

Fiscalização judicial do princípio da obrigatoriedade da ação penal e sua prática acrítica: pode ser diferente

EMMANUEL LEVENHAGEN PELEGRINI

Promotor de Justiça em Minas Gerais

RENAN LEVENHAGEN PELEGRINI

Analista de Promotoria do Ministério Público de São Paulo

Tenho por auto-evidente que a função do jurista não se esgota no exímio manejo da técnica normativa, a serviço de quaisquer finalidades; mas que ela só se realiza, de um lado, pela crítica permanente dos valores predominantes da sociedade em que atua e, de outro, pelo trabalho de contínua adaptação da técnica jurídica a esses valores¹.

INTRODUÇÃO

Crítica permanente é justamente o que falta aos juristas e aos operadores do Direito, de um modo geral, ao se debruçarem sobre a regra extraída do art. 28 do CPP. Herdado do regime ditatorial do Estado Novo – o dispositivo faz parte da redação original do CPP –, o art. 28 do CPP continua sendo invocado – e aplicado – em todo território nacional acriticamente.

Passados 27 anos do advento da CF/88, o dispositivo parece estar imune aos influxos advindos da atual constituição. Muito pouco se discute acerca dessa regra. Críticas, como dito, são (quase) inexistentes.

Além da análise pouco atrevida, o tema, apesar de relevante, é muito pouco explorado. Acanhados estudos ainda podem ser encontrados. Manifestações de membros do Ministério Público e decisões judiciais, porém, não tangenciam a questão da inconstitucionalidade do dispositivo.

Dado esse quadro, a situação permanece inalterada: discordando da posição do promotor de Justiça (ou procurador da República) pelo arquivamento de inquérito policial, o juiz, invocando o vetusto art. 28, envia os respectivos autos ao órgão do Ministério Público responsável pela revisão da manifestação ministerial – procurador-geral de Justiça ou Câmara de Coordenação e Revisão.

¹ Discurso de posse do Professor Fábio Konder Comparato no cargo de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, proferido em 1976. Recomenda-se vivamente a leitura integral deste discurso, que demonstra o profundo humanismo deste eminente ser humano. (*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 71, 1976)

No entanto, há muito o que se dizer a respeito dessa norma. Que deve ser vista e revista, agora de outra forma, mais crítica. Com o advento desta ideia nova e ainda difusa que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, e com a elaboração da categoria da constitucionalização do Direito, o art. 28 reclama nova leitura. Uma leitura sob a ótica constitucional, sobretudo conforme o sistema processual penal constitucional inaugurado em 1988 - o sistema acusatório.

Este é o objetivo do presente artigo. Trazer à discussão uma nova visão acerca do citado dispositivo. Demonstrar que essa vetusta norma não foi recepcionada pela constituição e que, por essa razão, devem os operadores do direito em geral, e os membros do Ministério Público em particular, atentar-se para esse fato.

Neste breve ensaio, portanto, abordaremos questões subjacentes a este mecanismo de controle da obrigatoriedade da ação penal pública, em especial destacando os seguintes pontos de discussão: i) qual é a função do art. 28 do CPP; ii) aplicação nos ramos diversos do MP – em especial MP estaduais e MPF; iii) como o STF aplica e interpreta o dispositivo; iv) como o anteprojeto do novo CPP disciplinou a questão; v) qual a solução deve ser conferida na hipótese de sua não aplicação, considerada a inexistência de regramento alternativo em vigor; vi) sobre a não recepção do art. 28 em razão da nova ordem constitucional, sobretudo em função do sistema acusatório.

AFINAL, QUAL É A FINALIDADE DO ART. 28?

Como se sabe, o art. 28 do CPP confere ao juiz o papel de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Ao discordar da posição do membro do Ministério Público, antevendo alguma suspeita da prática de ilícito penal ou algum motivo diverso que o faça concluir pelo não arquivamento do procedimento investigatório, deve o juiz enviar os autos ao órgão do Ministério Público responsável pela revisão do pedido de arquivamento, a quem caberá ratificar, ou não, aquela decisão. Concordando o órgão de revisão com o pedido de arquivamento feito pelo promotor de Justiça (ou procurador da República), ao juiz não resta alternativa senão homologar o arquivamento dos autos. No entanto, verificada a improcedência dos argumentos do membro do Ministério Público, cabe ao referido órgão oferecer de imediato a denúncia ou delegar poderes para que outro órgão de execução ajuíze a ação penal.

