

## Ação Penal e o Arquivamento do Caderno Inquisitorial #

---

**Almir  
Fernandes  
Branco**  
Promotor de  
Justiça –  
Xapuri-Acre.

A Constituição Federal de 1988 operou várias alterações em nosso processo penal. Algumas, de identificação imediata, têm aplicabilidade emanada diretamente do texto constitucional. Outras, porém, requerem explicação e regramento pelo legislador ordinário, ainda que, com alguma boa vontade, poder-se-ia dar-lhes eficácia plena e imediata.

O princípio da independência funcional (art. 127, § 1º, CF) e a titularidade exclusiva da ação penal pública (art. 129, CF) conferidos ao Ministério Público hão de ter conseqüências ainda não operadas no processo penal.

Coerente com o papel do Ministério Público de titular da ação penal pública e controlador das atividades da polícia judiciária, alguns Tribunais de Justiça do país, após a nova Lex Fundamental (1988), passaram a editar PROVIMENTOS, firmados democraticamente EM CONJUNTO pelos Excelentíssimos Corregedores do Tribunal de Justiça, do Ministério Público e da Polícia Judiciária, dos Estados respectivos.

Assim, insculpiu-se a adequação da nova tramitação do inquérito diretamente entre a Polícia e o Ministério Público, eliminando a intermediação do Juízo criminal. Nesse compasso, o controle das investigações, a orientação sobre a coleta de provas e, sobretudo, a concessão de prazos para realização das diligências serão de competência exclusiva do titular da ação penal.

O Estado do Acre, comungando com a nova diretriz, fez editar o PROVIMENTO conjunto N.º01/93, datado de 16 de dezembro de 1993, assinado, à época, pelos Excelentíssimos Senhores Desembargador JERSEY PACHECO NUNES, Vice-Presidente do TJ/AC e Corregedor-Geral da Justiça; Doutor WALTER LIMÃO MONTILHA, Corregedor-Geral do Ministério Público Estadual, e, Doutora MARIA DAS GRAÇAS AD'VINCULA RO, Corregedora-Geral da Polícia Judiciária.

Nada mais lógico: se o Ministério Público é o titular da ação penal, é ele que saberá do que necessita para promovê-la, e a ele caberá velar pelas celebridades da investigação, sobretudo tendo em vista o prazo de prescrição da eventual ação. E, se cabe ao Ministério Público exercer o controle externo da polícia judiciária, somente a ele cabe prevenir e corrigir eventuais desvios da investigação, e coibir diligências desnecessárias, inadequadas ou protelatórias.

Entretanto, algumas autoridades, cujo saber jurídico é inquestionável, revogam, **UNILATERALMENTE, PROVIMENTOS CONJUNTOS** anteriormente firmados, sem que qualquer discussão ou possibilidade de diálogo seja ventilado, consoante se infere do teor do PROVIMENTO n.º014/97, datado de 14 de agosto de 1997, expedido pela então Senhora Desembargadora Corregedora-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, fato que, LAMENTAVELMENTE litiga sobremaneira contra os avanços conquistados, ao argumento de que o PROVIMENTO CONJUNTO n.º01/93, **da lavra de pessoas não menos cultas**, onde a visão global verticalizou para aquele ato administrativo, **violou** os artigos 10, § 1º, do Estatuto Adjetivo Penal e 23, "caput", do Código de Processo Penal Militar, hoje reconhecidamente **instrumentos obsoletos**, em outras palavras, atesta que as ilustres autoridades responsáveis pelo **PROVIMENTO 01/93**, agiram, a bem da verdade, pelo que se dessume, "**contra legem**".

Imperativo lembrar quanto a necessidade de um novo código que sirva de instrumento eficaz para realização do direito penal, ~~no dia de hoje~~ e sistematize a legislação adjetiva (mal colocada no

para realização do direito penal **nos dias de hoje**, e sistematize a legislação averbada (tal colocada no **Código de 1941**) tornou-se imperiosa com a promulgação da Carta Política de 1988. Impõe-se que se dê consequência aos preceitos constitucionais em matéria processual.

