

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 145.660 - SP (2016/0061683-4)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**SUSCITANTE : JUÍZO DE DIREITO DA 3A VARA DO JURI DE SÃO PAULO - SP**

**SUSCITADO : JUÍZO AUDITOR DA 1A AUDITORIA DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**INTERES. : JUSTIÇA PÚBLICA**

**INTERES. : EM APURAÇÃO**

## **RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**O JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JÚRI DE SÃO PAULO – SP** suscita conflito **positivo** de competência diante do reconhecimento da competência efetivado pelo **JUÍZO AUDITOR DA 1ª AUDITORIA DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO**.

Depreende-se dos autos que foram instaurados dois inquéritos policiais (um civil e outro militar) para apurar suposta prática, por policial militar em serviço, de homicídio contra civil. O relatório, elaborado pelo Juízo suscitante, em suas informações, à fl. 1, descreve o seguinte:

Cuida-se de situação fática alvo de apuração por meio de inquérito policial, presidido pelo Dr. Delegado de Polícia do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa - DHPP, bem como por meio de inquérito policial militar, presidido por oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Inquérito Policial Militar nº 73.586/15, **ao mesmo tempo**.

Em ambos os inquéritos, o Civil e o Militar, apura-se a eventual prática de homicídio por policial militar em serviço contra civil. Deveras, consta dos inquéritos a lavratura de ocorrência policial de acordo com a qual no dia 25/11/2015, por volta das 10hs30min, na Avenida Paulo Guilguer Reimberg, altura do nº 6200, na Capital de São Paulo, policiais militares em patrulhamento de rotina e receberam via rádio a notícia de um roubo corrido na Ilha do Bororé, cometido por dois indivíduos armados que após perpetrarem o delito empreenderam fuga pela referida avenida.

Os policiais então se depararam com o caminhão objeto do roubo e ao darem sinal de parada o motorista não obedeceu e acelerou o veículo em direção aos policiais além de um dos

indivíduos ter efetuado disparos contra a guarnição que tentou repelir a ação e acabou desferindo tiros contra eles e os atingindo fatalmente.

**A partir daí, prosseguiu o inquérito policial civil e o inquérito policial militar. No inquérito policial militar, o Ministério Público solicitou a remessa dos autos para este juízo suscitante alegando ser da justiça comum a competência para apreciar os fatos narrados no inquérito, (fls. 60).**

**O MM. Juízo suscitado indeferiu o pleito ministerial entendendo que "...inexistindo o crime militar em face da legítima defesa por parte dos policiais militares investigados, caberia à Justiça Militar Estadual decidir sobre a matéria [...] (destaquei)**

Diante disso, o Juízo Auditor da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, reconhecendo a incidência de excludente de ilicitude, determinou o arquivamento do inquérito policial militar, nestes termos (fl. 67):

Dessa forma, inequivocamente, trata-se o fato apurado de crime militar, tanto isso é verdade que a disciplina da Lei 9299/96, atendendo ao comando constitucional citado, atribui com exclusividade a apuração do fato pela Polícia Judiciária Militar.  
[...]

Como o caso em concreto versou sobre investigação policial militar de crime doloso contra a vida de civil, praticado, in tese, por policiais militares quando em serviço, líquido e certo é que o fato constitui-se de crime militar, todavia, como conclusão das investigações vinculadas aos elementos de convicção carreados no IPM foi no sentido de que o fato está acobertado pela excludente de ilicitude da legítima defesa, é de se reconhecer, neste momento, inexistente o crime.

Determinou, ainda, o seguinte (fl. 73):

Paralelamente, com base na conclusão do relatório e solução do IPM envolvendo [...] determino o envio de ofício requisitório junto à Seção de Justiça e Disciplina responsável por este caderno inquisitorial, para que, no prazo de dez dias, **diligencie junto à Polícia Civil e junto ao Juízo Criminal correspondente, para onde foi enviado o Inquérito Policial (IP) que apurou paralelamente o fato investigado [...], no sentido de que seja informado a este Juízo sobre o resultado**

**da respectiva investigação [...] remetendo-se inclusive cópias da manifestação do Ministério Público oficiante na Justiça Comom e da respectiva Decisão Judicial para juntada a este procedimento (destaquei).**

