

ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL — PARECER RELATIVO AO INQUÉRITO POLICIAL 56/85 — DF

ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ

Promotor de Justiça. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça

ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL — Provável prescrição do “*ius puniendi*” em face da futura pena — Falta de interesse de agir — Instrumentalidade do processo.

Constatando que, em face das circunstâncias do caso concreto, a eventual pena a ser imposta ao autor do crime noticiado não produzirá qualquer efeito em virtude da prescrição retroativa do poder-dever de punir do Estado, impõe-se o não acionamento da máquina judiciária, poupando-a de encargo inútil e desnecessário.

O arquivamento do IP, nesta hipótese, terá por base legal o art. 43, III do CPP, eis que não se poderia admitir o exercício da ação penal se ausente uma de suas condições genéricas, qual seja, o interesse de agir, expresso não somente na necessidade do provimento jurisdicional para a imposição da pena (*nulla poena sine iudicium*), mas também na própria utilidade da decisão de mérito.

O processo não é um fim em si mesmo. É sim instrumento ético a serviço da sociedade somente devendo ser utilizado quando puder servir à obtenção de um resultado social e juridicamente eficaz.

Exma. Sra. Procuradora-Geral:

RELATÓRIO — Cuida-se de inquérito policial instaurado pela 4.^a Delegacia de Polícia em 4.2.85 para apurar a notícia de crime imputado a Lúcia Benevides Kolesza, a qual teria emitido o cheque AQ. 938.977, no valor de Cr\$ 24.000,00 contra o Banco Mercantil de Descontos S/A., sendo a cártula devolvida por estar a conta corrente encerrada, fraudando, assim, o pagamento efetuado à empresa beneficiária do cheque, Moto Shopping Ltda.

Após relatados, os autos do IP foram submetidos à análise do órgão do Ministério Público, que pugnou pelo arquivamento do procedimento investigatório, por falta de interesse de agir, diante da inutilidade da instauração de eventual relação processual penal.

Em sua argumentação (fls.), o douto Promotor de Justiça Adjunto, Antonio Fernandes da Luz, salientou que, se viesse a indiciada, após regular processo, a ser condenada, a sua pena não se distanciaria muito do mínimo legal referente ao ilícito penal a ela imputado. Por conseguinte, visto que desde a data do suposto cometimento do delito já haviam transcorrido mais de 10 anos, a eventual sentença penal condenatória não surtiria qualquer efeito, posto que inexoravelmente o *ius puniendi* do Estado já estaria alcançado pela prescrição retroativa, “na forma do art. 110 e seus §§ *c/c* os arts. 107, IV e 109 do CP”.

Apontando a ausência, na espécie, do interesse de agir, expresso na necessidade e utilidade do processo, o referido agente do *Parquet* concluiu que a instauração da relação processual *in casu* “acarretaria tão-somente dispêndio de tempo precioso, com a realização de audiência e atos processuais inúteis, em prejuízo da apuração de outras infrações graves, bem como o desgaste do prestígio da Justiça Pública, pois mesmo sobrevindo sentença condenatória, a punibilidade seria declarada extinta, logo a seguir, pelo reconhecimento da prescrição retroativa” (fls.).

Submetida a manifestação ministerial ao crivo do Judiciário, assim se posicionou o nobre magistrado Getúlio Pinheiro de Souza, *verbis*:

“Razão assiste, em parte, ao douto Promotor de Justiça. É evidente que se a indiciada vier a ser condenada, em processo regular, à vista dos elementos contidos nos autos operar-se-á a prescrição pela pena que lhe for imposta.

Não encontro, contudo, amparo legal para deferir (*sic*) seu pedido de arquivamento.

O Código Penal contempla apenas as hipóteses de prescrição pela pena *in abstracto* e pela pena concretizada na sentença. Não há prescrição pela pena hipotética.

Posto isso, com fundamento no art. 28, do CPP, remetam-se os autos à Exma. Procuradora-Geral da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios” (fls.).

Remetidos os autos à consideração de V. Exa., para os fins previstos no art. 28 do CPP, fomos chamados a opinar. É o que passamos a fazer.

Parecer

A tese abraçada pelo valoroso Promotor de Justiça que oficiou nos autos é fruto de construção doutrinária e jurisprudencial bem recente e, por tal motivo, ainda carente de tratamento científico adequado.

