XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-045-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3. Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

A (IM)PRESCINDÍVEL HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL EM ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA

THE (IN)DISPENSABLE COURT HOMOLOGATION OF THE REQUEST FOR DISMISSAL OF POLICE INVESTIGATION CONDUCTED UNDER ORIGINAL COMPETENCY

Janaína Parentes Fortes Costa Ferreira

Resumo

A persecução penal perpassada pela intervenção mínima legitima o poder-dever de penar e limita o direito penal simbólico. O inquérito policial passa a ser garantia do investigado de não ser acusado sem fundamento. Nessa abordagem, busca-se uma conciliação para a inaplicabilidade do art. 28 do código de processo penal aos casos de pedido de arquivamento do inquérito policial feito em atribuição originária. A obrigatoriedade decorre da legalidade, sendo imperioso aplicá-la no caso em que o pedido de arquivamento obstaculiza o direito de penar, afirma o Supremo Tribunal Federal. O conflito concentra-se no caso em que a solicitação de arquivamento dá-se por insuficiência do material probatório, quando o Supremo assevera que o pronunciamento deve ser submetido ao tribunal para homologação, mas sem que possa este questionar o mérito. Tem-se então um fiscalizador que não pode discordar daquilo que fiscaliza. Defende-se neste estudo que nesse caso o ministério público não deve sequer submeter seu pronunciamento ao tribunal, fazendo valer a excepcionalidade da intervenção judicial na fase pré-processual. Essa posição legitima-se, mais que tudo, pela possibilidade de não ocorrer tal homologação obrigatória e se ferir o estado de inocência. Diante de um ativismo judicial crescente, propõe-se uma consequencialidade aos entendimentos conflitantes da jurisprudência e da doutrina, conciliando a imparcialidade do juiz posta no sistema acusatório e o princípio da obrigatoriedade.

Palavras-chave: Inquérito policial, Atribuição originária, Ministério público, Arquivamento, Coisa julgada material, Homologação judicial.

Abstract/Resumen/Résumé

The criminal prosecution permeated by minimal intervention legitimizes the power and the duty of serving sentences and limits the symbolic criminal law. Police investigation is the assurance for the person of interest of not being accused with no sound proof. With this approach, we seek conciliation for the inapplicability of article 28 of the Brazilian Penal Code to cases of requests for dismissal of police investigations conducted under original competency. The inapplicability is mandatory and it must be fulfilled whenever the request for dismissal constitutes an obstacle for the power of serving sentences, according to the Brazilian Supreme Court. Conflict arises when the request for dismissal is based on insufficiency of evidence. On such cases, the Supreme Court states that the prosecutors

declaration must be submitted to court for judicial homologation, but the court cannot question its merit. This situation creates a supervisory body with no power to disagree with what is being supervised. In this study, we argue that in such cases the prosecutors office should not even submit his declaration to the court, asserting the exceptionality of judicial intervention in the pretrial phase. This position is legitimate on the grounds that the mandatory homologation may not occur, which would hurt the presumption of innocence. Faced with a growing judicial activism, we propose a consequentiality for the conflicting understandings of jurisprudence and the doctrine, reconciling the impartiality of the judge in the accusatory system and the principle of obligation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Police investigation, Original competency, Prosecutors office, Dismissal, Res judicata, Judicial homologation.

Introdução

O Ministério Público, no desenho constitucional brasileiro, é o exclusivo detentor da ação penal pública. Como pressuposto, é ele quem possui também, de modo privativo, a *opinio delicti*, dando seguimento – ou não – à persecução criminal pré-processual. Essa titularidade reservada instrumentaliza o próprio sistema acusatório, desaguando nos direitos fundamentais do investigado e fazendo surgir a obrigação do órgão ministerial de pronunciar-se pelo arquivamento do inquérito policial, no caso de juízo negativo, quanto à necessidade de apuração da prática delitiva. Em caso de discordância por parte do Judiciário, na função atípica de fiscalizador do princípio da obrigatoriedade – princípio da legalidade –, o juiz remete a decisão ao órgão superior do próprio Ministério Público, como reza a legislação processual penal. Ocorre que no caso de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, a aplicação direta da norma resta inócua, posto que a solicitação de arquivamento é feita diretamente pelo órgão superior ministerial. Propõe-se nesse estudo um modo de resguardar o princípio da obrigatoriedade sem ferir o sistema acusatório e a persecução penal constitucionalizada, no caso de foro especial por prerrogativa de função. Diante de posições aparentemente inconciliáveis, tanto da doutrina como da jurisprudência, e sob um enfoque crítico do processo de ativismo Judiciário, o caminho pretende-se em saída integradora, na hermenêutica garantista dos direitos fundamentais.

1 Procedimento investigatório penal informado pela intervenção mínima

O dever da *persecutio criminis* nasce para o Estado no momento em que este toma para si a tarefa de penar aquele que se afasta dos valores mais caros à sociedade. A legitimação do poder-dever de punir é exigida no estado democrático e o direito penal aferra-se ao princípio da intervenção mínima e ao compromisso de penar em nome, sempre, do interesse de todos. O direito penal, no entanto, ganha um *locus* na sociedade atual que vai de encontro ao postulado da *ultima ratio*: é-lhe dada a função simbólica de varrer os restos de uma sociedade gritantemente desigual[1]. Daí que "pedir o governante à pena aquilo que ela não pode dar, a solução de conflitos, pouco importa: importante, sim, é a solução simbólica que a

[1] O sentido de "restos" que se pretende é de sobras da pobreza e da má distribuição de renda; produtos humanos esvaziados como resultado da voracidade do mercado. Tudo levando o pobre, aquele que está à margem da capacidade de consumo, à segregação física e social: ao estigma e ao local do criminoso – a prisão.

