

## ARQUIVAMENTO, PROVA NOVA E COISA JULGADA: EM BUSCA DE COERÊNCIA

MARCELO ROCHA MONTEIRO\*

Não é incomum que, diante de questões jurídicas complexas, tanto doutrina quanto jurisprudência proponham soluções divergentes (as famosas “correntes” majoritária e minoritária...), com duas, algumas vezes três (ou mais) respostas para a mesma indagação. Assim foi, é e provavelmente sempre será. Quem quiser respostas indiscutíveis deve optar pelo estudo de Matemática.

No entanto, é fundamental que cada uma das diversas soluções propostas para uma questão controvertida seja em si mesma coerente, de tal forma que a situações fáticas idênticas seja aplicada idêntica interpretação da norma ou conjunto de normas, sem casuísmos.

Infelizmente, não nos parece que venha sendo este o caso no que concerne à questão do arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, especificamente com relação à imutabilidade ou não, diante do surgimento de prova nova, da decisão que mandou ao arquivo o procedimento investigatório.

Examinando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constata-se que a Corte Suprema reconhece a coisa julgada como efeito da decisão de arquivamento em duas hipóteses: atipicidade do fato e extinção da punibilidade.

Nesse sentido veja-se Pet 3943 / MG 23-05-2008 (STF).

Ainda: HC 80.560-GO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 20.2.2001. (HC-80560), decisão publicada no informativo 218 STF, 1ª turma, HC 84156/MT, rel. Min. Celso de Mello, 26.10.2004. (HC-84156), decisão publicada no informativo 367 STF, 2ª turma, HC 83346/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 17.5.2005. (HC-83346), decisão publicada no informativo 388 STF, 1ª turma, HC 86606/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 22.5.2007. (HC-86606), decisão publicada no informativo 468 STF, 1ª turma e HC 94982/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 25.11.2008. (HC-94982), decisão publicada no informativo 541 STF, 1ª turma (acórdãos mencionados por SILVA, Rodrigo Nascimento; Silva, Emanuele Ferreyro Nunes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre as decisões de arquivamento de inquérito policial e a coisa julgada material: uma releitura necessária sob a ótica da Lei 11.719/08. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 17 julho. 2009).

Também o STJ adota esse entendimento, conforme RHC 18099 / SC DJ 27.03.2006 e RHC 17389 / SE DJe 07.04.2008.

A justificativa é que, em tais situações, a decisão judicial resolveria “questão de mérito do caso penal” e produziria “efeito de coisa julgada material”, nas palavras de Eugenio Pacelli (“Curso de Processo Penal”, 18ª. ed., p. 69),

\* Procurador de Justiça (RJ). Professor da UERJ.

ou “arquivamento definitivo”, como prefere o mestre Sergio Demoro Hamilton, afirmando que em tais casos “*não há falar de aplicação da Súmula 524 do STF*” (“O Arquivamento Definitivo” in Revista do Ministério Público RJ, n. 26, p. 280).

No mesmo sentido, Marcellus Polastri observa que “*existem decisões de arquivamento que provocam verdadeira preclusão, como no caso de ser fundado em extinção de punibilidade ou na atipicidade da conduta do agente, pois, é intuitivo, nunca poderá se dar o oferecimento da denúncia futuramente com base naqueles fatos, pois o que está extinto não pode renascer e o que é atípico não poderá se tornar típico.*” (“Manual de Processo Penal”, 3ª. ed., p.124).

Entretanto, julgando o HC 95.211, assim decidiu o STF:

EMENTA: *HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL: ARQUIVAMENTO ORDENADO POR JUIZ COMPETENTE A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM BASE NO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. ANTIJURIDICIDADE. DESARQUIVAMENTO. NOVAS PROVAS: POSSIBILIDADE. SÚMULA 524 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA.*

1. *A decisão que determina o arquivamento de inquérito policial, a pedido do Ministério Público e determinada por juiz competente, que reconhece que o fato apurado está coberto por excludente de ilicitude, não afasta a ocorrência de crime quando surgirem novas provas, suficientes para justificar o desarquivamento do inquérito, como autoriza a Súmula 524 deste Supremo Tribunal Federal.*

2. *Habeas corpus conhecido e denegado.*

(extraído do site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br))

É de se perguntar: não há resolução do mérito na decisão que, considerando provada a causa excludente de ilicitude, reconhece a inexistência de crime e por tal razão manda ao arquivo a inquisa? A análise da ilicitude do fato por acaso difere do exame da tipicidade, no que tange à verificação de ter a conduta caráter criminoso? Parece evidente que não.