Já é possível, contudo, colher-se uma decisão aqui e acolá, encampando esta nova postura doutrinária. Vejamos dois exemplos:

“Reconhecimento antecipado considerada a pena em perspectiva — Denúncia rejeitada sob tal fundamento — Admissibilidade — Disposições dos arts. 41 e 43 do CPP que não limitam sob exclusividade o exame da peça introdutora da ação penal — Interesse de agir inexistente, por falta de utilidade do provimento jurisdicional (TACrimSP)” (RT 668/289).

“Reconhecimento antecipado considerada a pena em perspectiva — Trancamento da ação penal sob tal fundamento — Persecução penal sem nenhum efeito, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, faltando, na hipótese, o teleológico interesse de agir — *Habeas corpus* concedido de ofício — Declaração de voto (TACrimSP)” (RT 669/315).

No caso concreto, a partir de uma *delatio criminis* apresentada à Corregedoria-Geral de Polícia, instaurou-se inquérito policial para apurar-se a prática de crime de ação penal pública por Lucia Benevides Kolesza, que teria dado em pagamento à Moto Shopping um cheque que, ao ser apresentado ao banco sacado, não foi pago em virtude de já estar encerrada a conta corrente em nome da emitente da cártula.

Tendo em vista que a indiciada negou, ao ser ouvida por precatória, a emissão da cártula acostada aos autos, e ante a impossibilidade de se

elaborar perícia grafotécnica (fls.), restou duvidosa a própria autoria do ilícito penal noticiado, mormente em razão do longo transcurso de tempo decorrido desde a data da emissão do cheque em apreço.

Já sob este aspecto se poderia afirmar o provável insucesso de eventual ação penal a instaurar-se, dada a quase certa impossibilidade de obter-se a comprovação judicial da infração penal cuja prática foi atribuída à indiciada.

A ausência do exame de corpo de delito — laudo grafotécnico — não poderia ser suprido de forma indireta, haja vista que não se colheu nenhum depoimento testemunhal no sentido de atestar que a indiciada emitiu o referido título de crédito com pagamento de compras efetuadas na Moto Shopping. Tão-somente foi possível ouvir o procurador da firma lesada (fls.), que se limitou a ratificar os termos da “representação” por ele encaminhada à Polícia Civil, evidenciando não haver presenciado o ato que consubstancia a modalidade criminosa tipificada no art. 171, § 2.º, VI, do CP.

Com apoio neste frágil quadro probatório já seria possível, a nosso ver, sustentar-se um pedido de arquivamento do inquérito policial.

Não bastasse esta deficiência de provas mínimas para o exercício da ação penal condenatória, não se poderia refutar, com argumentos sérios e fundados, que eventual condenação da conjecturada autora do delito em foco não surtiria qualquer efeito, dada a inevitável ocorrência da prescrição do *ius puniendi* do Estado, como bem sustentou o r. agente do Ministério Público.

As circunstâncias do caso em apreço permitem concluir, sem que isso represente exercício de futurologia, que a pena que seria eventualmente imposta à indiciada não atingiria, por mais rigoroso e draconiano que fosse o julgador, o seu *quantum* máximo, ou seja, 5 anos de reclusão. Por ser primária, sem antecedentes conhecidos, e por não ter agravantes em seu desfavor, a emitente da cártula receberia a reprimenda mínima ou, quando muito, pouco superior ao piso estabelecido no tipo penal respectivo.

Neste ponto é imperioso observar que o próprio magistrado que recusou o pedido de arquivamento, afirmou textualmente que: “se a indiciada vier a ser condenada, em processo regular, à vista dos elementos contidos nos autos operar-se-á a prescrição pela pena que lhe for imposta”.

Sabe, pois, o d. Magistrado que a inutilidade do processo e da sentença é inquestionável. Ainda, assim, recusa o arquivamento ante a alegada ausência de suporte legal que autorize tal decisão.

Reside precisamente nesta última afirmação a nossa divergência com o entendimento do nobre Juiz.

Concessa venia de S. Exa., há suporte legal a autorizar o arquivamento do inquérito policial em exame, bastando que se dê a devida interpretação ao art. 43 do CPP, cujos termos servem para definir situações ensejadoras do arquivamento de inquéritos policiais e peças de informação.

