

ARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.

Por Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo¹

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Conceito e natureza jurídica*; 3. *Sujeito ativo do arquivamento*; 4. *Requerimento*; 5. *Esclarecimentos e indagações em torno do artigo 28 do CPP*; 6. *Efeitos*; 7. *Motivos*; 8. *Recursos*; 9. *Trancamento*.

1. Introdução –

A ação penal pública incondicionada é regida por vários princípios: oficialidade, indivisibilidade, indisponibilidade e legalidade (ou obrigatoriedade), sujeitando-se, também, aos mesmos princípios a ação penal pública condicionada, uma vez satisfeita a sua condição de procedibilidade, qual seja, a representação do ofendido.

No que concerne especificamente ao princípio da obrigatoriedade, este, via de regra, impõe a promoção da ação penal, sem que isso, no entanto, signifique que o Ministério Público deverá sempre promovê-la.

Entretantes, como não nos deixa olvidar o Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho², deverá o Ministério Público, por força do mesmo princípio, fundamentar o pedido de arquivamento, mostrando as razões de seu proceder. Se, porventura, o Juiz discordar do pedido de arquivamento, remeterá o inquérito (ou, conforme a situação, as peças de informação ou a representação) ao Procurador-Geral de Justiça, a fim de submetê-lo à sua apreciação. Se o Procurador entender que a razão estava com o Promotor, insistirá no pedido de arquivamento,

¹ Prof^o de Direito Penal da Faculdade Baiana de Ciências – FABAC; Prof^o de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Católica do Salvador – UCSal, Prof^o de Direito Processual Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia –FESMIP, Pós-Graduando em Ciências Criminais pela Faculdade Jorge Amado e Analista Previdenciário do INSS-BA.

²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1, 20^a ed., São Paulo, Saraiva, págs.400-401.

ficando o Juiz obrigado a atender o pedido; será arquivado, então, o inquérito, ou a peça de informação ou a representação. Entretanto, se o Procurador-Geral de Justiça julgar o Promotor falto de razões, ou seja, achar que não havia motivo para ser requerido o arquivamento, o próprio Procurador poderá oferecer a denúncia, ou, designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou, se assim julgar necessário, requerer diligências suplementares à autoridade policial (CPP, arts. 16 e 47). É a regra que se contém no artigo 28 do Código de Ritos:

*“Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o Juiz, no caso de considerar improcedentes as **razões invocadas**, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá denúncia, designará ou outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o Juiz obrigado a atender” (grifo nosso).*

Como se depreende do artigo de lei acima transcrito, o texto legal impõe, desta forma, ao membro do Ministério Público o dever de fundamentar o seu pedido de arquivamento, já que o Juiz, exercendo a função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, irá considerar as razões invocadas por aquele.

2. Conceito e natureza jurídica –

Diante do código em vigor, o arquivamento é uma *decisão judicial*, segundo o Prof^o Afrânio Silva Jardim³, que, acolhendo as razões do Ministério Público, encerra as investigações do fato delituoso.

O arquivamento é um *ato jurídico complexo*, através do qual o Ministério Público requer ao Estado-Juiz que sejam arquivados os autos da investigação preliminar.

Trata-se de ato jurídico complexo^{4 5}, pois é produto da manifestação de dois órgãos estatais distintos: o Ministério Público, apresentado pelo Promotor de Justiça, e o Estado-Juiz, representado pelo magistrado de direito.

³ **JARDIM**, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Forense, 9ª ed., 2000, Rio de Janeiro, pp.166-167.

No que tange à natureza jurídica da decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, há discussão na doutrina quanto à sua classificação.

Segundo a doutrina abalizada do Prof^o Afrânio Silva Jardim⁶, a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial tem natureza de *decisão judicial*, porque oriunda do Poder Judiciário, em outras palavras, de *decisão administrativa em sentido lato*, uma vez que não se trata de despacho, como pode fazer crer uma leitura apressada do dispositivo legal (CPP, art. 28), nem de sentença, já que, neste momento da *persecutio criminis*, não há nem processo, nem jurisdição.

Contudo, segundo Fernando Capez⁷ e o Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho⁸, que ao comentarem a natureza jurídica de tal decisão não fundamentam seu entendimento, a aludida decisão tem natureza de *despacho judicial de expediente* (CPP, art. 800, III).

Não obstante a imprecisão técnica do atual Código de Processo Penal, como salienta o Prof^o Afrânio Silva Jardim⁹, a decisão de arquivamento do inquérito policial passa a ser do Procurador-Geral quando o Juiz, fiscalizando o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, remete-lhe os autos do inquérito ou das peças de informação, conforme o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal e em obediência ao princípio da devolução¹⁰.

Nesse caso, então, se Procurador-Geral de Justiça determinar, dentre as diversas possibilidades de decisão, que os autos do inquérito devem ser arquivados, ao Juiz não fica nenhuma margem de escolha, nada lhe restando senão determinar ao escrivão que arquite os autos (mero ato material de colocar alguma coisa guardada no lugar próprio: arquivo). Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal do Estado do Mato Grosso do Sul:

“ARQUIVAMENTO OBRIGATÓRIO PELO JUIZ (TJMS): *Torna-se obrigatório o arquivamento do inquérito policial requerido pelo Ministério Público de 1º grau e ratificado pelo Procurador-Geral de Justiça (RT, 681380)*”.

⁴ DE PIETRO, Maria Sílvia Zanella, *Curso de Direito Administrativo*, Atlas, São Paulo, 2002, p. 214.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 2002, p. 378.

⁶ Ob. Cit. pp. 166-167.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Saraiva, 1998, pág.s. 88-89.

⁸ Ob. Cit. pp. 403-404.

⁹ Ob. Cit. pp. 166-167.