O nosso Ministério Público precisa **vencer a barreira** daqueles que **não aceitam os tentames novos**. Necessita questionar-se e transformar-se sem demora. Convém seja mais **participativo, vigilante**. Deve, em especial, **abandonar a postura de acomodação**, retração, cautela, do “não me comprometam”, e assumir, na sua plenitude, todas as suas prerrogativas e funções institucionais.

Veja-se que, antes da propositura da ação, ao Judiciário cabe apenas conhecer de eventuais lesões a direito do investigado ou de terceiros, que poderão valer-se do habeas corpus, do mandado de segurança ou do incidente de restituição de coisas. Ou, ainda, decidir sobre medidas investigatórias que importem no cerceamento à liberdade e privacidade do investigado, tais como segregações provisórias e a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. De resto, atualmente, essas questões, normalmente, são mesmo objeto de procedimentos apartados dos autos do inquérito.

É da natureza do Judiciário manifestar-se quando para tal provocado; mas não acompanhar a atividade dos agentes públicos. No inquérito policial, sempre que o juiz, fora das hipótese acima referidas, imiscui-se nas investigações, determinando (!?) que se proceda ao arquivamento do inquérito ou ao oferecimento da denúncia, dizendo qual diligência deve ou não ser realizada, indeferindo o pedido de prazo formulado pela autoridade policial para continuação das investigações, estará excedendo-se de suas funções e usurpando as do Ministério Público.

Nada justifica, pois, a passagem dos autos do inquérito pelo juiz. A tramitação do inquérito entre a Polícia e o Ministério Público é daquelas conclusões que emanam da própria Constituição, da lógica ou simplesmente do bom senso, prescindindo de lei que a declare.

Pretendo sustentar, também, **repisando pesquisas, entendimentos e anseios** que neste **momento reavivo no interesse da atividade ministerial**, que não se justifica a participação do Judiciário no arquivamento de inquérito policial ou peças de informação. Isto deduz-se da Constituição, e é dito pela lógica e pelo bom senso.

Porém, a sua apreensão não é tão clara e imediata, o que aconselha a modificação do art. 28 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre o arquivamento de inquérito policial e de peças de informação contendo **notitia criminis**.

A legislação é clara no sentido de que é o **Ministério Público** quem **dá a última palavra** sobre **arquivamento de inquérito policial** ou peças contendo **notitia criminis**. O Judiciário pode vedar a instauração da ação penal, mas não pode determinar a instauração dela.

Com efeito, o art. 28 do Código de Processo Penal, em essência, prevê um recurso do juiz face a decisão do órgão ministerial em não oferecer a denúncia. E quem julgará esse recurso não é um órgão judiciário de instância superior, mas sim a instância máxima do Ministério Público. Caso essa instância máxima decida também pelo não oferecimento da denúncia, tal decisão é irrecorrível, inclusive por parte da eventual vítima direta do suposto fato criminoso. Mas, decidindo o Ministério Público, em ambas as instâncias, pela não apresentação da denúncia, os autos do inquérito vão para... **o arquivo do Judiciário**.

Pois, sobre o arquivamento do inquérito, nada mais poderá fazer o juiz; a única providência que lhe resta é remeter os autos ao arquivo...

Ora, se assim é (e de fato o é), por que então, ao decidir pelo não oferecimento da denúncia (e, no que diz respeito à sua pessoa, a decisão é irrecorrível, pois nem o órgão superior do Ministério Público poderá determinar àquele órgão inferior que a ofereça, mas somente a outro órgão poderá ser determinado) – por que, ao invés de encaminhar os autos ao juiz, o órgão do Ministério Público não remete os autos diretamente a seu órgão superior, **recorrendo, de ofício, de sua decisão?** E, conseqüentemente, ao confirmar a decisão do órgão ministerial inferior, por que o superior não baixa os autos para arquivamento na própria instituição?

Por solução inversa: o órgão superior do Ministério Público decide pelo oferecimento da denúncia e designa outro órgão para fazê-lo. Por que então, ao invés de remeter os autos ao juiz, para que este encaminhe os autos ao órgão designado, por que o órgão superior do Ministério Público não encaminha os autos diretamente para o órgão designado?

Parece-me que esta tortuosa e burocrática tramitação do inquérito, passando pelo Judiciário, existe apenas para dar a aparência de que o **Judiciário** participa da decisão, quando, na realidade, sua participação é **tão-somente burocrática**.

