



PARECERES

**INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO CONTRA MEMBROS DO
M. P. AUSÊNCIA DE TÍPICIDADE. ARQUIVAMENTO NO
ÂMBITO DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA**

INQUÉRITO POLICIAL N.º 046/82

Indiciados: DR. N. C.

DR. L. C. H. DE A. M.

"E. DE L."

"M. DE T."

Inquérito policial instaurado contra membros do Ministério Público. Ausência de tipicidade. Inteligência do art. 20 da Lei Complementar n.º 40, de 14 de dezembro de 1981. Arquivamento do procedimento investigatório no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça.

PARECER

Trata-se de inquérito policial instaurado na Corregedoria de Polícia, do Departamento Geral de Polícia Civil, contra o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça Dr. N. C. e contra outros membros do Ministério Público designados pelos nomes "E. de L." e "M. de T.", bem como contra o Promotor de Justiça L. C. H. de A. M., em razão de requisição firmada pelo Juiz de Direito Antonio Sebastião de Lima, com alegado e suposto fundamento no art. 5.º, inciso II, do Código de Processo Penal.

Os fatos que antecederam à abertura do procedimento investigatório e se constituíram em sua afirmada base foram assim resumidos no corpo de representação já oferecida perante o Egrégio Conselho da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro contra o magistrado requisitante:

"No dia 7 de julho do corrente ano, compareceram na Procuradoria-Geral de Justiça representantes legais de diversas menores, todas estudantes do Colégio Estadual Prefeito Mendes de Moraes, situado na Ilha do Go-

vernador, nesta cidade, solicitando a adoção de providências em razão de fatos ocorridos com ditas menores, envolvendo a professora do citado colégio de nome G. de B. R. e seu marido A. D. de B. R.

Tais fatos teriam consistido no aliciamento das menores por parte da professora G. para fins de satisfazer a lascívia de seu marido A. que, se dizendo psicólogo e se utilizando de simulados testes de excitação e de sexualidade, além de alegações de "necessidade de libertação sexual", simulação de testes clínicos etc., praticava com as menores, na própria residência do casal, atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Referidos episódios ensejaram a instauração de sindicância no âmbito do Colégio, posteriormente convertida em Inquérito Administrativo, tendo os responsáveis pelas menores sido encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça para as medidas cabíveis, o que se operou com a remessa à chefia do **parquet** de peças do procedimento administrativo, por iniciativa do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Administração, consoante docs. anexos.

Pelo relato dos pais das jovens, verificou-se, de pronto, tangentemente à prof.^a G., a realização da figura típica prevista no art. 227 do Código Penal ("intermediação à lascívia de outrem"), delito este, por sem dúvida, perseguível por ação pública incondicionada.

No respeitante ao "psicólogo" A., indubitavelmente se via perfeccionado o tipo penal do art. 216 do C. P. ("atentado ao pudor mediante fraude"). E, como este ilícito é daqueles cuja respectiva ação penal, embora de natureza pública, se condiciona à oferta de representação, esta se fez formalizada através de petição dirigida ao Procurador-Geral da Justiça e assinada por: V. da S. C., na qualidade de mãe da menor A. da S. C., M. O. Q., na qualidade de pai da menor S. S. O., N. dos S. B., na qualidade de mãe da menor E. dos S. B., J. M. de S. C., na qualidade de mãe da menor M. de L. F. A., I. C. de O., na qualidade de pai da menor M. G. C. de O. e C. M. B. G., na condição de cunhada e representante de A. C. G.

Legitimado, assim, o Ministério Público para a propositura da ação penal no que concernia ao crime contra os costumes praticado pelo se dizente psicólogo A. D. de B. R., ao ilustre Promotor de Justiça Dr. L. C. H. de A. M., designado especialmente para o caso, foram remetidas as necessárias peças informativas, sendo que, recebendo-as, firmou sua **opinio delicti** e cuidou de oferecer denún-

cia contra o celerado casal, dando a professora G. como incurso — **verbis** — “nas penas do art. 227, § 2.º (duas vezes), do art. 227 **caput** e do art. 227 c/c art. 12, inc. II, aplicada a regra do art. 51 **caput**, observando-se o aumento de pena previsto no art. 226, inc. III, tudo do Código Penal”, e seu marido A. como incurso — **verbis** — “nas penas do art. 216 **caput** (duas vezes) e do art. 216, parágrafo único (cinco vezes), aplicada a regra do art. 51, **caput**, com o aumento de pena previsto no art. 226, inc. III, tudo do Código Penal”.