Após o envio do autos, o Juízo de Direito da 3ª Vara do Júri de São Paulo – SP, acolhendo a manifestação do Ministério Público, **reconheceu como sua a competência para a análise do caso** e, por isso, suscitou este conflito positivo, com os seguintes fundamentos (fl. 2):

A despeito do entendimento então lançado, no âmbito do IPM, tenho convicção no sentido de que, havendo a competência do Tribunal do Júri para processamento e julgamento dos delitos praticados por militar em serviço contra civil, como ocorre, na espécie, esta competência existe desde a origem, vale dizer, a partir do instante em que passa a haver atuação jurisdicional diante de delito desta natureza em tese praticado pelas pessoas investigadas.

É diversa a situação em hipóteses nas quais se verifica a desclassificação de um delito ou nova classificação, bem como na eventual circunstância de serem apurados fatos determinantes da alteração da competência, mas tão logo identificada a natureza do delito e as partes envolvidas, fica prontamente definida a competência, sendo de rigor o encaminhamento dos autos para análise do Juízo com atribuição legal e, principalmente, constitucional, para o respectivo processamento. Assim, o inquérito policial militar em questão deve ser encaminhado a este Juízo, para que, reunido com o inquérito policial civil atualmente em trâmite, aqui, ser processado e julgado pelo Tribunal do Júri, cuja competência inclui, inclusive, a verificação de ser ou não hipótese de arquivamento dos autos. Quando menos, insista-se, ficaríamos diante da curiosa situação de um mesmo fato, submetido a dois inquéritos, obter, ao mesmo tempo, ordem judicial de arquivamento, em um inquérito, e recebimento da denúncia em outro. Evidente a impossibilidade de dois procedimentos para apuração dos mesmos fatos e, inequivocamente, de um deles ou os dois serem processados por Juízo incompetente, no que se refere ao crime doloso contra a vida.

Ouvido, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento do conflito para que seja declarado competente o Juízo

suscitante.



**CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 145.660 - SP (2016/0061683-4)**  
**EMENTA**

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. HOMICÍDIO PRATICADO POR POLICIAIS MILITARES DE SERVIÇO CONTRA CIVIL. EXCLUDENTES DE ILICITUDE. VERIFICAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. Em conformidade com a Constituição da República (art. 125, § 4º) e com as normas infraconstitucionais que regulam a matéria (art. 9º, parágrafo único, do CPM e art. 82 do CPPM), a competência para processar e julgar policiais militares acusados da prática de crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri.

2. Não é conforme ao direito a iniciativa do juiz militar que, em face de pedido do Ministério Público para a declinação de competência para a jurisdição criminal comum, arquiva o IPM, sem a observância do procedimento previsto no art. 397 do CPPM (Decreto-Lei Nº 1.002, de 21 de outubro de 1969), em tudo similar ao mecanismo previsto no art. 28 do CPP, que determina a remessa dos autos ao Procurador-Geral em caso de discordância judicial das razões apresentadas pelo órgão de acusação (arquivamento indireto). Precedente.

3. Sob diversa angulação, no restrito exame da competência mínima, não pode o juiz avançar - em sede inquisitorial, ausente a imputação formalizada em denúncia do órgão ministerial - na verificação de causas justificantes da conduta investigada, quando, ante a sua adequação típica, seja possível de plano visualizar a incompetência absoluta da justiça militar, *ratione materiae*, para o processo e julgamento do caso.

4. Não se há, outrossim, de conferir grau de imutabilidade a decisão proferida por juízo constitucionalmente incompetente, notadamente porque lançada em fase ainda investigativa, onde não há ação e, portanto, não há processo e menos ainda jurisdição, máxime em situação como a versada nos autos, na qual, como destacado, o Ministério Público Militar não pleiteou o arquivamento do inquérito, mas tão somente a sua remessa para o Juízo comum estadual, competente para o exame da causa.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara do Júri de São Paulo – SP.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

**I. Admissibilidade**

De início, registro que este incidente processual foi estabelecido em razão de decisões afirmativas de competência, proferidas pelo Juízo de Direito da 3ª Vara do Júri de São Paulo – SP, ora suscitante, e pelo Juízo Auditor da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, **hipótese esta que se amolda ao art. 105, I, "d", da Constituição Federal**, razão pela qual dele o conheço.