Este era - e continua sendo - o objetivo do dispositivo.

Desnecessárias muitas palavras para concluir o quão juridicamente absurdo é dispositivo. Essa análise, contudo, será feita em outro tópico, onde o tema será enfrentado adequadamente.

O ART. 28 DO CPP E SUA INCIDÊNCIA NOS DIVERSOS RAMOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Neste tópico do estudo, trataremos das particularidades dos diversos ramos do Ministério Público no que toca à revisão do pedido ministerial de arquivamento do inquérito policial.

Antes, no entanto, necessária breve introdução sobre os diferentes ramos da instituição.

Como se sabe, apesar do seu caráter nacional e uno, o Ministério é dividido em dois grandes grupos: Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados. O Ministério Público da União - MPU é formado por 4 ramos diversos. Dele fazem parte, além do Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e, ainda, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (art. 128, CF). Embora MPT, MPM e MPDFT possuam seus respectivos procuradores-gerais, o procurador-geral da República é, em realidade, o chefe do MPU – não apenas do MPF. Ao lado dos MPU encontram-se os Ministérios Públicos dos Estados. Integrados por promotores de Justiça (oficiam em 1º instância) e procuradores de Justiça (atuam em 2º instância), inexistem subdivi-

são nesse ramo da instituição. Cada uma dessas unidades do Ministério Público brasileiro – MP dos Estados, MPF, MPT, MPM, MPE e MPDFT – possui atribuições distintas. Não existe, em qualquer situação, sobreposição ou posição de ascendência e subserviência entre as instituições e seus membros – a mesma situação se verifica, mudando o que deve ser mudado, e levando-se em consideração algumas características próprias, nos órgãos do Poder Judiciário, em especial entre as Justiças comuns Federal e dos Estados. No Ministério Público e também no Judiciário, as divisões de atribuições e competências entre os órgãos são bastante distintas.

Todavia, nem todos esses ramos detêm atribuição em matéria criminal.

O Ministério Público do Trabalho não tem atribuições na seara criminal. Assim, por não ter atribuições na persecução penal, inexistente órgão de revisão de pedido de arquivamento dos autos de inquérito policial. Consequentemente, não se aplica ao MPT o art. 28 do CPP.

Os demais ramos do Ministério Público, por outro lado, detêm, todos eles, atribuições funcionais na persecução penal. O Ministério Público Militar e o Ministério Público Eleitoral², contudo, cuidam apenas de matérias criminais vinculadas às suas respectivas atribuições – crimes militares e eleitorais, respectivamente. Ao Ministério Público Federal cabem as atribuições de persecução penal relativas aos crimes federais. Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios têm atribuições referentes aos demais crimes. Trata-se aqui, analogicamente ao que verifica no estudo da competência, de uma atribuição residual.

Portanto, à exceção do Ministério Público do Trabalho, em todos os ramos da instituição existe a supervisão *interna corporis* da decisão do membro pelo arquivamento de autos de inquérito policial, na hipótese de aplicação, por magistrado, do já apontado art. 28. A supervisão, entretanto, é realizada por órgãos diversos, conforme o ramo da instituição a atuar no feito. Nos Ministérios Públicos dos Estados, o controle do pedido de arquivamento do inquérito policial é feito pela própria chefia da instituição. Segundo o próprio art. 28 do CPP e consoante a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8,625/93, art. 10, IX, d), cabe aos respectivos procuradores-gerais de Justiça oferecer denúncia nas hipóteses de não arquivamento do procedimento. No âmbito do Ministério Público Federal, esse poder é conferido a órgão diverso. Cabe à Câmara de Coordenação e Revisão com atribuição em matéria criminal manifestar-se sobre pedidos de arquivamento de inquérito policial (art. 62, IV, Lei Complementar nº 75/93). No que diz respeito ao Ministério Público do Distrito Federal, embora possam existir certas semelhanças com os *Parquets* dos Estados, a supervisão é feita também por uma Câmara de Coordenação e Revisão própria (art. 171, IV, Lei Complementar nº 75/93). O mesmo tratamento é conferido ao Ministério Público Militar. Por integrar o MPU, a lei (LC 75/03, art. 136, IV) atribuiu à Câmara de Coordenação e Revisão do MPM a tarefa de rever pedidos de arquivamento de inquéritos policiais militares. Tratando-se do Ministério Público Eleitoral, o tema apresenta contornos singulares. É que, como já dito, não existe um órgão específico para exercer as funções ministeriais eleitorais. O que existe é uma função ministerial eleitoral, que é exercida, em geral, pelo Ministério Público Federal.³ Em 1ª instância, essa função é exercida pelo Ministério Público dos Estados⁴. O procurador-geral

