

O direito alternativo e a rejeição da denúncia nos crimes de bagatela (*)

LUIZ ROBERTO SALLES SOUZA
Promotor de Justiça - SP

AUTOS Nº 044/92 - 3ª Vara de Guarujá
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrida: A.J.P.

Razões de Recurso

Egrégio Tribunal,
Douta Procuradoria de Justiça.

1. Recorre, em sentido estrito, o **Ministério Público do Estado de São Paulo** por não se conformar com a respeitável decisão do douto Juízo da 3ª Vara da Comarca de Guarujá que rejeitou a denúncia oferecida contra A.J.P. por violação ao artigo 129, *caput*, do Código Penal nos autos do processo nº 044/92.

Segundo consta da decisão recorrida, o dano físico da vítima insere-se nos casos acobertados pelo princípio da insignificância e por assim ser, o Poder Judiciário não se compece com o espiolhar de fatos que, a final, redundarão em absoluta perda de tempo, emperrando a máquina judiciária, que deve ser direcionada a solucionar questões que realmente mereçam sua intervenção. Consta, ainda, que a prova oral que seria produzida, no caso de acolhimento da inicial, limitar-se-ia ao confronto entre a acusada, a vítima e seu marido (fls.).

O recurso, em sentido estrito, foi interposto tempestivamente, tendo sido recebido (fls.).

2. No que pese o entendimento do ilustre julgador a quo, a verdade é que não havia amparo legal e doutrinário para a rejeição da denúncia.

2.1. O Código de Processo Penal⁽¹⁾, em seu artigo 43, estabelece os casos em que a denúncia será rejeitada:

(*) 3º lugar dentre os trabalhos da área criminal no concurso "Melhor Arrazoado Forense", série 92/93.

(1) Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

- I - o fato narrado evidentemente não constituir crime;
- II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;
- III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

No magistério de Tourinho Filho⁽²⁾ encontramos a interpretação mais precisa e concisa do texto legal no sentido de que a ação penal está adstrita a certas condições, que se denominam condições de procedibilidade. O mesmo autor esclarece que tais condições são de duas ordens, ou seja, genéricas e específicas, sendo certo que aquelas são sempre exigidas (independentemente da ação penal ser pública ou privada) e dizem respeito a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para agir e ao interesse de agir; as específicas quando a lei material ou instrumental ensejarem a sua ocorrência.

A possibilidade jurídica do pedido está prevista no inciso I do artigo 43 do CPP, assim, a pretensão punitiva há de provir de fato típico. Em sendo o fato praticado atípico, não há infração; não havendo infração, não pode haver pretensão punitiva e, não havendo pretensão punitiva, não pode ser exercida a ação penal. Da mesma forma, na ocorrência do inciso II do artigo 43 do CPP, desaparecida a relação jurídico-material com a extinção do **jus puniendi**, o processo não pode ser instaurado. A decisão, aí, incide sobre a própria relação jurídico-material.

No que toca a legitimidade para agir, por ser o crime praticado (art. 129, *caput*, do CP) de ação penal pública incondicionada, caberia tão-somente ao **Ministério Público** tal mister (art. 129, I da Constituição Federal e inciso III do art. 43 do CPP).

Assim, o Estado-juiz somente poderá rejeitar a denúncia:

- a) se ausente uma das condições genéricas (possibilidade jurídica do pedido, **legitimatío ad causam** ou interesse de agir);
- b) se ausente a condição específica (que não se aplica ao presente caso), e, finalmente,
- c) quando inobservado o disposto no artigo 41⁽³⁾.

Ao contrário, o douto julgador de primeiro grau rejeitou a denúncia por motivos outros que não aqueles permitidos por lei. O próprio Supremo Tribunal Federal⁽⁴⁾ já manifestou-se no sentido de que a denúncia somente poderá ser rejeitada nos expressos termos dos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal.