criminalização representa, sem nada resolver." (BATISTA, 2004, p. 113). As consequências dessa função deslegitimadora do direito penal saltam aos olhos – um sistema carcerário seletivo e presídios superlotados para abarcar o público eleito, o brasileiro pobre, e ladrão[2]. A lei serve assim à manutenção do abismo entre as classes sociais brasileiras, lembrando-se de que a "estratificação social gerada historicamente tem também como características a racionalidade resultante de sua montagem como negócio [...]." (RIBEIRO, 1995, p. 212). É nesse cenário que se clama pela legitimação do poder-dever de punir do Estado, trazendo-se ainda importante advertência de Raúl Eugênio Zaffaroni (2010, p. 74):

> No nosso contexto latino-americano, apresenta-se um argumento de reforço em favor da *mínima intervenção do sistema penal*. Toda a América está sofrendo as consequências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos de *injusto jushumanista*), que afeta o nosso *direito ao desenvolvimento*, que se encontra consagrado no art. 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos. (grifos do autor)

O clamado direito de penar mínimo vincula o processo penal, posto que no estado democrático somente é possível impor a pena através do devido processo legal – informado pelo fundamento legitimador da *ultima ratio*. O processo penal e também a persecução pré-processual serão garantidores dos direitos fundamentais na mesma medida em que a função da pena estiver vinculada a tais direitos do homem. Ocorre que o sistema atual brasileiro de persecução do crime desdobra-se em dois âmbitos distintos e com características marcadamente diversas: fase pré-processual e fase processual. A primeira, administrativa e inquisitorial; a segunda, judicial e acusatória. Entende-se nesse estudo, no entanto, que a investigação do inquérito policial deve contas também ao estado de inocência constitucionalizado, como limite à força estatal própria da persecução penal. A desigualdade verificada nessa persecução, por Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 135):

> Fixado, assim, um núcleo garantista do processo como marco teórico da hermenêutica do processo penal, a fundar princípios que se estruturem direcionados a reequilibrar a desigualdade natural com que se posicionam processualmente o Estado e o acusado, podemos seguir adiante para estabelecer uma *estrutura mínima* desse modelo, com a identificação de alguns dos aludidos princípios constitucionais, básicos e fundamentais na configuração de nosso modelo de processo público.

[2] Evidência de que a segregação quanto ao pobre e ladrão estende-se para além do sistema estatal de punição é o justiçamento urbano, onde o Brasil vive o espetáculo do absurdo: o ladrão é amarrado, torturado e morto, enquanto câmeras de celulares gravam o show sob gritos e risos de histeria.

A concepção garantista da persecução penal fundamenta-se no fato de que a carta constitucional traz "ao lado das normas procedimentais e de competência, um conjunto de direitos de conteúdo material sob os quais os poderes políticos não podem dispor (direitos fundamentais de liberdade e autodeterminação) [...]" (CADEMARTORI, 2009, p. 62). O processo penal e o procedimento investigatório prévio estão condicionados à instrumentalidade constitucional. Surge desse modo uma finalidade garantista do inquérito policial. De acordo com Aury Lopes Júnior (2013, p. 262):

> A nosso juízo, **a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar (grifo nosso)**, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente.

Destarte, diante da exigência constitucional de um processo penal de *ultima ratio*, roga-se por um procedimento investigatório prévio informado também pela estrita necessidade, com a finalidade maior de evitar acusações infundadas. Passa-se a compreender essa fase da persecução penal inserida no contexto dos direitos fundamentais, concebendo-se um inquérito policial sem arbitrariedades ou abusos por parte da máquina estatal, entendimento esse tão caro diante da fragmentação social brasileira e da força estatal frente ao investigado.

A próxima seção versará sobre o porquê da interferência judicial no inquérito policial, que deverá ser vista sob o prisma até agora delimitado: a fase criminal investigativa merece prosseguimento tão-somente quando necessária, a fim de não ferir a qualidade de inocente do investigado.

2 Obrigatoriedade da ação penal pública como justificativa e limite à atuação judicial no inquérito policial

A polícia judiciária, responsável pela primeira fase da persecução, ao encerrar as investigações, não poderá emitir qualquer juízo de valor. Diz-se então que o relatório que encerra o procedimento administrativo – o inquérito policial – possui valor meramente opinativo sobre os fatos e o direito, jamais tendo força para determinar o arquivamento. A razão de ser dessa vedação remete-se novamente à Constituição brasileira, que, ao instituir a privatividade da ação penal pública ao Ministério Público, tornou este órgão seu *dominus litis*.

Assim, é o Ministério Público quem recebe os autos do inquérito, podendo: oferecer a denúncia, devolver à autoridade policial para diligências ou requerer o arquivamento do inquérito policial; podendo ter por motivação, nesta última hipótese, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a insuficiência do material probatório.

O código de processo penal assevera que o requerimento de arquivamento deve ser submetido à homologação do juiz, que atua, de acordo com o art. 28, em função anômala de fiscalizador. A inserção do juiz nessa fase pré-processual justifica-se somente pela obrigatoriedade da ação penal, lembrando-se que tal princípio "representa um subprincípio, ou uma regra constitucional, advinda da legalidade." (NUCCI, 2012, p. 111). Essa participação judicial na decisão de arquivamento do inquérito, dentro de um sistema acusatório garantidor da imparcialidade do juiz, há de ser excepcional.

