

Esclarecimentos e indagações em torno do artigo 28 do CPP

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo

bernardomontalvao@hotmail.com

1º) 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 Profº Fernando da Costa Tourinho Filho[2].

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 Profº Hélio Bastos Tornaghi[3], 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 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 Filho[4], Fernando da Costa Tourinho Filho[5], Eduardo Espínola Filho[6], Julio Fabbrini Mirabete[7], Damásio Evangelista de Jesus[8], Edgard Magalhães Noronha[9], Hélio Bastos Tornaghi[10], e José Frederico Marques[11], 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 nº8.625/93, 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 Tovo[12] e José Paganella Bosh[13], o Promotor, apesar de designado pelo Procurador de Justiça, não deve estar obrigado a oferecer a denúncia, pois tal exigência, além de ofender o princípio da independência funcional (CF, art. 127, § 1º), 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. 5º, LVII), como quer o professor Afrânio Silva Jardim[14], 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).

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.

2º) 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 Profº Fernando da Costa Tourinho Filho^[15].

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 Profº 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).

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 Filho[16].

4º) 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 nº1.508/1951** 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**” (grifo nosso; CPP, art. 581, I).*

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 artigo 589 do Código de Processo Penal, entender que o recorrente tem razão. Neste caso, segundo o Profº 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 nº9.099/95, poderá ser resolvida por meio de uma transação penal (Lei nº9.099/95, 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.

5º) E se, por ventura, tratar-se da competência originária dos Tribunais (Lei nº8.038/90)?

Nesses casos, somente a Procuradoria-Geral da República, segundo o Profº Fernando da Costa Tourinho Filho[17], nas infrações de competência do STF e do STJ, a Procuradoria da República, nas infrações da alçada dos Tribunais Regionais Federais, e os Procuradores-Gerais da Justiça, nas infrações de competência dos Tribunais de Justiça, é que podem atuar, e, de conseguinte, é que podem denunciar ou *pedir* o arquivamento.

É óbvio que, se se tratar de crime de alçada privada, cumpre ao ofendido ou ao seu representante legal oferecer a queixa.

Ora, se o Procurador-Geral, recebendo as peças de informação ou o inquérito (se for o caso), entender que descabe a denúncia, requererá o arquivamento. Poderá o Tribunal deixar de atender

ao pedido? Embora haja, em sentido contrário, a palavra sempre autorizada dos professores José Frederico Marques[18], Basileu Garcia[19] e Hélio Bastos Tornaghi[20], o Profº Fernando da Costa Tourinho Filho[21] defende posicionamento diverso, tanto porque não a expressa previsão legal nesse sentido, quanto porque não se pode valer, no presente caso, da analogia, por ser essa *in malla partem*, já que admitir que o Procurador-Geral de Justiça deva ter sua decisão de arquivamento revista por outro órgão, mesmo que do próprio Ministério Público, como, por exemplo, o Colégio de Procuradores, significa prejudicar, em último caso, o acusado.

Além disso, não se pode, também, falar em interpretação extensiva da norma, no presente caso, pois tanto ela não existe, e, mesmo que existisse, não se poderia admitir tal exegese, pois, como ensina o sempre lembrado Profº Carlos Maximiliano[22], a norma restritiva de direito deve ser interpretada restritivamente.

Sendo assim, em virtude da estrutura processual acusatória que tem entre nós a *persecutio criminis*, outro caminho não restará ao Tribunal senão acolher o pedido de arquivamento, quando formulado pelo Chefe do Ministério Público. Este, como verdadeiro *dominus litis*, é quem pode, no nosso direito, dizer se é caso ou não de denúncia nos processos de competência originária dos tribunais. O poder de ação lhe é conferido, sob pena de se violar o princípio *ne procedat iudex ex officio*. Nesse sentido é a jurisprudência do STF (RT, 416/407).

O argumento de que o Tribunal tem um controle jurisdicional absoluto sobre a propositura da ação penal, uma vez que o Ministério Público não goza, a rigor, de independência suficiente para poder opor-se a injunções governamentais, não convence, pois, seguindo tal raciocínio, conforme assevera o Profº Fernando da Costa Tourinho Filho[23], os Tribunais poderiam, também, exercer tal controle sobre toda ação pública, vez que os Governantes poderiam pressionar o Ministério Público a não oferecer denúncia em casos da competência do Juiz singular e de atribuição do Promotor de Justiça.

Ademais, os Tribunais também não estão, no seu todo imunes a estas ingerências do Chefe do Poder Executivo, vez que, como impõe a Constituição Federal (CF, art. 94, parágrafo único; art. 101, parágrafo único; art. 104, parágrafo único; art. 107, *caput*; art. 111, parágrafo 1º; art. 119, inciso II; art. 123, parágrafo único), seus membros são nomeados por esse.

No fosse isso suficiente, a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 127, parágrafo 2º (segundo), foi categórica em afirmar que o Ministério Público tem autonomia administrativa e funcional, não admitindo, assim, que este órgão sofra ou venha sofrer qualquer interferência do Poder Executivo.

Contudo, se é assim, força é convir que se faça a seguinte pergunta: por que o Procurador-Geral de Justiça, sendo, como é, o único *dominus litis*, e não podendo ter sua decisão de arquivamento revista pelo Tribunal, deverá, então, formular requerimento, se este não pode, em qualquer hipótese, ser indeferido?