No tocante ao Judiciário, há de ser registrado e arquivado aquilo que lhe é dirigido: a ação penal. O registro e arquivamento de inquérito, peças de informação ou qualquer documento contendo **notitia criminis** que não resulte em ação há de ser no órgão titular desta: o Ministério Público, que publicará, no **Diário Oficial**, os inquéritos cujo arquivamento determinou.

Bom que se diga que mesmo que o juiz "**não concorde**" com a decisão do órgão ministerial no sentido de não oferecer a denúncia, e seus dois desdobramentos: o órgão superior do Ministério Público confirma aquela decisão e o inquérito necessariamente **será arquivado**, ou a reforma e designa outro órgão para oferecer a denúncia.

**Qualquer que seja o desdobramento**, a participação do Judiciário quanto ao arquivamento do inquérito é **nenhuma**; e nenhuma utilidade tem o registro e a tramitação do inquérito no órgão jurisdicional. Mas a inconveniência de tal procedimento refere-se apenas ao dispêndio de energias e papéis, desnecessariamente. Existe, apenas uma irracionalidade nessa tramitação, sem que a titularidade da ação penal seja arranhada, pois o Ministério Público, em ambas as instâncias, manifesta sobre o arquivamento do inquérito.

O Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal e tem autonomia funcional, somente ele deve manifestar-se, **e por inteiro**, sob pena de evidenciar-se grave lesão sobre o exercício dessa titularidade.

Somente ele, e não também o juiz de primeira instância.

Por inteiro, através do órgão de primeira instância e do órgão superior, e não somente através daquele.

Hipótese interessante (e que evidencia, em sua forma mais extremada, a titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público) ocorre quando o órgão do Ministério Público deixa de oferecer denúncia, manifestando-se pela incompetência do juiz para conhecer do fato.

Já se decidiu que, antes de ser instaurada a ação penal, não há que se falar em conflito de competência; não cabe ao juiz arrogar-se competência para conhecer de um fato, quando ainda nem se sabe se dele resultará ação penal. Portanto, quando o órgão ministerial decide pelo não oferecimento da denúncia, por entender que o juiz perante o qual oficia é incompetente para conhecer do fato, na verdade, está declarando que não tem atribuição para oferecer a denúncia; e assim poderá vir configurar-se um conflito de atribuição com o outro órgão ministerial apontado pelo primeiro como titular da atribuição, porque competente para conhecer do fato é o juiz perante o qual ele oficia.

O conflito de competência (entre juízes pois) só viria ocorrer se um dos órgãos ministeriais apresentasse a denúncia, por entender que o juiz perante o qual oficia é competente; porém, este declarasse o contrário. Assim, ajuizada a denúncia, esta, necessariamente, haveria de ter solução; e então os juízes é que decidiriam a quem caberia tal solução.

Em conseqüência, quando o órgão ministerial declara que não oferece denúncia porque o juiz é incompetente para conhecer o fato, substancialmente, está requerendo o arquivamento jurídico do inquérito naquele juízo; e, caso este não concorde, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral, por aplicação analógica do art. 28 do Código do Processo Penal.

Pois bem. Se o órgão superior do Ministério Público acolhe o entendimento do juiz, será

designado outro órgão para oferecer a Denúncia, e assim estará resolvida a questão.

No entanto, se o entendimento do órgão superior do Ministério Público for contrário ao do juiz, perante este jamais será oferecida denúncia. Baixando os autos a ele, resta-lhe apenas encaminhar os autos ao juízo tido por competente.

**Pinçando outros pontos interessantes de membros que já se manifestaram sobre o tema escolhido**, vejamos uma interessante ocorrência onde fica evidenciada a titularidade absoluta da ação penal por parte do Ministério Público, enquanto um todo.

Numa **querela que se dê entre o Ministério Público Federal e Estadual**, temos que, remetidos os autos ao juízo estadual, o órgão do Ministério Público que ali oficia entenda que também não tem atribuição para oferecer denúncia, porque o juízo competente para conhecer do caso é o federal, não o estadual; esse juiz estadual, por seu turno, entendendo ser competente para conhecer do fato, aplique também analogicamente o art. 28, e remeta os autos ao Procurador-Geral de Justiça; e o Procurador-Geral, concordando com o órgão inferior do Ministério Público, entenda que, realmente, ele não tem atribuição para apresentar denúncia, e baixe os autos para que o inquérito seja arquivado também no juízo estadual.

