diferente.

Ainda assim, quanto à ação penal pública, a cláusula final do dispositivo constitucional em análise (... *na forma da lei*) poderia sugerir que ao legislador seria possível outorgar ao titular privativo da ação penal pública o juízo de conveniência e oportunidade para o oferecimento, ou não, da denúncia, diante das circunstâncias do caso concreto. Disposição neste sentido sofreria fortes críticas com relação à sua constitucionalidade. Ainda que o legislador infraconstitucional criasse norma legal que, *v. g.*, transformasse o furto

1. O dispositivo, como se sabe, não afasta a possibilidade do exercício da ação penal por particulares, mesmo para a persecução de crimes cuja iniciativa seja outorgada originariamente ao Ministério Público. A hipótese é a da ação penal subsidiária da pública, prevista no art. 5º, inciso LIX, também da Lei Maior, segundo o qual *será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*. Além dela, contudo, há os crimes cuja ação penal é estritamente privada, afastando-se a legitimidade do *Parquet* (parte final do art. 100 do Código Penal), o que, apesar de não previsto expressamente no texto constitucional, é entendido pela doutrina e jurisprudência como recepcionado por ela.

privilegiado em razão do pequeno valor da *res furtiva* (art. 155, § 2º, segunda figura, do Código Penal) em possibilidade de não-oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, a hipótese, para escapar da inconstitucionalidade em razão da violação do princípio da igualdade, teria que se aproximar de uma redefinição típica, com cunho genérico, isto é, alcançado qualquer situação e qualquer indiciado. Do contrário, caso ficasse o *Parquet* livre para, sem qualquer critério legal especificamente delineado, exercer, ou não, a ação penal, violado estaria aquele princípio constitucionalmente consagrado.

Desta forma, as hipóteses de não-oferecimento de denúncia podem ser estipuladas pelo legislador, desde que pautadas por critérios específicos, e aplicáveis em qualquer caso. Legislação que assim estipulasse poderia até mesmo lançar mão de conceitos jurídicos indeterminados para o estabelecimento dos critérios de não-ajuizamento da ação penal pública por seu titular, o que não afastaria a possibilidade de controle pelos mecanismos ínsitos ao nosso sistema acusatório (*v. g.*, como prevê o art. 28 do Código de Processo Penal). O uso de conceitos desta natureza é encontrado em normas legais que regulamentam certos institutos processuais, como é exemplo a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), cuja proposta pode ser fundamentadamente recusada pelo Ministério Público, nos casos em que *a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício* (art. 77, inciso II, do Código Penal, por força da remissão do art. 89, *caput*, da citada Lei nº 9.099/95).

Considerando estas premissas, a análise do sistema normativo processual do Código de 1941 revela que o exercício da ação penal, de iniciativa do Ministério Público, é obrigatória. Citando lição de EMÍLIO GOMES ORBANEJA e VICENTE HERCE QUEMADA, AFRÂNIO SILVA JARDIM afirma que *“a processualização do poder punitivo do Estado, pelo princípio nulla poena sine iudicio, dá à ação penal um caráter de função necessária e obrigatória para os órgãos públicos. Comungamos com as lições dos mestres acima transcritas. Ora, se o legislador incriminou tal conduta, dando relevância social ao bem jurídico afetado ou posto em risco pelo comportamento do agente, não pode o membro do Ministério Público afirmar que a ação delituosa não tem relevância, que o interesse público ficaria atendido diante de sua inércia, deixando de manifestar em juízo a pretensão punitiva estatal”*. No mesmo sentido, visualizando na norma do art. 24 do Código de Processo Penal a sede do princípio em questão, a doutrina de HÉLIO TORNAGHI: *“o Código consagra ainda a regra da obrigatoriedade da ação penal, traduzida na expressão será promovida. Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não mover a ação”* (Compêndio de Processo Penal, tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 454)². FREDERICO MARQUES, por sua vez, leciona: *“no Direito brasileiro, apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nele vigora o chamado ‘princípio da ação penal obrigatória’”*. Na

2. No mesmo sentido, Marcellus Polastri Lima, *Ministério Público e Persecução Criminal*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 137.

mesma linha, vislumbrando o princípio da obrigatoriedade como própria razão de existir da norma do art. 28 do Código de Processo Penal, continua o autor: “além disso, o poder de arquivar a *informatio delicti*, o Ministério Público o não tem de maneira absoluta. Apesar de dominus da ação penal, ele precisa requerer o arquivamento ao juiz (Código de Processo Penal, art. 28), o que se dá justamente em consequência do princípio da legalidade. O órgão judiciário é chamado a intervir, na qualidade de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal” (Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, 2ª ed. atualizada, São Paulo: Millenium Editora, pp. 374-378).

