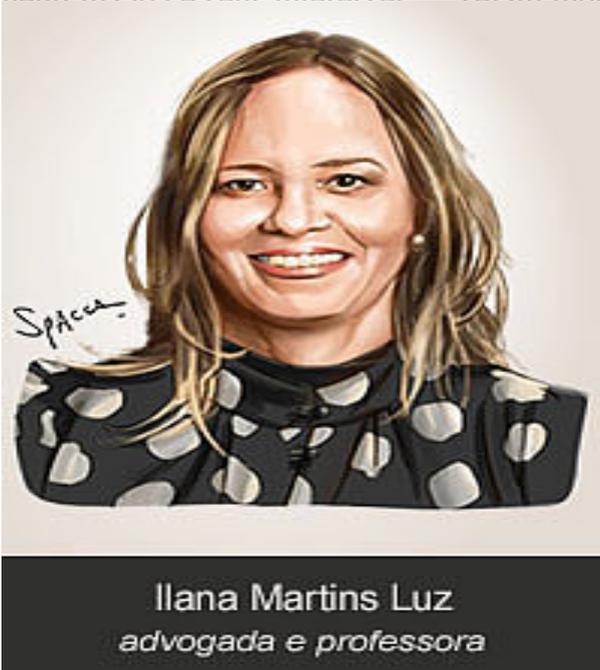


Ilana e Bottini: Arquivamento das investigações pelo MP

Não é novidade que, no Direito Criminal moderno, o Estado, enquanto vítima em sentido formal de todos os crimes, subroga-se no direito de exercer o *protagonismo central* no exercício do *jus puniendi* e, por consequência, do *jus perseguendi* [1]. Tal fato permitiu, por um lado, que chamadas *ciências penais* (Direito Penal, Processo Penal e Criminologia) se desenvolvessem excessivamente focadas na pessoa do infrator e na acusação estatal, relegando o *ofendido particular* a uma posição marginal, "geralmente, a um total desamparo" [2]. Adicionalmente, a atuação do Estado enquanto protagonista da resposta delitiva fez prevalecer a ideia de que a perseguição e a sanção penal visavam, apenas, à satisfação da *coletividade* diante do abalo à segurança causado pelo delito. A vítima foi historicamente neutralizada e seus interesses — sejam indenizatórios, sejam de restauração da confiança na vigência da



O desenvolvimento da vitimologia permitiu a *redescoberta* da vítima [3], e deu ensejo a movimentos de justiça restaurativa, que questionam a racionalidade punitiva como única resposta ao fenômeno delitivo [4]. Para além, no bojo do paradigma punitivo, a redescoberta da vítima influenciou alterações legislativas que retiraram o ofendido da sua posição de ostracismo e mera testemunha dos fatos, e passaram a lhe conceder poderes de influenciar a produção da prova, a orientação da perseguição e mesmo o exercício de ação ou de manejo de recursos, quando entende falha ou omissa a atuação estatal.

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, é possível verificar que, no Direito Pátrio, não são poucos os instrumentos à disposição da vítima no processo penal [5].

A despeito da inclusão da vítima no sistema repressivo, é certo que esta ainda figura como sujeito secundário do processo penal, uma vez que o Ministério Público é o titular privativo da ação penal na maioria dos casos — ações penais públicas, sejam condicionadas ou incondicionadas — nos termos do



Pierpaolo Bottini
advogado e professor

Neste contexto, surge um questionamento relevante que, longe de se

restringir a uma mera discussão teórica, tem importantes repercussões práticas e se relaciona intrinsecamente com o princípio do acesso à justiça: nos casos de ação penal pública, caso, ao final das investigações, o Ministério Público requeira o arquivamento do procedimento, há possibilidade de questionamento deste requerimento pela vítima? Caso positivo, qual seria o instrumento adequado a ser utilizado e qual seria a consequência deste questionamento?

No que concerne ao arquivamento das investigações, a redação original do artigo 28 do Código de Processo Penal estabelecia o controle judicial do requerimento feito pelo *Parquet*, com a previsão de que o juiz poderia discordar do arquivamento quando considerasse improcedentes as razões invocadas, encaminhando o feito ao Procurador Geral, a quem cabia a decisão final.

A alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019, com o fim de aproximar o processo penal do sistema acusatório, instituiu uma nova redação ao artigo 28 do Código de Processo Penal, suprimindo a necessidade de controle judicial:

"Artigo 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial".

Além de suprimir a necessidade de controle judicial, a nova redação previu a participação da vítima nesta etapa, aumentando as possibilidades de atuação do ofendido no sistema punitivo.

Ocorre que a novel redação foi objeto de questionamento no bojo da ADI 6305, proposta pela Associação Nacional de Membros do Ministério Público, que afirmou que o *Parquet* não estava aparelhado para implementar tal medida no prazo de 30 dias de *vacatio legis* do Pacote Anticrime. Em decisão liminar, o ministro Luiz Fux entendeu que a alteração legislativa "*desconsiderou a dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais*" [6]. Por estas razões, o ministro determinou a suspensão da eficácia do artigo 28, *caput*, do CPP.

A restrita menção ao *caput* do artigo 28 do CPP na decisão em comento fez nascer o questionamento acerca da suspensão da eficácia, ou não, do §2º do respectivo artigo, que trata da impugnação do arquivamento pela vítima. Não faz sentido admitir que a suspensão atinge, apenas, o *caput*, uma vez que o recurso previsto no §2º está intrinsecamente relacionado à alteração na sistemática do arquivamento. Com base nesta premissa, em decisão monocrática proferida no bojo da RCL 42093, o ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a suspensão também abarca o referido parágrafo [7].

Apesar da suspensão integral do dispositivo, entendemos que, mesmo sob a ótica da antiga redação do artigo 28 do CPP, a vítima não pode ficar alijada de qualquer possibilidade de impugnação do requerimento Ministerial de arquivamento. Isto porque, muito embora o Estado seja o sujeito passivo formal de todos os delitos, a vítima é a afetiva titular dos bens jurídicos lesionados com a conduta criminosa, de modo que o seu interesse não se resume à mera reparação dos danos [8].

À vítima deve ser permitido discutir as razões jurídicas apontadas pelo membro do *Parquet* para o arquivamento, notadamente quando estas estiverem em desacordo com precedentes judiciais e/ou regras estabelecidas pelo próprio Ministério Público [9].

Alguns parâmetros podem nortear a discussão sobre o requerimento de arquivamento. Neste sentido, cumpre citar os enunciados da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF que, muito embora restritos ao *parquet federal*, podem servir de norte para avaliar as hipóteses de questionamento do ofendido.

De acordo com o enunciado nº 71 da 2ª CCR, o arquivamento é cabível quando *"após a colheita de provas, não restarem evidenciados elementos suficientes da autoria delitiva, situação demonstrada com a reunião das seguintes condições: inexistência de suspeitos, de testemunha, de elementos técnicos formadores de convicção (fragmentos papiloscópicos, imagens, vestígios biológicos, etc) e de outras diligências capazes de modificar o panorama probatório atual"*. A contrário senso, é possível afirmar que, se houver elementos suficientes de autoria, ou, ainda, diligências capazes de identificar esta autoria, a decisão de arquivamento está contrariando o entendimento do próprio órgão, de modo que é possível a discussão na via judicial.

O enunciado de nº 21 da 2ª CCR também pode servir de parâmetro para os casos em que o pedido de arquivamento é fundado em excludentes de responsabilidade. De acordo com este entendimento, somente é admissível o arquivamento dos autos de investigação com fundamento em excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade quando *"a excludente deve resultar cabalmente provada, ao término de regular investigação"*. Caso a vítima consiga demonstrar que não há provas suficientes destas excludentes, admite-se a discussão na via judiciária.

Fincada a premissa de que é possível o questionamento ao judiciário, deve-se questionar a via adequada à disposição do ofendido. Pensamos que esta via é o mandado de segurança judicial, pois não há recurso cabível nestas hipóteses, autorizando a medida, nos termos do artigo 5º, inciso II da Lei nº 12.015/2009.

Uma vez admitida a impugnação da vítima pelo judiciário, é de se investigar qual a consequência possível de eventual provimento das razões do ofendido. Como regra, pensamos que a consequência deve ser o envio dos autos ao Procurador Geral, nos termos da antiga sistemática do artigo 28 do CPP, que, atualmente, regulamenta a matéria diante da suspensão da nova redação alterada pelo Pacote Anticrime.