A denúncia foi recebida e o feito seguiu seus trâmites legais.

Aconteceu, contudo, que a defesa dos denunciados ofertou “exceção de ilegitimidade de parte”, sob o fundamento da inexistência de miserabilidade “das moças ou de seus pais”.

Em face da exceção argüida, o representado deliberou tomar por termo as declarações dos representantes legais das estudantes, à exceção dos da menor M. de S. C.

Ao depois, julgando a aludida **exceptio** entendeu o representado de acolhê-la sob o argumento de que os responsáveis pelas estudantes — **verbis** — “ouvidos em Juízo, demonstram possuir bens e rendimentos que permitem suportar as despesas processuais” e de que, por conseqüência, **verbis** — “nenhum deles se enquadra na categoria jurídica de miserável”, concluindo por julgar “extinto o processo em relação ao Réu A. D. de B. R.”, sendo certo, porém, que dessa decisão o Dr. Promotor de Justiça interpôs o recurso cabível.

Entretanto, não se limitou o representado a regular prestação de jurisdição. Foi além, muito além. Considerou criminosa a atuação do Ministério Público, não só do Promotor de Justiça que funciona na ação penal que, ao ver do representado teria praticado o crime de “falsidade ideológica contida na própria denúncia” (art. 299 C. P.), como também do Procurador-Geral de Justiça e de outros membros do Ministério Público — integrantes de suas assessorias, aos quais, aproveitando-se de textos de depoimentos colhidos, nomeia desrespeitosamente de “E. de L.” e de “M. de T.”, atribuindo-lhes a prática dos crimes de — **verbis** — “prevaricação e advocacia administrativa, delitos tipificados sob os artigos 319 e 321, do Código Penal” (**sic**). É criminosa a atuação destes membros do **parquet**, ao ver do representado, porque os responsáveis pelas menores “teriam sido induzidos” por eles “a formular a re-

apresentação". Segundo assevera o representado — **verbis** — "Aos responsáveis não teria sido perguntado, pelos órgãos do Ministério Público, se eram pobres ou se podiam arcar com as despesas processuais, mas, de modo ambíguo, se eles eram ricos ou se tinham muito dinheiro".

Nada obstante, apesar de fazer rezado na decisão em tela tal entendimento, não tratou de determinar a extração de peças e a expedição de ofício para requisição de Inquérito Policial e outras medidas paralelas.

Porém, sem que houvesse mesmo qualquer despacho anterior, expediu-se ofício à Corregedoria de Polícia requisitando Inquérito Policial contra o Procurador-Geral de Justiça, "E. de L." e "M. de t." e "outros que eventualmente forem identificados", além de ofício à OAB/RJ e ao Conselho Superior do Ministério Público, sendo que, propositadamente, a este último não se fez qualquer referência à requisição de Inquérito Policial.

Agindo assim à sorrelfa, em comportamento que, por conotado de clandestinidade não se compadece com a dignidade das nobres funções que desempenha, sem que sequer as cópias dos ofícios fossem oportunamente juntadas aos autos, o Dr. Juiz em apreço deu ensejo a que a ilustrada Corregedoria de Polícia deflagrasse a instauração de Inquérito Policial contra o Procurador-Geral de Justiça e outros membros do Ministério Público, via de despacho do Dr. Corregedor de Polícia datado de 12 de novembro do corrente ano.

