

Exceções à obrigatoriedade de comunicação ao investigado do arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza

GUILHERME DE CASTRO GERMANO

THIAGO FERRAZ DE OLIVEIRA

Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

SÍNTESE DOGMÁTICA

A obrigatoriedade de comunicação ao investigado do arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, pelo Ministério Público, pode ser fundamentadamente mitigada em situações nas quais ele não possui conhecimento da investigação, essa transcorreu de forma sigilosa ou existe necessidade de preservação da vítima, testemunhas, agentes públicos ou da coletividade, considerando a ausência de interesse recursal do não denunciado.

FUNDAMENTAÇÃO

Como é de amplo conhecimento, é parte rotineira da atuação ministerial na seara criminal a promoção do arquivamento de investigações cujo evoluir revela a inviabilidade de deflagração de ação penal, tanto por motivos ligados à ausência de justa causa, quanto por razões afetas à extinção da punibilidade ou carência de pressupostos e condições.

Especificamente quanto à primeira hipótese, diretamente ligada à colheita de elementos de convicção que viabilizem a demonstração da prática delitiva, tem-se que, esgotadas todas as diligências investigatórias e não tendo o Ministério Público encontrado um lastro probatório suficiente quanto à materialidade e autoria dos crimes em questão, requisito esse indispensável para o exercício da ação penal, o procedimento investigatório deve ser arquivado por ausência de justa causa. Por todos, alude-se à lição de Renato Brasileiro de Lima¹:

“Para o início do processo, é necessária a presença de lastro probatório mínimo quanto à prática do delito e quanto à autoria. É o denominado *fumus comissi delicti*, a ser compreendido como a presença de prova da existência do crime e de indícios de autoria. Portanto, esgotadas as diligências investigatórias, e verificando o Promotor de Justiça que não há, por exemplo, elementos de informação quanto à autoria do fato delituoso, deverá determinar o arquivamento dos autos.”

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 236

Ressalva-se, todavia, que tal reconhecimento da ausência de justa causa é provisório e não necessariamente equivale ao reconhecimento definitivo da inviabilidade da persecução, tampouco da imprestabilidade ou irrelevância dos elementos amealhados até aquele momento. Isso porque, inexistindo causa impeditiva específica e diversa, remanesce a possibilidade de desarquivamento do procedimento caso aporem informações inéditas, inclusive conforme expressa previsão do art. 18 do Código de Processo Penal² e Súmula n.º 524 do Supremo Tribunal Federal³.

Isso posto, não se pode olvidar que as profundas transformações introduzidas no ordenamento processual penal pátrio no último quinquênio acarretaram novos desafios na interpretação e operacionalização desta dinâmica procedimental. Destaca-se a necessidade de observar a nova redação do artigo 28 do Código de Processo Penal⁴ introduzido pela Lei nº 13.964/2019 (“pacote anticrime”), que alterou sensivelmente a sistemática para o arquivamento do inquérito policial e *quaisquer elementos informativos da mesma natureza*, logo extensível aos Procedimentos Investigatórios Criminais presididos pelo Ministério Público; o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Supremo Tribunal Federal; o entendimento institucional mineiro veiculado ao Aviso Conjunto PGJ CGMP nº 1, de 21 de fevereiro de 2024; e a aprovação da Proposição nº 1.01010/2021-77 pelo E. Conselho Nacional do Ministério Público.

Adentrando-se à nova dinâmica das comunicações ministeriais obrigatórias, se constata que restou fixado, por maioria, pelo Supremo Tribunal Federal, que o órgão do Ministério Público *submeterá* sua manifestação ao juiz competente, requisito satisfeito, em princípio, com a remessa dos autos ao Juízo.

Por seu turno, constata-se que, caso exista vítima conhecida, deve ser notificada, requisito inaplicável em hipóteses de crimes vagos. Igualmente, caso se trate de inquérito policial presidido por Delegado de Polícia, deverá a autoridade policial ser comunicada, demanda logicamente inaplicável caso se trate de procedimento presidido pelo próprio Ministério Público.

Todavia, em relação aos investigados, constata-se diversas particularidades que, ao nosso ver, igualmente podem inviabilizar a notificação, fundamentadamente, como se passa a expor.

