

**ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO INDEFERIDO.** O “evidentemente não constituir crime” do art. 43, inc. I, do Código de Processo Penal, se refere ao fato atípico, não se incluindo, na expressão, as excludentes de criminalidade (art. 19 do Código Penal). Denúncia que se impõe.

**Tupinambá Miguel Castro do Nascimento**  
Promotor Público Assessor, designado

1. Em investigações criminais por homicídio, em que é indicado ALVARO JOÃO DE JESUS e vítima LUIZ NELSON DUTRA, o dr. Promotor Público que funciona na Vara do Júri desta Capital, entendeu de pedir arquivamento, por considerar comprovadas, na hipótese, as excludentes de legítima defesa e de estrito cumprimento do dever legal. O dr. Juiz de Direito, discordando da promoção, fez uso das providências indicadas no artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo o processo a esta Procuradoria.

2. Em princípio, entendo que, afora as hipóteses de morte em campo de batalha ou por carrasco em execução de pena de morte, não se pode falar, em homicídio, na excludente de estrito cumprimento do dever legal. A se admitir, na hipótese fática, tal tipo de excludente, seria reconhecer aos PMs um direito ou dever de matar, o que seria um absurdo. No dizer de HUNGRIA (Comentários ao Código Penal, vol. I, página 469, Edição Revista Forense, 1949), há a excludente “se uma norma penal incrimina tal ou qual fato, que entretanto, em determinados casos, outra norma jurídica, penal ou extrapenal, permite ou impõe...” E seria bizantino se querer provar que inexistente lei brasileira dando aos PMs o direito ou a faculdade de matar qualquer tipo de meliante.

3. Também, em tese, entendo que, em se tratando de homicídio, não pode haver, liminarmente, arquivamento das investigações sob a alegação de legítima defesa comprovada. Na conformidade com a regra contida no § 18 do artigo 153 da Constituição Federal, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é da competência do Tribunal do Júri. Mesmo na hipótese do artigo 411 do Código de Processo Penal, o Juiz, ao absolver o réu com o fundamento da legítima defesa, deve recorrer de ofício, para garantia da ocorrência invidiosa da excludente. Seria ilícito,

portanto, que, antes da instrução processual, em que existem exclusivamente peças informativas, sem a fiscalização das partes, pudesse se admitir o arquivamento, num julgamento *ab initio* e sem a fiscalização da 2.<sup>a</sup> instância. Assim se interpretando, inadmissível, na sistemática do Código de Processo Penal, é o arquivamento em homicídio, pela excludente da defesa legítima.

Ademais, o artigo 310 do Código de Processo Penal, ao permitir que o juiz, no exame do auto de prisão em flagrante, relaxe a prisão, concedendo ao réu liberdade provisória, “mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo”, determina, a contrário senso, a propositura da ação mesmo com a comprovação liminar da excludente. E se justifica: se a prova colhida no inquérito não tem um valor ponderável para um juízo condenatório, inexplicável, noutro sentido, sua importância para, *in limine*, retirar um delito do julgamento pelo órgão constitucional competente.

O prof. HÉLIO TORNAGHI, examinando o art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal, diz “pouco importa que, no caso concreto, não haja crime, isto é, que o fato seja lícito por ocorrido em qualquer das circunstâncias do art. 19 do Cód. Penal: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de um direito. Porque isso se vai provar durante a instrução” (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, vol. I, Tomo II, pág. 86, Edição Revista Forense, 1956). O “evidentemente não constituir crime” do artigo 43, inciso I, retro citado, no dizer do mesmo Autor, se refere “ao fato atípico, ao fato que não se conforma com nenhuma figura de crime descrita em lei” (pág. 86).

No dizer de JOSÉ FREDERICO MARQUES (Estudos de Direito Processual Penal, pág. 145, Forense, 1960), “não nos parece que caiba ao juiz transformar “contra legem” o ajuizamento da denúncia em verdadeiro juízo de formação de culpa para exame completo das provas precaríssimas e provisórias colhidas no inquérito policial e dizer, ao depois, se há crime a punir, ou se existe justificativa que torne lícito o fato típico de que se acusa o denunciado”. Dentro deste princípio, não pode o Promotor, estribado nas mesmas provas precárias, pedir arquivamento sob a alegação de que se trata de fato típico mas lícito.

4. Na hipótese fática, há, além de tudo, sérias dúvidas quanto à ocorrência da legítima defesa. Algumas circunstâncias são suficientes para lhe retirar qualquer grau de certeza. O indiciado alega que ficou junto a uma Kombi (a viatura policial estacionou

a dois metros da Kombi — fls.) com o revólver na mão. Pouco depois, teria chegado a vítima e lhe deu um tiro. Em defesa, o indiciado atirou várias vezes, atingindo-o e a vítima “saiu gatinhando, e em direção ao canto de uma casa onde caiu” (fls.). Se tal é verdade, visto que pouco, muito pouco poderia andar face “a ferimento transfixante do coração” (fls.), a vítima e o revólver deveriam ser encontrados no mesmo local ou próximos um do outro.

A testemunha Carlos Freitas, a fls., também PM, que procura corroborar a palavra do indiciado, diz que “quando localizou o elemento civil caído, no local do fato, este segurava uma arma na mão, que, posteriormente, foi recolhida por policiais civis”. No entanto, no Levantamento do local, os senhores peritos encontraram a vítima caída na rua Umbu, em frente ao prédio de n.º 550, e o revólver na rua João Wallig, em frente ao prédio n.º 318 (fls.). Inexplicável este distanciamento entre a arma e vítima, considerando-se as alegações do indiciado e a pouca movimentação da vítima, face o ferimento no coração.

E mais: tudo faz crer que a vítima atirou com a mão esquerda, visto que “na mão esquerda do cadáver notamos o que nos pareceu, pelo aspecto físico, resíduos de combustão de pólvora” (fls.), é o que dizem os peritos. Ora, um dos tiros atingiu a vítima no punho esquerdo, transfixando-o (auto de necrópsia de fls. e fotografias de fls.). Há, portanto, uma suspeita, permitível para efeito de denúncia, de que a vítima foi ferida no punho, na rua João Wallig, quando perdeu sua arma, e veio a ser morta na rua Umbu, onde caiu.

Acrescente-se, ainda, que o ferimento no punho esquerdo exige que o braço da vítima estivesse, relativamente ao atirador, numa posição muito parecida com aquela referida pelo próprio indiciado, de que a vítima, antes de ser ferida, levantou “ambos os braços, em sinal característico de quem se entrega” (fls.).

São dúvidas a respeito do fato, que necessitam ser solucionadas na instrução. Ora, se em processo sujeito ao Tribunal do Júri, na fase da pronúncia, a dúvida sobre a legítima defesa importa em dúvida *pro societate*, como é cediço na jurisprudência pátria, porque, em fase de denúncia, poderão as dúvidas sustentar um pedido de arquivamento?

5. Ante o exposto, opino seja designado outro Promotor Público para officiar no processo, apresentando a necessária denúncia.

Porto Alegre, 13 de março de 1975.