Instaurado o Inquérito Policial em razão do aludido despacho, o Delegado de Polícia designado para presidi-lo determinou o comparecimento naquele organismo dos professores E. M. Z. G., S. M. P. P., V. M. G. M. e A. dos S. B. — **verbis** — "para prestarem declarações nestes autos, no próximo dia 23 do corrente, às 14,00 horas", ensejando expedição de ofício, para tal fim, ao Sr. Diretor do Colégio Estadual Mendes de Moraes."

Em data de 18 de novembro de 1982, alertada pelo estrépio publicitário, esta Procuradoria-Geral de Justiça, agindo nos termos do art. 20 da Lei Complementar n.º 40, de 14 de dezembro de 1981, requisitou à autoridade policial providências no sentido da remessa dos autos do inquérito no estado em que se encontrassem, no que foi prontamente atendida.

Este o surpreendente, inconcebível e quase inacreditável episódio que será a seguir analisado sob os aspectos da legalidade da requisição e pertinência das infrações penais em cogitação pelo magistrado requisitante.

Em primeiro lugar, cabe observar que por mais absurda, descabida e improcedente se mostre a requisição judicial ou ministerial, esta não é passível de desatendimento por parte da autoridade a quem é ela dirigida.

Requisição, como ensina o acatado magistério do professor Helio Tornaghi:

"Tem conteúdo de exigência e significa mais que requerimento. Requisitar é pedir aquilo que deve ser feito, requerer é pedir aquilo que pode ser feito" (Comentários ao Código de Processo Penal, vol. I, tomo I, pág. 142, Forense, 1956).

Sobre o assunto, veja-se ainda a seguinte e definitiva lição do excelente professor Fernando da Costa Tourinho Filho:

"Observe-se que o legislador, no item II, fala em requisição e requerimento, procurando, assim, distinguir as duas situações. Requisição é exigência legal. Requisitar é exigir legalmente. Já a palavra requerimento traduz a solicitação de algo permitido por lei.

Note-se, também, que no art. 13, item II, o legislador criou para a autoridade policial o dever de realizar as diligências requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público e silenciou, como não podia deixar de ser, quanto à possibilidade de indeferir tais requisições.

Não poderá, pois, a autoridade policial deixar de atender às requisições da autoridade judicial ou do Ministério Público" (Processo Penal, Ed. Jalovi, 4.^a ed., 1978, vol. I, pág. 189).

As considerações críticas de ordem jurídica que adiante desenvolvidas não se dirigem, portanto, à zelosa autoridade policial, que, fazendo instaurar o inquérito em atendimento à requisição judicial, simplesmente se inclinou aos ditames da lei, limitando-se a cumprir com exatidão seu dever funcional, o que só a faz merecedora de elogios.

Com essa ressalva, verifica-se que o inquérito policial ora em exame tem por finalidade apurar a prática de três infrações penais supostamente perpetradas pelos apontados indiciados, a saber: — ao Promotor de Justiça I. C. H. M. foi atribuído o crime de "falsidade ideológica" contido na própria denúncia, enquanto ao Procurador-Geral de Justiça e aos outros membros de seu Gabinete os crimes de "prevaricação" e "advocacia administrativa".

Examinemos cada um dos delitos aventados pelo juiz requisitante do inquérito.

Ao Dr. Promotor de Justiça que ofereceu denúncia contra o celerado casal, o Dr. Juiz de Direito atribui a prática do crime de falsidade ideológica, sem que, entretanto, especifique quais os fatos que constituiriam tal delito.

Segundo o Dr. Juiz de Direito, a falsidade ideológica estaria contida na própria denúncia. A situação é de perplexidade, pois não se fica sabendo se a denúncia, como um todo, é intelectualmente falsa, ou se, apenas, parte dela.

Diante disso, somos obrigados a examinar a possibilidade jurídica de um crime de falsidade ideológica — ter por instrumento a peça inicial de uma ação penal. Para tanto, iniciemos pela análise do bem jurídico protegido no crime definido no art. 299, do Código Penal.

O crime de falsidade ideológica está contido no Capítulo III, do Título X, da parte Especial do Código Penal, que tem por epígrafe — *da falsidade documental* —. Por seu turno, o Título X visa proteger o bem jurídico *fé pública*.