No entanto, sob o ângulo da dignidade do indiciado, apesar de propositura obrigatória pelo Ministério Público, a ação penal submete-se a certos requisitos, pois, em última análise, tem como consequência, por si só, atingir a dignidade daquele que é levado a juízo como acusado da prática de um crime. Tendo em vista este efeito da instância criminal, erigiu-se como condição da ação a *justa causa*, presente quando os elementos de convicção quem embasam a *opinio delicti* exprimem um suporte probatório mínimo. Neste sentido, a lição de SILVA JARDIM:

“Desta maneira, torna-se necessária ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material do fato típico e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública” (Direito Processual Penal, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 175)³.

Todavia, não há como se voltar contra a exigência de precisão terminológica que marca todo conhecimento humano com pretensão de cientificidade, como é o Direito. No caso em tela, surge a indeclinável questão de definir, com acuidade, o conceito de *lastro probatório mínimo*, substrato da justa causa – esta condição da ação. A percepção sobre o seu significado, entretanto, não deve ser tormentosa pois a noção de mínimo refere-se a qualquer coisa, por mais simples ou escassa que seja, que represente algo mais do que nada.

Ambos os aspectos enfocados (do Ministério Público e do acusado) levam, portanto, a este ponto de convergência: o lastro probatório necessário para o ajuizamento da ação. Diante dele, ao *Parquet* não se confere a faculdade

3. José Frederico Marques, *op. cit.*, p. 356: “Ora, a acusação não deixa de ser ameaça de coação; e como esta se considera ilegal quando sem justa causa (Código de Processo Civil, art. 648, n° I), evidente é que o legítimo interesse, como justa causa da ação penal, constitui uma condição legal para a propositura desta”.

de denunciar ou não; ao réu, por sua vez, não cabe invocar a injustiça do simples ato de acusar – sem prejuízo da defesa de mérito, no momento correto.

O princípio do *in dubio pro societate* surge como decorrência desta idéia, embora, na realidade, aqui não tenha o lugar pretendido. A comum menção ao princípio, nesta fase, é uma referência ao mesmo princípio, atinente ao ônus e à valoração probatória, realizada pelo *Parquet* e pelo Juiz, no momento da sentença. A condenação exige juízo de certeza acerca da autoria, materialidade, ilicitude e culpabilidade. Por este motivo, a ausência de certeza, *i. e.*, a dúvida, militará sempre em favor do réu, com sua absolvição. A transposição do princípio para momento anterior ao ajuizamento da denúncia, ainda que invertendo-se a polarização de proteção (impondo, na “dúvida”, a submissão do indiciado ao processo, logrando a busca ao reestabelecimento da paz social violada com a aplicação da lei penal), é equivocada ou imprecisa, pois não deve existir o cotejo, isto é, o juízo comparativo de elementos de convicção pelo *dominus litis* para o efeito de não denunciar. Isto seria ir além da justa causa, isto é, da presença objetiva do lastro probatório necessário. Por mais simples que sejam os elementos de convicção sobre autoria do indiciado, é forçoso reconhecer, está preenchido aquele requisito para o exercício regular da ação penal, tornando justa a coação do processo, o que faz incidir a obrigatoriedade ao *Parquet* em ajuizá-la. Em outras palavras, nesta fase da *persecutio*, antes de se falar em dúvida, que pressupõe valoração, deve-se analisar objetivamente a presença de elementos de convicção com um mínimo razoável de potencialidade probatória que apontem no sentido da autoria, ilicitude e culpabilidade da conduta do indiciado. Mesmo que existam outros elementos em sentido diverso.