A resposta desta indagação para o Profº Fernando da Costa Tourinho Filho[24], consiste, apenas, de que se trata de um dever de deferência. Entrementes, para os professores Eduardo Espínola Filho[25] e Joaquim Canuto Mendes de Almeida[26], tal imposição decorre de um controle externo, em razão do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que visa inibir, por parte do Procurador-Geral de Justiça, alguma manobra ardilosa, que vá de encontro aos princípios gerais de direito.

6º) E, se o Promotor requerer o arquivamento, poderá o Juiz, não concordando com o pedido, devolver os autos do inquérito à autoridade policial para novas diligências?

Como salientam os professores Fernando da Costa Tourinho Filho e Geraldo Prado, face o sistema acusatório imposto pela Constituição Federal (CF, art. 129, inciso I), impossível é para o Juiz proceder de tal maneira. Aliás, este é o entendimento do professor Eduardo Espínola Filho^[27] e da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (RT, 474/350).

Se isso vier a efetivamente ocorrer, entende o Profº Fernando da Costa Tourinho Filho^[28] que caberá correção parcial. Vale lembrar, por oportuno que é, em tal situação deve apenas o Juiz obedecer à norma do artigo 28 do Código de Processo Penal. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Comete error in procedendo, passível de correção, o magistrado que não defere, nem indefere, pedido de arquivamento formulado pelo Promotor e tampouco se utiliza das providências contidas no artigo 28 do CPP” (RT, 507/374).

“Se houve pedido de arquivamento formulado pelo Promotor, ratificado pela Procuradoria-Geral de Justiça, ex vi do art. 28 do CPP, o fato

de não ter sido o inquérito arquivado, por ordem do Juiz, que determina o seu retorno à Polícia para novas diligências, constitui gritante ilegalidade, remediável pelo habeas corpus” (RT, 508/319).

7º) Pode o Juiz determinar o desarquivamento de inquérito?

Depende, responde o Profº Fernando da Costa Tourinho Filho^[29]. Suponha-se que o Juiz receba novas provas a respeito do fato objeto do inquérito arquivado. Evidente que, nessa hipótese, deverá determinar a juntada dessas novas provas aos autos do inquérito policial, com a posterior abertura de vista ao Ministério Público. Se este entender haver suporte probatório, oferecerá a denúncia. Do contrário, poderá insistir no pedido de arquivamento. Se o Juiz dele discordar, em face das novas provas, nada o impede de aplicar o artigo 28 do Código de Ritos.

8º) E, tratando-se de arquivamento de crime de ação penal privada, o que poderá vir a acontecer?

Se o ofendido não oferecer a queixa no prazo legal, será decretada a extinção de punibilidade pela decadência. Se renunciar ao direito de queixa, o Juiz procederá da mesma forma, isto é, decretará extinta a punibilidade, com fundamento no artigo 107, inciso V, do Código Penal.

Entretanto, pode acontecer que o ofendido reconheça que o fato praticado pelo ofensor é atípico, ou, então, que a Polícia não conseguiu identificar o acusado (caso em que o prazo para a queixa nem sequer se inicia; CPP, art. 38). Nessas hipóteses, não há pedido de arquivamento. Os autos simplesmente permanecem em Cartório, e, decorrido o prazo legal de prescrição (se já se iniciou, é claro), decreta-se a extinção de punibilidade. Nesse sentido é a lição do Profº Fernando da Costa Tourinho Filho^[30].

Notas de rodapé do autor e referências bibliográficas

^[2] Ob. cit. p. 401.

[3] Ob. cit. pp. 345-349.

[4] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, Saraiva, 1999, São Paulo.

[5] Ob. cit. p. 407.

[6] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 1º, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1960.

pp. 348-352.

[7] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. Atlas, 2ª ed., 1994, p. 31.

[8] JESUS, Damásio Evangelista. *Código de Processo Penal interpretado*, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 485.

[9] NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, 1996.

[10] Ob. cit. p. 441.

[11] Ob. cit. p. 345.

[12] TOVO, Paulo Cláudio. *Apontamento e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1986.

[13] BOSH, José Paganella. *Processo penal*, Porto Alegre, Aide, 1995.

[14] Ob. cit. pp. 178-182.

[15] Ob. cit. p. 406.

[16] Ob. cit. p. 406.

[17] Ob. cit. p. 410.

[18] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Processo Penal*, Bookseller, 1999, vol.2º, pp. 149-158.

[19] GARCIA, Basileu, *Comentário ao Código de Processo Penal*, Rio, Forense, 1945, 3ºvol.

[20] Ob. cit. p. 451-460

[21] Ob. cit. p. 411-412.

[22] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 1999.

[23] Ob. cit. p. 412.

[24] Ob. cit. p. 412.

[25] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio, ed. Borsoi, 1976, vol. 3º, pp.185-192.

[26] ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de, *Processo Penal, ação e jurisdição*, RT, São Paulo, 1975. p. 241.

[27] Ob. cit. p. 363.

[28] Ob. cit. p. 414.

[29] Ob. cit. p. 415.

[30] Ob. Cit. p. 486.