Nessas condições, o crime de falsidade ideológica para existir, necessariamente, deverá ser cometido através de um documento, cuja falsificação possua o condão de ofender a fé pública.

A denúncia oferecida em um processo criminal não tem o caráter de documento, por se tratar de instrumento sem valor probatório, que consubstancia uma pretensão sujeita à verificação judicial.

Os escritos sujeitos a essa verificação não são capazes de ofender a fé pública por lhes faltar a necessária *capacidade probatória*.

Esta é a opinião comum entre os doutores. *Nelson Hungria* ensina que: “se o oficial ou funcionário público (que recebe a declaração) está adstrito a averiguar, *propriis sensibus*, a fidelidade da declaração, o declarante, ainda quando falte à verdade, não cometerá ilícito penal” (*Comentários*, vol. IX, pág. 280, Forense, Rio, 1959). No mesmo sentido e repetindo as palavras de *Hungria*, temos a lição atual de *Heleno Fragoso* (*Lições de Direito Penal*, Parte Especial, pág. 355, Forense, Rio, 1981).

Na jurisprudência, o entendimento, também, não é discrepante, pois o Supremo Tribunal Federal, julgando os *habeas corpus* n.ºs 40.782 e 43.396, consagrou o princípio de inexistir falsidade ideológica em escrito sujeito à verificação, bem como não constituir documento o escrito sem aptidão para causar prejuízos (Cf. *Heleno Fragoso*, *Jurisprudência Criminal*, vol. I, n.ºs).

A doutrina estrangeira comunga com a nacional.

Antolisei em seu *Manuale di Diritto Penale* (vol. II, parte especial, pág. 541, *Giuffrè*, Milão, 1966), assim se expressa: “*come per tutti i reati contro la fede pubblica, la falsità deve essere giuridicamente rilevante. Se il mendacio non può offendere la pubblica fede, nè mette-*

re, nè mettere in pericolo l'interesse specifico che è garantito dalla veridicità del documento, il fatto non cade sotto la sanzione penale”.

Quanto à necessidade de se constituir o escrito incriminado um meio de prova, assim leciona *Silvio Ranieri*: “oggetto giuridico di questo delitto è l'interesse dello Stato al rispetto di quei mezzi di prova che hanno la loro espressione nei documenti pubblici, e in relazione, particolarmente, alla veridicità del loro contenuto” (*Manuale de Diritto Panale*, vol. II, parte especial, pág. 662, Pádua, 1962).

No mesmo sentido *Schönke-Schröder* (*Kommentar*, § 271, n.º 18, *apud* Heleno Fragoso, *op. cit.*, pág. 354), para quem é juridicamente relevante a declaração quando, isolada ou em conjunto com outros fatos, tenha significado direto ou indireto para constituir, fundamentar ou modificar direito ou relação jurídica pública ou privada”.

Nessas condições, impossível será enquadrar-se a denúncia no conceito jurídico-penal de documento, pois embora se trate de um escrito identificado, nela não há uma declaração de vontade destinada à prova da constituição, da fundamentação ou da modificação de um direito.

Ao contrário, como já foi dito, a denúncia contém uma pretensão punitiva a ser provada, ficando todo o seu conteúdo submetido ao exame e à decisão do Poder Judiciário.

Tal escrito não é, portanto, documento em sentido jurídico-penal e, não sendo documento, não tem capacidade para ofender a fé pública, através de um crime de falsidade documental.

A não ser assim, seríamos obrigados a reconhecer a falsidade ideológica no escrito defensivo manifestado no processo pelo réu, quando seu conteúdo não fosse verídico, e tal seria absurdo.

Destaque-se, ainda, que mesmo que assim não se entenda, o que admitimos, apenas, para argumentar, nenhum crime poderia ser imputado ao Dr. Promotor de Justiça por haver proposto uma ação penal pública afirmando serem os representantes legais das menores incapazes de prover as despesas do processo.

Como já se viu, o Dr. Promotor de Justiça foi designado especialmente para o caso, como é do costume. Com a portaria de designação recebeu ele as peças de informação dentre as quais se incluía a representação formulada pelos representantes legais das ofendidas.

