

ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL E COISA JULGADA MATERIAL: UM EXAME CRÍTICO ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA MATÉRIA

Márcio Ferreira Rodrigues Pereira

Mestre pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador. Professor da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Professor da Pós-Graduação da Faculdade Dois de Julho. Ex-Professor do Curso Preparatório para Concursos JusPodivm. Advogado. Bacharel em Filosofia pela Universidade de São Paulo (concluente).

Resumo: Como cediço, em regra, a decisão que arquiva o inquérito policial tem eficácia preclusivo apenas de coisa julgada formal. Porém, em certos casos excepcionais, essa decisão também faz coisa julgada material. O objetivo deste artigo é, amparado em respeitável setor da doutrina processual penal, examinar criticamente as hipóteses em que a jurisprudência dos tribunais superiores reconhece a coisa julgada material no *decisium* que arquiva o inquérito policial.

Palavras-Chave: inquérito policial; decisão interlocutória; coisa julgada formal; coisa julgada material.

1. Introdução

Inicialmente, cumpre advertir que há na comunidade jurídica discussão a respeito dos *efeitos do ato de arquivamento de inquérito policial*. A título de exemplo, existe quem sequer veja a possibilidade de formação da coisa julgada nesse caso¹.

Aliás, deve ser dito também que tal discussão (efeitos do arquivamento) está, geralmente, atrelada a uma outra: *a questão da natureza jurídica do ato que arquiva o inquérito policial* – se seria de *despacho*; se seria de *decisão judicial*².

Enfim, há significativa controvérsia doutrinária sobre esses assuntos que nós, no presente trabalho, nos absteremos de examinar.

Nosso propósito aqui é outro.

Desejamos, partindo da orientação que admite, em certos casos, a formação da coisa julgada material na decisão que arquiva o inquérito policial (tribunais superiores, v. g), apresentar quais seriam essas hipóteses, e, quando oportuno, criticar alguns aspectos ligados ao tema.

Iniciemos, pois, esse percurso.

2. Desenvolvimento

Como se sabe, em regra, a decisão que arquiva o inquérito policial³ não faz coisa julgada material, mas apenas formal⁴. É que, na maioria das decisões que determinam o arquivamento, está inserida, como se costuma dizer⁵, a cláusula *rebus sic stantibus* (*desde que perdurem as mesmas circunstâncias e condições*⁶), impedindo, assim, que a coisa julgada material seja formada. É como se disséssemos: “*desde que perdurem as mesmas circunstâncias e condições* – ou, se preferirem, *rebus sic stantibus* – fica arquivado o inquérito policial”. Na realidade, o que ocorre é que, geralmente, as decisões de arquivamento não descem ao mérito da questão, afastando-se, desse modo, a possibilidade de formação da coisa julgada material.

Conseqüentemente, em grande parte dos inquéritos arquivados, permite-se que a autoridade policial proceda a novas pesquisas sobre o caso. Esse é, inclusive, o teor do art. 18 do CPP, a seguir transcrito.

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento de inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

E mais. Não só na maioria dos casos de arquivamento de inquérito policial pode a autoridade policial proceder a novas pesquisas, como, surgindo novas provas sobre o caso arquivado, pode o Ministério Público ingressar com a ação penal. Exemplificativamente, se o magistrado acolhe o pedido de arquivamento do Promotor de Justiça baseado na falta de provas de autoria do fato, nada obsta que, surgindo novas provas (e não estando prescrito o crime) sobre o autor do delito, possa o Promotor ingressar com a denúncia.

O que acabamos de expor aqui é entendimento sumulado do Pretório Excelso, senão vejamos:

Súmula 524 do STF: ARQUIVADO O INQUÉRITO POLICIAL, POR DESPACHO DO JUIZ, A REQUERIMENTO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA, NÃO PODE A AÇÃO PENAL SER INICIADA, SEM NOVAS PROVAS. (Data da aprovação da súmula: 03/12/1969).

Sobre o conceito de “novas provas” relacionado à súmula citada, temos o esclarecedor pronunciamento do STJ:

STJ (RHC 18561/ES julgado em 11/04/2006): HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. DESARQUIVAMENTO. NOVAS PROVAS. ENUNCIADO 524 DA SÚMULA DO STF. POSSIBILIDADE. 1. Entendem doutrina e jurisprudência que três são os requisitos necessários à caracterização da prova autorizadora do desarquivamento de inquérito policial (...): a) que seja formalmente nova, isto é, sejam apresentados novos fatos, anteriormente desconhecidos; b) que seja substancialmente nova, isto é, tenha idoneidade para alterar o juízo anteriormente proferido sobre a desnecessidade da persecução penal; c) seja apta a produzir alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento; 2. Preenchidos os requisitos - isto é, tida a novaprova por pertinente aos motivos declarados

A REVISTA DA UNICORP

para o arquivamento do inquérito policial, colhidos novos depoimentos, ainda que de testemunha anteriormente ouvida, e diante da retificação do testemunho anteriormente prestado -, é de se concluir pela ocorrência de novas , suficientes para o desarquivamento do inquérito policial e o conseqüente oferecimento da denúncia.