² Não existe, de fato, um Ministério Público Eleitoral. Existe, isso sim, uma função eleitoral exercida pela instituição. A função eleitoral é atribuída, nos termos do art. 72 da Lei Complementar nº 75/93, ao Ministério Público Federal, assim como a jurisdição eleitoral é atribuída a uma Justiça da União, a Justiça Eleitoral. No entanto, conforme o art. 79 da mesma lei, a função ministerial eleitoral – que é, repita-se, federal – é exercida, na 1ª instância, pelo Ministério Público dos Estados, ou seja, por promotores de Justiça. Nesta ordem de ideias, ao nos referir ao Ministério Público eleitoral, estaremos nos referindo à função ministerial eleitoral, que pode ser exercida pelo Ministério Público dos Estados ou pelo Ministério Público Federal, como se verá adiante.

³ Art. 72. Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral. (Lei Complementar nº 75/93)

⁴ Art. 79. O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona. (Lei Complementar nº 75/93)

eleitoral, necessariamente, é o próprio procurador-geral da República, que acumula as funções de chefia do MPU e do Ministério Público Eleitoral. Em cada Estado da Federação existe, ainda, um chefe regional do Ministério Público Eleitoral. Trata-se do procurador-regional eleitoral, cargo ocupado por membro do MPF. Indicados pelo procurador-geral da República dentre procuradores-regionais da República, ou procuradores da República oficiantes nos Estados da Federação e no Distrito Federal, têm a função de chefiar o MP Eleitoral regionalmente, além de *presentar* a instituição perante os respectivos tribunais regionais eleitorais. Por sua vez, o Ministério Público Eleitoral em 1ª instância é apresentado por promotores de Justiça. Há, bem se vê, uma integração institucional no exercício das funções eleitorais.

Essa particularidade - exercício da função eleitoral pelo Ministério Público Estadual na 1ª instância - poderia levar à conclusão de que o órgão interno responsável por analisar os pedidos de arquivamento dos inquéritos policiais envolvendo crimes eleitorais seria o procurador-geral de Justiça, aplicando-se, aqui, o art. 28 do CPP. No entanto, há previsão específica no Código Eleitoral. O parágrafo 1º do art. 357 da Lei 4737/65⁵, que instituiu o Código Eleitoral (em plena ditadura!), estabelece que, se o promotor de Justiça eleitoral, ao invés de oferecer denúncia, requerer o arquivamento dos autos do inquérito policial por crime eleitoral, o juiz eleitoral, discordando deste pedido, deverá remeter os autos ao procurador regional eleitoral - que, como já referido, é um membro do MPF -, o qual poderá oferecer a denúncia, designar outro promotor ou insistir no pedido de arquivamento, ao qual o juiz eleitoral estará vinculado. Assim se passavam as coisas até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). O art. 62, IV, desta lei é aplicável também no âmbito do Ministério Público eleitoral. Isto porque, como já se sabe, a função ministerial eleitoral é atribuição do MPF, assim como a jurisdição eleitoral é atribuída a uma das Justiças da União - a Justiça Eleitoral. Este último dispositivo legal da LOMPU revogou o art. 357, parágrafo 1º do Código Eleitoral, pois disciplinou a mesma matéria de forma diversa. Portanto, nos casos de pedido de arquivamento de inquérito policial por promotor de Justiça eleitoral, e discordando o juiz eleitoral, deve este remeter os autos a uma das Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF (2ª CCR)⁶. Ressalte-se, pois: o órgão interno do Ministério Público com atribuição para rever o pedido de arquivamento de inquérito policial versando sobre supostos crimes eleitorais não é o procurador-geral de Justiça, não é o procurador regional eleitoral, mas sim a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

Enfim, essas são as formas pelas quais o art. 28 do CPP é instrumentalizado nos diversos ramos do Ministério Público.

Passemos, agora, ao objeto central deste estudo.

DA NÃO RECEPÇÃO DO ART. 28 PELA CF.