Assim, não lhe cabia, por se tratar de momento processual já superado, investigar sobre tal representação.

Para a propositura da ação penal, nos casos em que a legitimação para agir do Ministério Público depende de representação, basta a existência física dessa delação postulatória, pois os seus pressupostos ou condições serão objeto de um juízo posterior, a ser feito quando da entrega da prestação jurisdicional.

Ao Promotor de Justiça não cabe, necessariamente, investigar, *a priori*, se as pessoas que ofereceram a representação são ou não juridicamente miseráveis, pois essa verificação poderá e deverá ser feita no curso da lide.

Tanto isso é verdade, que o Supremo Tribunal Federal, sempre tão informal em matéria de representação, já em 1-7-53, julgando o HC 32.553-SP, assim já decidia:

"A miserabilidade da ofendida, como condição de procedibilidade da ação penal, pode ser provada a todo o tempo, antes da sentença final, não afetando a subsistência da representação o fato de ser tal prova produzida fora do prazo marcado para esta" (in Diário da Justiça de 17-1-55, apenso, pág. 157).

Outrossim, em expressivo Acórdão estampado na "Revista dos Tribunais" e recolhido por Damásio Evangelista de Jesus, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo assim já proclamou:

"Não acarreta a decadência o fato de não ter sido juntado, decorridos seis meses da representação, o atestado de pobreza. O que a Lei exige é que a representação seja feita naquele prazo e que na oportunidade de seu oferecimento a ofendida seja pobre, pouco importando que a prova dessa circunstância só mais tarde venha a ser feita. Uma coisa é o fato, outra é a prova do fato" (Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 1981, pág. 27).

Por estes motivos, ainda que a denúncia pudesse ser considerada como documento, seria impossível se vislumbrar no comportamento do Dr. Promotor o elemento subjetivo exigido no tipo do art. 299. Sua Excelência agiu no mais puro cumprimento de seu dever de fiscal da lei, dentro dos seus mais estritos limites, atuando com a seriedade que o caso, dos mais graves e torpes, exigia. Estranho é que aquele que cumpre seu dever, cobrando a responsabilidade de pessoas que teriam praticado crime abominável, veja, de um momento para outro, a liberação do réu e se converta ele, Promotor de Justiça, em criminoso. Irrisão.

Por todas estas considerações não há nenhum crime a ser apurado em relação à denúncia ofertada pelo Dr. L. C. H. de A. M.

Vejamos, agora, as demais imputações.

Na sentença que deu causa à instauração do presente inquérito, o Dr. Juiz de Direito afirmou:

"O que se viu na instrução é que tais responsáveis teriam sido induzidos por membros do Ministério Público, entre eles os Procuradores N. C., E. de L. e M. de T. — citados

nominalmente — no recinto da Procuradoria-Geral de Justiça, a formular representação para que a ação, originalmente privada, pudesse revestir-se do caráter público.”

Em razão desse fato, atribuído ao Procurador-Geral de Justiça e a membros de seu gabinete, entendeu o Dr. Juiz de Direito que teriam sido cometidos os crimes de “prevaricação” e “advocacia administrativa”.

É estranho que um Magistrado Criminal que, pelo menos teoricamente, encerra em si a presunção de conhecer a lei, impute a alguém crimes que se excluem reciprocamente.

O crime de advocacia administrativa é definido no art. 321, do Código Penal, nos seguintes termos:

“Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário.”

Assim, a ação nuclear, expressa pelo verbo do crime, é a de patrocinar.

O Prof. *Heleno Fragoso*, que coincidentemente é pai do ilustre advogado que patrocina os interesses dos réus na ação penal originária, examinando esse ilícito, assim leciona:

“Patrocinar é advogar perante uma autoridade, motivo pelo qual o interesse privado não deve corresponder a ato de ofício do próprio agente. Em tal hipótese, o crime seria de prevaricação ou corrupção passiva, conforme o caso” (Lições de Direito Penal, Parte Especial, pág. 437, Forense, Rio, 1981).