Terá ocorrido, pois, um conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, em decorrência do qual denúncia não será oferecida nem perante um nem perante outro juízo...

Ou seja: na hipótese de todos os órgãos do Ministério Público envolvidos (a primeira e a Segunda instâncias federais e estaduais, respectivamente) entenderem que não têm atribuição para oferecer denúncia, em nosso sistema jurídico não há instrumento capaz de viabilizar a ação penal. Pois acima do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual não existe uma instância para decidir o conflito negativo de atribuição e determinar a um dos dois que ofereça a denúncia.

Sendo a questão, por algum instrumento processual, levada ao conhecimento do Judiciário, este, através de sua Corte Máxima, declare, que o juiz federal é o competente para conhecer do caso, e, conseqüentemente, o respectivo órgão ministerial é que tem atribuição para oferecer a denúncia, o Supremo Tribunal Federal não poderá determinar ao Procurador-Geral da República ou ao órgão ministerial de primeira instância que ofereça a denúncia. Pois, se assim decidisse, estaria infringindo dois preceitos constitucionais: o da titularidade da ação penal (porque, na realidade, quem estaria ajuizando a ação seria o STF), e o da independência funcional (porque o Ministério Público estaria sendo compelido a praticar um ato contra a sua convicção).

Ficam, pois, a um só tempo, evidenciadas a titularidade absoluta da ação penal pública por parte do Ministério Público e sua autonomia funcional: e, como o corolário disso, o substrato político da função do Ministério Público, mormente quando este deixa de apresentar a denúncia.

Já se disse que o não oferecimento de denúncia constitui-se no maior poder exercido pelo Ministério Público, pois aí, em nome da sociedade, estará ele definindo que determinado indivíduo (suposto agressor dessa mesma sociedade) não será punido, porque processado não será. Ao passo que o oferecimento da denúncia constitui-se apenas na postulação dessa sociedade, através do Ministério Público, de condenação do acusado, mas quem decidirá será o judiciário. No primeiro caso, quem decide é o Ministério Público; no segundo, é o Judiciário.

Não se compreende, portanto, que decisão de tal magnitude seja irrecorrível, quando é certo que a recorribilidade das decisões é **apanágio do processo**.

O juiz, quando decide contra o interesse público postulado (quer no habeas corpus quer no mandado de segurança), recorre de ofício a seu órgão superior, ainda que o Ministério Público, voluntariamente, também possa fazê-lo. Mas o órgão do Ministério Público, quando decide não processar um indivíduo tido por violador de uma norma penal, não recorre, de ofício, dessa decisão. Caso o juiz faça, tem-se os desdobramentos acima vistos; caso o juiz não o faça, a notícia é arquivada na primeira instância.

Não procede o argumento de que há um controle jurisdicional dessa decisão do órgão de primeiro grau do Ministério Público. Primeiro porque, conforme já visto, na verdade, o Judiciário não exerce nenhum papel real do arquivamento do inquérito. Segundo porque, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública e tendo autonomia funcional, esse controle deve-se dar no âmbito da própria instituição. Terceiro porque, esse controle, se exercido na própria instância, às vezes deixa de existir.

Com efeito, após um certo tempo oficiando juntos (e ambos são inamovíveis), promotor e juiz tendem a encontrar modos de convivência, numa paulatina acomodação de entendimentos jurídicos. É certo que isto dependerá da personalidade de cada um (alguns resistem sempre; outros, nem sempre; e outros, nunca). Mas, normalmente, juiz e órgão ministerial vão-se harmonizando ao ponto de se tornar único o entendimento sobre determinadas questões. Questões essas que, às vezes, têm solução diversa nos tribunais superiores e sobre as quais o Ministério Público, através de seu órgão máximo, também decide diversamente.