**II. Considerações iniciais**

A controvérsia jurídica estabelecida pelos Juízos suscitante e suscitado, que dá suporte para este conflito positivo de competência, como se viu do relatório, cinge-se no seguinte aspecto: **diante da prática de homicídio doloso contra civil, por policial militar em serviço, em que há dupla instauração de inquérito policial, um deles militar, é possível que a autoridade judiciária militar, mesmo incompetente para o processo e julgamento de crime doloso contra a vida de civil, reconheça, em virtude da regra de que o juiz tem a competência para decidir sua própria competência (*kompetenz kompetenz*), causa excludente de ilicitude e, nesta medida, determine o arquivamento do inquérito policial militar, obstando, por conseguinte, o prosseguimento do inquérito policial?**

Não descuro a existência de precedentes desta Seção que assinalam, **a despeito da previsão contida no parágrafo único do art. 9º, parágrafo único, do CPM, com as alterações introduzidas pela Lei n. 9.299/1996 e, agora, pela Lei n. 12.432/2011**, que é da Justiça Castrense a competência para arquivamento de inquérito quando evidenciada, de forma incontestável, que a prática de homicídio por policiais militares de serviço contra civil se deu em legítima defesa ou no estrito cumprimento do dever legal (v.g. **CC n. 145.710/MG**, Rel. Ministro **Lázaro Guimarães** – Desembargador convocado do TRF 5ª, DJe 31/3/2016 – **decisão monocrática; AgRg no CC n. 133.875**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 25/8/2014 **AgRg no CC n. 133.875/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 25/8/2014; **CC n. 120.201/RS**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 14/5/2012; **CC n. 64.016/AM**, Rel. Ministro **Hamilton Carvalhido**, DJ de 22/10/2007 ).

**Tais precedentes, é bom que se registre, serviram de substrato para que o Juízo suscitado reconhecesse como sua a competência para análise da excludente de ilicitude** que, ao fim e ao cabo, ensejou o arquivamento do inquérito policial militar.

Por outro lado, não desconheço que há, na jurisprudência desta Corte, julgados que afirmam que a instauração de inquérito policial militar deve restringir-se à averiguação de ocorrência de crime (que pode ou não ser doloso contra a vida). Uma vez **constatada, porém, a prática de possível crime doloso contra a vida, os autos de inquérito devem ser remetidos à Justiça comum**. Nessa linha, destaco o **RHC n. 21.560/PR** (DJe 12/5/2008), de relatoria do Ministro **Felix Fischer**, assim sumariado:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. HOMICÍDIO QUALIFICADO. COMPETÊNCIA. ART.125, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART.82, § 2º DO CPPM. INQUÉRITO. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA DE CIVIL PRATICADO POR POLICIAL MILITAR. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

I - A teor do disposto no art. 125, § 4º da Constituição Federal e art. 82 do Código Penal Militar, compete à Justiça Comum julgar policiais militares que, em tese, cometerem crime doloso contra a vida de civil.

II - A norma inserta no § 2º do art. 82 do CPP ("*Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum*") que teve sua constitucionalidade reconhecida pelo **Pretório Excelso** (ADI 1.493/DF), **não autoriza que a Justiça Castrense proceda ao arquivamento do inquérito, verificada a ocorrência de crime doloso contra a vida de civil**.

III - O que referido dispositivo autoriza, portanto, é que se instaure o inquérito militar apenas para verificar se é ou não a hipótese de crime doloso contra a vida de civil. Uma vez isso constatado, a remessa dos autos a Justiça Comum é medida de rigor.

Recurso desprovido (destaquei).

Assim, em que pese alguns precedentes desta Seção tenham caminhado na direção que autoriza o juiz integrante da Jurisdição Especial a proceder à análise, no âmbito restrito da verificação da competência, da incidência de causas excludentes de ilicitude, haja vista que os precedentes

mais recentes proferidos por esta Terceira Seção seguiram esse pensamento, não dividido tal entendimento, com a devida vênia dos que pensam diferentemente.