Ainda sobre o tema das “novas provas”, cumpre destacar uma pertinente observação de Lima (2006, p. 186).

[No que tange à autoridade policial], não é necessária a presença de novas provas para que sejam feitas novas investigações [...] o que se exige é a mera notícia da existência dessas provas [...], sendo que para a propositura da ação penal é que a citada Súmula [524] faz tal exigência. (Incluiu-se).

Um último ponto sobre essa questão, é que, embora estejamos, a todo o momento, falando em “novas provas” – no plural – na realidade, conforme bem destaca Tourinho Filho (2205, p. 78), basta apenas uma prova substancialmente nova para que o Ministério Público possa ingressar com a ação penal.

De outro lado, relevante destacar também que, segundo a jurisprudência dos tribunais superiores, uma vez arquivado o inquérito policial por ausência de provas, a eventual mudança de compreensão jurídica sobre o mesmo fato, *seja pelo membro do Ministério Público que efetuou o pedido de arquivamento, seja por outro membro daquela instituição*, não permite o oferecimento de ação penal. É que, *não surgindo novas provas substanciais acerca do caso arquivado*, não pode haver oferecimento de denúncia apenas porque se interpretou o mesmo fato jurídico de maneira diferente (reclassificação jurídica do fato), ainda que outro membro do Ministério Público seja o autor dessa nova interpretação⁷.

Talvez um exemplo facilite mais a compreensão do tema: um Promotor “A”, por falta de provas, pede o arquivamento do inquérito policial e este pedido é acolhido pelo magistrado. Imagine-se que esse Promotor “A”, sem estar amparado em provas substancialmente novas, decide agora oferecer denúncia sobre o caso arquivado, pois alterou a sua compreensão jurídica sobre o ocorrido. Ou, pense-se, ainda, num Promotor “B” que deseja oferecer denúncia por esse mesmo caso, em razão de divergir da posição de seu colega (o Promotor “A”). Resultado? A jurisprudência das Cortes Maiores veda ambas as situações. Vale a máxima: *sem provas substancialmente novas* (súmula 524 do STF) não se pode oferecer denúncia sobre o caso arquivado. Segue uma decisão sobre o tema:

STF (Inq 2028/BA julgado em 28/04/2004): Na hipótese dos autos, o procurador-geral da República requerera, inicialmente, o arquivamento dos autos, tendo seu sucessor oferecido a respectiva denúncia sem que houvessem surgido novas provas. Na organização do Ministério Público, vicissitudes e desavenças internas, manifestadas por divergências entre os sucessivos ocupantes de sua chefia, não podem afetar a unicidade da instituição. A promoção primeira de arquivamento pelo Parquet deve ser acolhida, por força do entendimento jurisprudencial pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, e não há possibilidade de retratação, seja tácita ou expressa, com o oferecimento da denúncia, em especial por ausência de provas novas.

ENTRE ASPAS

Nessa esteira, manifesta-se também Choukr (2009, p. 84):

Corolário lógico de um sistema que busca se adequar aos primados constitucionais, a ação penal não pode ser movida com base numa peça investigativa a qual o próprio Estado afirmou não possuir serventia, ao menos na forma com que foi arquivada. Admitir uma acusação nesses moldes seria a mesma coisa que negar a própria existência do arquivamento da investigação.

Com efeito, dissemos no início desse trabalho que, *em regra, a decisão que arquiva o inquérito policial não produz coisa julgada material.*

Investiguemos, finalmente agora, quais seriam as exceções a essa regra, ou seja, quais são, segundo os tribunais superiores, os casos em que a decisão de arquivamento ganha autoridade de coisa julgada material.

Segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há *duas hipóteses* em que a decisão de arquivamento do inquérito policial produz coisa julgada material, são elas: arquivamento por atipicidade do fato e arquivamento por extinção da punibilidade⁸ do agente.

