

Opinião: Controle de arquivamento de investigações pelo PGR e PGJs

A ação penal privada subsidiária da pública, aqui abordada, é uma proposta embrionária para coibir os prematuros e indevidos requerimentos de arquivamentos de investigações criminais, que vêm promovendo alguns procuradores-gerais, quer da República, quer dos Estados-membros. Ninguém tem ou pode ter poderes absolutos em um Estado Democrático de Direito. Aliás, na atual estrutura do sistema acusatório brasileiro, a partir da vigência da Lei 13.964/19, os únicos que detêm esse poder absoluto são o vigente sistema acusatório penal.



Os fatos nos fazem pensar. Os fatos é que provocam o

pensamento teórico. A teoria só faz sentido se encontrar ressonância nos fatos. A teoria nos permite desenvolver um pensamento racional sobre os fatos, vale dizer, melhor compreendê-los.

Não digo isso com os olhos voltados para a notícia de que o atual procurador-geral da República, o qual, segundo a mídia, estaria inclinado a arquivar o rumoroso inquérito que tramita no Supremo Tribunal Federal, cujo objeto é a apuração de ameaças aos seus ministros e um esquema de notícias falsas agressivas e ofensivas a autoridades e instituições públicas. Mas me preocupa, sobretudo, fatos similares que têm ocorrido em várias oportunidades em alguns estados da Federação.

Embora essa questão esteja adiada, ao menos por ora, pelo julgamento no Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade e legalidade do polêmico inquérito acima mencionado, o tema tem total e absoluta relevância e atualidade, mormente considerada a grande quantidade de outros procedimentos investigatórios em curso, em nossos vários tribunais. De há muito venho sustentando a necessidade de uma lei que crie um mecanismo de controle do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública por parte dos procuradores-gerais da Justiça dos estados e do procurador-geral da República.

Em princípio, eles são os únicos legitimados para a ação penal e só eles têm atribuição para o arquivamento dos inquéritos policiais ou quaisquer investigações criminais, isso quando se tratar de indiciados com prerrogativa de função.

Como se sabe, em face do sistema processual acusatório, os tribunais não podem instaurar, de ofício, o processo penal, como também não podem obrigar os procuradores-gerais a propor a ação penal (denúncia).

Assim, em recente e breve texto, publicado na minha coluna do site Empório do Direito, sustentei que a

nova redação dada pela lei 13.964/19 ao artigo 28 do CPP autorizaria submeter a decisão de arquivamento dos procuradores-gerais ao novo procedimento, introduzido em nosso sistema processual penal, na medida em o novo dispositivo legal não mais se refere a juiz e não mais se vincula ao primeiro grau de jurisdição.

Entretanto, essa atual redação do mencionado artigo 28 restou suspensa por meio de provisória e equivocada decisão monocrática do ministro Luiz Fux, que costuma retardar, ao máximo, a remessa dos autos para apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Comportamento injustificável e reprovável.

Dessa forma, tem maior relevância o que agora sustentamos, por meio de interpretação extensiva do disposto no artigo 29 do Código de Processo Penal, que nada mais é do que um mecanismo a mais de fiscalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Vale dizer, a ação penal privada subsidiária deve ser compreendida como uma forma legal de controle do não exercício da ação penal pública.

Dispõe o citado artigo 29 da lei processual:

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias sustentam que essa ação penal privada em face de crimes de ação penal pública só teria cabimento no caso de inércia do Ministério Público, deixando ele de se pronunciar nos prazos legais, não oferecendo denúncia e nem postulando o arquivamento do inquérito policial ou quaisquer outras peças de informação.

Esse também sempre foi o meu entendimento, embora, em texto mais recente, já tenha aceito essa ação privada subsidiária na hipótese de arquivamento dos procuradores-gerais e somente nessa hipótese (à míngua de um outro mecanismo de controle).

O argumento para justificar tal entendimento é político, vale dizer, o Estado Democrático de Direito precisa que também haja mecanismos legais de controle dos atos dos procuradores-gerais, únicos legitimados para o exercício da ação penal pública nos casos de competência penal originária dos tribunais.