¹⁰ Tal princípio é expressamente mencionado por Fernando Capez, cf. ob.cit.p.88.

Nessas circunstâncias, como destaca ainda o Prof^o Afrânio Silva Jardim¹¹, o Procurador-Geral de Justiça, na essência, não requer nada, mas decide, sopesando os argumentos do Promotor de Justiça, pela cessação das investigações, vale dizer, pelo arquivamento do inquérito policial.

A tal respeito, como dá conta o Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho¹², o eminente jurista Câmara Leal, ao analisar o artigo 28 do Código de Processo Penal, sustenta, veementemente, que esse dispositivo é inconstitucional, visto que confere ao Procurador-Geral de Justiça uma atribuição judiciária, violando, assim, uma das prerrogativas judiciárias, qual seja, a de que somente ao juiz cabe decidir o processo, sendo esse, também, o posicionamento de Angrisai Dória, ainda segundo o Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho¹³.

Todavia, como salienta o Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁴, o ato do Procurador-Geral de Justiça que insiste na promoção de arquivamento é ato normal do *dominus litis*, qual seja, do Ministério Público, não constituindo, de maneira alguma, invasão da esfera de poderes conferidos ao Juiz.

Convém assinalar, ainda, que a decisão de arquivamento determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, trata-se, na verdade, de uma *decisão material e subjetivamente administrativa, de natureza complexa*, como também assevera o Prof^o Afrânio Silva Jardim¹⁵.

Nesse sentido, então, como sustenta ainda o mesmo professor¹⁶, afigura-se aplicável à decisão de arquivamento toda a teoria sobre a existência e validade dos atos administrativos em geral, além de que, tratando-se de ato regrado, como é, todos os seus elementos devem ter rígida disciplina legal, ou seja, devem obedecer os requisitos do ato administrativo, quais sejam, a competência (atribuição), a forma (procedimento), o objeto, a finalidade e o motivo¹⁷.

Por outro lado, releva notar, ainda, que a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, não faz coisa julgada, pois como ressalta o Prof^o Fernando da Costa Tourinho

¹¹ Ob. Cit. pp. 166-167.

¹² Ob. Cit. p. 402.

¹³ Ob. Cit. p. 402.

¹⁴ Ob. Cit. p. 402.

¹⁵ Ob. Cit. pp. 166-167.

¹⁶ Ob. Cit. pp. 166-167.

¹⁷ Nesse sentido, veja-se a discussão no seio da doutrina administrativista acerca dos requisitos que constituem o ato administrativo. Note-se, desde já, que, a respeito de tal assunto, não há posicionamento doutrinário pacífico. A propósito da matéria, vem a calhar a consulta das obras de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sílvia Zanella de Pietro.

Filho¹⁸, o próprio artigo 18 do Código de Processo Penal, ao estabelecer a *cláusula rebus sic stantibus*, viabilizando, assim, que a autoridade policial possa proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia, estabeleceu, de forma, clara, que a decisão de arquivamento não faz coisa julgada, até porque, não se pode falar em coisa julgada se nem processo há ainda.

Em sentido contrário posiciona-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se vê no julgado abaixo:

“EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA PARA A PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR. DECISÃO QUE DETERMINA ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO. COISA JULGADA: RESSALVA CONTIDA NA PARTE FINAL DA SÚMULA 524. 1. Transita em julgado a decisão do Juiz que, a requerimento do Promotor de Justiça, determina o arquivamento de inquérito; entretanto, o inquérito pode ser desarquivado e iniciada a ação penal quando surgirem novas provas, a teor do que dispõe a parte final da Súmula 524 (CPP, art. 18). 2. Desarquivado o inquérito por dois fundamentos distintos e afastado um deles, o outro é suficiente para validar o prosseguimento da ação penal. 3. Ressalva de que os fatos subjacentes e os que se encontram sub judice na instância a quo, relativos à determinação da competência para processar e julgar o paciente e que não foram submetidos a esta Corte na impetração, não sofrem influência desta decisão”.

3. Sujeito ativo do arquivamento –

Inicialmente, convém pontuar que a autoridade policial, como determina expressamente o artigo 17 do Código de Processo Penal, não poderá arquivar o inquérito, ou, melhor, dizendo, não poderá decidir pelo arquivamento. Tal proibição, aliás, é extensiva às peças de informação, consoante se depreende da redação do artigo 28 do mesmo diploma legal.

Desta forma, em face do disposto no mencionado artigo 28, a atribuição para decidir pelo arquivamento é do Juiz. E, este, caso discorde do pronunciamento do Promotor, na sua

¹⁸ Ob. Cit. p. 404.

fiscalização anômala do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, deverá remeter os autos do inquérito para o Procurador-Geral de Justiça, ao qual caberá a decisão de arquivamento.

Note-se, entretanto, que tanto o Juiz como o Procurador-Geral terão que se manifestar diante de requerimento do órgão de execução do Ministério Público (Promotoria de Justiça). É vedado, pois, ao Juiz arquivar o inquérito ou peças de informação de ofício, bem como também, segundo o Prof^o Afrânio Silva Jardim, o Procurador-Geral não pode subtrair a formulação da *opinio delicti* do Promotor, a não ser que tenha avocado as suas atribuições (segundo a doutrina administrativista¹⁹ moderna, a avocação é instituto, cada vez mais, em desuso e condenável) ou que se trata de crime de competência originária dos tribunais (Lei nº8.038/90).

Com efeito, vale transcrever o entendimento do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo a respeito do arquivamento de ofício por iniciativa do Juiz:

“ARQUIVAMENTO PELO JUIZ (TACrimSP): *O inquérito policial, embora simples informatio delicti, não pode ser arquivado de ofício pelo Juiz, pois é peça que interessa precisa e exclusivamente ao Órgão de acusação*” (RT, 464/401).