Este foi o entendimento recente esposado pela 5ª Turma do STJ:

"PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENCERRAMENTO DA INVESTIGAÇÃO APÓS DEMONSTRAÇÃO DA MATERIALIDADE E IDENTIFICAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA MEDIATA E IMEDIATA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FORMULADO COM APOIO NA ACUSAÇÃO MÚTUA ENTRE O AUTOR IMEDIATO E OS SUPOSTOS AUTORES MEDIATOS. IRRELEVÂNCIA DA ESTRATÉGIA. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO ARQUIVAMENTO COM ENCAMPAÇÃO DAS RAZÕES MINISTERIAIS. ATO JUDICIAL PROMOVIDO EM DESCOMPASSO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE. PROVIMENTO DO RECURSO PARA ENCAMINHAMENTO DO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO À INSTÂNCIA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOS TERMOS DO ARTIGO 28 DO CPP. 1. A jurisprudência das cortes superiores consolidou-se no sentido da excepcionalidade do controle das decisões judiciais pela via do mandado de segurança, restringindo seu cabimento às hipóteses de ilegalidade patente ou teratologia manifesta. 2. A decisão de homologação de arquivamento de inquérito judicial admite controle judicial em casos excepcionais, quando proferida em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente. 3. A comprovação da materialidade e a presença de indícios de autoria mediata e imediata caracterizam justa causa para a ação penal, não sendo de se exigir sua demonstração plena e irrefutável no encerramento da investigação criminal. 4. Estratégias de defesa ancoradas na imputação de responsabilidade aos demais investigados (uns aos outros) não podem impedir a persecução penal em prejuízo da vítima, a quem se deve garantir o acesso à Justiça e o devido processo legal. 5. Recurso ordinário a que se dá provimento para tornar sem efeito a decisão de homologação do pedido de arquivamento dos inquéritos em curso e determinar o encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral do Ministério Público estadual para revisão do pedido de arquivamento formulado pela acusação" [10].

Excepcionalmente, contudo, o judiciário poderá determinar o desarquivamento dos autos e realização de diligências, com posterior encaminhamento ao órgão ministerial para apresentação da *opinio delict*. Podemos pensar na hipótese em que haja diligências pendentes, requisitadas pelo próprio órgão Ministerial, que, antes de aguardar a sua realização, manifesta-se pelo arquivamento. Neste caso, não é possível admitir tal hipótese, visto que há diligências aptas a comprovar eventual ocorrência de crime e sua autoria, as quais não podem ser ignoradas pela acusação. O TJ/SP teve a oportunidade de se manifestar sobre situação análoga, decidindo por cassar a decisão de homologação do arquivamento pelo juízo de primeiro grau e determinando a retomada das investigações para formação da *opinio delict* [11].

Por fim, é importante pontuar que, em qualquer caso, a decisão final sobre o oferecimento da denúncia ou manutenção do arquivamento ficará realmente a cargo do Procurador Geral, uma vez que, no Brasil, não se admite o instituto da acusação forçada, ao contrário do que se verifica, por exemplo, na Itália [12].

[1] Ver mais em LUZ, Ilana Martins. *Justiça Restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal*. Florianópolis, Empório do Direito 2015, p 87.

[2] MOLINA, Antonio Garcia Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 67

[3] MOLINA; GOMES. *Op. cit.* p. 69

[4] LUZ, Ilana Martins. *Justiça Restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal*. Florianópolis, Empório do Direito 2015, p 101.