Nessas condições, o entendimento segundo o qual ambos os crimes teriam sido praticados estabelece uma antinomia insuperável, pois: ou haverá advocacia administrativa, ou haverá prevaricação, jamais os dois em concurso.

Enfrentemos as duas situações, a despeito de sua incoerência.

Analisemos, em primeiro lugar, o crime de advocacia administrativa.

A ação constitutiva desse ilícito, como já se disse, outra não é, senão, a de patrocinar, aproveitando-se da condição de funcionário público, um interesse privado, de outra pessoa, em face da administração pública.

Assim, é indispensável a existência de um *interesse privado*, que seja defendido, pleiteado, em suma, advogado pelo funcionário público.

No caso em tela, segundo o Dr. Juiz de Direito autor da denúncia, a conduta criminosa teria consistido em o Procurador-Geral de Justiça e seus auxiliares terem induzido os pais das menores a oferecer representação, com o objetivo de transformar uma ação penal privada em ação penal pública.

Inicialmente, cumpre destacar que os fatos não foram esses, pois a atuação da Procuradoria-Geral se limitou ao recebimento de uma representação que lhes foi oferecida, fato muito diverso daquele de induzir outrem a representar.

Além disso, torna-se manifesto que, assim agindo, as autoridades indigitadas outra coisa não fizeram, senão, praticar um ato de seu ofício, qual seja, o de acolher uma representação que lhes foi ofertada por aqueles que a podiam oferecer.

Por isso, se praticaram um ato de seu próprio ofício, fica desde logo afastada a hipótese do cometimento do crime de advocacia administrativa.

Não se limita este, entretanto, o vício da imputação. Há coisa mais evidente.

Como exige a lei, o crime consiste em patrocinar *interesse privado* e, na hipótese, não há nenhum interesse privado a ser patrocinado, isto porque, na ação penal, seja ela de que natureza for, há, apenas, o interesse do Estado em obter a condenação do criminoso, uma vez que o direito de punir é, exclusivamente, público.

É de comum sabença que o cometimento de um crime não faz nascer para o sujeito passivo da relação criminal nenhum direito ou interesse de natureza penal. Os direitos ou interesses do sujeito passivo da relação criminal são sempre de natureza extrapenal e são patrocináveis perante a jurisdição civil.

Na ação penal, face ao seu conteúdo, só há um interesse, aquele de fazer concreto o direito de punir, que pertence, sempre, ao Estado e é absolutamente intransferível ao particular.

Assim, é impossível que o crime de advocacia administrativa possa ser cometido através de uma ação penal, pois nesta não há interesse privado patrocinável.

Há pois erro grosseiro em atribuir-se, em casos como os deste inquérito, a alguém o crime de advocacia administrativa.

Vejamos, agora, o crime de prevaricação.

O art. 319, assim define este ilícito:

“Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.”

Trata-se de tipo de conteúdo variado já que formas omissivas se somam a uma modalidade comissiva.

Na hipótese dos autos, tudo leva a crer que a imputação se refere à última parte do artigo, ou seja, praticar ato de ofício contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

O enquadramento da conduta atribuída aos indigitados autores ao tipo é, extremamente, difícil. Dificuldade que parece ter sido apresentada pelo próprio Dr. Juiz de Direito, tanto assim, que S. Exa. não foi capaz de indicar, em sua sentença, qual teria sido o sentimento ou interesse que se teria pretendido satisfazer.

É preciso que os fatos sejam enfrentados. Façamos isso.

Pais de menores, que foram vítimas de crimes extremamente graves, cometidos a partir de uma escola pública, procuraram a chefia do Ministério Público para pedir providências. Essas pessoas manifestaram a vontade de oferecer representação, por não possuírem os meios necessários para a propositura da ação penal privada.

Diante disso, qual deveria ter sido a atitude da Procuradoria-Geral? Outra não poderia ter sido, senão, a de receber a representação e tomar as providências necessárias à instauração da competente ação penal.

Prevaricação poderia existir se a atitude tivesse sido outra.