Com efeito, a redação dada ao art. 82 do CPPM, pela Lei n. 9.299/96, dispôs que "O foro militar é especial, e, **exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil**, a ele estão sujeitos, em tempo de paz".

A seu turno, a Constituição da República, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, passou a dispor, em seu art. 125, § 4º, que "Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, **ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil**, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças".

Não me parece haver dúvidas, portanto (seja sob o prisma legal, seja sob a ótica Constitucional), de que nos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares, a competência para o processamento e o julgamento da causa é da Justiça Criminal Comum, mais especificamente do Tribunal do Júri do local onde o crime, *in thesis*, foi cometido.

### **III. Impossibilidade de se examinar causas justificantes no âmbito da competência mínima**

Entendo que, no limitado exame da sua própria competência, não pode o juiz avançar na verificação de causas justificantes da conduta, quando, percebida sua adequação típica, seja possível de plano visualizar a incompetência absoluta para o processo e julgamento da causa penal. Isso porque há uma indiciariedade latente na tipicidade (*ratio cognoscendi*), cuja avaliação quanto à possíveis causas excludentes se dá após juízo de adequação típica (o dolo e a culpa compõem a tipicidade).

Em uma palavra, significa dizer que ocorrido o fato típico, ele é presumido também ilícito, salvo quando comprovada a existência de causa excludente de ilicitude. Há, destarte, no campo dogmático, **uma presunção relativa de que a conduta típica feriu ou colocou em perigo um interesse relevante tutelado pela norma penal**, de forma contrária ao direito (ilicitamente, portanto). É dizer, "uma ação ou omissão típica será ilícita, salvo quando justificada" (PRADO, Luiz Regis *et. al.*. *Curso de direito penal brasileiro*. 13ª ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 321).



# Superior Tribunal de Justiça

Sob essa perspectiva, observa-se que o exame e a conclusão sobre a presença de causa excludente de ilicitude em uma dada conduta típica exigem a cabal verificação de seus aspectos formais e materiais, de sorte que "a exclusão da ilicitude de um comportamento típico depende do conhecimento dos pressupostos objetivos e da existência de certa direção da vontade positivamente valorada (condição subjetiva)" (PRADO, op. cit, p. 324).

Decerto que, em casos raros e excepcionais, a doutrina admite a possibilidade de verificação, ainda em sede inquisitorial, de patente ausência de justa causa (*fumus comissi delicti*, em sua compreensão ampla, abrangendo o crime em sua inteireza conceitual). Nesse particular, destacam-se as lições de Afrânio Silva Jardim, segundo o qual:

[...] não pode o órgão do Ministério Público deixar de promover a ação penal pública sustentando, por exemplo, a legítima defesa ou uma excludente de culpabilidade. **Certo que, se toda a prova constante do inquérito for nesse sentido, a ação não poderá ser proposta [...]. Entretanto, *in casu*, ao postular o arquivamento do inquérito não deve o Ministério Público afirmar a excludente legal, mas afirmar não ter como fazer a imputação de um crime, nos termos do art. 41 do Cód. Proc. Penal [...].**

**Nesta hipótese, faltaria justa causa para a acusação. Em outras palavras, o Ministério Público não sustenta a legítima defesa, mas sustenta não haver prova que a conduta é ilícita (destaquei).** (*Direito processual penal: estudos e pareceres*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 148-149).

Essa verificação há de ser feita, na generalidade dos casos, mediante o contraditório das partes, em sede jurisdicional, ante o reconhecimento de que não é o inquérito policial o *locus* adequado para o confronto de teses, o exame aprofundado dos fatos, a produção de provas (*stricto sensu*) e o exercício de direitos e deveres decorrentes da relação jurídica processual, o que somente se realiza plenamente no âmbito da jurisdição, após a instauração de um processo por provocação do titular do *ius actionis*, quando formula, na peça acusatória, sua pretensão punitiva.

De todo modo, nas raras situações em que se anteveja, *ictu oculi* a ausência de justa causa para a ação penal e se conclua ser possível, ainda em sede inquisitorial, examinar a ocorrência efetiva de crime doloso contra a vida de um civil, tal análise há de ser empreendida, ineludivelmente, perante o órgão

que seria constitucionalmente competente para a ação penal.