Contudo, mesmo nestes casos, o arquivamento deverá ser decidido perante Juiz ou Tribunal, sendo esta a lição do Prof^o Afrânio Silva Jardim²⁰, que cita, para dar base a sua argumentação, os artigos 227, §4º e 228 do Projeto do Novo Código de Processo Penal.

Lamentavelmente, o atual Código de Processo Penal não disciplina a relevante questão da atribuição dos órgãos do Ministério Público, hoje entendida como pressuposto de validade da relação processual penal²¹.

Da mesma forma que se exige um “Promotor Legal” (com atribuição), para o oferecimento da denúncia, também se o exige para o requerimento de arquivamento, que pressupõe a impossibilidade de exercitar a ação penal. Observe-se que também o Juiz há de ter atribuição (não competência), como acentua o Prof^o Afrânio Silva Jardim, para decidir pelo arquivamento, a qual ficaria subtraída se o Procurador-Geral pudesse arquivar o inquérito ou peças de informação *intra corporis*, de ofício.

¹⁹ Nesse sentido é a lição da Prof^a Maria Sílvia Zanella de Pietro.

²⁰ Ob. cit. p. 167.

²¹ Nesse sentido é a lição do Prof^o Sérgio Demoro Hamilton. Veja-se, a respeito, o artigo, “*Reflexos da falta de atribuição na instância penal*”, escrito pelo ilustre estudioso, publicado na Revista da Procuradoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro, 10/204.

Dito isto, convém assinalar, então, que o arquivamento poderá ser requerido pelas seguintes pessoas, são elas: a) o Ministério Público – de forma explícita ou, segundo alguns doutrinadores²², implícita, manifestando sua *opinio delicti* de forma imparcial, se não encontrar elementos suficientes para fundamentar a denúncia; b) o ofendido, seu representante ou as pessoas elencadas no art. 31 do Código de Processo Penal, para uma parte da doutrina²³, no caso da ação de iniciativa privada. Tal conduta implicará em renúncia ao direito de queixa (CPP, art. 10, parágrafo único).

Releva notar, ainda, que, tratando-se de arquivamento de representação de ofendido dirigida ao Ministério Público, necessário será que haja decisão judicial, mediante provocação do *Parquet*. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“AUSÊNCIA DE DESPACHO DE ARQUIVAMENTO. AÇÃO PRIVADA SUBSIDIÁRIA (STF): O arquivamento de representação de ofendido dirigida ao Ministério Público depende de decisão judicial a seu requerimento (do Ministério Público). Sem essa decisão judicial, o arquivamento (não judiciário) caracteriza falta de denúncia no prazo legal e legitima o ofendido ao oferecimento de queixa-crime. (ação penal privada subsidiária) (RT, 609/420)”.

Por fim, quando o Ministério Público, não tendo ficado inerte, requer, no prazo legal (CPP, art. 46), o arquivamento do inquérito ou da representação, não cabe a ação penal subsidiária (CF, art.5º, LIX; CPP, art. 29). Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): RT, 653/389.

4. Requerimento –

4.1. Explícito –

O membro do Ministério Público, ao invés de oferecer denúncia quanto a um fato que tenha sido objeto das investigações, ou quanto a um sujeito apontado no inquérito como provável

²² Nesse sentido é a lição do Profº Fernando da Costa Tourinho Filho, p. 415.

²³ Nesse sentido é a lição do Profº Fernando da Costa Tourinho Filho e Fernando Capez.

autor da infração, requer, fundamentadamente, ao juiz, que este determine o encerramento ou sobrestamento das investigações e a guarda dos autos em cartório.

Diante disso, restam ao juiz duas decisões: a) ou concorda com o pedido e determina o arquivamento, b) ou discorda das razões invocadas e, velando pelo princípio da obrigatoriedade, remete os autos ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28 do CPP) ou ao Colégio de Procuradores (quando o arquivamento é promovido pelo procurador geral – art. 12, XI da Lei nº8625/93), oportunidade em que será, ou ratificada a promoção de arquivamento, ou oferecida a denúncia pelo próprio Procurador, ou designado algum Promotor para que ofereça denúncia, ou determinada novas diligências.

Por fim, observe-se que a não apreciação do pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público enseja nulidade do processo a partir do momento em que deveria ser considerado pelo Juiz. Nesse sentido: *RT 740/627*.

4.2. Implícito –

Segundo o magistério do professor Afrânio Silva Jardim²⁴, entende-se por arquivamento implícito o fenômeno de ordem processual decorrente de o titular da ação penal deixar de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem expressa manifestação ou justificção deste procedimento. Este arquivamento se consuma quando o Juiz não se pronuncia na forma do art. 28 com relação ao que foi omitido na peça acusatória, sendo, por isso, então, melhor falar em *arquivamento tácito*.

Contudo, para o Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho²⁵, a rigor, não se deve aplicar em tal situação o artigo 28 do Código Procedimental, visto que esse dispositivo alude à circunstância de o Juiz discordar das razões invocadas pelo Ministério Público. Logo, para o aludido professor, deve se exigir que o Promotor apresente suas razões de arquivamento, pois, do contrário, tomando-se o texto da lei na sua expressão literal, não se poderá aplicar o artigo 28 do Código de Ritos.

Note-se que o arquivamento implícito também ocorre quando o Ministério Público se pronuncia pelo arquivamento integral, embora se refira apenas a um destes fatos apurados,

²⁴ Ob. cit. .p. 170.

²⁵ Ob. cit. p. 415.

alegando não ser caso de oferecer denúncia. Se o Juiz acolher tal requerimento e, igualmente, omitir na sua decisão aqueles outros fatos, teremos implicitamente arquivadas, ou melhor, cessadas, todas as investigações. Na espécie, temos *arquivamento implícito em consequência de arquivamento expresso, porém lacunoso*.