É comum, pois, que, num mesmo foro, um representante do Ministério Público tenha determinado entendimento sobre dada questão penal; porém, o juiz discorda desse entendimento e remete os autos ao Chefe do Ministério Público, que, agasalhando as razões do juiz, determina que se ofereça a denúncia. Já em outra vara, o juiz entende como o Ministério Público, e assim o respectivo inquérito é arquivado. Portanto, na primeira instância (e num mesmo foro), tem-se soluções divergentes sobre um mesmo fato, sem que haja qualquer instrumento recursal objetivando a unificação.

Não falemos (pois aqui já foge ao normal e à presumida independência de ambos) na possibilidade de, numa remota comarca, promotor e juiz encontrarem-se de tal forma envolvidos no relacionamento daquela comunidade, que ambos sintam-se inibidos em processar criminalmente uma pessoa influente naquela sociedade. E o promotor requer o arquivamento do inquérito, e o juiz o determina...

E assim questões da maior relevância jurídica ou social (mas nem sempre de repercussão) são enterradas no nascedouro.

Caso houvesse o recurso obrigatório, por parte do promotor, a seu órgão superior, tal problema de existir.

Poder-se-ia argumentar que o arquivamento do inquérito no Judiciário confere maior segurança ao investigado, impedindo a reabertura das investigações sem que novas provas se tenha conhecimento.

Tal argumento, porém, não procede, pois o inquérito policial, que já se desenvolve de maneira formal estaria cercado de maior segurança ainda com a publicação da decisão ministerial determinando seu arquivamento. E, logicamente, qualquer tentativa de lesão a esse direito do investigado (de não vir a ser novamente molestado pelos mesmos fatos sem prova nova) seria facilmente detectável e poderia ser coartado pelo Judiciário.

Como o arquivamento do inquérito, sem se atribuir responsabilidade a ninguém, não existe titular do interesse na declaração de extinção da punibilidade. E nem há interesse público nessa declaração, pois não existe uma pendência jurídica que reclame termo.

Caso, arquivado o inquérito e sobrevindo novas provas, o Ministério Público viesse sujeitar alguém a investigação por suposto crime já prescrito, caberia o remédio do habeas corpus, remédio esse adequado também para trancamento de inquérito em curso.

A sistemática ora preconizada para o processo penal já é **adotada** para o **inquérito civil público**. Dele não toma conhecimento o juiz, se, em seu curso, não provocar qualquer lesão a direito dos personagens nele envolvidos (o que também poderá ocorrer, ensejando, v.g., mandado de segurança).

Com efeito, o **art. 9º da Lei 7.347/85** prevê a sistemática para arquivamento do inquérito civil público, sistemática essa que, com eventuais adaptações, poderia ser adotada no inquérito policial.  
**Verbis:**

Art. 9º. Se o Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamentos para a propositura da ação civil, **promoverá o arquivamento** dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentalmente.

§ 1.º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2.º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados ao autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3.º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4.º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.'

Ora, no inquérito civil público, conforme extrai-se do próprio nome, também investiga-se suposta lesão a direitos sociais, e nem por isto ao Judiciário é levado o resultado da investigação, caso esta não enseje o ajuizamento da respectiva ação.

**Em síntese:** se, ao invés de requerer o arquivamento ao juiz, o órgão ministerial recorrerse, **ex officio**, a seu órgão superior, tal medida seria sempre mais vantajosa, e em nenhuma hipótese excluiria do poder judiciário a apreciação de qualquer lesão a direito. Não subtrairia poder ao Judiciário nem conferiria mais poder ao Ministério Público. Pois, atualmente: a) quando o juiz discorda da decisão do órgão do Ministério Público e remete os autos ao Procurador-Geral, e este insiste no arquivamento, o juiz não poderá opor-se a isto; e se o órgão superior do Ministério Público determina o oferecimento da denúncia, nomeando outro órgão para fazê-lo, esse mesmo resultado seria alcançado como recurso de ofício. Portanto, em ambas as hipóteses, a solução seria a mesma, e com economia processual: b) quando o juiz concorda com a decisão do órgão ministerial no sentido de ser arquivado o inquérito, está-se subtraindo da instituição titular da ação penal a possibilidade de rever aquela decisão em segundo grau, o que propicia decisões divergentes em primeira instância, sem que haja remédio para unificá-las.

*#Tese apresentada no I Congresso do Ministério Público do Estado do Acre, no período de 31 de maio a 2 de junho de 2001*