Ocorre que a atividade judicial, ultrapassado o modelo constitucional clássico, é a maior responsável pela tutela dos direitos fundamentais, em nome da supremacia da constituição, chegando-se à era do ativismo judicial[3]. Resta assim a preocupação em legitimar a atuação do juiz no arquivamento do inquérito, a fim de não se desvirtuar o sistema acusatório. Com os olhos no modelo garantista de persecução penal, trazido na primeira seção, essa atuação judicial justifica-se como garantia dos direitos do investigado. Fora disso, o papel do juiz na fase investigativa pré-processual há de ser bastante limitado, atuando unicamente em um controle de legalidade (obrigatoriedade). E a persecução penal é obrigatória somente na exata medida em que está a servir o interesse público, não se olvidando que a não investigação de um inocente é também de interesse de todos. É em nome do interesse público e do estado de inocência do investigado que a persecução penal merece prosseguimento tão-somente quando necessária, zelando-se pelo princípio da intervenção mínima.

Salienta-se que parte da doutrina clama não caber mesmo qualquer interferência do Judiciário na decisão de arquivamento do inquérito, argumentando que o art. 28 do código de processo penal não suporta os ditames constitucionais. Nesse sentido, Geraldo Prado (2006, p. 179):

> Acaso atendido o pleito judicial, manifestado pela discordância quanto ao *pedido* de arquivamento dos autos de investigação criminal, *pedido* este formulado pelo Promotor de Justiça, não há dúvida de que o acusado tem a temer pela tendenciosidade precocemente demonstrada pelo juiz, antes mesmo da dedução da ação penal. Dizia-se com razão, na Idade Média, que aquele que tem o juiz por acusador, precisa de Deus como defensor. [...] a intervenção judicial, voltada ao controle da realização das investigações básicas para a deflagração da ação penal, é algo completamente

[3] Fala-se em era do ativismo judicial como contraposição às eras do executivo (estados absolutistas) e do legislativo (constitucionalismo liberal).

> anômalo, a ser expurgado do ordenamento jurídico, sob pena de violação das regras básicas pertinentes à distribuição de funções [...].

Ainda que nesse estudo não se abarque a ideia (bem fundamentada) da inconstitucionalidade do art. 28, deve-se fazer o seguinte raciocínio: se o titular da ação penal é exclusivamente o Ministério Público; se o art. 28 do código de processo penal constitui exceção no desenho constitucional; se dita exceção faz com que o juiz atue em fase pré-processual; a atuação do juiz e todos os dispositivos legais que a permitem devem ser interpretados restritivamente, exatamente por constituírem exceções ao sistema garantista acusatório.

Feita essa ressalva de que a função anômala do Judiciário de fiscalizador deve ser exercida de modo cerceado e excepcional, segue-se ao aprofundamento da homologação judicial do pedido de arquivamento do procedimento investigatório e suas consequências, em caso de atribuição originária.

3 Homologação judicial do pedido de arquivamento do inquérito policial e a especificidade nos casos de atribuição originaria do órgão ministerial superior

A natureza jurídica da homologação judicial do pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público é questão tormentosa[4]. Em verdade, o que mais conta para esse estudo é a questão da eficácia preclusiva dessa homologação judicial. O enunciado de Súmula n.º 524 do Supremo Tribunal Federal afirma que depois de arquivado o inquérito policial a ação somente poderá ser iniciada se surgirem novas provas, tudo de acordo com o exclusivo juízo do Ministério Público quanto ao mérito do arquivamento. Esse entendimento deflagra a um só tempo o princípio da imparcialidade do juiz no sistema acusatório e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O art. 28 mencionado – ver seção 2 – permite ao juiz provocar o órgão superior do Ministério Público, deixando a resolução definitiva no âmbito do próprio Ministério Público. Também no desarquivamento do inquérito policial pelo surgimento de novas provas – ver enunciado de Súmula n.º 524 citado – evidencia-se que o *dominus litis* é o Ministério Público e que, por isso mesmo, a decisão homologatória anterior do pedido de arquivamento do

[4] Parte da doutrina entende ser de natureza administrativa, outra parte a entende como de natureza judicial, e ainda há os que a compreendem como administrativo-judicial, posto que proferida por magistrado, em fase pré-processual.

inquérito não faz coisa julgada material. A *opinio delicti* é do Ministério Público e não do Judiciário.

No entanto, a questão que se pretende explorar nesse artigo encerra uma peculiaridade: quando o requerimento de arquivamento do inquérito policial parte diretamente do órgão ministerial superior, como é o caso de atribuição originária por conta da prerrogativa de foro por exercício de cargo político. Aqui, o requerimento de arquivamento do inquérito policial parte diretamente do Procurador-Geral de Justiça, tratando-se do Ministério Público estadual. Inexiste destarte margem fática-legal para o relator do Tribunal invocar o art. 28 porque o pedido parte justamente do órgão superior indicado no dispositivo. O referido dispositivo, que trata do princípio da devolução, diante de atribuição originaria do órgão ministerial, resta sem aplicação.

A primeira questão que precisa ser respondida é: *como resta a fiscalização do princípio da obrigatoriedade nos casos de pronunciamento de arquivamento feito pelo órgão ministerial superior em sua atribuição originária?*[5]

Parte da doutrina defende que tal entendimento do órgão ministerial pelo arquivamento não precisa ser sequer submetido ao controle por parte do Judiciário. Assim ocorreria por uma questão de lógica: o Tribunal, caso discordasse do pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público, não teria como remeter a questão a uma autoridade superior ministerial, nem muito menos poderia, por si, decidir pelo prosseguimento da persecução penal. Assim entende Renato Brasileiro de Lima (2014, p.163):

> Portanto, quando se tratar de hipóteses de atribuição originaria do Procurador-Geral, ou mesmo quando se tratar de insistência de arquivamento previsto no art. 28 do CPP, como essa decisão não precisa ser submetida à análise do Poder Judiciário, tem-se verdadeira decisão de caráter administrativo. Nessas hipóteses, como o acatamento do arquivamento pelo Poder Judiciário é obrigatório, sequer há necessidade de o órgão do Ministério Público submeter sua decisão de arquivamento ao crivo do Tribunal.