Vê-se, assim, que o arquivamento implícito tem duplo aspecto. Objetivo, quando abrange fatos investigados não considerados na decisão. Subjetivo, quando a omissão se referir a um ou mais indiciados.

Por outro lado, insta assinalar que sendo o aditamento da denúncia um das formas de desarquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, faz-se necessário melhor estudá-lo, para que melhor se compreendam suas consequências e seus possíveis laços com o arquivamento implícito.

A propósito, salienta o Prof^o Afrânio Silva Jardim²⁶ que, em face da **Súmula nº524** do Supremo Tribunal Federal, e, tendo em vista que o aditamento à denúncia pode importar em um desarquivamento do que estava implicitamente arquivado, exigem-se novas provas para validamente fazer-se tal aditamento, muito embora na prática do foro a questão também não tenha sido devidamente percebida.

Constata-se que esta figura anômala, gerada pela deficiência do código no tratamento do arquivamento, será sempre uma consequência da omissão do Promotor e do Juiz. O primeiro promove determinada ação penal, excluindo fatos penalmente relevantes ou sujeitos (indiciados), ou requer arquivamento igualmente lacunoso, não esclarecendo porque assim o faz. O segundo, ao prolatar a sua decisão de recebimento ou de arquivamento, tacitamente concorda com a exclusão feita pelo titular da ação penal ou com a extensão ampla do arquivamento, pois não se pronuncia na forma do citado artigo 28 sobre aquilo que ficou omitido.

Assim, segundo o Prof^o Afrânio Silva Jardim²⁷, mister seria existir uma regra expressa determinando que haja pronunciamento preciso sobre todos os fatos noticiados no inquérito ou peças de informação, seja quando do oferecimento da denúncia, seja quando do requerimento do arquivamento. Também assim, ainda segundo o professor, dever-se-ia determinar com relação à situação de todos os indiciados.

²⁶ Ob. cit. p. 170.

²⁷ Ob. cit. p. 171.

Entretanto, havendo sempre a possibilidade de tal dispositivo ser descumprido na prática, não restando dúvida de que o instituto do arquivamento implícito é artificial e danoso à defesa social, outra regra jurídica deveria explicitar que os efeitos do arquivamento somente se fariam sentir em relação ao que ficou expressamente arquivado. Nesse sentido é a lição do Prof^o Afrânio da Silva Jardim²⁸.

Com isso, como acentua o Prof^o Afrânio da Silva Jardim²⁹, ficaria banido de nosso ordenamento jurídico um arquivamento que não foi pedido, vez que uma omissão voluntária não pode ser entendida como algo positivamente desejado. O arquivamento implícito, tal como hoje vem sendo concebido, ainda de acordo com o citado professor, é uma figura artificial, que não condiz com a realidade das coisas.

É intuitivo que a importância do arquivamento implícito está diretamente ligada aos seus efeitos, com as suas conseqüências práticas. Veja-se o disposto no artigo 18 do Código de Processo Penal, ampliado pela **Súmula nº524** do Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, portanto, que tanto o atual Código de Processo Penal quanto o Projeto de um Novo Código de Ritos (Proj. do CPP, art. 233) são, como destaca o Prof^o Afrânio Silva Jardim³⁰, omissos quanto uma regulamentação específica acerca do arquivamento implícito. Vale dizer, nem vedam totalmente, nem permitem expressamente.

Nesse sentido, aliás, lembra o aludido professor³¹ que esta lacuna legislativa não ficou minimizada com as regras constantes do artigo 233, inciso I, do Projeto, as quais permitem ou determinam o aditamento da denúncia para inclusão de “*circunstâncias de fato não contida na denúncia e que configure crime diverso*” e de “*crime relacionado ao descrito na denúncia pela conexão ou continência*”.

Na verdade, tal aditamento somente poderá ser validamente feito, diz o mencionado Projeto, quando a prova destes fatos surja após a apresentação da demanda, ou, para usar a expressão do Projeto, quando “*apurada a instrução da causa*”. Vale destacar, o aditamento exigirá “*novas provas*”.

Apenas tal requisito (prova surgida durante a instrução) parece não ser imposto para o aditamento de inclusão de outros acusados, conforme se vê no inciso III, do artigo 233, do

²⁸ Ob. Cit. p. 171.

²⁹ Ob. Cit. p. 171.

³⁰ Ob. Cit. pp. 171-172.

³¹ Ob. Cit. pp. 171-172.

Projeto. Diante dessa regra, razoável seria entender-se, como lembra o Profº Afrânio Silva Jardim³², que é impossível o arquivamento implícito no “*aspecto subjetivo*”.

Todavia, se assim fosse, como aditar uma denúncia para incluir na acusação um indiciado sem lhe imputar a prática de uma conduta, ainda que de mera participação? Desta forma, como assevera ainda o citado professor³³, a resposta à indagação feita encontra-se no inciso primeiro, do artigo 233, do Projeto, o qual, como já foi salientado, condiciona o aditamento a novas provas surgidas no curso da instrução da causa.

Além disto, como observa, ainda, o Profº Afrânio Silva Jardim³⁴, importa colocar em relevo que estas regras sobre aditamento somente poderiam resolver o problema do arquivamento decorrente de fato ou sujeito excluído da acusação penal. Quando o arquivamento implícito for conseqüência de decisão de arquivamento sobre outro fato investigado no mesmo inquérito, tais normas sobre aditamento nenhum préstimo terão, porque não haverá denúncia para ser aditada.

Por fim, cabe, ainda, fazermos duas indagações: a) somente existiria arquivamento implícito se o excluído da denúncia fosse um dos investigados? b) qual o ato formal que daria a uma pessoa investigada a qualidade de indiciado?