Diante disso, não vejo como compatibilizar o exame que deve ser operado pelo magistrado, **para o reconhecimento de causas justificantes**, com o exercício da sua competência mínima (kompetenz kompetenz), instituto segundo o qual o magistrado tem competência para analisar sua própria competência, reconhecendo-a ou rejeitando-a. A incompatibilidade se daria porque para afirmar-se competente, teria o juiz auditor, em inquérito policial militar, de empreender análise que, a toda evidência, há de ser feita pelo juiz criminal que, à luz das normas de regência já mencionadas, detém a competência para processar e julgar crimes dolosos cometidos por militar contra civil.

#### **IV. Ausência de pedido de arquivamento do inquérito**

É preciso enfatizar, de plano, que a decisão que arquivava o inquérito policial traduz tão somente a **concordância judicial com a manifestação do Ministério Público de não exercer a ação penal** por motivo sujeito à sindicância judicial. É dizer, o arquivamento judicial de um inquérito policial, perante qualquer jurisdição criminal, demanda prévio pedido formulado pelo titular da ação penal.

Essa é a disciplina vigente na legislação criminal comum, bem assim na legislação criminal castrense, na qual se adota o mesmo mecanismo de controle da obrigatoriedade da ação penal, com referência ao pedido de arquivamento de inquérito policial, nos termos do art. 28 do CPP. Confira-se, para demonstrar tal assertiva, o que dispõe o art. 397 do CPPM (Decreto-Lei N° 1.002, de 21 de outubro de 1969):

Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n° I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.

Sem, embargo, o que ocorreu, na espécie, foi algo bem distinto, porque **o Ministério Público Militar não pleiteou o arquivamento do inquérito, mas tão somente a sua remessa para o Juízo competente**, nestes termos (fl. 1):

A partir daí, prosseguiu o inquérito policial civil e o inquérito

policial militar. **No inquérito policial militar, o Ministério Público solicitou a remessa dos autos para este juízo suscitante alegando ser da justiça comum a competência para apreciar os fatos narrados no inquérito** (fls. 60).

O MM. **Juízo suscitado indeferiu o pleito ministerial** entendendo que "...inexistindo o crime militar em face da legítima defesa por parte dos policiais militares investigados, caberia à Justiça Militar Estadual decidir sobre a matéria, como Juiz Natural que é".

Verifica-se, portanto, a par das considerações feitas, que **nem sequer houve pedido do Parquet para que o inquérito fosse arquivado**, de maneira que não poderia a autoridade judiciária militar, *sponte sua*, arquivar a investigação castrense, mormente porque sabia da existência de inquérito policial instaurado perante a justiça criminal comum, como se depreende do dispositivo de sua decisão (fl. 73), em que determina a comunicação àquele juízo do desfecho da investigação perante a Justiça Militar.

No próprio corpo da decisão - e aqui ressalto a dificuldade de sua leitura, pela péssima qualidade da cópia digitalizada às fls. 65-73 - Sua Excelência o magistrado que exercia a auditoria militar reconhece que a hipótese em testilha reclamaria a incidência do art. 397 do CPPM, por materializar situação cognominada pela doutrina de *arquivamento indireto*, i.e., uma manifestação do Ministério Público requerendo a declinação da competência para outro juízo.

Mas, expressa e estranhamente, decidiu referido juiz não seguir o procedimento positivado no diploma processual de regência castrense, aduzindo que, em duas dezenas de casos similares, a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo acolheu pedido de arquivamento indireto a favor daquele juízo (fl. 70).

Registro que, em precedente desta Seção, da relatoria do Ministro Felix Fiscer, nem mesmo em hipótese de pedido de arquivamento expressamente formulado pelo Ministério Público, conferiu-se validade à decisão proferida por juiz militar, dada sua incompetência absoluta para o exame da matéria versada nos autos. Eis o julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.  
ILÍCITO EM TESE COMETIDO POR POLICIAIS MILITARES.  
SINDICÂNCIA QUE CONCLUIU PELA INEXISTÊNCIA DE

TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR. POSSIBILIDADE DE EVENTUAL COMETIMENTO DE CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE. **ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR REQUERIDO PELO PARQUET E HOMOLOGADO POR JUÍZO MILITAR.** ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. I - Da decisão judicial que, acolhendo manifestação do Ministério Público, ordena o arquivamento de inquérito policial, não cabe recurso. **II - Contudo, no presente caso, verifica-se que a controvérsia reside no fato de tal decisão homologatória de arquivamento ter sido proferida por Juízo incompetente.** Por conseguinte, cabível, à espécie, em tese, correção por meio de mandado de segurança. III - De fato, em se tratando de eventual prática de delito de abuso de autoridade cometido por policiais militares, é competente para julgamento a Justiça Comum, conforme o comando contido no enunciado da Súmula nº 172/STJ ("O abuso de autoridade cometido em serviço, por policial militar, deve ser julgado pela Justiça Comum."). In casu, restou evidenciada a incompetência do Juízo Militar acerca da homologação de arquivamento de inquérito policial quanto ao delito de abuso de autoridade. **IV - Na hipótese, portanto, restando consignado na sindicância para apuração de infração disciplinar militar a existência de indícios da prática de crime de abuso de autoridade, não poderia o Juízo Auditor Militar determinar o arquivamento do inquérito policial militar, tornando-se imperioso o envio dos autos da sindicância ao Juízo comum competente, a fim de que o órgão ministerial possa analisar a ocorrência ou não do delito previsto na Lei 4.898 /65, qual seja, o abuso de autoridade. Recurso provido. ( RMS 24328 PR, Rel. Min Felix Fischer, j. 13/2/2007, DJe 10/03/2008).**

#### **V. Ausência de efeito preclusivo da decisão proferida por juiz constitucionalmente incompetente**

Como demonstrado, este incidente processual se resolve com a simples constatação de que **cabe ao juízo suscitante conhecer e julgar** o crime a que se refere o conflito positivo de competência.

Mas não me furto a registrar, como *obiter dictum* e ao propósito de eventualmente afastar alegação de ofensa à coisa julgada, que **a decisão arquiva inquérito não é jurisdicional (embora seja judicial)** e, portanto, não haveria efeito preclusivo negativo decorrente da decisão questionada, mormente por haver sido proferida por **juiz constitucionalmente incompetente**, que, ademais, **agiu sem provocação** do titular da ação penal.

Tal ilação se robustece ante o desconhecimento sobre eventual recurso interposto, pelo Ministério Público, sucumbente em relação ao *decisum*, e também porque, paralelamente, havia já em curso inquérito policial tramitando perante o órgão que ora se afirma competente para a causa.

De todo modo, releva pontuar que a doutrina mais abalizada bem acentua que a decisão que arquiva um inquérito policial tem natureza administrativa e não pode ser equiparada à que é proferida em um processo: "O juiz arquiva com decreto ou ordenança, conforme proveja de plano ou na audiência; e com um decreto motivado admite novas investigações; **nenhum dos dois atos constitui acerto jurisdicional**". (Cordero, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 775, destaquei)

Na mesma linha de pensamento já se colocava Arturo Rocco, fazendo distinção entre aqueles atos decisórios prolatados no curso de um processo judicial, como o que extingue a ação penal, daqueles outros que, "embora emanando de um juiz, nada mais são do que simples *ordens* e não supõem o exercício prévio de uma ação ou de um processo; semelhantes ordens não podem evidentemente constituir um verdadeiro *judgado*." (Rocco, Arturo. *Sul concetto di decisione giudiziaria penale quale presupposto formale della cosa giudicata penale*. In: *Opere giuridiche*. Roma: Foro Italiano, 1933, v. III, p. 72)

Entre nós, essa percepção inicialmente coube a Afrânio Jardim, ao lecionar que **a decisão de arquivamento é ato judicial, mas não é ato de jurisdição**. Eis seu pensamento:

Como se vê, no procedimento de arquivamento, o Juiz funciona como fiscal do princípio da obrigatoriedade, exercendo uma função anômala, porque não jurisdicional. Destarte, **a decisão de arquivamento jamais terá a eficácia de uma sentença de mérito. Não havendo ação, jurisdição ou processo, tal decisão não fica protegida pelo manto da coisa julgada**. Cuida-se de decisão judicial, porque prolatada pelo Juiz, mas de natureza não jurisdicional. Note-se, inclusive, que, na hipótese de remessa dos autos ao Procurador-Geral, substancialmente, a decisão de não propor a ação penal é deste órgão do Ministério Público. Na medida em que o Juiz "estará obrigado a atender" à manifestação do Procurador-Geral, o ato judicial subsequente tem caráter meramente formal. (Silva Jardim, Afrânio. *Teoria da ação penal pública*. In: *Direito processual penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 120).