Como já salientado linhas atrás, o art. 28 do CPP, gestado durante sob um regime ditatorial, confere ao juiz o poder de fiscalização sobre a atribuição do MP de promoção da ação penal pública. Com base nessa regra, cabe a ele exercer o papel de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Ao discordar do pedido de arquivamento de inquérito policial, deve remeter os autos ao órgão de

⁵ Art. 357. Verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 (dez) dias.

⁶ § 1º Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento da comunicação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da comunicação ao Procurador Regional, e este oferecerá a denúncia, designará outro Promotor para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁶ A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal é órgão colegiado setorial de coordenação, de integração e de revisão do exercício profissional no Ministério Público Federal relativamente à **matéria criminal**, ressalvados os de competência da 5ª e 7ª Câmaras e os casos de atribuição do Procurador-Geral da República e do Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, com participação igualitária de seus membros. É composta por três Subprocuradores-Gerais, sempre que possível, sendo um indicado pelo Procurador-Geral da República e dois pelo Conselho Superior, juntamente com seus suplentes, para um mandato de dois anos. Incumbe ao Procurador-Geral da República a indicação do Coordenador. (<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2>)

revisão da instituição, que ratificará, ou não, a decisão do promotor, determinando o arquivamento do procedimento, requisitando novas diligências à autoridade policial ou oferecendo denúncia. O controle judicial, nesse sentido, afigura-se relativo, na medida em que a palavra final caberá à própria instituição, por meio do PGJ ou da 2ª CCR.

Todavia, o que se discute neste artigo é a própria interferência do Judiciário na fase pré-processual, fora das hipóteses sujeitas à clausula de reserva de jurisdição e da necessária intervenção judicial para a garantia de direitos fundamentais supostamente violados no curso da persecução penal. Da mesma forma, não se está a discutir a necessidade da fiscalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Considerando este mesmo princípio, bem como o princípio da indisponibilidade do interesse público, aliado à norma constitucional que atribui ao Estado o monopólio da persecução penal, é natural e mesmo imperiosa a fiscalização dessa prerrogativa. A questão, entretanto, reside no órgão responsável por exercer esse papel.

A CF, nesse sentido, ao instituir como princípio regente do modelo constitucional do processo penal o sistema acusatório, optou claramente por retirar o Judiciário desse protagonismo. Certamente, ao atribuir uma série de funções referentes à persecução penal ao Ministério Público, conferiu a ele também essa.

O SISTEMA ACUSATÓRIO REVOGOU O ART. 28.

O sistema acusatório, como se sabe, pressupõe completa separação entre as funções concernentes à persecução penal, isto é, de acusar e de julgar. Quem acusa não pode julgar, ao passo que quem deve julgar não pode se imiscuir na seara da imputação, externando qualquer juízo de convicção acerca de pontos e questões ainda não judicializados. Funda-se ele *“na existência de vários sujeitos processuais, tendo eles funções distintas de acusação, defesa e julgamento, sendo certo que a função investigativa só não pode ser atribuída ao julgador. “(...) o Poder Judiciário, em um sistema processual penal acusatório, isto é, em um sistema no qual as funções de acusar (daí acusatório) e de julgar são atribuídas a órgãos distintos, não tem poderes investigatórios”*⁷. Visa-se, com isso, a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória

Todavia, como amiúde ocorre com uma série de garantias constitucionais, ainda falta muito para tornar efetivo esse comando. *“No cotidiano forense, é comum se afirmar que o sistema brasileiro é acusatório, primeiro, pelo simples fato que o juiz ou tribunal não poder começar o processo penal de ofício, ou seja, o juiz ou tribunal depende de um pedido do acusador (propositura da ação penal ou oferecimento da denúncia ou queixa) para poder iniciar o procedimento que leva ao julgamento (sentença condenatória ou absolutória), que é a fase da persecução penal que, no Brasil, é denominada processo penal (propriamente dito); segundo, porque as partes debatem durante o processo, em contraditório, e se afirma a ampla defesa. Entretanto, um ‘observador externo’ ao nosso sistema diria que nosso sistema não é acusatório, por ser marcadamente informado pelo princípio inquisitivo. Além disso, diria que se encontra numa espécie de ‘fase embrionária’ do sistema misto, ainda no século XIX*⁸.