Com efeito, todos sabemos que o nosso *Codex* instrumental penal não indica explicitamente as causas que podem gerar o arquivamento de inquéritos ou peças de informação, o que obriga aplicadores e estudiosos do direito a valerem-se dos processos de interpretação e de integração da norma para suprir a obscuridade ou mesmo a omissão do legislador.

Afrânio Silva Jardim anota, com a costumeira precisão, que: “O vigente Código de Processo Penal carece de um artigo que diga claramente quando o Ministério Público deve requerer o arquivamento e, *a contrario sensu*, quando deve apresentar denúncia. Entretanto, o art. 43 elenca os casos em que o Juiz deve rejeitar a denúncia. Por via de consequência, nessas hipóteses previstas, a ação penal não deve ser proposta e o inquérito ou peças de informação devem ser arquivados”.¹

É correto sustentar, portanto, que o inquérito pode ser arquivado quando:

- 1) o fato apurado evidentemente não constituir crime (n. I do art. 43);
- 2) já estiver extinta a punibilidade (n. II do art. 43);
- 3) faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal (n. III do art. 43) ou faltar pressuposto que viabilize o exercício da *actio* (v.g., que não haja a litispendência ou coisa julgada).

Diante deste quadro, incabível o arquivamento de inquérito policial com fulcro no art. 43, II, do CPP em face da provável ocorrência de prescrição retroativa do poder-dever de punir do Estado, haja vista que esta causa extintiva de punibilidade ainda não ocorreu.

Não obstante, caberá o arquivamento do inquérito policial por faltar uma condição genérica para o exercício da ação penal, qual seja, o interesse de agir ou interesse processual. (art. 43, III, do CPP).

Esta condição para o exercício da ação assume, no campo do direito processual penal, aspecto peculiar, eis que, violada a norma penal incriminadora, a imposição do seu preceito secundário — a pena — somente se opera através de processo presidido por Juiz: *Nulla poena sine iudicio et nulla poena sine iudice*. Daí dizer-se que o interesse de agir no processo penal está implícito em toda acusação.

Todavia, a doutrina mais avançada e moderna, encarando o interesse processual não apenas como necessidade do uso das vias jurisdicionais, destaca outro requisito, a saber, a utilidade do provimento requerido.

Sob esta ótica: “O provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumar-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir)”.²

Igual ponto de vista é esposado ainda com maior profundidade por José Antônio Paganella Boschi,³ nos seguintes termos:

“Também não há interesse de agir — pela mesma *ratio* — quando a prescrição ainda não ocorreu mas está na iminência de ocorrer — em razão da demora no desencadeamento da *persecutio criminis*. Carece de sentido, efetivamente, a instauração do processo se, fatalmente, poucos dias

1. In *Processo Penal Brasileiro*, RT, p. 250.

2. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, in *As nulidades no processo penal*, Malheiros, 1994.

3. In *Ação penal*, Aide, p. 64.

após, o decurso do tempo ferirá de morte a pretensão punitiva ante a pena abstratamente cominada na lei penal”.

“Como o Promotor tem, perfeitamente, como supor, em face do que dispõem os arts. 59 e 68 do CP, a provável reprimenda penal, e, assim, pode muito bem concluir se em razão dela ocorrerá ou não a prescrição, (arts. 110 e §§ do CP), nada recomenda, em caso afirmativo, que movimente a jurisdição para buscar uma sentença que não produzirá qualquer efeito, no crime ou no cível”.

“Se de um lado é de rigor a denúncia, em face do princípio da obrigatoriedade, resulta irretorquível, de outro, a completa inutilidade na movimentação da complexa e cara máquina judiciária, pois a prática de atos processuais de que já não se espera qualquer resultado jurídico e socialmente útil gera abominável círculo vicioso, já que emperra a atividade jurisdicional e torna imprestáveis, pela continuação dos atrasos, outros processos por fatos graves e de alta impactação, a justificar a atenção de todos os atores da cena judiciária.

O que sugerimos, então? A instauração do processo que, pelo visto, não conduzirá a nada e só acarretará perda de tempo e de dinheiro público, em prejuízo da atuação das instâncias formais no combate da vertiginosa e assustadora criminalidade, ou, quem sabe, o arquivamento do inquérito?