Quem dar a resposta para as duas questões é o Profº Hélio Bastos Tornaghi, nos termos a seguir transcritos:

“Se vários são os indiciados, o arquivamento em relação a um (ou uns) decorre automaticamente do fato de não ser ele denunciado. Neste caso, não denunciar é o mesmo que arquivar. A exclusão da denúncia importa em arquivamento em relação ao excluído. Por outro lado, a dispensa da formalidade de qualificação e identificação datiloscópica não elide a condição de indiciado. As referidas providências destinam-se a individualizar o indiciado para tornar certa a sua identidade e possibilitar a obtenção de sua folha de antecedentes.

A autoridade policial que vislumbre a probabilidade de o indiciado vir a ser excluído da denúncia deve poupá-lo da identificação. Isso não altera a situação de indiciado, até porque tal qualidade não exige nenhum ato formal. Ela decorre da consideração, prima facie, das provas colhidas e, mais especialmente, dos indícios.

³² Ob. Cit. pp. 171-172.

³³ Ob. Cit. pp. 171-172.

³⁴ Ob. cit. pp. 172.

Em relação ao indiciado, não há necessidade de qualquer ato declaratório ou constitutivo dessa qualidade; ele decorre das circunstâncias. Não é indiciado quem foi qualificado e identificado pelo processo datiloscópico, mas, ao reverso, pode ser feita a identificação de quem é indiciado.

Se o Promotor exclui da denúncia algum indiciado, cabe ao Juiz concordar com ele ou dele discordar, porque não denunciar é o mesmo que pedir o arquivamento em relação ao não denunciado. E, se o Juiz concorda com a exclusão, é porque também entende que há razões para excluir. Essas podem estar explícitas ou não o estarem por serem manifestas e resultarem da evidência do inquérito.

Por tudo isso, o Direito Brasileiro estabelece um sistema de controle pelo Juiz da denúncia (CPP, art. 43) e da não denúncia (CPP, art. 28). Se o Juiz concorda com o Promotor, surge a preclusão e a situação processual é inalterável sem novas provas (Súmula nº524 do STF)”³⁵.

Desta forma, como destaca o Prof^o Afrânio Silva Jardim³⁶, há de tomar partido o legislador do futuro acerca do arquivamento implícito, pois, ou acaba de uma vez por todas com este, restringindo os efeitos do arquivamento aos casos expressos no requerimento do Ministério Público, ou regula detalhadamente a sua ocorrência, seu objeto e efeitos.

Destarte, em face do princípio da obrigatoriedade, a promoção de arquivamento deve ser sempre devidamente fundamentada.

4.3. Tipos –

O arquivamento implícito pode ser de dois tipos: objetivo e subjetivo. Será objetivo quando a investigação preliminar apurar uma hipótese de concurso de crimes e o Ministério Público deixar de imputar uma das condutas sem motivar o porquê da omissão. Por outro lado, será subjetivo quando a investigação preliminar apontar um concurso de agentes e o Ministério Público deixar de denunciar um deles sem motivar o porquê da omissão.

³⁵ **TORNAGHI**, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 2º, pp. 340-345.

³⁶ Ob. cit. pp. 172-173.

4.4. Consumação –

Não basta a omissão do Ministério Público para que se verifique a consumação do arquivamento. É imprescindível que o Juiz também seja omissor.

Com efeito, ao analisar a denúncia e seu lastro probatório, o Juiz, verificando o lapso do Promotor de Justiça, terá duas opções: a) abre vista dos autos ao Promotor para que se manifeste sobre a omissão, ou b) invoca o artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça.

Em ambas as situações a omissão será sanada. Assim sendo, o efetivo controle por parte do Poder judiciário impede a consumação do arquivamento implícito.

Contudo, se o juiz também se omite e simplesmente recebe a denúncia lacunosa, resta consumado o arquivamento implícito. Portanto, para que haja arquivamento implícito, imprescindível será que aconteça uma dupla omissão, tanto por parte do Promotor de Justiça como por parte do Juiz.

4.5. Efeitos –

Consumado o arquivamento implícito, pode o Ministério Público aditar ou oferecer nova denúncia sem a presença de novas provas? Em outras palavras, incide ou não a súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal? A doutrina divide-se. Por um lado, há os que entendem aplicável a súmula nº 524 do Supremo tribunal Federal, como, por exemplo, o professor Paulo Rangel³⁷, que exige a presença de novas provas para o aditamento ou oferecimento de nova denúncia. No mesmo sentido é a opinião do Profº Afrânio Silva Jardim³⁸, que assevera que, caso não se respeite a imposição da súmula nº524 do STF, o Juiz deverá rejeitar a denúncia por falta de *justa causa*, valendo-se do art. 43, inciso III, do Código de Processo Penal.

Para outros doutrinadores, contudo, trata-se de postura equivocada, pois a súmula em tela refere-se apenas ao *arquivamento explícito*, único previsto no ordenamento pátrio. Além disso, conforme lição do professor Marcellus Lima³⁹, exigir-se novas provas em casos definidos como arquivamento, “*seria uma burla ao princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação*

³⁷ RANGEL, Paulo. *Processo penal*, 2001, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, p.128-130.

³⁸ Ob. cit. pp. 172-173.

³⁹ SPOLASTRI, Marcellus Lima, Lúmen Juris, Rio de Janeiro, pp. 198-203.

penal pública..., vez que, por este raciocínio, o Ministério Público, ao detectar que se verificou o fenômeno do arquivamento implícito, tem o dever de aditar ou oferecer nova denúncia independente de novas provas, incluindo o fato ou agente esquecido”.