De outro lado, afirma-se que o pronunciamento de arquivamento deve, sim, ser endereçado ao Tribunal, mas que a este cabe obrigatoriamente o acatamento do pedido. Ou seja, a função fiscalizadora do Judiciário no arquivamento do inquérito resume-se a um mero trâmite; o pronunciamento ministerial segue para o Judiciário, mas esse deve apenas homologar o entendimento, sem poder dele discordar. Assim, Guilherme de Souza Nucci (2007, p.159):

[5] As perguntas que se seguem a essa também estão grifadas, como norte a guiar à solução apresentada nesse trabalho.

> Quando o inquérito é controlado diretamente pelo Procurador-Geral de Justiça (ou da República, conforme o caso), por se tratar de feito de competência originaria (o processo inicia-se diretamente em grau jurisdicional superior, não passando pela 1.ª instância), o pedido de arquivamento é dirigido diretamente ao Tribunal (cabe ao relator determinar o arquivamento, segundo a maioria dos Regimentos Internos dos Tribunais). Não há, nesse caso, como utilizar o art. 28, sendo obrigatório o acolhimento do pedido.

No mesmo sentido de uma homologação obrigatória por parte do Tribunal, Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 136):

> Na hipótese de ação penal originaria, isto é, da que se promove junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Regionais Federais, se o Procurador-Geral de Justiça ou da República, dentro em suas respectivas áreas, entender dever o inquérito ser arquivado, outra posição não poderá tomar o Tribunal senão acolher o pedido, pelo simples fato de o arquivamento ter sido solicitado pelo próprio Chefe da Instituição.

A doutrina de fato não é concordante quanto ao tema. Ora afasta a intervenção judicial, ora a exige. A jurisprudência do Supremo Tribuna Federal, aumentado o desalinhavo da questão, toma caminho por uma terceira posição diversa: exige a interferência judicial, mas distingue duas situações; uma que permite ao Tribunal discordar do requerimento de homologação e outra que obriga o Tribunal a homologar o pedido de arquivamento do inquérito policial. Esse é o tema da próxima seção.

4 Coisa julgada na homologação judicial do arquivamento de acordo com o Supremo Tribunal Federal

O Supremo entende que as consequências da homologação judicial são diferentes, no que diz respeito à coisa julgada, de acordo com a causa do pronunciamento ministerial. Quando o pedido pelo arquivamento tiver por base a ausência de lastro probatório mínimo, deve ser ele acolhido sem qualquer questionamento por parte do Tribunal. Por outro lado, quando o pedido de arquivamento tiver por fundamento a atipicidade da conduta ou a prescrição da pretensão punitiva, o princípio da obrigatoriedade vem à tona, concedendo poderes ao Judiciário de avaliar o mérito do pedido. Segue parte da jurisprudência paradigmática, que teve por relator o Ministro Gilmar Mendes (questão de ordem em inquérito n.º 2.341-8/Mato Grosso):

> [...] Na hipótese de existência de pronunciamento do Chefe do Ministério Público Federal pelo arquivamento do inquérito, tem-se, em princípio, um juízo negativo

> acerca da necessidade de apuração da prática delitiva, exercida pelo órgão que, de modo legítimo e exclusivo, detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal. 5. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assevera que o pronunciamento de arquivamento, em regra, deve ser acolhido sem que se questione ou se entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal. (grifo nosso)** [...] 6. Esses julgados ressalvam, contudo, duas hipóteses em que a determinação judicial do arquivamento possa gerar coisa julgada material, a saber: prescrição da pretensão punitiva e atipicidade da conduta. Constata-se, portanto, que apenas nas hipóteses de atipicidade da conduta e extinção da punibilidade poderá o Tribunal analisar o mérito das alegações trazidas pelo PGR. [...] **Constata-se, portanto, que apenas nas hipóteses de atipicidade da conduta e extinção da punibilidade poderá o Tribunal analisar o mérito das alegações trazidas pelo Procurador Geral da República**.
> **Isso evidencia que, nas demais hipóteses, como nada mais resta ao Tribunal a não ser o arquivamento do inquérito, a manifestação do Procurador Geral da República, uma vez emitida, já seria definitiva no sentido do seu arquivamento. Sendo assim, o ato de 'solicitar o arquivamento', na hipótese estrita em que se alegue a inexistência de lastro probatório mínimo, apresenta a natureza eminentemente jurídica de obstar a apreciação judicial de eventual persecução penal por parte do Poder Judiciário. (grifo nosso)**

Destarte, nos casos de pronunciamento do Chefe do Ministério Público pelo arquivamento do inquérito (em exercício de atribuição originária), abrem-se duas possibilidades distintas e com diferentes consequências. Se o pedido do Ministério Público tenha por base a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, deverá haver a apreciação do mérito por parte do Judiciário, tendo-se em conta que essa decisão terá eficácia de coisa julgada material, impossibilitando futura reabertura do inquérito policial. De outro lado, se o pedido do Ministério Público tenha por motivação a inexistência de lastro probatório mínimo, é vedada qualquer análise do mérito por parte do Tribunal. Esta segunda hipótese justifica-se porque o arquivamento não obsta posterior investigação diante de provas novas; não se está diante de coisa julgada material.

Deve-se aprofundar a distinção, adentrando-se em seara pouco explorada pela doutrina. Quando o Ministério Público entende pela inexistência de base empírica para o oferecimento da denúncia, não há pronunciamento estatal definitivo sobre a apuração do fato. Assim, o mesmo fato poderá ser examinado posteriormente, surgidas provas novas. Ou seja, não houve afastamento do poder punitivo estatal e, dessa maneira, o interesse público está preservado (na possibilidade aberta da *persecutio criminis*), tanto quanto o interesse do investigado (que tem o direito subjetivo de somente ser novamente investigado na ocorrência de novas provas). O arquivamento do inquérito faz surgir o direito do investigado de não ver reaberta a investigação, salvo novas provas. Esse sentido garantista do arquivamento é lembrado por Pacelli (2009, p. 52):

> De se ver então, que o arquivamento do inquerido gera direito subjetivo ao investigado, em face da Administração Pública, na medida em que a reabertura das investigações está condicionada ou subordinada à existência de determinado fato e/ou situação concreta.