Contra esta possibilidade de cotejo de elementos de convicção para o fim de não denunciar, posiciona-se, também, a doutrina quase unânime. Como leciona AFRÂNIO SILVA JARDIM, “ressalte-se, entretanto, que uma coisa é constatar a existência da prova e outra coisa é valorá-la. É preciso deixar claro que a justa causa pressupõe um mínimo de lastro probatório no inquérito ou peças de informação. É necessário que haja alguma prova, ainda que leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim isto já é questão pertinente ao exame do mérito da pretensão do autor. Até porque as investigações policiais não se destinam a convencer o Juiz, mas apenas viabilizar a ação penal” (ob. cit., p. 175). No mesmo sentido, MARCELLUS POLASTRI: “obviamente não se fará aqui exame de mérito, na forma do art. 386 do CPP, pois não se trata de aferir procedência da imputação com juízo de mérito, e sim de se averiguar se há suporte probatório mínimo para a imputação, ou seja, se o fato narrado está embasado no mínimo de prova, se encontra correspondência em inquérito ou peças de informação. Destarte, o juiz não poderá fazer confronto de provas, ou averiguar se estas são boas ou não, mas apenas verificar se a imputação foi lastreada em elementos colhidos, mesmo que isolados ou contraditados, sem juízo de mérito, pois, como é evidente, não pode haver imputação gratuita, sem arrimo algum, ou mesmo que narre fato completamente diverso daquele apurado. Trata-se, na verdade, do mesmo fundamento razoável a que se referia Frederico Marques, que assim já definia a justa causa, aqui identificada como fundada em elementos razoáveis ou mínimos” (ob. cit., p. 117-118).

Uma ressalva a este entendimento. O princípio da obrigatoriedade, embora conduza à impossibilidade de juízo de valor comparativo de evidências para formação da *opinio delicti*, não tem o condão de transformar o promotor de justiça em um autômato denunciador. Em casos excepcionais – que só fazem confirmar a regra – de evidente desproporcionalidade, pode o promotor de justiça requerer o arquivamento do inquérito policial por falta de justa causa para a coação processual. Seria o caso de evidências de extrema singeleza, como, *v. g.*, um mero bilhete apontando certa pessoa como autor de crime, contando a investigação com apenas este elemento de convicção. Em casos tais, diante da virtual escassez total de potencialidade probatória do elemento, não haveria justa causa para submeter o indiciado às agruras do banco dos réus, sem que isto importe em juízo comparativo de qualquer natureza. A hipótese, vale a ressalva, é excepcional, pois ameniza ou estabelece contornos do princípio da obrigatoriedade, o qual rege toda a matéria. Colocados os termos em seus devidos lugares, a única dúvida possível nesta fase seria a que se relaciona à potencialidade probatória do elemento de convicção contido nos autos – independente, vale frisar, da valoração sobre o que efetivamente irá provar durante a instrução. Este, sim, é o único campo de atuação possível do aludido princípio do *in dubio pro societate*.

No caso em tela, o Promotor de Justiça oficiante do arquivamento não ficou em dúvida, para assim aplicar o princípio *in dubio pro societate* – se o entendesse pertinente ao momento da *persecutio* –, oferecendo a denúncia. Pelo contrário, valorando os elementos de convicção documentados nos autos, resolveu requerer o encerramento das investigações, entendendo ausente suporte probatório para a ação penal, em razão do juízo acerca da falta de credibilidade no depoimento da vítima e das demais testemunhas que prestaram depoimento.

Salvo melhor juízo, tendo em vista as premissas doutrinárias acima e considerando as diligências realizadas pela autoridade policial, consideramos equivocado o posicionamento. A assertiva lançada na promoção de arquivamento no sentido de que “*não parece crível que o indício tivesse cometido a violência sexual exatamente no momento em que a mãe da criança estava em casa, sendo certo, por outro lado, que não se registrou qualquer vestígio de ato libidinoso no exame de corpo de delito, conforme se vê de fls. 15*” não encontra respaldo nos elementos de convicção colhidos pela autoridade policial.

Em primeiro lugar, o crime de atentado violento ao pudor, por não ter como elemento objetivo do tipo a conjunção carnal, não deixa, necessariamente, vestígios. Em segundo, todos os depoimentos constantes dos autos convergem para a materialidade e autoria do crime ligada ao investigado Paulo Roberto. Segundo a versão das testemunhas, inclusive a própria mãe da vítima, Paulo Roberto se trancara no quarto com a vítima, mesmo desobedecendo à ordem expressa da genitora da lesada, ocasião em que teria praticado a conduta ilícita. Não há razão, portanto, para a estranheza apontada pelo órgão ministerial oficiante da promoção de arquivamento.