A conduta da Procuradoria-Geral de Justiça foi inspirada, exclusivamente, pelo interesse público, que lhe cabe resguardar e defender. Nada mais foi feito, senão, cumprir-se um dever.

Qual teria sido, na hipótese, o interesse ou sentimento pessoal que poderia ter inspirado a atuação do Procurador-Geral e de seus auxiliares?

O Dr. Juiz não informa, nem conseguimos imaginar.

Além disso, como já se demonstrou em outra parte deste parecer, não cabe ao Ministério Público, ao receber a representação, investigar sobre o estado de miserabilidade dos representantes, já que tal fato será apurado no curso da ação penal. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, desde há muito, já fixou entendimento no sentido de que a prova da miserabilidade pode ser feita a qualquer tempo, antes da sentença. Por isso, se investigação mais profunda não foi feita, isso não pode significar que se tenha agido em contemplação de sentimento ou interesse pessoal.

Não bastasse isso, suficiente seria dizer que, na hipótese, a figura típica não se integrou, pois o ato, ainda que se admitisse ser possível de prevaricação, não foi praticado contra disposição expressa de lei.

Qual a disposição expressa de lei que teria sido relegada? Nenhuma.

Além disso, para que alguém possa ser processado por esse crime é indispensável que se indique, desde logo, qual teria sido o interesse ou sentimento pessoal inspirador da conduta. Esse dado subjetivo, caracterizador do chamado dolo específico, é elemento do

tipo e, por isso, desde sempre deverá estar evidenciado, até porque, em favor da autoridade pública milita a presunção de honorabilidade, na prática de atos de ofício.

Foi por isso que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 48.564, do qual foi relator o Exmo. Sr. Ministro Thompson Flores, decidiu que: "é inepta a denúncia pela figura jurídica do art. 319 CP, quando sob a forma comissiva, omite, com grave prejuízo para a defesa, os fatos ou circunstâncias que o revelam."

Heleno Fragoso, comentando essa decisão em seu livro *Jurisprudência Criminal*, vol. II, pág. 379, n.º 365, (Borsoi, Rio, 1973), assim se expressa:

"A denúncia omite elemento essencial da conduta típica, deixando de explicitar em que consistiu o fim de agir. Limitava-se a referir a expressão da própria lei ("para satisfazer interesse ou sentimento pessoal")."

"Como bem anotou o ilustre relator, em seu voto, "era mister concretizar em que teria consistido esse interesse ou o próprio sentimento, precisando-o, mencionando o fato ou fatos que teriam levado à incriminação, pois, sem sua existência, não se configura a tipicidade penal sobre a qual iria repousar a demanda criminal."

"No caso do crime de prevaricação, em que o fim de agir desempenha função importante na economia do delito, constituindo elemento (subjetivo) do tipo, como, aliás, assinalou o acórdão, exigência de expressa narração dos fatos que constituem é essencial e sua falta implica em irreversível inépcia da denúncia. A decisão foi unânime ("RTJ" 56/770)."

Nessas condições, evidentemente, não há nenhum crime a ser punido, não passando a imputação de leviandade reprovável de seu autor.

Resta, finalmente, apreciarmos a forma pela qual se deva dar solução a este inquérito.

Entendemos que deva o mesmo ser arquivado no âmbito desta Procuradoria-Geral, independentemente de qualquer manifestação judicial. Isto pelos motivos seguintes:

— Uma análise, ainda que perfunctória, do presente inquérito, leva à conclusão de que, a rigor, este inquérito, sequer, deveria ter sido instaurado.

A Lei Complementar n.º 40, de 14-12-81, em seu art. 20, parágrafo único, estatui:

“Quando, no curso de investigação, houver indício de prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial estadual remeterá imediatamente os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça.”

Em razão dessa norma, que tem nítido e inegável caráter processual, verifica-se que hoje, somente a Procuradoria-Geral de Justiça possui poder para promover regular investigação ou proceder contra membro do Ministério Público. Nenhuma outra autoridade pública possui atribuição legal para investigar ou determinar a investigação de condutas atribuídas a membros do Ministério Público. Nem por isso estarão elas imunes ou a salvo da ação investigatória estatal.