Realçando essas críticas, já se afirmou que *“se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que, pelas relações jurídicas ordenadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não exclusivamente no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, o Brasil, a*

⁷ www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf

⁸ PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*. 4ª Edição. Niterói: Editora Impetus. 2006. p. 49

*teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório são implementados todo dia. Tem razão o mestre Frederico Marques ao assinalar que a Constituição preconiza a adoção e efetivação do sistema acusatório. Também tem razão Hélio Tornaghi, ao acentuar que há formas inquisitórias vivendo de contrabando no processo penal brasileiro, o que melhor implica em considerá-lo, na prática, misto. O princípio e o sistema acusatório são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade”*⁹.

Justamente em razão desse aparente sistema acusatório é que o art. 28 do CPP continua sendo aplicado sem muita discussão. Permitir a interferência judicial na *opinio delicti* do MP consiste, desta forma, em desprezar substancialmente as atribuições constitucionais privativas do MP e as próprias competências do Judiciário. A este foi atribuído um papel específico. E nesse papel não se insere a função de dizer o que pode ou não pode ser considerado crime antes da imputação de um fato delituoso. Na fase pré-processual, cabe ao Judiciário tão-somente proteger as garantias constitucionais do suspeito, do investigado. Nesse sentido, “O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um ‘magistrado de garantias’, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público. (...) mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas.” (Inq 2.913-AgR, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, julgamento em 1º-3-2012, Plenário, DJE de 21-6-2012.)

O Judiciário, desse modo, estabelece limites à pretensão acusatória estatal. Cabe a ele impedir eventuais excessos e abusos nessa tarefa. Não pode atuar como um facilitador, um indutor de pretensões penais eventualmente rechaçadas pelo órgão acusador. Por conseguinte, é manifestamente inconstitucional o art. 28 do CPP, ao possibilitar que o juiz fomente, via manifestação do órgão de revisão do *Parquet*, o ajuizamento de ações penais.

Não é papel do Judiciário, portanto, incentivar esse tipo de comportamento estatal. Em um sistema acusatório, como o nosso, o Judiciário é, por definição e por natureza, um agente imparcial, que deve permanecer e se manter inerte, até ser provocado. Antes disso, suas competências são muitíssimo limitadas. E entre estas não se encontra o poder de intervir na *opinio delicti* do órgão acusador, isto é, não compete ao órgão judicial dizer o que é e o que não é crime antes de eventual ajuizamento de ação penal, atribuição privativa e indelegável do MP.

Ainda que não diga respeito especificamente ao tema ora em análise, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais enfrentou questão similar. Ao decidir pela não recepção do art. 385 do CPP, o tribunal assim se pronunciou:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS DECRETADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS – VINCULAÇÃO DO JULGADOR – SISTEMA ACUSATÓRIO.

I – Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador.

II – O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz,

⁹ PRADO, Geraldo, *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003

terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor.

III – Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório.

IV – A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público. (TJ/MG, 5ª CC, RESE 1.0024.05.702576-9/001: rel. des. Alexandre Victor de Carvalho, j. em 13/10/2009).

Bastante claros, os argumentos apresentados são os mesmos a justificar a não recepção do art. 28 do CPP. O juiz, ao emitir juízo de valor positivo sobre algum dos elementos de um fato delituoso antes de uma eventual acusação penal, estaria se confundindo com a figura do acusador. Sobre a questão, José Frederico Marques, citado por Vladimir Aras, já afirmou que “A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu. Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. [...] O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*. No que tange com a ação penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público”¹⁰. Não pode, assim, e a toda evidência, exercer papel que a Constituição não lhe outorgou.

E mais: ao explicitar que certo fato deve ser objeto de acusação penal, o juiz torna-se parcial. Ao afirmar existir indícios suficientes de materialidade ou autoria delitivas, ou emitindo juízo positivo acerca de qualquer dos elementos configuradores de crime, à defesa não restaria muito o que sustentar em sua defesa. Eventuais teses defensivas, como negativa de autoria ou atipicidade do fato, já estariam seriamente prejudicadas pela manifestação judicial. Eventual fato imputado, como se percebe, se encontraria, de certa forma, pré-julgado.

Enfim, considerado o quadro jurídico vigente, inaugurado com a atual constituição, que atribuiu privativamente ao *Parquet* o papel de avaliar se os elementos de informação de que dispõe são, ou não, suficientes para a apresentação da denúncia, resta evidenciado a não recepção do art. 28 do CPP. Em outras palavras, o sistema acusatório, inaugurado em 1988, revogou o citado dispositivo. Ainda que aplicado amiúde nos dias de hoje, sua utilização representa um dos vários resquícios do sistema inquisitorial ainda vigentes de fato em nosso sistema processual penal. Situação que deve ser combatida.