Vale ressaltar que, nessas situações, arquivado o caso e formada a coisa julgada material, *não pode a autoridade policial proceder a novas pesquisas e nem muito menos o Ministério Público oferecer denúncia*, mesmo que, nesta última hipótese, existam novas provas sobre o fato. Seguem dois julgados sobre a matéria:

STF. Tribunal Pleno (Pet. 3.297/MG julgada em 19/12/05): A eficácia preclusiva da decisão de arquivamento de inquérito policial depende da razão jurídica que, fundamentando-a, não admita desarquivamento nem pesquisa de novos elementos de informação, o que se dá quando reconhecida atipicidade da conduta ou pronunciada extinção da punibilidade. É que, nesses casos, o ato de arquivamento do inquérito se reveste da autoridade de coisa julgada material, donde a necessidade de ser objeto de decisão do órgão judicial competente.

STF (HC 84253/RO julgado em 26/10/2004): O arquivamento judicial do inquérito ou das peças que consubstanciam a “notitia criminis”, quando requerido pelo Ministério Público, por ausência ou insuficiência de elementos informativos, não afasta a possibilidade de aplicação do que dispõe o art. 18 do CPP, hipótese em que, havendo notícia de provas substancialmente novas (Súmula 524/STF - RTJ 91/831), legitimar-se-á a reabertura das investigações penais (RTJ 106/1108 - RTJ 134/720 - RT 570/429 - Inq 1.947/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). - Inexistirá, contudo, essa possibilidade, se o Poder Judiciário, ao reconhecer consumada a prescrição penal, houver declarado extinta a punibilidade do indiciado/denunciado, pois, em tal caso, esse ato decisório revestir-se-á da autoridade da coisa julgada em sentido material, inviabilizando, em consequência, o ulterior ajuizamento (ou prosseguimento) de ação penal contra aquele já beneficiado por tal decisão, ainda que o Ministério Público, agindo por intermédio de novo representante e mediante

reinterpretarão e nova qualificação dos mesmos fatos, chegue a conclusão diversa daquela que motivou o seu anterior pleito de extinção da punibilidade. Precedentes⁹.

Um dos motivos, normalmente, indicados para se atribuir a esses dois casos eficácia preclusiva de coisa julgada material é que – nos dizeres do ex-Ministro do STF Octávio Gallotti (HC 66625/SP julgado em 23/09/1988¹⁰) – a decisão que arquiva não põe em dúvida “a prova do fato, mas o seu relevo penal – esse fundamento não é passageiro, mas essencial e permanente, bastando para por [o agente] a salvo de responder a nova ação penal pela mesma conduta anteriormente considerada”. (Incluiu-se).

Outro argumento comumente apresentado por essa orientação da Corte Maior diz respeito à *equiparação* que deve ser feita entre a *decisão que rejeita a denúncia* com base na *atipicidade* ou na *extinção de punibilidade* e a *decisão que arquiva o inquérito* quando embasada nestes *mesmos motivos*. Explica-se.

Conforme ficou estabelecido no julgado STF HC 80560/GO julgado em 20/02/2001¹¹, o efeito da coisa julgada material produzido pela *decisão de rejeição*¹² que reconhece a *atipicidade da conduta* ou a *extinção da punibilidade* deve ser estendido à *decisão de arquivamento*, quando esta tiver por base aqueles mesmos motivos (atipicidade ou extinção da punibilidade).

Segundo pensamos, caso essa equiparação não fosse reconhecida pelo Pretório Excelso, poderíamos ter a seguinte situação injusta: aquele que teve a denúncia *rejeitada* com base, por exemplo, na atipicidade da conduta, alcançaria a coisa julgada material; enquanto que aquele que *sequer foi denunciado* – pois o Ministério Público, diante da patente atipicidade da conduta, optou pelo arquivamento (tendo tal pedido sido acolhido pelo juiz) – amargurará uma decisão no padrão *rebus sic stantibus*, isto é, pode, enquanto não prescrita a infração, vir a ser surpreendido por uma acusação criminal¹³.

Assim, diante desse quadro, poderia ser que o agente e seu advogado ficassem “torcendo” para que o Ministério Público oferecesse denúncia (!?) – ao invés de pedir o arquivamento – porque, dessa forma, caso a inicial penal viesse a ser rejeitada haveria a formação da coisa julgada material.

Não sabemos como isso soa aos ouvidos do leitor, mas aos nossos soa deveras incongruente...

Andou bem o STF, portanto, ao equiparar os efeitos das decisões de rejeição e de arquivamento, evitando-se, assim, o eventual aparecimento da esdrúxula situação acima descrita.