Inicialmente, salienta-se que as questões a seguir não foram enfrentadas pelo Pretório Excelso no judicioso e extenso julgamento das mencionadas ações de controle concentrado. Por oportuno, destaca-se que, dentre as 1216 páginas do acórdão, a fundamentação mais notável a respeito das notificações de arquivamento se refere aos direitos das vítimas, conforme expõe a Ministra Rosa Weber em seu voto⁵, porém pouco tecem os julgadores, ainda que em *obiter dictum*, sobre os fundamentos e peculiaridades da comunicação ao investigado. Consequentemente, imperioso reconhecer o cabimento da distinção, técnica plenamente reconhecida ao ordenamento pátrio, a exemplo do art. 489, inciso VI, do Código de Processo Civil.

De plano, e com igual esteio lógico na impossibilidade de notificação da vítima em crime vago e da autoridade policial em investigação que não é oriunda da polícia judiciária, salienta-se ser inviável a comunicação de investigados em crimes de autoria desconhecida, nos quais a investigação não convergiu em face de determinados suspeitos. Trata-se de conclusão igualmente aplicável caso exista uma coletividade de suspeitos, contudo não determinados e individualizados.

Por outro lado, situação que demanda maior análise exsurge caso se reconheça que a investigação convergiu, na prática, em face de determinados suspeitos, inclusive com o manejo de técnicas de investigação tradicionais (a exemplo de campanas, requisições diretas ou colheita de dados em fontes abertas) ou tecnológicas e sujeitas à reserva de jurisdição (a exemplo de interceptações telefônicas ou afastamento de sigilo de dados telefônicos e telemáticos), porém sem que tais indivíduos jamais fossem cientificados ou provocados a comparecer perante o Ministério Público ou a Polícia Judiciária.

Trata-se de importante critério de diferenciação, uma vez que a comunicação do arquivamento assume contornos de imprescindibilidade justamente para assegurar ao cidadão, ciente e apreensivo, de que contra si não mais pende a atividade investigativa estatal e a sujeição a eventuais limitações de direitos decorrentes de medidas cautelares pessoais ou reais. Nesse sentido, leciona Emerson Garcia⁶:

2 Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do 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.

3 S. 524/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.

4 Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6298 / DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 24/08/2023, p. 1157.

6 GARCIA, Emerson. O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal in i Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 77, jul./set. 2020, p. 124.

“A comunicação ao investigado é um imperativo de civilidade. Afinal, qualquer um que se veja envolvido em uma investigação penal tem sobre sua cabeça uma verdadeira espada de Dâmo-cles, que tende a abalar a mais destemida das pessoas de bem. Pessoas assim certamente se verão aliviadas com o arquivamento da apuração. Esse raciocínio, por certo, não é extensivo aos infratores habituais, que tendem a ver com regozijo o reconhecimento público de suas façanhas. Não há óbice, ademais, a que o investigado direcione arrazoado ao órgão de revisão do arquivamento, quer demonstrando o acerto das razões apresentadas pelo órgão de execução, quer estabelecendo um contraponto em relação aos argumentos em contrário apresentados pela vítima, embora não seja exigido o estabelecimento do contraditório nesse plano.”

É dizer, na ausência de orientação legal ou jurisprudencial sobre a matéria, a própria doutrina indica a finalidade da norma, reconhecendo que a comunicação do arquivamento ao investigado tem por escopo informá-lo de que não mais ostenta tal situação jurídica. Diante desse cenário, é forçoso reconhecer que o prévio conhecimento da investigação, ou sujeição a restrições de direitos dela decorrente, são pressupostos e antecedentes lógicos da notificação do encerramento.

Existe claro fator de diferenciação entre o investigado que é preso em flagrante, interrogado em sede inquisitorial ou sujeito a medidas cautelares pessoais durante o evoluir das apurações e aquele que sequer tem conhecimento que seu nome foi aventado como potencial responsável por determinado delito.

Em relação ao segundo caso, não apenas inexiste a necessidade de desatemorizar os investigados sobre o fim das investigações e cessar contra eles eventuais constrições, mas também não se identifica qualquer direito preservado ou tutelado pela comunicação, sobretudo considerando a absoluta ausência de interesse ou legitimidade recursal na decisão de arquivamento. Em igual toada, inclusive, o entendimento institucional veiculado ao item 3 do Aviso Conjunto PGJ CGMP nº 1, de 21 de fevereiro de 2024⁷.