Como titular constitucional da ação penal pública cabe ao **Ministério Público** aferir se houve ou não crime no caso concreto apresentado nas peças de informações; já ao Poder Judiciário cabe a análise e fiscalização do aspecto formal da peça acusatória (arts. 41 e 43 do CPP), para oportunamente ter condições de exercer sua parcela de soberania do Estado ao entregar a prestação jurisdicional.

O Magistrado **a quo**, sob o pretexto de salvar o Poder Judiciário do emperramento de suas estruturas na prestação jurisdicional, invadiu seara constitucionalmente atribuída ao **Ministério Público** ao afirmar que a conduta típica descrita na denúncia trata-se de "bagatelas" (**sic**).

Em momento algum a decisão de rejeitar a denúncia fez menção à inobservância dos requisitos legais e formais da peça inicial da ação penal pública.

A referida "bagatela"⁽⁵⁾ e o mencionado princípio da insignificância não podem justificar a rejeição da denúncia, formalmente em ordem, por ausência de previsão legal.

(2) Tourinho Filho, Fernando da Costa, Prática de processo penal, ed. Jalovi, 1989, 13ª ed., págs. 67 e 68.

(3) Obra citada, pág. 69.

(4) RT 240/649.

(5) Originário do italiano "bagatella", sinônimo de ninharia, que, por sua vez, é originário do espanhol "niñería (ação própria de criança), que na língua portuguesa significa "coisa sem préstimo ou valor; insignificância", segundo ensinamento do pranteado Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (Novo dicionário da língua portuguesa, ed. Nova Fronteira).

2.2. Na verdade, ao rejeitar a denúncia o Magistrado apreciou o mérito da ação penal proposta, analisando o tipo de lesão sofrida pela vítima, bem como a prova oral que sequer fora produzida; portanto, julgou a causa antes do momento processual adequado.

O argumento de que o Poder Judiciário não se compadece com o espolhar de fatos que a final redundarão em absoluta perda de tempo, emperrando a máquina judiciária, que deve ser direcionada a solucionar questões que realmente mereçam sua intervenção (fls.) é falho e ilegal, haja vista que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

É absurdo imaginar-se que um membro do Poder Judiciário recuse-se a apreciar a efetiva ocorrência de um crime praticado contra a integridade corporal de um ser humano pelo simples motivo de que tal situação poderá emperrar a máquina judiciária. Todavia, é o que ocorreu no presente caso.

Se isso não bastasse, a denunciada confessou a prática das lesões classificadas pelo duto Magistrado como ninharia.

Nenhuma lesão física ao ser humano, por mais insignificante que possa ser, merece o menosprezo de ser tachada de ninharia, pois trata-se de violação da integridade corporal amplamente protegida pelo ordenamento jurídico pátrio, alienígena e pelo direito natural.

Não é desprezando a repressão a determinados delitos que o Magistrado **a quo** terá condições de direcionar-se no sentido de solucionar questões que realmente mereçam sua intervenção (fls.) (último parágrafo).

Deve ser salientado que a 3ª Vara de Guarujá (terceira entrância) possui um número muitíssimo pequeno de feitos em andamento, uma vez que foi instalada no dia 17 de maio de 1991, passando a receber distribuição no início do mês de junho de 1991 (não tendo havido redistribuição dos processos em andamento nas demais Varas), sendo absolutamente certo que na área criminal não há sequer 400 (quatrocentos) feitos em trâmite (incluindo-se inquéritos policiais em andamento, cartas precatórias e processos judiciais) e a pauta normal de audiências não ultrapassa o mês de julho do corrente ano.

Se o magistrado de primeiro grau, representante legítimo do Poder Judiciário e titular de uma Vara com número ínfimo de processos em relação aos seus pares, entende que os delitos ditos de "bagatela" são tão irrelevantes que não merecem sua intervenção, a qual órgão do Estado caberá o encargo de aplicar a lei e julgá-los?

Certamente o julgador de primeira instância esqueceu-se que por debaixo da respeitável toga que costumeiramente faz uso há um ser humano, como qualquer outro, igual à vítima, que ficaria muitíssimo irado se alguém lhe desferisse uma mordida no rosto (lado direito) e lhe causasse lesão contusa escoriativa em forma de "U" e que um dos Poderes do Estado classificasse tal lesão de "bagatela" ou ninharia, de tal forma que o criminoso não recebesse qualquer tipo de repressão.