Nesse sentido, aliás, acrescenta Serrano Neves, citado pelo Profº Fernando da Costa Tourinho Filho⁴⁰, que *“se o Ministério Público, em casos tais, pode oferecer denúncia ou insistir no pedido de arquivamento (no caso do Procurador-Geral de Justiça que recebe os autos enviados pelo Juiz, onde não há novas provas), parece-nos lógico que possa, também o Promotor, por via de consequência, aditar a mesma denúncia ou oferecer outra sem haver necessidade de novas provas, ou seja, de ofício, a menos que esteja impedido de fazê-lo, por força de um óbice de procedibilidade, como, por exemplo, a extinção de punibilidade do fato”.*

Com efeito, se sem novas provas pode o Procurador-Geral, em face da provocação do Juiz, oferecer a denúncia (contrariando requerimento de um Promotor de Justiça) ou insistir no seu pedido de arquivamento, por que, segundo o Profº Fernando da Costa Tourinho Filho⁴¹, *“caradística razão pode quando provocado e não pode de ofício? Não é exato que o mesmo motivo inspirador da provocação inspira a iniciativa do dominus litis?”.*

Contudo, o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é em sentido contrário, conforme se vê à vista da súmula nº524, compartilhando deste posicionamento os professores acima citados. A propósito, vale transcrever um pequeno trecho do acórdão da lavra do mencionado tribunal:

“Novas provas capazes de autorizar o início da ação penal, segundo a súmula nº524, serão somente aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o pedido de arquivamento. A nova prova há de ser substancialmente inovadora e não apenas formalmente nova prova” (RT, 91/831).

Todavia, para o Profº Fernando da Costa Tourinho Filho⁴², tal súmula só tem aplicação quando o inquérito houver sido arquivado por falta de lastro probatório.

⁴⁰ Ob. cit. pp. 404-405.

⁴¹ Ob. cit. P.405.

⁴² Ob. cit. p. 405.

5. Esclarecimentos e indagações em torno do artigo 28 do CPP –

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 ruiria 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 Filho⁴³.

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 Tornaghi⁴⁴, 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 Filho⁴⁵, Fernando da Costa Tourinho Filho⁴⁶, Eduardo Espínola Filho⁴⁷, Julio Fabbrini Mirabete⁴⁸, Damásio Evangelista de Jesus⁴⁹, Edgard Magalhães Noronha⁵⁰, Hélio Bastos Tornaghi⁵¹, e José

⁴³ Ob. cit. p. 401.

⁴⁴ Ob. cit. pp. 345-349.

⁴⁵ **GRECO FILHO**, Vicente. *Manual de processo penal*, Saraiva, 1999, São Paulo.

⁴⁶ Ob. cit. p. 407.

⁴⁷ **ESPÍNOLA FILHO**, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 1º, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1960. pp. 348-352.

⁴⁸ **MIRABETE**, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. Atlas, 2ª ed., 1994, p. 31.

⁴⁹ **JESUS**, Damásio Evangelista. *Código de Processo Penal interpretado*, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 485.

Frederico Marques⁵², 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 Tovo⁵³ e José Paganella Bosh⁵⁴, o Promotor, apesar de designado pelo Procurador de Justiça, não deve está 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 Jardim⁵⁵, 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.

⁵⁰ **NORONHA**, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, 1996.

⁵¹ Ob. cit. p. 441.

⁵² Ob. cit. p. 345.

⁵³ **TOVO**, Paulo Cláudio. *Apontamento e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1986.

⁵⁴ **BOSH**, José Paganella. *Processo penal*, Porto Alegre, Aide, 1995.

⁵⁵ Ob. cit. pp. 178-182.

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 Filho⁵⁶.

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).

3º) Como já vimos, submetido o pedido de arquivamento à apreciação do Procurador-Geral de Justiça, este, caso entenda não haver motivo para o arquivamento, apresentará a denúncia ou designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la. Pergunta-se: poderá o Procurador designar o mesmo Promotor que pediu o arquivamento?

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

⁵⁶ Ob. cit. p. 406.

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 Filho⁵⁷.

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

⁵⁷ Ob. cit. p. 406.

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 Filho⁵⁸, 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 tratar-se 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 Marques⁵⁹, Basileu Garcia⁶⁰ e Hélio Bastos Tornaghi⁶¹, o Profº Fernando da Costa Tourinho Filho⁶² 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 Maximiliano⁶³, 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

⁵⁸ Ob. cit. p. 410.

⁵⁹ **MARQUES**, José Frederico. *Elementos de Processo Penal*, Bookseller, 1999, vol.2º, pp. 149-158.

⁶⁰ **GARCIA**, Basileu, *Comentário ao Código de Processo Penal*, Rio, Forense, 1945, 3ºvol.

⁶¹ Ob. cit. p. 451-460

⁶² Ob. cit. p. 411-412.

⁶³ **MAXIMILIANO**, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 1999.

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 Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho⁶⁴, 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 1^o; 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 2^o (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 Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho⁶⁵, consiste, apenas, de que se trata de um dever de deferência. Entrementes, para os professores Eduardo Espínola Filho⁶⁶ e Joaquim Canuto Mendes de Almeida⁶⁷, 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.

⁶⁴ Ob. cit. p. 412.

⁶⁵ Ob. cit. p. 412.

⁶⁶ **ESPÍNOLA FILHO**, Eduardo, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio, ed. Borsoi, 1976, vol. 3^o, pp.185-192.

⁶⁷ **ALMEIDA**, Joaquim Canuto Mendes de, *Processo Penal, ação e jurisdição*, RT, São Paulo, 1975. p. 241.

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 Filho⁶⁸ 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 Filho⁶⁹ 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 Filho⁷⁰. 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.

⁶⁸ Ob. cit. p. 363.

⁶⁹ Ob. cit. p. 414.

⁷⁰ Ob. cit. p. 415.

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 Filho⁷¹.