Ademais, oportuno destacar também que, em casos de arquivamento por atipicidade ou extinção da punibilidade, mesmo que a decisão tenha sido prolatada por magistrado absolutamente incompetente, há, na visão das Cortes Superiores, formação de coisa julgada material. Confira-se o acórdão a seguir:

STF (HC 83346/SP julgado em 17/05/2005): Inquérito policial: arquivamento com base na atipicidade do fato: eficácia de coisa julgada material. A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, que - ainda quando emanada a decisão de juiz absolutamente incompetente -, impede a instauração de processo que tenha por objeto

ENTRE ASPAS

o mesmo episódio. Precedentes : HC 80.560, 1ª T., 20.02.01, Pertence, RTJ 179/755; Inq 1538, Pl., 08.08.01, Pertence, RTJ 178/1090; Inq-QO 2044, Pl., 29.09.04, Pertence, DJ 28.10.04; HC 75.907, 1ª T., 11.11.97, Pertence, DJ 9.4.99; HC 80.263, Pl., 20.2.03, Galvão, RTJ 186/1040¹⁴.

De fato, assim como não se admite a cassação da sentença absolutória definitiva proferida por julgador absolutamente incompetente, também nesse caso (arquivamento com efeito de coisa julgada material ordenando por juiz absolutamente incompetente), a solução, sob pena de franca injustiça, deve ser a mesma.

Entender de forma contrária, ou seja, permitir o *desarquivamento* nessa situação, é, segundo pensamos, infringir uma das garantias mais básicas do réu/indiciado, qual seja, a do *ne bis in idem* (não poder ser submetido novamente à persecução penal depois de formada a coisa julgada material, seja por meio de sentença absolutória, *seja por meio de arquivamento*¹⁵).

Ademais, seria mesmo absurdo que o acusado tivesse que “arcar” com o erro do Estado (leia-se juiz e Ministério Público) que, durante todo o itinerário da persecução penal, não atentou para as regras legais de competência, só as percebendo após o arquivamento/absolvição.

Há ainda um outro ponto frisado pela jurisprudência dos tribunais superiores acerca do assunto digno de realce.

De acordo com as Cortes Superiores, em caso de pedido de arquivamento fundamentado na insuficiência de provas, o magistrado deve atendê-lo compulsoriamente.

Como cediço, o máximo que pode fazer o juiz, caso discorde do requerimento ministerial, é aplicar o art. 28 do CPP¹⁶: remessa ao órgão de cúpula do Ministério Público¹⁷.

Porém, consoante se sabe, opinando o órgão de cúpula igualmente pelo arquivamento, *nada poderá fazer o julgador que não acolher o referido parecer ministerial*.

Vale lembrar também que, quando for o próprio chefe da instituição (Procurador-Geral de Justiça ou da República) que requerer o arquivamento com base na insuficiência de provas, sequer haverá a possibilidade de aplicação do art. 28 do CPP pelo julgador, visto que, nessa hipótese, é o próprio órgão de cúpula que está expressando a *opinio delicti*. Nessa situação, portanto, resta ao juiz, compulsoriamente – como dizem o STF e o STJ – atender ao pedido ministerial¹⁸.

Assim, temos: em casos de pedido de arquivamento por insuficiência de provas, seja o pedido fruto de insistência do chefe da instituição (art. 28 do CPP), seja produto de atuação originária em tribunal deste chefe, o magistrado deve, compulsoriamente, acolher o parecer ministerial, não lhe sendo permitido examinar as razões que levaram o Ministério Público a opinar da maneira que opinou. Acrescente-se que tal decisão de arquivamento é irreversível¹⁹. Nessas situações, a decisão, pertence, de fato, à instituição do Ministério Público e, como diz Jardim (2000, p. 166):

Não fica nenhuma faixa [ao juiz] de apreciação, nada lhe restando senão determinar ao escrivão que arquite os autos (mero ato material de colocar alguma coisa guardada em seu lugar próprio: arquivo). (Incluiu-se).

Segue um julgado acerca desse tema:

STF. Tribunal Pleno (Pet 2509 AgR/MG julgado em 18/02/2004): Se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de “notitia criminis”, motivado pela ausência de elementos que lhe permitam

A REVISTA DA UNICORP

formar a “*opinio delicti*”, por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável. Doutrina. Precedentes. Ver também: STJ HC 72384/RJ julgado em 28/11/2007.

Pode parecer óbvia essa orientação dos tribunais superiores – *acolhimento compulsório pelo juiz de pedido de arquivamento baseado na insuficiência de provas da investigação*.

No entanto, perceba-se que, a todo o momento, estamos colocando em evidência o motivo do pedido de arquivamento: *insuficiência de provas*.

Há uma razão para esse freqüente destaque.

É que, quando o motivo do pedido de arquivamento for atipicidade ou extinção da punibilidade, o posicionamento das Cortes Superiores parece perder a obviedade.

Vejamos os porquês disso.