Permitir que o Judiciário adentrasse no mérito do entendimento do *dominus litis* seria invocar o princípio da obrigatoriedade quando não é necessário. Lembre-se que a obrigatoriedade insere anomalamente o Judiciário em procedimento que de fato não lhe cabe e, portanto, essa interferência só pode ocorrer quando necessária (pelo princípio da intervenção mínima no procedimento investigatório, como defendido na seção 1). Se o *dominus litis* entende que não há lastro probatório, prosseguir na persecução penal seria investigar um inocente. Caso se pudesse rever esse arquivamento o que estaria seriamente em risco seria o estado de inocência.

De modo diverso, quando o órgão ministerial entende que se está diante de atipicidade da conduta ou de extinção da punibilidade, a homologação judicial veda qualquer persecução penal futura, diante da coisa julgada material. Como o poder punitivo estatal atua em prol da coletividade, seu afastamento definitivo merece um controle externo (é necessário haver o controle da legalidade). Então, o entendimento ministerial pelo arquivamento deve ser encaminhado ao Tribunal, para que esse zele pela obrigatoriedade. O que se tem é de fato um *pedido*, uma solicitação, de arquivamento por parte do Ministério Público.

Chega-se ao ponto em que fica evidenciado que o pronunciamento do Ministério Público pelo arquivamento com base na ausência de lastro probatório, o que se tem é verdadeira *decisão*[6] do titular da ação penal. Querer-se uma atuação do Judiciário nesta decisão é resumir tal atuação à mera formalidade sem qualquer justificativa razoável, pois não poderá o Tribunal discordar da decisão ministerial.

Faz-se o momento de volver à primeira pergunta que serve de guia dessa pesquisa: *como resta a fiscalização do princípio da obrigatoriedade nos casos de pronunciamento de arquivamento feito pelo órgão ministerial superior em sua atribuição originária?*

A resposta é bifurcada, conciliando-se a doutrina e a jurisprudência. Quando o pedido do órgão ministerial tiver por base a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o Tribunal é o fiscal da obrigatoriedade, entendendo-se que inclusive pode deixar de homologar o pedido. No entanto, quando a base do arquivamento é a inexistência de lastro probatório

[6] O termo "pedido" passa a ser associado, desde esse momento do artigo, ao pronunciamento do Ministério Público pelo arquivamento quando tem por base a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade; enquanto o termo "decisão" passa a ser associado ao pronunciamento do Ministério Público pelo arquivamento quando tem por base a ausência de lastro probatório mínimo.

mínimo, o órgão ministerial decide e, nesse caso, é vedada a participação do Tribunal; não há que se falar nem em fiscalização da obrigatoriedade (ausente a necessidade) nem em homologação. Salienta-se que este último entendimento afasta-se da jurisprudência e de parte da doutrina quando optam estas por uma homologação obrigatória. É que obrigar o Judiciário a homologar a decisão do Ministério Público pode ir de encontro à perspectiva instrumental da persecução penal, como se verá na seção 6.

Respondida a primeira pergunta, impõe-se já a segunda: *no caso do pedido ministerial pelo arquivamento ter como base a extinção da punibilidade ou a atipicidade, o que deve fazer o Tribunal se discordar desse pedido (se não homologar o pedido)?*

5 Discordância do Judiciário em relação ao pedido de arquivamento do órgão ministerial superior feito com base na atipicidade da conduta ou na extinção de punibilidade

O Supremo Tribunal Federal afirma, corroborado por parte da doutrina, que o pedido de arquivamento que pode gerar coisa julgada material pela homologação deve ser submetido ao crivo do Judiciário. Mas o que pode o Judiciário fazer se vier a discordar desse pedido? Certo é que não poderá invocar o art.28 do código de processo penal. Mais certo ainda é que não poderá por si instrumentalizar a persecução criminal, por não ser o detentor da *opinio delicti*. Ora, mas que espécie de fiscal é esse que não tem poderes para discordar, caso entenda que não se trata de atipicidade nem de extinção da punibilidade?

Evidentemente não foi esse o sentido que pretendeu o supremo ao fazer a distinção entre os dois tipos de pronunciamento. Doutrina de peso (ver seção 3) acredita que o Tribunal não pode deixar de atender ao pedido de arquivamento, implicando mero dever de deferência por parte do Tribunal. Acredita-se no entanto que essa posição esvazia a advertência do Supremo quanto à coisa julgada material que se forma nessa homologação. Jurisprudência e doutrina, nesse ponto, mostram-se dissonantes.

O aprofundamento nessa crise de interpretação é importante em tempos que as funções estatais precisam fazer-se legítimas. É preciso, além do mais, dar consequencialidade à distinção feita quanto à formação da coisa julgada. De fato, se o poder de punir nesse caso vai ser obstaculizado pela homologação, é dever do Judiciário fiscalizar o cumprimento da missão constitucional do Ministério Público – o controle do poder é premissa de sua legitimidade.

Busca-se nesse estudo clareza, consequencialidade e conciliação. Sobre o ato de interpretar, Ernildo Stein (1996, p. 106):

> Podemos ser sujeitos passivos nesse universo de linguagem, ser carregados de certo modo pela embriaguez desta linguagem que nos envolve, mas a única maneira de estarmos mergulhados nesta linguagem com responsabilidade é procurarmos produzir clareza, visão crítica, sem destruir essa espécie de totalidade que se introduz no funcionamento semântico dos nossos discursos [...]