Assim, se a decisão de arquivamento fundada na atipicidade da conduta faz coisa julgada material (ou provoca verdadeira preclusão, ou gera arquivamento definitivo, ou que outro nome se queira dar), por que não o faria aquela alicerçada no reconhecimento de legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito ou estado de necessidade?

Com a devida vênia, a incoerência é manifesta.

Há mais, porém.

Veja-se o tratamento dado pelo STF à questão da imutabilidade da decisão de extinção da punibilidade quando fundada em certidão de óbito falsa, no julgamento do HC 10499:

DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECISÃO QUE RECONHECE A NULIDADE ABSOLUTA DO DECRETO E DETERMINA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO PRO SOCIETATE E DE OFENSA À COISA JULGADA. PRONÚNCIA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS OU INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA EM RELAÇÃO A CORRÊU. INVIABILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS NA VIA ESTREITA DO WRIT CONSTITUCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. 1. A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. 2. Não é o habeas corpus meio idôneo para o reexame aprofundado dos fatos e da prova, necessário, no caso, para a verificação da existência ou não de provas ou indícios suficientes à pronúncia do paciente por crimes de homicídios que lhe são imputados na denúncia. 3. Habeas corpus denegado.

(STF - HC: 104998 SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 14/12/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-085 DIVULG 06-05-2011 PUBLIC 09-05-2011 EMENT VOL-02517-01 PP-00083)

*“Em divergência, o Min. Marco Aurélio deferiu o writ. Reputou, inicialmente, que a morte não seria a única causa de extinção da punibilidade prevista em lei e que, ao se relativizar o princípio da coisa julgada quanto a essa causa extintiva de pena, dever-se-ia fazê-lo também no que se refere às demais, o que inadmissível. Aduziu inexistir revisão criminal pro societate e que, se o órgão acusador não impugnara o documento falso no momento próprio para tal, restar-lhe-ia apenas eventual propositura de ação criminal para apurar o suposto delito de falsidade ideológica.”* (comentários ao voto divergente postados por Marcelo Bertasso no site [divisaoinformativos.wordpress.com](http://divisaoinformativos.wordpress.com)) (destacamos)

O julgado em questão trata de ação penal já ajuizada, e não de inquérito, mas serve ao raciocínio que aqui se busca desenvolver. Vejamos.

Com inteira razão nos parece estar o voto divergente quando sustenta que a mesma solução adotada com relação a uma causa extintiva de punibilidade deve se estender às demais. Assim como é possível que uma decisão de extinção da punibilidade por morte do agente tenha por base uma certidão de óbito falsa, é igualmente possível, no feliz exemplo trazido por Robson Renault Godinho, “uma sentença que extingue a punibilidade por prescrição em favor de acusado com mais de

*setenta anos na data da sentença, cujo cálculo foi equivocado por certidão de nascimento falsa...o que é impossível (refere-se à revisão de tal sentença após transitar em julgado) em nosso ordenamento” (“Reflexões acerca do ‘Arquivamento Definitivo’ do Inquérito Policial”, in “Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton”, p. 408 – artigo de leitura indispensável ao estudo do tema).*

Admitida a revisão *pro societate* de sentença extintiva de punibilidade porque fundada em certidão de óbito falsa, porque não admiti-la quando o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade tiver por base certidão de nascimento ou outro documento igualmente falso? E se a decisão tiver por base um falso testemunho? Novamente, falta coerência.