6. Efeitos –

Os efeitos do arquivamento do inquérito policial são, dentre outros: a) a remessa dos autos ao arquivo do cartório; b) o encerramento das investigações, havendo, quanto a este efeito, quem discorde, em face do disposto no art.18 do CPP, como severa adiante; e c) a impossibilidade de ser oferecida nova denúncia ou aditamento sem o surgimento de novas provas (nesse sentido, Súmula 524 do STF).

7. Causas de arquivamento –

Inicialmente, convém ressaltar que só faz sentido estudar as causas e os casos de arquivamento nos sistemas processuais que adotem o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Naqueles ordenamentos em que vigora o princípio da oportunidade, como acontece, entre nós, na ação penal privada, não há que se falar em causas de arquivamento, vez que o titular da ação deixa de exercer a *persecutio criminis in judutio* ao seu mero alvedrio, com ou sem motivo expresso. Neste caso, poder-se-ia dizer que a causa de arquivamento é a própria vontade

⁷¹ Ob. Cit. p. 486.

do titular da ação. Na verdade, como salienta o Prof^o Afrânio Silva Jardim⁷², as questões do arquivamento e da obrigatoriedade da ação penal pública são as duas faces da mesma moeda.

O atual Código de Processo Penal carece de um artigo que diga expressamente quando o Ministério Público deve requerer o arquivamento e, a *contrario sensu*, quando deve apresentar a denúncia. Entretanto, o artigo 43 relaciona os casos em que o Juiz deve rejeitar a denúncia. Por via de conseqüência, nestas hipóteses previstas, a ação penal não deve ser proposta e o inquérito ou peças de informação devem ser arquivados. A fórmula genérica “*faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal*”, do inciso III, aliás, reduz, ainda segundo o Prof^o Afrânio Silva Jardim⁷³, em muito a utilidade prática do referido dispositivo, embora se torne necessária para abranger a falta de “*justa causa*” e “*a existência de novas provas*” exigida pela **súmula nº524** do Supremo Tribunal Federal.

Para o Prof^o Afrânio Silva Jardim⁷⁴, a justa causa funciona como uma verdadeira condição para o legítimo exercício do direito de ação penal. Levando em conta que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do acusado, o legislador exige do autor o preenchimento de mais esta condição para se invocar regularmente a tutela jurisdicional. Sublinhe-se, como quer ainda o citado professor, que as condições da ação são requisitos para o regular exercício desse direito e não condições para sua existência.

Assim, impõe-se que a denúncia venha acompanhada do inquérito policial ou das peças de informação, consoante depreende-se dos artigos 39, parágrafo 5º (quinto) e 46, parágrafo 1º (primeiro), todos do Código de Processo Penal em vigor.

Desta maneira, torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo, segundo o Prof^o Afrânio Silva Jardim⁷⁵, se relaciona com os indícios da autoria, existência material do fato típico e alguma prova da sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório, afirma o professor, é que se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Ressalte-se, entretanto, que uma coisa é constatar a existência de prova, outra coisa é valorá-la. É preciso deixar claro que a justa causa pressupõe um mínimo de lastro probatório no

⁷² Ob. Cit. pp. 168.

⁷³ Ob. Cit. pp. 168.

⁷⁴ Ob. Cit. pp. 168.

⁷⁵ Ob. Cit. pp. 169.

inquérito ou peças de informação. É necessário que haja alguma prova, ainda que leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim, isto já é questão pertinente ao exame do mérito da pretensão do autor. Até porque as investigações policiais não se destinam a convencer o Juiz, mas apenas a viabilizar a ação penal.

Outra condição da ação penal seria a criada pela súmula nº524 do Supremo Tribunal Federal, caso a ação se arrime em inquérito anteriormente arquivado, por *falta de base para a denúncia*. A esse respeito, o professor Afrânio Silva Jardim⁷⁶ entende que tal jurisprudência sumulada nada mais é do que um outro enfoque do problema da justa causa. O raciocínio é o seguinte: se o inquérito foi arquivado porque as provas eram insuficientes pra justificar a acusação penal, por coerência lógica, não se poderá vim a formular denúncia, sem que o autor apresente novo quadro probatório.

Destarte, o arquivamento deverá ser requerido quando presente uma das hipóteses do artigo 43 do Código de Processo Penal, colocando-se a *justa causa* como uma das condições a que se refere genericamente o inciso III desse artigo.

Até mesmo a ocorrência de um fato extintivo de punibilidade (CPP, art. 43, II) deve motivar o arquivamento do inquérito policial. A propósito, o Prof^o Afrânio Silva Jardim⁷⁷ considera impossível julgar onde não há processo ou jurisdição, prolatar sentença em procedimento administrativo investigatório. Assim, a extinção de punibilidade deve funcionar, ainda segundo o professor⁷⁸, como razões de decidir e não como objeto do *decisum*, uma vez que a decisão será sempre pelo arquivamento.

Tendo em vista que o conceito de justa causa no processo penal ainda não se encontra devidamente assimilado, bem assim a sua delimitação ou extensão, o Prof^o Afrânio Silva Jardim⁷⁹ sugere que seja inserido no Projeto do Novo Código de Processo Penal um dispositivo com a seguinte redação:

⁷⁶ Ob. Cit. pp. 169.

⁷⁷ Ob. Cit. pp. 169.

⁷⁸ Ob. Cit. pp. 169.

⁷⁹ Ob. Cit. pp. 169-170.

“Artigo: O inquérito policial e as peças de informação somente serão arquivados, na forma do art. 227, quando:

I – Após a realização de todas as diligências cabíveis, carecer o Ministério Público de prova da existência da infração penal ou de indícios suficientes de sua autoria;

II – Após a realização de todas as diligências cabíveis, restar manifestamente provado não haver infração penal, por ausência de um de seus elementos constitutivos;

III – Estiver evidentemente extinta a punibilidade;

IV – Faltar condição insuprível para o legítimo exercício da ação penal”.