Consoante entendem STF e STJ, outra é a situação quando o pedido de arquivamento é formulado com base na atipicidade da conduta ou na extinção da punibilidade do agente.

Para as Corte Maiores, como nesses casos a decisão que defere o pedido ministerial gera coisa julgada material, não há que se falar aqui em atendimento compulsório do requerimento por parte do julgador. É preciso haver decisão jurisdicional sobre a matéria.

Conforme já expressou o ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence em seu voto condutor no Inq 1538/PR julgado em 08/08/2000, nessas hipóteses (arquivamento por atipicidade ou por extinção da punibilidade), *a última palavra não é da instituição do Ministério Público – tal como ocorre nos pedidos de arquivamento que invocam insuficiência de provas. O juiz aqui pode acolher ou refutar as razões invocadas pelo Ministério Público*. Em uma palavra: há nesses casos *exame de mérito* por parte do julgador sobre o parecer ministerial.

Vejamos algumas decisões sobre o que acabamos de ver:

STF. Tribunal Pleno (Pet 3943/MG julgado em 14/04/2008): EMENTA: INQUÉRITO POLICIAL. Arquivamento. Requerimento do Procurador-Geral da República. Pedido fundado na alegação de atipicidade dos fatos. Formação de coisa julgada material. Não atendimento compulsório. Necessidade de apreciação e decisão pelo órgão jurisdicional competente. Inquérito arquivado. Precedentes. O pedido de arquivamento de inquérito policial, quando não se baseie em falta de elementos suficientes para oferecimento de denúncia, mas na alegação de atipicidade do fato, ou de extinção da punibilidade, não é de atendimento compulsório, senão que deve ser objeto de decisão do órgão judicial competente, dada a possibilidade de formação de coisa julgada material.

STF. Tribunal Pleno (Inq. 1538/PR julgado em 08/08/2000): EMENTA: Inquérito policial: arquivamento. Diversamente do que sucede no arquivamento requerido com a anuência do Procurador-Geral da República e fundamento na ausência de elementos informativos para a denúncia - cujo atendimento é compulsório pelo Tribunal -, aquele que se lastreia na atipicidade do fato ou na extinção da sua punibilidade

ENTRE ASPAS

- dados os seus efeitos de coisa julgada material - há de ser objeto de decisão jurisdicional do órgão judicial competente: precedentes do STF: prescrição consumada.

STF (Inq. 2591/SP julgado em 8/05/2008): O pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, quando tem por fundamento a prescrição ou a atipicidade da conduta, não vincula o Magistrado. Ver também: STJ HC 72384/RJ julgado em 28/11/2007.

Diante da posição das Cortes Maiores sobre o tema – possibilidade de *indeferimento* do pedido de arquivamento formulado pelo chefe do Ministério Público quando aquele (o pedido) se der por atipicidade ou por extinção da punibilidade – algumas indagações poderiam ser suscitadas.

Por exemplo: indeferido o pedido de arquivamento pelo tribunal, há alguma medida a ser adotada na seqüência? Se sim, qual? Remessa para outro órgão do Ministério Público, por exemplo? Mas remeter para qual órgão, se foi o *próprio chefe da instituição* quem emitiu o seu parecer sobre o caso?

E poderíamos seguir formulando outras tantas perguntas... Porém, as que fizemos acima, já são suficientes para demonstrar as dificuldades que o assunto encerra.

Ademais, ressalte-se que, da leitura integral dos acórdãos dos tribunais superiores que tratam da matéria, não nos foi possível esclarecer se há ou não alguma medida a ser tomada no caso de indeferimento do parecer formulado pelo chefe do *parquet*. Isto porque todos os arestos por nós consultados, apesar de ressaltarem que o acolhimento do parecer ministerial nesses casos *não é compulsório*, foram *favoráveis* ao pedido de arquivamento. Assim, não localizamos uma decisão que, de fato, tenha indeferido o pedido do órgão máximo do Ministério Público. Logo, as questões acima permanecem em aberto.

Com efeito, poderíamos refletir mais profundamente sobre o tema e, quem sabe, chegar a algumas colocações interessantes. No entanto, apesar da empreitada soar bastante instigante, fugiria aos propósitos deste trabalho. De toda a sorte, é digno de registro que a posição dos tribunais superiores parece agasalhar uma indevida ingerência da magistratura no órgão do Ministério Público. É que, além de existir previsão legal impondo – sem exceção – o acolhimento compulsório do pedido de arquivamento quando efetuado pelo chefe do *parquet* (vide art. 28 do CPP), a orientação das Cortes Maiores parece também afrontar o sistema acusatório pretendido pelo Constituinte de 1988, que, dentre outras coisas, atribuiu privativamente ao órgão do Ministério Público o *dominus litis* (vide art. 129, I, da CF²⁰).