[5] Como exemplo, tem-se: a iniciativa de autorizar o início da investigação criminal nos casos de ações penais de iniciativa pública condicionadas à representação (artigos 5º, §4º e 24 do CPP) e nas ações penais privadas (artigos 5º, §5º, CPP), de requerer diligências durante a fase de investigação (artigo 14, CPP), de ajuizar a ação penal de iniciativa privada (artigo 30, CPP), de ajuizar a ação penal privada subsidiária da pública nos casos em que o Ministério Público não o fizer no prazo legal (artigo 29, CPP), de requerer o sequestro de bens (artigo 127, do CPP,) a prisão preventiva do infrator (artigo 311, CPP) e o desaforamento no júri (artigo 427, CPP) e de recorrer da sentença (artigo 598, CPP). Adicionalmente, novas alterações legislativas contemplaram os direitos das vítimas, a exemplo: a) introdução da justiça consensual penal com participação da vítima (Lei nº 9.099/95); b) a inclusão da multa reparatória nas infrações penais de trânsito (artigo 297 do Código de Trânsito Brasileiro); c) estabelecimento da pena alternativa de prestação pecuniária à vítima do delito (artigo 45, §1º do CP, introduzido pela Lei nº 9.714/98); d) previsão da necessidade de comunicação ao ofendido dos atos processuais relativos ao ingresso e saída do acusado da prisão, bem, como a designação de atos processuais (artigo 201, §2º, incluído pela Lei nº 11.690/2008); e) previsão de fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração na sentença penal condenatória (artigo 387, CPP, introduzido pela Lei nº 11.719/2008); f) inclusão da obrigação de reparação do dano para o Acordo de Não Persecução Penal (artigo 28-A, CPP, introduzido pelo Pacote Anticrime em vigor desde 2020).

[6] STF, ADIS 6299, 6300 e 6305. Decisão Monocrática. Relator: ministro Luiz Fux. J. 23.02.2020; Dje 03.02.2020.

[7] STF, RCL 42093/PR. Decisão Monocrática. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. J. 18.09.2020; Dje 22.09.2020

[8] Neste sentido, a doutrina: *"o assistente também intervém no processo com a finalidade de cooperar com a justiça, figurando como assistente do MP ad coadjuvandum. Assim, com relação à condenação, o ofendido tem o mesmo interesse-utilidade da parte principal na justa aplicação da pena"*. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: RT, 1998, p. 88. E a jurisprudência: *"O interesse da vítima vai além de apenas obter um título executório para reparação dos prejuízos sofridos, porquanto, mesmo de forma secundária, objetiva também perseguir a chamada verdade real e, em consequência, a justa aplicação da lei penal. Ademais, importante lembrar que as garantias constitucionais do acesso à Justiça e do duplo grau de jurisdição devem ser asseguradas indistintamente, seja em relação ao acusado e ao Ministério Público, seja quanto ao ofendido"*. Stj, HC 123.365 / SP, relator ministro OG

FERNANDES, 6ª T, j. 22/06/2019, DJe 23/08/2010.

[9] Conforme ensina Eugênio Pacelli: *"Assim, segundo nos parece, a questão da amplitude do campo probatório não é decisiva para a definição da natureza do interesse jurídico do assistente. Embora nossa atual legislação acentue de modo mais significativo o interesse civil na intervenção do assistente, a tanto legitimando apenas o ofendido e seus sucessores processuais (artigo 268, CPP), pode-se observar que, mesmo em relação à questão penal, os atos do Poder Público devem se submeter a controle pelos administrados. É de se ver, aliás, que a norma do artigo 5º, LIX, da CF, não se refere expressamente ao ofendido, mas ao particular"*. PACELLI, Eugênio. Curso de Direito Processual Penal. 24ª Ed. São Paulo, Atlas, 2020. p. 602

[10] STJ. RMS nº 66.734/SP, relator ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 25/2/2022.

[11] TJ/SP, HC nº 2063745-51.2022.8.26.0000, relator ministro Jayme Walmer de Freitas, 3ª Câmara, j. 26.07.2022.

[12] Neste mesmo sentido foi a decisão monocrática da ministro Rosa Weber no bojo do Inq. 4875: *"No Brasil, portanto, ao contrário do que se verifica na experiência processual penal italiana — na qual o juiz (da investigação preliminar) está investido ex vi legis (CPP italiano, artigo 409, §§2º e 5º) de autoridade não apenas para rejeitar a promoção de arquivamento do MP, mas, também, para determinar ao Parquet o oferecimento da ação penal, a qual se convencionou chamar, naquele país, de acusação forçada (TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale, 19ª ed., Giuffrè Editore: Milão, 2018, p. 617) —, o Ministério Público é o senhor exclusivo da decisão sobre a existência, ou não, de justa causa para a instauração da persecutio criminis in judicio"*. STF, Inq. 4875. Decisão monocrática. Relator ministro Rosa Weber. J. 29.03.2022. DJe 31.03.2022.

Date Created

11/08/2022