Destarte, se o Judiciário recebe a incumbência de fiscalizar a legalidade, deve lhe ser dado instrumento para tal fiscalização – abre-se a possibilidade do Tribunal discordar do pedido de arquivamento, justamente quando entender ferido o princípio da obrigatoriedade (quando entender que seria caso de prosseguimento da persecução penal). Ora, é mesmo a legislação que oferece a resposta àquela pergunta (*no caso do pedido ministerial pelo arquivamento ter como base a extinção da punibilidade ou a atipicidade, o que deve fazer o Tribunal se discordar desse pedido, se não homologar o pedido?*). A lei n.º 8.625/1993, Lei Nacional do Ministério Público, assevera:

> Art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe:
> (...)
> XI - rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária;

Defende-se, nesse artigo, que "legítimo interessado" pode ser o Tribunal de justiça, em uma analogia com o art. 28 do código de processo penal. Não há que se falar aqui de analogia *in malan partem*, posto que a fiscalização da legalidade é interesse de todos e que não implica início da ação penal, mas apenas revisão do caso concreto feita pelo próprio *dominus litis* (Colégio de Procuradores). Evidentemente, caso o Colégio de Procuradores entenda pelo acerto do arquivamento, ao Tribunal só resta acatar, respeitando-se a *opinio delicti* do titular exclusivo da ação penal.

A possibilidade do Tribunal não homologar de plano o pedido do Chefe do Ministério Público e remeter a decisão ao Colégio de Procuradores, diante da preclusividade dessa homologação, confere causalidade e consequência jurídica ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. A *causalidade* é que o arquivamento do inquérito veda qualquer persecução penal futura, devendo por isso ser fiscalizado. A *consequência* é que o Tribunal, em sua competência originária e na função anômala de fiscal da obrigatoriedade, pode provocar o Colégio de Procuradores.

E, então, surge a dúvida a confirmar a teoria: o que pretendem a jurisprudência e a doutrina aqui trazidas quando afirmam que o entendimento de arquivamento do Chefe do Ministério Público não pode sofrer análise de mérito pelo Judiciário? A resposta é mesmo simples: tal entendimento aplica-se apenas ao caso de arquivamento por insuficiência (provisória e circunstancial) de material probatório. A doutrina não parece ter feito distinção entre duas situações que são de fato diversas; a jurisprudência distinguiu-as, mas não lhes impôs consequências também diversas.

A pesquisa até o momento apresentou respostas para a primeira situação. Vendo-se sob o guia das perguntas feitas: *como resta a fiscalização do princípio da obrigatoriedade nos casos de pronunciamento de arquivamento feito pelo órgão ministerial superior em sua atribuição originária?* Se esse pronunciamento tem por base a extinção da punibilidade ou a atipicidade da conduta, o Judiciário deve atuar como fiscal da obrigatoriedade. Nesse caso, *o que deve fazer o Tribunal se discordar desse pedido, se não homologar o pedido?* Deve remeter a decisão ao Colégio de Procuradores, com base na lei nacional do Ministério Público, exclusivo titular da ação penal pública.

Passa-se, na última parte desse trabalho, para a segunda situação: quando o pronunciamento do Chefe do Ministério Público tem por base a insuficiência do material probatório.

6 Decisão de arquivamento tomada pelo Chefe do Ministério com base na insuficiência de provas e vedação à interferência do Judiciário

Nessa situação, como o Estado não abdica de seu direito à persecução penal, existe total autonomia do Ministério Público, que deve decidir, sem interferência do Judiciário, pelo arquivamento. Isto porque o interesse da coletividade na persecução penal já se encontra preservado pela possibilidade de oferecimento futuro de denúncia diante de novas provas, sem que o Judiciário necessite fiscalizar o princípio da obrigatoriedade.

A jurisprudência e a doutrina parecem concordar que não cabe ao Tribunal analisar o mérito do pronunciamento de arquivamento do órgão ministerial superior nesse caso. Então, diante da primeira pergunta, a resposta aqui seria diversa daquela dada na seção anterior. *Como resta a fiscalização do princípio da obrigatoriedade nos casos de pronunciamento de arquivamento feito pelo órgão ministerial superior em sua atribuição originária?* Quando o fundamento do arquivamento é a falta de lastro probatório, o princípio da obrigatoriedade está

garantido porque a persecução penal pode ser iniciada a qualquer momento diante de provas novas – é desnecessária a fiscalização da obrigatoriedade – o Judiciário não deve interferir em tal decisão – não há que se falar no encaminhamento da decisão ao Colégio de Procuradores – cuida-se de decisão irrevisível (ainda que modificável pelo surgimento de novas provas) do órgão ministerial com atribuição originária.

Diz a jurisprudência que nessa situação o pronunciamento "deve ser acolhido sem que se questione ou se entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal" (ver julgado na seção 4), obrigando-se o Judiciário a homologar a decisão ministerial; ter-se-ia uma homologação obrigatória.

Faz-se então a última pergunta de nosso estudo: *existe alguma razão para a decisão de arquivamento com base na falta de lastro probatório ser submetida ao Tribunal?*

A resposta é negativa, ainda que se vá de encontro ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Justifica-se esse posicionamento em nome de direitos fundamentais do investigado surgidos com a decisão de arquivamento pelo titular da *opinio delicti*. E mais, acredita-se que assim o próprio entendimento jurisprudencial ganha uma consequencialidade lógica e jurídica, posto não se conceber uma homologação obrigatória; ora, se é obrigatória, se não há possibilidade de não homologação, não há qualquer razão mesmo de existir.