Embora pouco estudada a questão, pensamos que como não haverá relação alguma de utilidade entre a sentença e o direito lesado — cuja proteção poderia ser buscada se o fato já não tivesse até mesmo caído no esquecimento de todos — há base jurídica sólida para o pedido de arquivamento do inquérito ou peças de informações, qual seja, a que decorre da absoluta ausência de uma das condições da ação, isto é, o interesse de agir” (pp. 65-66).

Não vemos como refutar tais argumentos.

O processo moderno não mais pode ser encarado como mero instrumento técnico a serviço do direito, mas há de ser entendido como instrumento ético a serviço da sociedade, para a realização da ordem jurídica justa. Deve ser estudado e utilizado não somente do ponto de vista dos produtores do sistema jurídico mas também dos seus consumidores, na linguagem de Mauro Cappelletti.

Segundo esta nova visão do processo, salienta, entre nós, Cândido Rangel Dinamarco⁴ que: “a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito...” Ora, é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções, nem permita que com isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor não de participar o processualista e o juiz e de ambos se espera, para que possam chegar a bom termo, uma racional mas decidida mudança de mentalidade. É preciso implantar um novo “método de pensamento”, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo... O juiz e o cientista do direito

4. In *A instrumentalidade do processo*, RT, 2.ª ed., p. 386.

são cidadãos qualificados, de quem a sociedade espera um grau elevado de participação política, revelando as mazelas do direito positivo e levando aos centros de decisão política os frutos de sua experiência profissional, com propostas inovadoras”.

Injustificável, portanto, aceitar-se comodamente a utilização da máquina judiciária, ocupando juízes, membros do Ministério Público, advogados, serventuários e produzindo despesas públicas, se já se sabe, de antemão, que o resultado da atividade estatal será inócuo. Pensar diversamente equivale a sobrepor o meio ao fim, a priorizar a forma em detrimento do conteúdo.

Deve, pois, o Ministério Público, como órgão constitucionalmente incumbido de exercitar o *ius persequendi*, velar para que tal exercício se opere de modo correto e racional. A lei não o obriga a dar início à ação penal diante de toda e qualquer *notitia criminis* que chega ao seu conhecimento.

Como bem acentuado pelo Mestre fluminense Weber Martins Batista:⁵ “o princípio da legalidade não subtrai do Ministério Público o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal, o que é evidente. Dever de denunciar não significa mais que, perdoe-se o truísmo, dever de denunciar quando for o caso de denunciar”.

Confia-se, portanto, ao Ministério Público o uso responsável dos poderes a ele cometidos, pois quando o Estado: “pelo seu órgão titular da ação penal pública, fundamentadamente se recusa a promover a ação penal pública, aí vemos o Ministério Público a condicionar o exercício do *ius puniendi* e a exercitar uma parcela da soberania”, porque “ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, ele dá a palavra final do Estado-soberano não quando acusa, mas quando deixa de acusar”.⁶

A título de informação, esta postura tem sido sistematicamente adotada pelo Ministério Público paulista, cujo Procurador-Geral tem insistido no arquivamento de inquéritos policiais em que ocorre a situação ora analisada (v. *Boletim do IBCCrim* de abril).

Dir-se-á que o acusado tem direito a ser julgado, a fim de que obtenha uma sentença absolutória, que, ao menos sob a ótica moral, tem valor superior à decisão que simplesmente extingue o processo sem exame do mérito. Deveras, conquanto o nosso Código não se mostre sensível a esta situação — ao contrário do estatuto processual italiano de 1930,⁷ cujo art. 152, § 2.º, determina ao Juiz pronunciar-se sobre o mérito ao invés de declarar a extinção da punibilidade, sempre que já existentes nos autos provas que autorizem a absolvição do imputado — o direito ao julgamento do mérito só valeria, evidentemente, ao acusado, assim entendido aquele em relação

5. In *Direito penal e Direito processual penal*, Forense, 1987, p. 181.

6. Hugo Nigro Mazzilli, in “As atribuições do Ministério Público na LC 75”, de 20.5.93, art. publicado na *RT* 696/444.

7. Quando risulta una causa di estinzione del reato, ma già esistono prove le quali rendono evidenze che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non è preveduto dalla legge come reato, il giudice pronuncia in merito, prosciogliendo con la formula prescritta (592).

a quem foi instaurada uma ação penal condenatória. Ao simples indiciado interessa apenas o arquivamento do inquérito policial e nada mais.