Para Moreira (2003, p. 31), o juiz deveria ser totalmente alijado do mecanismo de controle da não propositura de ação penal por parte do Ministério Público. Tal mecanismo de controle, segundo o autor, deveria se dar no âmbito do próprio Ministério Público, por meio de órgãos colegiados.

Todavia, consoante dissemos, isso é apenas algo que gostaríamos de registrar (uma provocação – pode-se dizer assim), sendo que eventual aprofundamento do assunto poderá ser retomado em uma outra oportunidade.

Finalmente, deixamos uma questão das mais polêmicas para o final deste trabalho. Analisemo-la.

Durante o nosso estudo, vimos que os tribunais superiores conferem autoridade de coisa julgada material à decisão que arquiva o inquérito por atipicidade ou por extinção da

punibilidade.

Todavia, o STF, consoante noticiado nos informativos 446 e 538 (23 a 27 de outubro de 2006 e 9 a 13 de março de 2009, respectivamente), entendeu que a decisão de arquivamento com base em excludente de ilicitude não produz coisa julgada material²¹. Isto é: entendeu a Corte Maior que o arquivamento de inquérito policial amparado em excludente de ilicitude pode ser reaberto. Seguem trechos do informativo 538:

Aduziu-se que a jurisprudência da Corte seria farta quanto ao caráter impeditivo de desarquivamento de inquérito policial nas hipóteses de reconhecimento de atipicidade, mas não propriamente de excludente de ilicitude. (...) Vencidos os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio que deferiam o habeas corpus por considerar que, na espécie, ter-se-ia coisa julgada material, sendo impossível reabrir-se o inquérito independentemente de outras circunstâncias. O Min. Marco Aurélio acrescentou que nosso sistema convive com os institutos da justiça e da segurança jurídica e que, na presente situação, este não seria observado se reaberto o inquérito, a partir de preceito que encerra exceção.

Vale acrescentar que, atualmente, conforme noticiado no informativo 569 (a 27 de novembro de 2009), a questão (desarquivamento de inquérito e excludente de ilicitude) foi submetida ao Pleno do STF pela Primeira Turma daquela Corte, devendo, portanto, ser decidida em breve.

3. Conclusão

Com a devida vênia, estamos com aqueles que entendem que a Excelsa Corte, até o presente momento, andou mal na apreciação da matéria (reconhecimento de coisa julgada apenas formal no caso de arquivamento amparado em justificante).

Não há razão, lógica ou jurídica, segundo pensamos, para se conferir efeito apenas de coisa julgada formal ao arquivamento por excludente de ilicitude e de coisa julgada material ao arquivamento por atipicidade ou por extinção da punibilidade.

Como bem sintetizam Gomes e Donati (2009, p. 3):

O raciocínio é simples: quando o arquivamento tomar por base aspectos materiais do crime, como a tipicidade e, é lógico, a própria ilicitude, não há como afastar a ocorrência da coisa julgada, leia-se, formal e material, o que, a nosso ver, no caso concreto em análise, impediria a reabertura do IP.

Iríamos além. A reabertura de inquérito arquivado com base em excludente de ilicitude é verdadeira ofensa ao nosso Direito. Explica-se.

Não se pode negar que, no arquivamento com amparo em excludente de ilicitude (assim como na hipótese de atipicidade, por exemplo), há incursão no mérito do caso. A decisão que arquiva o inquérito nessa situação equipara-se à sentença que absolve o acusado, produzindo, pois, coisa julgada material. Seguindo essa linha de raciocínio, permitir a reabertura do caso nessa situação, tal como defende o STF, arrepia frontalmente o Pacto de São José da Costa

ENTRE ASPAS

Rica²² (integrado ao nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992), quando diz:

Artigo 8º. (...). 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Em suma, a posição da Excelsa Corte, segundo nossa visão, viola o princípio do *ne bis in idem*, configurando, assim, verdadeira hipótese de revisão *pro societate* – repudiada pelo Direito brasileiro.

De outro lado, o STJ, alterando entendimento anterior sobre a matéria (vide REsp 738338/PR de 25/10/2005), *também passou a sustentar ser impossível a reabertura de inquérito policial nesse caso (excludente de ilicitude), senão vejamos.*

STJ (RHC 17389/SE julgado em 20/11/2007): O arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Militar se deu em virtude da promoção ministerial no sentido da incidência de causa excludente de ilicitude. 3. Embora o inquérito policial possa ser desarquivado em face de novas provas, tal providência somente se mostra cabível quando o arquivamento tenha sido determinado por falta de elementos suficientes à deflagração da ação penal, o que não se verifica na espécie. Precedentes. 4. Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, nos termos do disposto no art. 9.º do Código Penal Militar, porquanto praticado por militar fora do exercício da função, produz coisa julgada material.