Controles são essenciais ao Estado Democrático de Direito, prometido na Constituição da República de 1988. Nele, ninguém e nenhum órgão público pode ter poder absoluto. Sempre devem existir recursos ou outros mecanismos para questionar o que foi decidido ou se deixou de decidir.

A interpretação extensiva que se propõe em face do artigo 29 parte de uma premissa: se o procurador-geral decide pelo arquivamento do inquérito, não está "intentando a ação penal no prazo legal".

A controvérsia sobre essa tormentosa questão é antiga e bastante conhecida, sendo desnecessário retomá-la aqui. Importante notar que, quase sempre, o tema é debatido apenas com base no arquivamento no

primeiro grau de jurisdição, vale dizer, arquivamento postulado pelo promotor de Justiça ou pelo procurador da República. Ora, realmente, nesses casos, já existe um mecanismo de controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, disciplinado no artigo 28 do CPP (seja na atual redação, seja na redação primitiva).

Nada obstante, vale a pena ressaltar mais uma vez: no caso de arquivamentos decididos pelos procuradores-gerais não haveria qualquer forma de controle de seu ato ou de sua indevida omissão, pois, no nosso sistema processual acusatório, não cabe ao Poder Judiciário provocar a sua jurisdição ou impor ao Ministério Público o exercício da ação penal.

Assim, buscamos interpretar o transcrito dispositivo legal para que não tenham os procuradores-gerais um poder absoluto e ilimitado, sem qualquer controle interno ou externo.

Atualmente, vou mais adiante. Acho que a legitimação para essa ação penal privada subsidiária da pública não deve ficar restrita ao ofendido, pois muitos dos crimes tipificados em nosso sistema penal não têm vítimas, tornando impossível a deflagração deste salutar controle da não denúncia.

Acho que a legitimação para essa ação penal privada subsidiária da pública deve ser ampliada para as instituições, entidades e órgãos que a Constituição Federal legitima para a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103), sempre que o crime investigado tiver como objeto um bem jurídico em que seja do interesse público a sua tutela.

Essa mesma Constituição coloca a ação penal privada subsidiária da pública como um direito fundamental, conforme se vê do disposto no seu artigo 5º, inciso LIX.

A lei processual penal admite expressamente a analogia, a interpretação extensiva e o suplemento dos princípios gerais do Direito, consoante se vê do disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal.

Dessa maneira, retifico quase que integralmente a crítica que fizemos a um interessante anteprojeto de lei, elaborado por um grupo de juízes do antigo e famoso Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Digo, retifico parcialmente, porque aquela proposta legislativa objetivava dar legitimidade a qualquer do povo para ação penal privada subsidiária, bem como abrangeria os arquivamentos no primeiro grau de jurisdição.

A tanto não vamos, a tão longe não chego. Entretanto, agora compreendo melhor o desiderato da saudosa professora Ada Pellegrine Grinover, que coordenou aquele colegiado de magistrados. Este meu texto está publicado no livro "Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres" (15ª edição, Juspodium), que passei a dividir com o amigo, magistrado e professor Pierre Souto Maior Amorim.

Naquela oportunidade, jovem ainda, não percebi ou atentei para a sabedoria e experiência da veterana e festejada professora titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Nunca me causou qualquer constrangimento a mudança de entendimentos. Ao contrário, me dá bastante satisfação, pois é uma prova de que, como ser pensante, ainda não estou intelectualmente "morto".

Concluo dizendo e confessando: procuro uma interpretação extensiva e sistemática para que tenhamos

um mecanismo legal de controle da não ação penal por parte dos procuradores-gerais.

Fácil perceber que aí é que mais se faz necessário esse controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, seja pela forma política de sua nomeação e investidura, seja pela relevância política dos investigados nos casos de competência originária dos tribunais. Em outro texto, também constante do meu livro acima citado, deixei dito que "controle" é uma palavra-chave do Estado Democrático do Direito.

Afranio Silva Jardim, mestre e livre-docente em Direito Processual Penal pela Uerj. Professor Associado de Direito Processual da Uerj (aposentado), Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do E.R.J.

Date Created

19/06/2021