Ressalte-se, ainda, que, se, apesar de cabível, o arquivamento não for promovido, o juiz deverá rejeitar ou não receber a inicial acusatória. Se o juiz, não obstante, receber a inicial acusatória, poderá caber Habeas Corpus.

8. Recursos –

Contra a decisão que defere a promoção de arquivamento feita pelo Promotor não cabe recurso, salvo nas hipóteses em que se admite o recurso em sentido estrito, como lembra Fernando Capez⁸⁰, ou seja, quando o inquérito arquivado versa sobre contravenção penal prevista nos artigos 58 e 60 do Dec.-Lei nº 6259/44, ou sobre a contravenção do jogo do bicho (art. 6º, § único, Lei 1508/51). Além dos casos em que se admite recurso de ofício, quando o inquérito trata de crime contra a economia popular (Lei 1521/51) ou contra a saúde pública.

Ainda segundo Fernando Capez, o provimento do recurso não pode culminar com a expedição de uma ordem ao Promotor de Justiça que havia requerido o arquivamento, determinando que o mesmo ofereça, compulsoriamente, denúncia, pois, desta forma, restaria violado, pela via oblíqua, o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

Uma vez reformada a decisão de 1º (primeiro) grau, entendendo o Tribunal que não era o caso de arquivamento, qual deverá ser a providência adotada? Trata-se de questão que, inicialmente, despertou alguma discussão na doutrina. Vejamos, então, qual era.

⁸⁰Ob. cit. p.88.

Para o Prof^o José Frederico Marques, segundo nos dá conta o Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho⁸¹, a “*denúncia é obrigatória, devendo o Procurador-Geral, compulsoriamente, designar um outro Promotor de Justiça para oferecê-la*”.

Todavia, para o Prof^o Hélio Pereira Bicudo, também citado pelo Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho⁸², a decisão do Tribunal não vincula o Ministério Público, pois, caso contrário, esta acabaria por violar, pela via oblíqua, o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, que orienta o sistema acusatório.

A propósito, diante da argumentação do Prof^o Hélio Bicudo, informa ainda o Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho⁸³, que o Prof^o José Frederico Marques reviu seu posicionamento, passando a entender de igual maneira.

E, então, por que a lei, nesses casos, determina deva o Juiz submeter o despacho ou *decisão administrativa em sentido lato* (segundo o Prof^o Afrânio Silva Jardim⁸⁴) que determinou o arquivamento à apreciação do Tribunal?

O legislador, decerto, quis exercer um maior controle sobre os despachos que determinam o arquivamento de inquéritos que versam sobre crimes contra a saúde pública e contra a economia popular. Desta forma, o recurso de ofício nada mais representa do que uma providência imposta pela lei, por motivo de ordem pública, quando se exige maior cautela na solução de determinados litígios.

Tecnicamente, não se trata de um verdadeiro recurso, mesmo porque o Juiz recorre da sua própria decisão, sem ser parte, sem ser vencido, sem ter interesse na reforma de seu ato, sendo, na verdade, como quer a Prof^a Ada Pellegrini Grinover⁸⁵, uma condição suspensiva dos efeitos do recurso.

Mas, quando o legislador quer e exige que os tribunais exerçam maior controle sobre certas decisões, impõe ao Juiz o dever de submetê-las à sua apreciação. Aliás, é o que ocorre nas

⁸¹ Ob. cit. p.408.

⁸² Ob. cit. p.408.

⁸³ Ob. cit. p.408.

⁸⁴ Ob. Cit. pp. 166-167.

⁸⁵ **GRINOVER**, Ada Pellegrini, **GOMES FILHO**, Antônio Magalhães e **FERNANDES**, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. RT, São Paulo, 1998, 2^a ed., p.50.

decisões concessivas de *habeas corpus*, das absolvições sumárias (CPP, art. 574, inciso I e II; **Súmula nº344⁸⁶ do STF**) e das que concederem reabilitação (CPP, art. 746).

Interposto, então, recurso de ofício, o Tribunal irá apreciar os atos do Promotor e do Juiz. Se entender não ser o caso de arquivamento, os autos do inquérito devem ser remetidos ao Chefe do *Parquet*, e este, então, segundo o Prof^o Fernando da Costa Tourinho Filho⁸⁷, nos termos do artigo 28 do Código de Ritos, dará a última palavra. Nesse sentido também é o entendimento de Fernando Capez⁸⁸.

9. Trancamento –

O trancamento do inquérito poderá ser feito por via de *habeas corpus*, nas seguintes hipóteses: a) evidente atipicidade do fato; b) evidente ilegitimidade passiva; c) evidente extinção de punibilidade; d) ausência de representação no caso de crime cuja ação penal é de iniciativa pública condicionada; e) ausência de requerimento, no caso de crime cuja ação penal é de iniciativa privada; f) ausência de justa causa (suporte probatório mínimo): a maior parte da doutrina e jurisprudência entende que, por envolver exame aprofundado de provas, não motiva a concessão do Habeas Corpus (STJ, 5ª T., rel. Min. Luiz Vivente Cernicchiaro, *DJU*, 18/12/1995, p.44624).

Por fim, ainda que fique provada a inexistência do fato ou que não se tenha apurado a autoria do ilícito penal, a autoridade policial não pode mandar arquivar o inquérito (art. 17 do CPP).

⁸⁶ Súmula nº344 – “Sentença de primeira instância, concessiva de habeas corpus em caso de crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, está sujeita a recurso *ex officio*”.

⁸⁷ Ob. cit. p.408.

⁸⁸ Ob.cit. p.88.