Referências

CHOUKR, F. H. Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DUCLERC, E. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, L. F. Direito Processual Penal. São Paulo: RT, 2005.

_____. DONATI, P. Inquérito policial: excludente de ilicitude, arquivamento e coisa julgada material. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 07/09/09.

GRECO FILHO, V. Manual de Processo Penal, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIMA, M. P. Curso de Processo Penal. Volumes 1 e 2. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

LOPES JR., A. Introdução crítica ao processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

A REVISTA DA UNICORP

MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, J. F. Processo Penal. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Rômulo Andrade. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NUCCI, G. de S. Código de Processo Penal Comentado. 5 ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, E. P. de. Curso de Processo Penal. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIOVESAN, F. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos Tratados de proteção aos direitos humanos no direito brasileiro. In: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. A Convenção Interamericana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

TORNAGHI, Hélio. Processo Penal. Vol. I. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1953

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. Volumes 1 e 2. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

Notas

¹ Nesse sentido, por exemplo, está Choukr (2009, p. 119). Os argumentos utilizados são: o juiz não efetua qualquer atividade jurisdicional nesse momento; e não existe relação processual em curso. Tais aspectos, segundo o autor, impediriam que se falasse em coisa julgada no âmbito do inquérito policial.

² Jardim (2000, p.166) diz que a decisão de arquivamento não “é um mero despacho como pode fazer crer uma leitura apressada do Código. Não é sentença por inexistir processo ou jurisdição, mas simples decisão administrativa (sentido lato). Por ser oriunda do Poder Judiciário, torna-se judicial”.

³ Apesar de estarmos falando apenas em arquivamento de inquérito policial, tudo o que está sendo dito aqui se aplica também ao arquivamento das demais investigações preliminares: comissão parlamentar de inquérito (CPI), termo circunstanciado (TCO), peças de informação, etc.

⁴ Sobre a distinção entre coisa julgada material e formal, aduz Gomes (2005, p. 330): “há duas espécies de coisa julgada: 1. Coisa julgada formal: impede que o juízo da causa reexamine a sentença [ou decisão]; 2. Coisa julgada material: impede que qualquer outro juízo ou tribunal examine a causa já decidida”. (Incluiu-se). Na mesma linha, afirma Greco Filho (1998, p. 342): “a coisa julgada é a imutabilidade da sentença ou de seus efeitos”. Sobre a coisa julgada formal e material, assevera: “diz-se que há coisa julgada formal quando estão esgotados todos os recursos cabíveis. Todas as decisões terminativas fazem coisa julgada formal quando extintas as vias recursais. As sentenças de mérito fazem, uma vez esgotados os recursos, também coisa julgada material, que é a imutabilidade da sentença ou de seus efeitos não só no mesmo processo porque se extinguíram-se as vias recursais, mas também acarretando a proibição de outra decisão sobre a mesma causa em outro eventual processo”.

⁵ Tornaghi (1953, p. 293), seguido por Mirabete (2006, p. 124), dentre outros.

⁶ Conforme: Machado (2009, p. 32). Ou ainda: “estando assim as coisas”.

⁷ Nesse sentido também: Nucci (2006, p. 120).

⁸ Cumpre ressaltar que, quase sempre, a causa de extinção de punibilidade que é referida nas decisões do STF que tratam da formação da coisa julgada material em sede de arquivamento é a prescrição.

⁹ Ver também os diversos precedentes sobre o assunto: STF HC 80.560-GO de 20.2.2001 (informativo 218 STF); HC 84156/MT de 26.10.2004 (informativo 367 STF); HC 83346/SP de 17.5.2005 (informativo 388 STF); HC 86606/MS de 22.5.2007 (informativo 468 STF); HC 94982/SP de 25.11.2008 (informativo 541 STF); e STJ RHC 18099/SC de 07.03.2006.

¹⁰ Destaque-se que esse julgado tratou apenas do arquivamento por atipicidade. Porém, os motivos estendem-se ao arquivamento por extinção da punibilidade.