2.3. Com a devida vênia, quer nos parecer que, no caso presente, o julgador **a quo** aplicou a hodierna teoria do direito alternativo de forma absolutamente equivocada.

Seguindo o ensinamento do culto desembargador Osvaldo Stefanello (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul)⁽⁶⁾ o denominado direito alternativo visa impedir que o juiz cometa uma injustiça em nome da lei, pois ele tem de decidir com justiça. No mesmo

(6) Jornal Folha de S. Paulo, caderno cotidiano, dia 12 de abril de 1992, pág. 4-4.

sentido o juiz gaúcho Hamilton Bueno de Carvalho informa que o campo de direito alternativo busca novas técnicas para fazer justiça. A lei é o referencial básico, mas não é absoluta. Quando a lei é injusta o juiz deve buscar um elemento de justiça na sociedade e não em um critério pessoal seu. O juiz vai buscar o limite de justiça nos princípios gerais de direito.

O jurista e filósofo Miguel Reale, ao ser indagado acerca dos postulados da justiça alternativa, é taxativo em afirmar que "não obstante as boas intenções desses juizes, que admiro tanto quanto discordo, na realidade, o bom julgador, baseado em uma interpretação criadora saberá sempre encontrar o caminho da justiça sem violentar a lei". O festejado mestre, após lembrar que a teoria da justiça alternativa não é inovadora⁽⁷⁾, conclui seu raciocínio no sentido de que os estudiosos na busca de alcançar o máximo de justiça esbarram todos no grande risco de se sobrepor o critério pessoal do julgador aos critérios objetivos da lei.

Como já ensinava Sócrates: É preciso que os bons obedçam às leis más para que os maus não desobedeçam às leis boas⁽⁸⁾.

Da análise dos argumentos dos defensores e questionadores da teoria do direito alternativo, pode-se concluir que o objetivo visado é o da justiça e não o da profilaxia do emperramento da máquina judiciária.

Assim, a justificativa da rejeição da denúncia deu-se por critérios pessoais do julgador e não pelos critérios objetivos da lei (arts. 41 e 43 do CPP).

3. Em conclusão, podemos afirmar que:

a) a denúncia não poderia ser rejeitada, pois enquadra-se nos requisitos formais dos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal;

b) a rejeição da peça inicial deu-se em razão de critérios pessoais do julgador e não em face dos critérios objetivos da lei;

c) que a afirmativa de que o Poder Judiciário não pode preocupar-se com "bagatelas" é absurda e inconstitucional, pois, viola o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal⁽⁹⁾;

d) que não haverá perda de tempo e tampouco emperramento da máquina judiciária em apurar-se crime praticado contra a integridade corporal do ser humano, pois, a lei prevê sanção consistente na privação da liberdade do criminoso.

e) que houve violento desrespeito ao ser humano, especialmente ao direito violado da vítima ao tachar-se de "bagatela" a ofensa a sua integridade corporal, de tal sorte que não mereça a apreciação e preocupação do Poder Judiciário.

4. Diante do todo o exposto, conhecido o recurso, em sentido estrito; aguarda-se o provimento do mesmo para que a denúncia oferecida contra A.J.P. seja regularmente recebida.

Guarujá, 22 de abril de 1992.

(7) "Na passagem do século, na França, um juiz conhecido como *le bon juge Mangnau* defendia a liberdade do juiz quando tivesse que aplicar a lei ao caso concreto, com consciência de estar aplicando uma lei injusta". Reale faz menção a outros movimentos: "Escola de Direito Livre" e da "Justiça Sentimental".

(8) Miguel Reale ao lembrar o ensinamento dado por Sócrates aos seus discípulos ao ser condenado, injustamente, à morte. "Jornal Folha de S. Paulo" supracitado.

(9) "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."