Este posicionamento é, evidentemente inquestionável, porquanto iniciada a ação penal, torna-se ela indisponível, devendo-se prosseguir até o seu natural desfecho, dada a inexistência, *de lege lata*, do julgamento antecipado da lide. A propósito, assim decidiram o TACRimSP, o TJMG e o STJ, respectivamente:

“Pretensão punitiva — Reconhecimento com base na pena a ser ainda concretizada em futura sentença — Inadmissibilidade — Hipótese em que, enquanto não houver condenação, a pena é abstrata e o prazo prescricional calculado pelo máximo — Aplicação do art. 109, V, do CP — Voto vencido” (RT 688/323).

“Prescrição retroativa — Reconhecimento antes da condenação com base em hipotética fixação da pena — Verdadeiro julgamento antecipado da lide penal — Falta de garantia do contraditório — Enquanto não ocorrer a prescrição, da pena em abstrato, tem o réu direito à sentença de mérito — Apelação provida para prosseguimento do processo — Inteligência dos arts. 109, 110 e seus §§ e 112, I, do CP e art. 5.º, LVII da CF” (RT 697/337).

“Recurso de *Habeas Corpus* — Prescrição Retroativa — Art. 110, §§ 1.º e 2.º do CP. Impossível o reconhecimento da prescrição retroativa, antes da condenação do réu, com base em hipotética pena mínima. Recurso improvido” (STJ, RHC 3.140-9/SP, Rel. Min. José Candido, j. 8.2.94).

No caso versado nestes autos, contudo, a situação é bem diversa, pois ainda não há ação penal instaurada, mas unicamente um procedimento investigatório, cuja finalidade é precisamente a de dotar o Ministério Público de provas mínimas para o exercício eficiente do *ius perseguendi*.

Conclusões

Das considerações aqui expendidas, podemos concluir que:

1) Em determinadas situações, examinadas caso a caso, é possível, sem que isto importe em exercício de futurologia, prever o máximo da pena a ser concretizada em eventual sentença condenatória. Na hipótese em apreço, a suposta emitente de cheque sem fundos, primária, sem antecedentes conhecidos e contra quem não há agravantes legais, jamais receberá pena próxima do máximo previsto no tipo penal. Mas, imaginando uma hipótese absurda de apenamento de 4 anos de reclusão, a prescrição ocorreria em 8 anos, já transcorridos desde a data do fato. Outro exemplo: agente indiciado por crime de lesões corporais nunca será apenado no máximo legal, a menos que todas as circunstâncias lhe sejam desfavoráveis, o que é praticamente impossível. Resultado: a prescrição do *ius puniendi* do Estado, em face da pena máxima a ser concretizada (inferior a um ano), se verificará no prazo de dois anos após o cometimento do ilícito. Logo, se já transcorrido este prazo, não se justifica, por total ineficácia jurídica, a instauração de ação penal.

2) Nestas e em outras situações excepcionais, o inquérito policial deverá ser arquivado por falta de uma das condições para o exercício da ação penal (art. 43, III, do CPP), qual seja, o interesse de agir, assim entendido sob o binômio necessidade-utilidade da tutela jurisdicional, que, muito embora indispensável à realização objetiva do poder-dever de punir do Estado, somente deve ser provocada se do provimento solicitado puder resultar algo de útil e eficaz.

3) O processo moderno não se adstringe à técnica dirigida à realização de direito, mas impõe uma permanente concepção instrumentalista que não transige com a falta de efetividade e de utilidade social e jurídica da atividade jurisdicional.

4) Com esta mentalidade, justo e legal é o arquivamento de inquérito policial que, se desembocasse em ação penal, oneraria inutilmente o Estado e os sujeitos principais e auxiliares do processo instaurado.

À vista destas ponderações, o parecer é no sentido de que V. Exa. promova o arquivamento do presente inquérito policial.

Brasília-DF, 17 de agosto de 1994.