— Havendo indício de prática de infração penal, por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, imediatamente, sustará a investigação e remeterá os autos ao Procurador-Geral, que determinará as medidas que entender cabíveis para o prosseguimento das investigações ou para seu arquivamento.

Trata-se de dispositivo que deverá ser interpretado de maneira sistemática, ou seja, da mesma forma que é interpretado o art. 33, parágrafo único da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que assim estabelece:

“Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte de magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.”

Por isso, a requisição feita pelo Dr. Juiz de Direito, diretamente à autoridade policial, além de totalmente improcedente quanto ao mérito, é abusiva, porque contrária a dispositivo, este sim, expresso em lei, posterior e de categoria hierárquica superior.

O Dr. Juiz de Direito, que não poderia ignorar a disposição legal citada, ainda porque em tudo semelhante à da Lei Orgânica da Magistratura, sem dúvida, pretendeu sobretudo afrontar uma prerrogativa, que não foi instituída em benefício de pessoas, mas sim em contemplação da dignidade das funções exercidas pela Magistratura e Ministério Público.

Por isso, compete a esta Procuradoria-Geral, com exclusividade, determinar o prosseguimento ou o arquivamento deste inquérito.

Outrossim, decidindo-se a Procuradoria-Geral pelo arquivamento, este se concretizará no seu próprio âmbito, decisão essa que não necessita ser submetida ao Tribunal de Justiça, face à inocuidade de tal providência.

De fato, cabendo a esta Procuradoria-Geral, e somente a ela, a titularidade da ação penal, nenhum outro órgão se legitima para apreciar sua decisão. O sistema de controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal, nos casos de competência originária do Tribunal de Justiça se esgota na própria Procuradoria-Geral, face à impossibilidade de atuação de outro órgão censor.

Ademais, qual seria a solução, caso o arquivamento viesse a ser submetido ao Colendo Tribunal de Justiça e este não concordasse com a solução? Estaria criado um impasse insolúvel, envolvendo dois Poderes do Estado, com manifesto descrédito para os órgãos institucionais de ambos.

Por outro lado, deferir ao Tribunal de Justiça o poder de controle não previsto em lei, representaria clara e intolerável violação da regra divisória entre a acusação e a jurisdição, adotada como dogma na sistemática vigente.

Não foi por outra razão, aliás, que o Egrégio Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara tradicionalmente sufragou a tese ora preconizada, fazendo desde o julgamento da representação n.º 6 em vinte e um de janeiro de mil novecentos e cinqüenta e oito, proclamando, então, que nos crimes da competência originária do Tribunal de Justiça cabe ao próprio Procurador-Geral de Justiça arquivar o processo.

Nessa mesma linha de orientação, vale ainda lembrar a expressiva decisão adotada no mesmo Tribunal por seu então presidente, o ilustre Desembargador Homero de Pinho, ao acolher requerimento oferecido pelo chefe do Ministério Público, o saudoso Dr. Cândido de Oliveira Neto, na representação n.º 13/59, no sentido de lhe serem encaminhados os autos após as anotações de praxe para o fim de arquivamento por sua determinação (*in* Diário de Justiça, 5 de março de 1959, apenso, pág. 1000 e Diário de Justiça, 5 de dezembro de 1959, pág. 16.526).

Cuida-se, sem dúvida, de diretriz que mais atende aos altos interesses institucionais do Ministério Público, preservando com inteireza o poder de ação que lhe é com exclusividade deferido, e, por isso mesmo, sempre mereceu a preferência das Administrações do *Parquet* carioca.

Nessa linha são exemplos marcantes o brilhante parecer emitido pelo Procurador de Justiça e ilustre processualista Sergio Demoro Hamilton no protocolo n.º 1.744/71, publicado na "Revista de Direito", 1974, volume 19, páginas 151/157, e, mais recentemente, os pronunciamentos adotados nos expedientes n.ºs E-15/226/81, E-15/1843/