É dizer, a comunicação não corresponde a nenhum interesse recursal do investigado. Consequentemente, a sua ausência não acarreta nenhum prejuízo ou óbice ao exercício de direitos.

Apenas para fins de argumentação, só seria possível cogitar, remotamente, de algum interesse do investigado caso eventual vítima recorresse do arquivamento, facultando-se ao acusado a oportunidade de contrarrazoar, a teor do vislumbrado por Emerson Garcia no excerto supracitado. Não obstante, trata-se de hipótese inaplicável em crimes vagos e, ainda que assim não fosse, de validade extremamente questionável em razão da falta de previsão legal e ausência de contraditório na fase inquisitorial. Ademais, ainda que assim se entendesse, a ausência de contraditório ao investigado não acarretaria automática irregularidade, sendo cabível sua posterior oitiva ou manifestação a juízo do órgão revisor, em atenção ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal.

Oportuno ressaltar que a suposta obrigatoriedade de comunicação ao investigado já foi mitigada e relativizada institucionalmente. Fazendo-se uma ponte com os casos de extinção da punibilidade, previstos no art. 107 do Código Penal, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, de Execução Penal, do Tribunal do Júri e da Auditoria Militar (CAOCRIM) respondeu recentemente à Consulta n.º 05, dando conta que o Promotor de Justiça, nessas hipóteses, não tem margem para exercer juízo valorativo, razão pela qual a situação reclamaria tratamento específico e não se aplica a obrigação do Ministério Público de promover as notificações previstas no art. 28 do Código de Processo Penal. Nessa oportunidade se reconheceu que o arquivamento é consequência de prévia existência de causa extintiva da punibilidade, não se tratando, portanto, de arquivamento típico, em que o Ministério Público, como dito, exerce sua *opinio delicti*.

Voltando-se ao caso objeto de discussão, as investigações contemporâneas que lidam com criminalidade organizada e estruturada, especialmente aquelas relacionadas a crimes violentos que afetam a sociedade, demandam maior grau de sigilo. Essas investigações frequentemente envolvem o uso de técnicas especiais, como vigilância, interceptações telefônicas e coleta de dados sigiloso de diversos investigados, de forma a demandar uma abordagem mais cautelosa e reservada. A necessidade de sigilo justifica-se pela complexidade e pelo impacto da divulgação das informações, seja no bojo do respectivo procedimento, seja em outras investigações que podem tramitar em Delegacias de Polícia ou mesmo outras unidades do Ministério Público, o que é comum em se tratando de organizações criminosas com diversos atores e multiplicidade de delitos.

⁷ A faculdade de submeter o arquivamento promovido pelo Promotor de Justiça à revisão da instância competente do Ministério Público, prevista no art. 28, caput, do Código de Processo Penal, não se estende à autoridade policial ou ao investigado, tendo em vista a ausência de interesse processual e de legitimidade recursal, que exigiriam previsão legal expressa nesse sentido.

Outrossim, é igualmente necessário assegurar a devida proteção às vítimas de delitos, resguardo extensível à segurança de agentes do Estado, investigadores e testemunhas envolvidas em casos de criminalidade organizada. A Constituição, ao assegurar o direito à segurança (art. 5º, caput), permite medidas excepcionais para garantir que as investigações sejam conduzidas sem risco de retaliação ou violência. A divulgação de informações sigilosas pode expor os envolvidos a ameaças diretas, comprometendo tanto a integridade física quanto a eficácia das operações. Por isso, o sigilo é uma medida necessária para proteger não apenas aqueles que atuam na linha de frente contra a criminalidade organizada, mas também toda a sociedade em termos de investigações que podem ser reabertas e seus elementos reaproveitados e, especialmente, aqueles que se inserem na posição de ofendido ou testemunha.

Por oportuno, imprescindível ressaltar que o arquivamento de determinada investigação não afasta o necessário plexo de mecanismos protetivos de vítimas e testemunhas, que via de regra mantém tal status não apenas por um imperativo de humanidade, mas também por decorrência de diplomas internacionais⁸. Logo, tornar automática e inevitável a comunicação do arquivamento ao investigado equivaleria a vincular a sorte do ofendido e depoente ao êxito ou deslinde da investigação, expondo-os e aprofundando os riscos já inerentes à colaboração com a Justiça.