Que fazer, então, para que o princípio da obrigatoriedade seja efetivamente fiscalizado, sem a indevida interferência judicial?

Como já afirmado, a fiscalização desse postulado é necessária. O equívoco está em permitir ao Judiciário exercer esse papel. Com o advento do sistema acusatório, não cabe mais a ele essa prerrogativa. Considerando que inexistente, por ora, regra análoga no CPP em vigor ou em lei extravagante que trate de processo penal, a solução pode muito bem ser obtida com a utilização do art. 9ª da LACP, aplicada aqui por analogia.

¹⁰ <https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>

Ao *promover* o arquivamento de autos de inquérito civil, deve o órgão de execução do MP remeter os autos ao órgão revisional, que, no âmbito do Ministério Público Estadual, é o Conselho Superior.

Nesta ordem de ideias, não deve mais o membro do Ministério Público *pedir* o arquivamento dos autos do inquérito policial ao juiz, ao qual compete *deferir* ou não tal pedido. Deve o membro do *Parquet promover* o arquivamento e remeter os autos ao órgão revisional interno, como ocorre no âmbito dos inquéritos civis. A este cabe adotar as providências que entender cabíveis, ratificando o arquivamento ou designando outro membro para oferecer a denúncia.

Com isso, não haveria qualquer prejuízo à fiscalização do princípio da obrigatoriedade. Com essa solução, aliás, a fiscalização seria acentuada, na medida em que todo arquivamento, assim como acontece com os inquéritos civis, passaria a depender da homologação do órgão revisor *interna corporis*. Ademais, retiraria o juiz do exercício de um papel que, pela Constituição, não lhe é atribuído, tornando mais efetivo o sistema constitucional acusatório. Toda a fiscalização, isto é, todo o procedimento de revisão do arquivamento desses procedimentos investigatórios policiais se desenvolveria dentro da instituição do Ministério Público, a quem compete, segundo a CF, essa função.

A preocupação com essa situação não é inédita, como se passa a ver.

DO ANTEPROJETO DO NOVO CPP

Como se sabe, em 2008, o Senado Federal instituiu uma comissão de juristas para elaborar um anteprojeto de novo CPP. Presidida pelo ministro aposentado do STJ Hamilton Carvalhido, e integrada por renomados professores da área, como Eugenio Pacelli e Antônio Magalhães Gomes Filho, a comissão avançou em diversos pontos. O texto final foi apresentado em 2009 ao então presidente do Senado, José Sarney.

Dentre as novidades, o anteprojeto prevê uma profunda alteração no instituto do inquérito policial. Além de prever a tramitação direta entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público¹¹, a comissão de juristas conferiu ao controle do arquivamento uma roupagem nova e bastante moderna¹². Nos ter-

¹¹ Art. 34. Concluídas as investigações, em relatório sumário e fundamentado, com as observações que entender pertinentes, a autoridade policial remeterá os autos do inquérito ao Ministério Público, adotando, ainda, as providências necessárias ao registro de estatística criminal.

¹² Vejam-se os arts. 35 e 37 e ss.

Art. 35. Ao receber os autos do inquérito, o Ministério Público poderá:

I – oferecer a denúncia;

II – requisitar, fundamentadamente, a realização de diligências complementares, consideradas indispensáveis ao oferecimento da denúncia.

III – determinar o encaminhamento dos autos a outro órgão do Ministério Público, por falta de atribuição para a causa;

IV – determinar o arquivamento da investigação

Do arquivamento

Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

Art. 38. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público comunicará a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial, na forma da lei.

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

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

Art. 39. Arquivados os autos do inquérito por falta de base para a denúncia, e, surgindo posteriormente notícia de outros

elementos informativos, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, de ofício ou mediante requisição do Ministério Público.