O que é preciso perceber é que importa menos o **fundamento** da decisão do que a sua **natureza jurídica**. No caso acima destacado, proferiu-se uma **sentença** que julgou extinta a punibilidade por ter surgido, **no curso do processo**, prova da morte do réu. Não tendo sido impugnada, adquiriu a qualidade de coisa julgada, óbice intransponível mesmo diante de prova nova, conforme sustenta (a nosso ver com razão) o voto vencido.

Bem diferente é o despacho de arquivamento do inquérito policial, e aqui cabe uma reflexão sobre o sistema estabelecido pelo art. 28 do Código de Processo Penal.

Nunca nos pareceu acertada a escolha do verbo **requerer** na redação do mencionado dispositivo. Com efeito, causa espécie que o órgão legitimado para a propositura da ação penal pública se dirija ao Poder Judiciário pedindo para... não propor a ação! Pedindo para não pedir? Postulando nada postular? Deduzindo a pretensão de nada pretender? Tudo muito estranho...

Isso sem mencionar a parte final do artigo, em que o legislador nos brinda com um “pedido” “ao qual estará o juiz obrigado a atender”...

Procurando enxergar, para além da forma defeituosa, a essência do ato, parece claro que o Promotor de Justiça, na hipótese do art. 28, tomou uma **decisão**: esgotadas as diligências investigatórias, os elementos de informação contidos naquele inquérito não autorizam o Estado-Administração a deduzir em juízo pretensão punitiva (seja por falta de suporte probatório mínimo, seja por estar provada a atipicidade ou a licitude da conduta do investigado, seja por estar extinta a punibilidade), razão pela qual decidiu o órgão do Ministério Público não oferecer denúncia.

Ocorre que o legislador não entendeu conveniente que tal decisão se esgotasse no âmbito da Promotoria com atribuição para o fato investigado, e atribuiu ao juiz a função de fiscal do princípio da obrigatoriedade da acusação pública, função que a doutrina classifica de anômala (exatamente porque não se trata de jurisdição, função normal do Poder Judiciário).

Ninguém ignora em que consiste tal fiscalização: se o juiz discorda das razões invocadas pelo promotor para não propor a ação penal, remete os autos ao Procurador-Geral e este **decide** se o Ministério Público vai acusar ou não. Se decidir pela não propositura da ação (ou “insistir no pedido”, na horrenda redação do dispositivo), resta ao juiz mandar colocar os autos no lugar próprio.

Assim, vencendo as dificuldades trazidas pela redação defeituosa do art. 28, conseguimos chegar a uma conclusão que, convenhamos, não deveria ser tão difícil de alcançar, qual seja: quem decide se propõe ou não a ação é o autor!

É evidente que a atividade do juiz, no art. 28, não tem natureza jurisdicional. Assim, por exemplo, em hipótese de prescrição ou morte do investigado, o juiz não **julga** extinta a punibilidade, mas homologa o arquivamento “requerido” pelo Promotor com fulcro na causa extintiva. Na verdade, ao concordar com as razões (quaisquer que sejam elas) apresentadas pelo Promotor para não denunciar, está aperfeiçoando o ato administrativo complexo que é o arquivamento.

E ao delas discordar e remeter o inquérito ao Procurador-Geral? Como classificar tal ato?

Creemos tratar-se de **meio de impugnação** (sempre no âmbito administrativo) da decisão do Promotor de não denunciar, provocando assim o **controle interno** do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Observe-se: o juiz, como fiscal desse princípio, pode impugnar, quando discorda do Promotor, mas não pode decidir. A decisão, o efetivo controle, se dá indiscutivelmente no âmbito do Ministério Público.

Não tendo a atuação do juiz natureza jurisdicional, como falar em coisa julgada?

Tanto é verdade que a intervenção do juiz no arquivamento não tem natureza jurisdicional que a lei ordinária pode dela prescindir, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade, substituindo o magistrado por outros atores na função de fiscal da acusação pública.

Vejamos o que dispõe o art. 29 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93).

*Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:*

*(...)*

*VII - determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais.*

Observemos agora o art. 12 do mesmo diploma legal:

*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.*

Não é difícil constatar a simetria com o sistema do art. 28 da lei processual penal (com a vantagem de ter o legislador de 1993 usado redação bem mais adequada), senão vejamos.