Além disso, a necessidade de sigilo nas investigações também encontra fundamento na proteção ao interesse público e à ordem pública, princípios implícitos na Constituição. O artigo 144 da Constituição Federal estabelece a segurança pública como dever do Estado e direito de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Em investigações que envolvem organizações criminosas, a revelação precoce de informações pode prejudicar a coleta de provas e a identificação de todos os envolvidos, comprometendo a justiça e a segurança da sociedade. Assim, o sigilo é uma ferramenta essencial para garantir a eficácia das investigações e a proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

A esse respeito, é mister enfatizar o cabimento da analogia com normas que visam a proteger a segurança do próprio Estado, como o art. 25 da Lei 12.527/11 (LAI)⁹, de agentes do Estado e de vítimas, podendo ser utilizadas também para resguardar a segurança e privacidade de investigadores, testemunhas e vítimas. Isso é especialmente aplicável em casos nos quais a violência ou retaliação são riscos plausíveis, bem como há risco à própria ordem pública.

Para além da necessária preservação de indivíduos envolvidos na persecução penal, necessário considerar que a atividade estatal de investigação se sujeita a inequívoco grau de sigilo, não apenas nos genéricos e constitucionalmente relativizados termos do art. 20 do Código de Processo Penal, mas, sobretudo, em situações concretas nas quais o segredo é decretado judicialmente em razão de diligências tecnológicas que acarretam mitigação da intimidade e privacidade. A permanência de tal condição se revela ainda mais necessária em hipóteses nas quais o arquivamento se dá por razões inábeis a provocar coisa julgada material¹⁰. A título exemplificativo, em caso de organizações criminosas, é comum ocorrerem apreensões isoladas de provas em procedimentos distintos, ou mesmo de aparelhos celulares, cujo conteúdo é inédito e suficiente para reabrir outras investigações. Nesses casos, na hipótese de prévio arquivamento de um caderno investigatório, com a literal aplicação do novo art. 28 do CPP e comunicação ao investigado, provavelmente nem mesmo os novos elementos viabilizariam a evolução das apurações, uma vez que o investigado facilmente poderia ter desaparecido com os demais vestígios.

Diante de investigações nas quais foram empregadas diligências com segredo judicial, especialmente através de cautelares probatórias, há um diferencial substancial que justifica a não comunicação aos investigados. Essa medida visa principalmente preservar a intimidade e a privacidade dos envolvidos, mitigando os impactos da divulgação prematura de informações sensíveis. A falta de conhecimento por parte dos alvos das investigações e a ausência de interesse recursal por parte destes também justificam essa decisão, uma vez que não há uma situação de sucumbência que justifique a necessidade de notificação.

⁸ Nesse sentido, aludem-se aos Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário, adotados e proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 60/147, de 16 de dezembro de 2005, que determina, em seu item 9: “Uma pessoa será considerada vítima independentemente do facto de o autor da violação ter ou não sido identificado, capturado, acusado ou condenado e qualquer que seja a relação de parentesco entre o autor e a vítima.”

⁹ Art. 25. É dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção.

¹⁰ Em que pese a inexistência de previsão legal e crítica doutrinária, prevalece na jurisprudência pátria o entendimento de que algumas hipóteses de arquivamento das investigações são aptas a imutabilidade, a exemplo dos precedentes: STF, Plenário. HC 87395/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 23/3/2017 (Informativo nº 858); STJ. 6ª Turma. RHC 46.666/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 05/02/2015; e a própria Súmula 524 do STF. Todavia, destaca-se que igualmente vigente e sumulado o entendimento de que a ausência de justa causa não se enquadra dentre tais casos, possibilitando mera coisa julgada formal.

Portanto, a decisão de não comunicar os investigados em casos nos quais o segredo das diligências foi determinado judicialmente se justifica pela necessidade de resguardar a privacidade, pela ausência de impacto adverso aos alvos das investigações e pela inexistência de interesse recursal decorrente da ausência de sucumbência legalmente reconhecida.