Art. 40. Nas investigações em que o juiz das garantias é chamado a intervir, na forma do art. 15, o arquivamento do inquérito policial e a providência mencionada no art. 35, III, ser-lhe-ão comunicados pelo Ministério Público, para baixa dos procedimentos e respectivos registros na instância judiciária.

mos da Exposição de Motivos: *Deste modo, retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. No particular, merece ser registrado que a modificação reconduz o juiz à sua independência, na medida em que se afasta a possibilidade de o Ministério Público, na aplicação do art. 28 do atual Código, exercer juízo de superioridade hierárquica em relação ao magistrado. O controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento. O critério escolhido segue a lógica constitucional do controle de ação penal pública, consoante o disposto no art. 5º, LIX, relativamente à inércia ou omissão do Ministério Público no ajuizamento tempestivo da pretensão penal. Decerto que não se trata do mesmo critério, mas é de se notar a distinção de situações: a) no arquivamento, quando no prazo, não há omissão ou morosidade do órgão público, daí porque, cabendo ao Ministério Público a titularidade da ação penal, deve o juízo acusatório, em última instância, permanecer em suas mãos; b) na ação penal subsidiária, de iniciativa privada, a legitimidade da vítima repousa na inércia do órgão ministerial, a autorizar a fiscalização por meio da submissão do caso ao Judiciário* (pp. 17 e 17).

Embora tenha sido adotada posição diversa da sustentada neste estudo, trata-se de opção legítima, inteiramente razoável e juridicamente válida. Caberá aos deputados e senadores ratificarem a opção da comissão, que, como visto, atualizou, também neste ponto, a questão do arquivamento do inquérito policial e o controle desse ato. Ao retirar o juiz da figura de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, atribuindo esse papel com exclusividade ao Ministério Público, que o decidirá por meio de seus órgãos internos, conferiu ao instituto os necessários traços constitucionais.

Por fim, cabe analisar como o STF interpreta o dispositivo que disciplina este mecanismo de controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O ART. 28 E O STF

Amplamente divulgado e conhecido no meio jurídico é o posicionamento do STF a respeito do requerimento do procurador-geral da República pelo arquivamento de inquérito policial. Tratando-se de chefe da instituição (no caso, do MPU), o requerimento ministerial torna-se irrecusável. Por duas ordens de razões: (i) a manifestação é proveniente do procurador-geral da República; (ii) inexistente órgão de revisão com atribuição de reexaminar tais manifestações. Os precedentes do STF¹³ não esmiúçam tais fundamentos. Em essência, limitam-se a consignar que se é o PGR quem requer o arquivamento de inquérito policial, tal manifestação vincula o tribunal, a quem cabe apenas homologá-la.

Pelos mesmos fundamentos, é possível concluir que manifestações semelhantes subscritas pelos chefes dos Ministérios Públicos dos Estados da Federação vinculam, da mesma forma, os respectivos tribunais de Justiça nas causas de competência originária desses órgãos judiciais. O próprio STF já decidiu¹⁴ - acertadamente - que os Ministérios Públicos dos Estados não estão vinculados, nem subordinados, nos planos processual, administrativo e institucional, ao PGR, chefe do MPU. Nesse sentido eventuais requerimentos dos procuradores-gerais de Justiça pelo arquivamento de inquéritos policiais instaurados para apurar fatos delituosos praticados por detentores de foro privilegiado são também, e pelos mesmos fundamentos, irrecusáveis. Aos tribunais de Justiça não resta alternativa senão deferi-los, homologando-os.

¹³ Inq. 1.604/AL e Inq. 2341-QO

¹⁴ RE 593727 / MG

Portanto, entende o STF, hoje, que apenas as manifestações dos chefes dos diversos ramos do Ministério Público adquirem a natureza de determinações, a vincular os órgãos do Judiciário. Com relação aos requerimentos formulados pelos demais integrantes da instituição, continua o tribunal lançando mão do vetusto art. 28 do CPP.

CONCLUSÃO

Não se vai aqui repetir, em enunciados, os argumentos expendidos ao longo destas linhas, como é costumeiramente feito em teses e estudos acadêmicos. Não é essa a função de uma conclusão a respeito das ideias apresentadas. Esta conclusão vai apenas apontar uma tendência, após anos de prática reiterada e acrítica.

Como arremate, limitaremos-nos apenas a ressaltar a tendência – que nos parece inexorável – de restringir o procedimento de arquivamento do inquérito policial aos limites internos do Ministério Público. Como titular privativo da demanda penal nos crimes perseguíveis mediante ação penal pública, cabe tão-somente ao *Parquet* a formação da opinio delicti. Esta atribuição, como decorrência de um Estado de Direito, deve estar sujeita a controle. Desse controle - necessário e imprescindível - não pode participar o Poder Judiciário.

Parece que em relação a este ponto ainda estamos no caminho de descobrir o óbvio, porém sem muita procura.