Nas hipóteses de investigado que tenha como foro por prerrogativa de função o Tribunal de Justiça (prefeito, por exemplo), o destinatário da investigação policial será o Procurador-Geral de Justiça, Promotor natural que é em tais casos. Imaginemos então que, ao analisar inquérito cujo investigado é Prefeito Municipal, o Procurador-Geral entenda que a prova colhida demonstra ser atípica a conduta da referida autoridade. Não irá o Chefe do *Parquet* “requerer” ao Tribunal de Justiça o arquivamento, e sim determinar que a inquisição seja arquivada *interna corporis*.

É que, mesmo antes da Lei 8.625/93, doutrina e jurisprudência ensinavam que, nas hipóteses de atribuição originária do Chefe do Ministério Público, o “pedido” de arquivamento dirigido ao Judiciário era mera formalidade, já que inviável a aplicação do art. 28: ainda que o órgão jurisdicional discordasse das razões invocadas pelo Procurador-Geral para o arquivamento, a quem remeter o inquérito?

Isso não impediu, contudo, que o legislador de 1993 criasse um outro mecanismo de controle interno do princípio da obrigatoriedade: tomando ciência da decisão de arquivamento proferida pelo PGJ, terceiro interessado (podemos pensar no ofendido, ou, se incapaz, seu representante legal, ou se falecido, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão), discordando das razões apresentadas pelo chefe do *Parquet*, poderá provocar o Colégio de Procuradores para que reveja a decisão de arquivamento.

Não estará esse terceiro interessado exercendo a mesma função que o art. 28 do CPP atribui ao juiz? Não estará ele, como fiscal do princípio da obrigatoriedade, impugnando a decisão do órgão ministerial de não oferecer denúncia, provocando assim a revisão do arquivamento por outro órgão da instituição? É claro que sim.

Sigamos: provocado por terceiro interessado, o Colégio de Procuradores reexamina o inquérito (cujo investigado é Prefeito) e, concordando com o entendimento esposado pelo PGJ (atipicidade da conduta), confirma o arquivamento.

Pouco tempo depois, surge prova nova, que demonstra ter sido típico o atuar do investigado (por que razão seria impossível surgir tal prova nos escapa...).

Para aqueles que entendem que o arquivamento pode fazer coisa julgada, cria-se uma situação no mínimo curiosa: ou bem se reconhece a qualidade de coisa julgada, no âmbito do processo penal, a uma decisão que não foi proferida (sequer formalmente) pelo Poder Judiciário, ou se considera que, embora com idêntico fundamento, existem arquivamentos e arquivamentos... uns “arquivam mais”, outros “menos”.

Em outras palavras: quando o investigado tivesse prerrogativa de foro, ser-lhe-ia negada a imutabilidade da decisão de arquivamento fundada em atipicidade do fato, imutabilidade reconhecida quando fosse o indiciado cidadão comum. Estranha prerrogativa essa, que daria a quem a detém proteção menor que a concedida a quem dela não goza. Isso ou admitir coisa julgada sem intervenção do Judiciário.

Preferimos não ter que optar por nenhuma das duas inconsistentes soluções, e considerar que, qualquer que seja o fundamento, e com ou sem intervenção do Judiciário, a decisão de arquivamento **jamais** traduzirá prestação jurisdicional, e sem jurisdição **não há falar-se em coisa julgada**. Assim, a prova nova **sempre** poderá ensejar o desarquivamento do inquérito e eventual propositura de ação penal, **inclusive** quando tal prova nova atestar a tipicidade de uma conduta antes tida como atípica, ou revelar a falsidade de documento em que se fundou o reconhecimento de suposta causa de extinção de punibilidade (morte do agente, prescrição, etc.).

Evidente que o juízo quanto à efetiva inovação trazida por tal prova caberá, **uma vez oferecida a denúncia**, ao órgão jurisdicional, que não admitirá a acusação se entender que a suposta prova nova na verdade em nada altera o quadro probatório existente por ocasião do arquivamento.

Parece-nos que assim podemos ter um critério coerente, evitando, repita-se, casuísmos que só servem para gerar perplexidade e insegurança.