Por oportuno, desde já se salienta o descabimento de qualquer alegação de nulidade em razão da ausência de notificação aos investigados, não apenas por se tratar de disciplina inaplicável à fase extrajudicial¹¹, mas também porque não existe qualquer prejuízo¹², repisa-se, em razão da ausência de interesse de agir do investigado contra o arquivamento do caderno inquisitorial.

Importante salientar, também, a ausência de violação ao direito de defesa, sobretudo porque seu exercício na fase inquisitorial, embora amplamente aceito, possui contornos distintos do aplicável à fase processual, justamente pela ausência de contraditório na etapa investigativa. Consequentemente, tem por escopo evitar a formulação de acusação formal, desiderato já plenamente atingido com o arquivamento promovido. Nesse sentido, sustenta até mesmo a doutrina vocacionada a maximização dos interesses defensivos, a teor de Marta Saad¹³:

“Assim, se não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa,” porque esta tem lugar “em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa” e se trata de oposição ou resistência à imputação informal, pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão.”

Por derradeiro, destaca-se que a ausência de tais notificações não acarreta, em hipótese alguma, ausência de controle do ato complexo ora promovido pelo Ministério Público, uma vez que plenamente mantida a comunicação e o controle jurisdicional, inclusive com possibilidade de provocação dos órgãos revisores ministeriais pela Autoridade Judicial.

Em suma, a comunicação obrigatória ao investigado do arquivamento do inquérito ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, pelo Ministério Público, deve ser analisada com prudência, especialmente quando envolvem investigações de caráter sigiloso, autorias não determinadas ou quando o investigado não tinha conhecimento da investigação. A ponderação dessas situações deve estar sempre alinhada com a proteção dos direitos individuais, a eficácia da persecução penal e a segurança das vítimas e dos envolvidos na investigação.

11 Consoante pacífica doutrina e jurisprudência. Especificamente em relação ao E. TJMG, cita-se a Apelação Criminal 1.0000.23.144430-8/001, Relator(a): Des. (a) Nelson Missias de Moraes, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/03/2024, publicação da súmula em 07/03/2024, que dispõe: “Na fase do inquérito, eventuais irregularidades no tocante à produção dos elementos indiciários não têm o condão de gerar a nulidade no processo, por se tratar de peça de caráter meramente inquisitivo”.

12 Nesse sentido, enunciando os fundamentos doutrinários da aferição de prejuízo, cristalina a lição de Ada Pellegrini Grinover, destacando a necessidade de óbice ao contraditório, inaplicável nesta fase, e à correção da sentença, incontestável diante da convergência do interesse defensivo no arquivamento, como se lê: “Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício. Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente: atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*. Os diversos atos do procedimento visam, em última análise, à preparação do pronunciamento jurisdicional final; suas formalidades são estabelecidas com vistas à boa qualidade da decisão a ser proferida, que só pode resultar de um processo desenvolvido com obediência às regras do “devido processo legal”; por isso mesmo, dentre os requisitos fundamentais para que se atinja essa virtude está a participação dos interessados no futuro provimento, através do contraditório. O prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito pode ser visto sob um duplo aspecto: de um lado, o dano para a garantia do contraditório, assegurada pela Constituição; sob outra ótica, o comprometimento da correção da sentença.” GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; Scarance FERNANDES, Antonio. As nulidades no processo penal. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 29.

13 SAAD, Marta Cristina Cury. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Ed. RT, 2004, item 3.1, p. 222.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DO ENUNCIADO

A decisão de arquivamento do procedimento investigatório criminal ou de quaisquer elementos informativos correlatos pelo Ministério Público não necessariamente implica na obrigação de comunicação ao investigado, especialmente em situações nas quais ele desconhece a investigação em curso e essa foi conduzida de maneira sigilosa, notadamente em face de crimes relacionados à criminalidade organizada. Tal exceção à norma do art. 28 do Código de Processo Penal se justifica pela necessidade imperativa de preservar a segurança pública e evitar a destruição de provas - considerando a possibilidade de reabertura das investigações - ou retaliações contra vítimas, testemunhas e demais envolvidos na persecução, assim como pela ausência de interesse recursal do investigado.

REFERÊNCIAS

- GARCIA, Emerson. O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal in i Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 77, jul./set. 2020;
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; Scarance FERNANDES, Antonio. As nulidades no processo penal. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011;
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020;
- SAAD, Marta Cristina Cury. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Ed. RT, 2004.