No aspecto de garantia dos direitos do investigado, esse posicionamento veda a possibilidade do Tribunal descumprir a tal homologação obrigatória. É que (diante da barafunda verificada ao redor do tema) é bem possível que, ao receber essa decisão de arquivamento, o Tribunal entenda que pode dela discordar. Ainda que isso não se verifique quando da competência originária do Supremo Tribunal Federal (que tem posição firme quanto à obrigatoriedade da homologação), pode vir a ocorrer nos Tribunais dos Estados (quando da atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça para o arquivamento). E caso o Tribunal descumpra essa homologação obrigatória, um inocente poderá ser infundadamente processado. Como evidência de que os tribunais costumam baralhar-se perigosamente nessa questão, traz-se alerta de Vicente Greco Filho (2010, p.88):

> Todavia, tem acontecido de, em certos casos, alguns tribunais (nunca do Supremo Tribunal Federal, que tem seguido a orientação de considerar o requerimento de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral como irrecusável), discordando do pedido, devolverem os autos ao Procurador-Geral.

Por tudo, defende-se nesse estudo que a decisão de arquivamento nesse caso não deve ser sequer enviada ao Tribunal, zelando-se pelo estado de inocência do investigado e pela dignidade do cidadão. Sobre dignidade, Flávia Piovesan (2014, p. 423-424):

> Assim, deitando seus próprios fundamentos no ser humano em si mesmo, como ente final, e não como meio, em reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio direito positivo, é esse princípio, imperante nos documentos constitucionais democráticos, que unifica e centraliza todo o sistema; e que, com prioridade, reforça a necessária doutrina da força normativa dos princípios constitucionais fundamentais.

O posicionamento aqui apresentado pretende-se comprometido com a realidade da jurisprudência brasileira, considerando-se sua importância para a construção do direito nos dias de hoje, seguindo-se "o princípio metodológico de não empreender nada sem uma prestação de contas histórico-conceitual." (GADAMER, 2007, p. 11). Mas este comprometimento perpassa obrigatoriamente pela Constituição, limitando-se pelos princípios fundamentais a atividade criadora do direito. A preocupação hermenêutica justifica-se diante do crescente ativismo judicial verificado nos dias de hoje, como bem adverte João Maurício Adeodato (2010, p. 192):

> Finalmente, a extensão dos direitos fundamentais reflete-se no problema da criação do direito por quem decide o caso concreto, o velho debate que ocorre desde os inicios do positivismo e que hoje gira em torno dos eventuais limites ao chamado ativismo judicial. Isso porque, sobretudo, mas não apenas, no que diz respeito aos tribunais superiores, e num sentido bem literal, é o juiz quem decide **o que a lei significa**. **(grifo do autor)**

A interferência do Judiciário na decisão de arquivamento do inquérito não pode ferir o princípio da imparcialidade e lesionar o direito do cidadão de não se ver investigado sem lastro probatório. A interpretação que aqui se fez, no esmero de clarificar, traz também uma crítica às perigosas interferências do Judiciário no âmbito de outros poderes constitucionais. O necessário limite ao ativismo judicial já existe: são os direitos fundamentais, posto que "todo ato interpretativo (e, portanto, aplicativo) é um ato de jurisdição constitucional." (STRECK, 2004, p. 385). Nesse esforço interpretativo, entende-se que caso seja remetido o pronunciamento ministerial de arquivamento por falta de provas para o Tribunal (de modo equivocado), este não deverá sequer conhecê-lo. Faz-se valer o princípio da intervenção mínima no âmbito da investigação criminal.

Salienta-se ainda que todo esse entendimento válido para os casos de atribuição originária do órgão superior ministerial estende-se tanto para os órgãos estaduais como para os

federais. Por fim, quiçá o esforço crítico possa servir, futuramente, para um novo olhar em relação à própria legislação processual penal no que se refere ao princípio da devolução.

Conclusões

Um direito penal minimamente intervencionista vincula seu instrumento processual de modo a condicioná-lo também à *ultima ratio*, única maneira de se conceber legitimidade no sistema persecutório. A primeira fase da persecução penal no Brasil, ainda tida por inquisitorial, não se pode afastar dessa instrumentalidade constitucional. Nessa perspectiva, a função primordial do procedimento investigatório deve ser a de impedir a ação penal quando não se tem suficiente material probatório. O inquérito policial não mais instrumento do poder de penar, mas de garantia dos direitos fundamentais do investigado.

Assim, ao fazer um juízo negativo da necessidade de persecução penal, o Ministério Público, na qualidade de *dominus litis*, tem mesmo o dever de requerer o arquivamento do procedimento investigatório. Diante da obrigatoriedade da ação penal pública, a autoridade judiciária apresenta-se em função anômala de fiscalização da própria legalidade, podendo deixar de homologar tal pedido de arquivamento, mas remetendo a decisão final a órgão também ministerial (ar. 28, do Código de Processo Penal). Mas a intromissão do juiz na fase pré-processual é somente legítima na exata medida da necessidade de fiscalização da legalidade. O princípio da obrigatoriedade é a justificativa – e o limite – da atuação do Judiciário nessa fase. Somente assim, como exceção, a interferência do juiz na decisão de arquivamento do inquérito harmoniza-se com a imparcialidade judicial do sistema acusatório penal.

Ocorre que, no caso de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, o requerimento de arquivamento do inquérito policial parte diretamente do órgão superior ministerial, vedando-se, por lógica, a invocação do art. 28 supramencionado. A problemática que se apresenta é: como restariam aí os princípios da devolução e da obrigatoriedade. Ou seja, *pode o Tribunal discordar da solicitação de arquivamento do inquérito policial feita em atribuição originária pelo Procurador-Geral de justiça e não homologar tal pedido*?