# Superior Tribunal de Justiça

Ato jurisdicional, para ser assim qualificado, deve prestar jurisdição, dizer o direito (*juris-dictio*), decidir de modo a expressar o poder soberano do Poder Judiciário. Como imaginar ser um ato de soberania do julgador a decisão que pode ser condicionada a ato administrativo de outro agente público, qual o do Procurador-Geral, quando insiste no pedido de arquivamento?

No direito comparado, também colhem-se subsídios nessa linha de pensamento. Na Espanha, Velez MARICONDE (*Derecho procesal penal*. Tomo II. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, p. 326) afirma que, se o processo não foi iniciado, não haverá de se falar em dupla persecução jurisdicional, no sentido da possibilidade de revisão do ato de arquivamento do inquérito policial (ou mesmo de rejeição da denúncia):

Este conceito estrito do processo – que não existe realmente se não intervém o órgão jurisdicional – tem singular importância teórica e prática. Por exemplo, enquanto ao princípio *non bis in idem*: este não incide quando o **processo jurisdicional não se iniciou, ou porque o Juiz de Instrução** rejeitou a denúncia, rechaçou o requerimento do promotor para iniciar instrução ou **arquivou o sumário de prevenção, por considerar que o fato referido em tais atos não se enquadra em uma figura penal**. Em tais hipóteses, ainda que os atos da Polícia ou do Ministério Público tentaram provocar a atividade jurisdicional, **não há inconveniente em que o tentem uma segunda vez, pondo de relevo ou agregando novas circunstâncias fáticas que na primeira oportunidade não se levaram em conta. O que se proíbe é submeter uma pessoa a processo jurisdicional mais de uma vez pelo mesmo fato**.

Na Itália – que possui uma legislação moderna e de onde sempre se buscou inspiração para a feitura dos homólogos textos normativos brasileiros – a questão vem regulamentada no Código de Processo Penal de 1988, nos artigos relativos ao arquivamento das *indagini preliminari* (arts. 408 e seguintes). A leitura da cabeça dos arts. 408 e 411, combinada com a leitura do art. 414, não deixa dúvida alguma de que, mesmo em hipóteses nas quais se verifica a presença de causa extintiva de punibilidade, ou se conclui não ser o fato previsto em lei como crime, é possível o desarquivamento das investigações, mediante decisão motivada do juiz, a requerimento do Ministério Público (*Art. 414 (Riapertura delle indagini) 1. Dopo il provvedimento di archiviazione emesso a norma degli articoli precedenti, il giudice autorizza con decreto motivato la riapertura delle indagini su richiesta del pubblico*

*ministero motivata dalla esigenza di nuove investigazioni* . [...]

Com efeito, não se pode admitir provimento jurisdicional de mérito – porquanto extingue a pretensão punitiva material – em um momento da persecução penal no qual o Estado apenas cuida de tentar esclarecer a ocorrência de um crime e sua autoria para munir o titular da ação penal de informações para exercer ou não o seu direito de mover a ação.

Essa digressão tem, assim, o escopo de apontar o caráter precário e, portanto, não definitivo da decisão que arquiva o inquérito policial, máxime quando o Ministério Público não afirma a ausência de crime ou a presença de causa extintiva de punibilidade, mas tão somente assinala que os autos devem ser remetidos ao juízo competente.

#### **V. Dispositivo**

Por todas essas considerações, vejo como equivocado e sem amparo jurídico o arquivamento do inquérito promovido perante a Justiça Militar, incompetente, por normas legal e constitucional, para conhecer e julgar crime doloso contra a vida de civil, cuja ocorrência ou não, portanto, há de caber ao juízo criminal competente.

À vista do exposto, conheço do conflito para declarar competente o **Juízo de Direito da 3ª Vara do Júri de São Paulo – SP**, ora suscitante.