¹¹ STF (HC 80560/GO julgado em 20/02/2001): “EMENTA: Inquérito policial: decisão que defere o arquivamento: quando faz coisa julgada. A eficácia preclusiva da decisão que defere o arquivamento do inquérito policial, a pedido do Ministério Público, é similar à daquela que rejeita a denúncia e, como a última, se determina em função dos seus motivos determinantes, impedindo “ se fundada na atipicidade do fato “ a propositura ulterior da ação penal, ainda quando a denúncia se pretenda alicerçada em novos elementos de prova. Recebido o inquérito “ ou, na espécie, o Termo Circunstanciado de Ocorrência “ tem sempre o Promotor a alternativa de requisitar o prosseguimento das investigações, se entende que delas possa resultar a apuração de elementos que dêem configuração típica ao fato (C.Pr.Penal, art. 16; L. 9.099/95, art. 77, § 2º). Mas, ainda que os entenda insuficientes para a denúncia e opte pelo pedido de arquivamento, acolhido pelo Juiz, o desarquivamento será possível nos termos do art. 18 da lei processual. O contrário sucede se o Promotor e o Juiz acordam em que o fato está suficientemente apurado, mas não constitui crime. Aí “a exemplo do que sucede com a rejeição da denúncia, na hipótese do art. 43, I, C.Pr.Penal “ a decisão de arquivamento do inquérito é definitiva e inibe que sobre o mesmo episódio se venha a instaurar ação penal, não importa que outros elementos de prova venham a surgir posteriormente ou que erros de fato ou de direito hajam induzido ao juízo de atipicidade”.

¹² As hipóteses de rejeição da denúncia estão, atualmente, previstas no art. 395 do CPP (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). Os casos de atipicidade do fato e de extinção da punibilidade podem ser enquadrados, segundo determinado setor da doutrina, no inciso II deste artigo (falta de condição para o exercício da ação penal). Para mais detalhes sobre esse tema, consultar, por exemplo: Nucci (2009, pp. 716-718).

¹³ Conferir também: Duclerc (2008, p. 156).

¹⁴ Ver também: STJ RHC 17389/SE julgado em 20/11/2007.

¹⁵ Vide Pacto de São José da Costa Rica (art. 8, item 4), que foi ratificado pelo Brasil, em 06 de novembro de 1992, por meio do Decreto n. 678.

¹⁶ “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

¹⁷ Oportuno lembrar que, na esfera federal, eventual discordância do magistrado federal sobre o pedido de arquivamento efetuado pelo MPF será encaminhado não ao Procurador-Geral da República, mas às Câmaras de Coordenação e Revisão, conforme determina o art. 62 da LC 75/93.

¹⁸ Moreira (2003, p. 32) defende, inclusive, que, no caso de atribuição originária do Procurador-Geral, o arquivamento deveria ocorrer intra muros, ou seja, dentro da própria instituição do Ministério Público. Diz o professor: “Não há razão plausível, nem do ponto de vista jurídico, nem sob o aspecto lógico ou prático para se exigir que o Procurador-Geral de Justiça (ou o da República, conforme o caso) submeta a sua delicti ao Poder Judiciário que nada mais poderá fazer senão acatar o pronunciamento”.

¹⁹ STF. Tribunal Pleno (Pet 2509 AgR/MG julgado em 18/02/2004): “O ato judicial que ordena, no Supremo Tribunal

Federal, o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, a pedido do Procurador-Geral da República, motivado pela ausência de “opinio delicti” derivada da impossibilidade de o Chefe do Ministério Público da União identificar a existência de elementos que lhe permitam reconhecer a ocorrência de prática delituosa, é insuscetível de recurso (RT 422/316)”. STJ (no Ag 884686/RJ julgado em 15/04/2008): “Esta Corte tem entendido que não é recorrível a decisão judicial que, acolhendo o parecer do Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito policial”.

²⁰ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

²¹ É oportuno alertar que há discussão na doutrina se as excludentes de ilicitude poderiam ou não embasar o pedido de arquivamento. Estamos partindo do pressuposto de que sim (posição dos tribunais superiores, inclusive). Não exporemos essa discussão aqui, mas recomendamos a leitura de Marcelus Polastri Lima (Curso de processo penal. V I. 2 ed. 2006, pp. 161-167), que apresenta a celeuma em torno do assunto de maneira bem elaborada.

²² O Pacto de São José da Costa Rica tem status normativo constitucional, conforme o atual entendimento da Segunda Turma do STF (HC 96772/SP julgado em 09/06/2009; e AI 601832 AgR/SP julgado em 17/03/2009). Ressalte-se que o status normativo do referido Pacto tem sido objeto de ampla discussão na doutrina e na jurisprudência. Não é nosso propósito aprofundar tal discussão aqui. Recomendamos, porém, a consulta de Piovesan (2000) e Steiner (2000). Além dos seguintes julgados do STF: HC 87585/TO julgado em 03/12/2008 e HC 88240/SP julgado em 07/10/2008.