As soluções à questão surgem confusas e por vezes contraditórias tanto na doutrina como na jurisprudência, assim como as consequências jurídicas e políticas de cada resposta. O presente estudo quer jogar luz nessa questão.

Antes de tudo, afirma-se que a resposta segue os caminhos do *sim* e do *não*, respectivamente, a depender do fundamento emitido pelo *dominus litis* no pedido de

arquivamento: *i) quando o fundamento é a extinção da punibilidade ou a atipicidade da conduta*, a homologação do pedido de arquivamento faz *coisa julgada material*, demandando aqui o controle do Judiciário – com análise do mérito – a zelar pelo princípio da obrigatoriedade e pelo interesse da coletividade na *persecutio criminis)* de outro lado, quando o pronunciamento de arquivamento tem por *fundamento a ausência de suficiente material probatório*, o juízo negativo sobre a necessidade de investigação faz-se de *modo contingencial*, aberto à possibilidade de novas provas, não se verificando a eficácia preclusiva da coisa julgada material.

No *primeiro caso a resposta é afirmativa* poiso que ocorre de fato é a *absolvição definitiva do investigado*, estando o Judiciário no dever de fiscalizar o afastamento do poder de penar; se é fiscal, evidentemente, pode não homologar o pronunciamento ministerial. Ocorre que essa discordância não se pode socorrer do referido art. 28 nos casos de atribuição originária; mas quem discorda tem que ter instrumentos para fazê-lo. Então, segue-se a próxima pergunta: *a quem deve o Tribunal remeter a decisão final quando discorda do pronunciamento de arquivamento do Chefe do Ministério Público*? Defende-se nesse estudo que a decisão deve ser devolvida *ao Colégio de Procuradores*, em consonância com o art. 12, da Lei Nacional do Ministério Público. Essa posição parece atribuir *consequencialidade* ao entendimento do *Supremo Tribunal Federal* quando afirma que nesse caso o Tribunal pode adentrar no mérito do pedido ministerial. Ainda que não se tenha posição firmada na jurisprudência nem na doutrina, a maneira de discordar não pode ser outra, diante do silêncio do Código de Processo Penal e da necessidade de uma interpretação guiada pela constituição, mantendo-se o juízo, quanto à necessidade da *persecutio criminis*, no âmbito do *dominus litis*.

Na *segunda situação, não pode o Tribunal discordar da solicitação de arquivamento do inquérito policial feita pelo Procurador-Geral de Justiça* porque a obrigatoriedade da persecução penal não é definitivamente afastada (diante de novas provas, reabre-se o inquérito policial) e, portanto, não cabe o – excepcional – controle da obrigatoriedade por parte do Judiciário. Diz o Supremo que *o pedido deve ser acolhido* pelo Tribunal sem possibilidade deste adentrar em seu mérito. Surge, nesse ponto do estudo, mais uma pergunta: *se não é dado ao Tribunal discordar do pedido de homologação do arquivamento do inquérito policial feito pelo Procurador-Geral de Justiça, essa homologação obrigatória não coloca o Judiciário em papel de mero carimbador de pedido?*

De fato, quando a homologação do pedido faz coisa julgada material, está-se mesmo diante de um "pedido" de arquivamento por parte do órgão ministerial; é "pedido" porque pode não ser atendido. No entanto, quando o fundamento da solicitação ministerial é a ausência de

material probatório, essa solicitação ganha a qualidade de "decisão", ainda que contingencial, mas não passível de discordância por parte do Judiciário; é "decisão" porque não aceita discordância. Isto porque o interesse da coletividade na persecução penal já se encontra preservado pela possibilidade de oferecimento futuro de denúncia diante de novas provas, sem que o Judiciário necessite fiscalizar o princípio da obrigatoriedade, por não haver afastamento da persecução penal de forma definitiva.

Assim, retomando a última pergunta, entende-se nesse artigo que tal "homologação obrigatória" não carece de fundamentação. *A "decisão" do Procurador-Geral de Justiça de arquivamento do inquérito policial por insuficiência de provas não deve ser submetida à homologação judicial. Caso isso venha a acontecer, tal pedido não deve sequer ser conhecido!*

Esse entendimento, que não encontra amparo na jurisprudência nem na doutrina majoritária, pretende-se amparado por mais de um fundamento. O primeiro e mais evidente é que, nesse caso, o arquivamento do inquérito é imperioso para evitar acusações infundadas, mas o Tribunal, por descuido, pode discordar de tal "decisão" e ferir de morte o direito fundamental do investigado de não ser processado diante de falta de provas. Diga-se que o descuido é bastante provável diante da lacuna legal e da falta de clareza na jurisprudência e na doutrina. O segundo fundamento é o princípio da obrigatoriedade como limite da atuação do Judiciário na fase pré-processual; se não há abdicação definitiva do direito de punir, não deve o juiz-fiscal intrometer-se nessa fase, posto que sua participação nessa fase tem de ser excepcional a fim de não ferir sua imparcialidade. O terceiro fundamento é o desapego a formalidades inócuas que, por o serem, podem lesar, por descuido, direitos fundamentais. Por fim, esse posicionamento tanto preserva o interesse público na *persecutio criminis* (a decisão do órgão ministerial é contingencial) como também o direito individual do investigado não ser acusado de modo infundado.

Diga-se que esse estudo tomou por base a atuação do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, simplesmente para melhor explorar as questões; todo o exposto pode ser estendido ao âmbito federal.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerâncias, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010. 2. ed.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 dez. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 12 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 21 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 2341 MT. Órgão julgador: **Tribunal Pleno**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 28/06/2007. Disponível em:<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727765/questao-de-ordem-no-inquerito-inq-2341-mt>. Acesso em: 19 de dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 524**. Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> Acesso em: 05 jan. 2015.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: a virada hermenêutica. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. 2 v.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 385.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1 v.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1 v.