

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
THAYLA MORAES POLMAN

**O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL EM VIRTUDE DE
EXCLUDENTE DE ILICITUDE E A COISA JULGADA FORMAL E
MATERIAL**

LAGES
2019

THAYLA MORAES POLMAN

**O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL EM VIRTUDE DE
EXCLUDENTE DE ILICITUDE E A COISA JULGADA FORMAL E
MATERIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Prof. Me. Joel Saueressig

LAGES
2019

THAYLA MORAES POLMAN

**O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL EM VIRTUDE DE
EXCLUDENTE DE ILICITUDE E A COISA JULGADA FORMAL E
MATERIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Prof. Me. Joel Saueressig

Lages,SC ____/____/2019. Nota _____

Prof. Me. Joel Saueressig

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES
2019

“Apressa-te a viver bem e pensa que cada dia
é, por si só, uma vida.”
(SÊNECA)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, é de suma importância registrar aqui, de forma breve e singela, os devidos agradecimentos.

Em primeiro lugar, agradeço a força divina do criador do universo, que emana sob o meu ser toda proteção e cuidado necessário ao longo dos meus vinte e dois anos de vida, em especial nestes últimos cinco anos, em que diariamente me guiou nas viagens realizadas até a cidade de Lages/SC, tornando este lindo sonho possível, portanto expresso aqui a minha gratidão.

Estendo meus agradecimentos ao meu estimado genitor (in memoriam), pela educação e princípios repassados, além do amor e cuidado que sempre dispôs, e muito embora não esteja mais entre nós, sei que muito se orgulha e vibra pelas minhas conquistas alcançadas.

Da mesma forma, agradeço imensamente à minha genitora, que é uma pessoa extremamente forte e batalhadora, a qual deu tudo de si para que este sonho se tornasse realidade, proporcionando tudo aquilo que se mostrou imprescindível durante estes anos de graduação, concedendo todo o apoio necessário nos momentos árdusos, sendo a base para esta conquista. Assim, registro aqui todo meu amor e reconhecimento.

Expresso minha gratidão ao meu companheiro de vida, que esteve ao meu lado durante esta jornada, prestando todo o apoio necessário e que nunca mediu esforços para me ajudar, sendo sempre um bom ouvinte, deste modo anoto aqui todo meu carinho e reconhecimento.

Destarte, registro meu reconhecimento a todos os familiares, amigos e profissionais da área do Direito, que sempre torceram por esta conquista e acreditaram na minha capacidade.

Por derradeiro, e de suma importância, agradeço ao professor orientador que prestou todo suporte necessário neste momento de suma importância na minha vida, e que é um profissional exemplar e muito competente, assim inscrevo meus agradecimentos.

O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL EM VIRTUDE DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE E A COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

Thayla Moraes Polman¹

Joel Saueressig²

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso abordará, no primeiro capítulo, sobre o instituto do inquérito policial e o início da ação penal. No segundo capítulo, por sua vez, tratará sobre as causas genéricas de extinção de punibilidade, elencadas no artigo 107 do Código Penal, bem como as excludentes de ilicitude previstas no referido diploma legal, em seu artigo 23. Por fim, no terceiro capítulo será discorrido sobre coisa julgada formal e coisa julgada material, e a divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça em relação ao arquivamento de inquérito em virtude de excludente de ilicitude e a possibilidade de reabertura do caderno investigatório.

Palavras chave: Arquivamento. Inquérito Policial. Excludente de Ilicitude. Coisa julgada.

¹Acadêmica do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

THE INQUIRY POLICE FILING BECAUSE OF EXCLUSIONARY UNLAWFULNESS AND FORMAL AND JUDGED SOMETHING

Thayla Moraes Polman³

Joel Saueressig⁴

ABSTRACT

This essay is going to show, in the first chapter, about the police inquiry institute and the beginning of criminal action. In the second chapter, in its turn, is going to talk about generic causes in punishment extinction, showed in article 107 from Criminal Code, as the excluders in preview unlawfulness in the legal certificate, in its article 23. Ending, the third chapter, is going to be about something formal judged and material judged, and the divergence between Federal Court of Justice and Superior Court of Justice about the inquiry filing because of the excluders from unlawfulness and the possibility of reopening the research book.

Keywords: Filing. Police Inquiry. Exclusionary unlawfulness. Something judged.

³Law School undergraduate student, 10^o period, University Center UNIFACVEST.

⁴Law School professor, University Center UNIFACVEST.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 13 de dezembro de 2019

THAYLA MORAES POLMAN

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 O INQUÉRITO POLICIAL	10
2.1 Considerações sobre o instituto do inquérito policial	10
2.2 A formação da <i>opinio delicti</i> e a ação penal.....	13
3 A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE E AS CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE.....	18
3.1 Considerações sobre extinção de punibilidade	18
3.2 A extinção de punibilidade e a exclusão de ilicitude	24
4 A COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL E A DIVERGÊNCIA ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	27
4.1 Coisa julgada formal e material	27
4.2 A divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça quanto ao desarquivamento de inquérito policial em virtude de excludente de ilicitude.....	29
5 CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS.....	37

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso apresenta como tema o arquivamento de inquérito policial em virtude de excludente de ilicitude e a coisa julgada formal e material.

A relevância do mencionado assunto se efetiva em razão da existência da súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”.

O problema reside exatamente neste aspecto: em que pese a súmula 524, do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que quando houver o arquivamento de inquérito policial baseado em excludente de ilicitude produz efeito de coisa julgada material, portanto não podendo ser reaberto.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral observar de modo geral o instituto do inquérito policial e suas características, bem como as hipóteses de extinção de punibilidade e as causas excludentes de ilicitude.

Como objetivos específicos analisar os entendimentos divergentes entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça quanto a coisa formal e material, e a possibilidade – ou não – de reabertura do caderno investigatório.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e digital.

Para melhor compreensão do tema, será desenvolvido, no primeiro capítulo, um estudo sobre o inquérito policial e suas características.

Posteriormente, no segundo capítulo, serão analisadas as hipóteses extintivas de punibilidade, previstas no artigo 107 do Código Penal.

Finalmente, no terceiro capítulo, superada a fase de explanação dos conceitos acerca do tema, abordar-se-á sobre as questões polêmicas de possibilidade de reabertura do caderno investigatório, após o arquivamento.

2 O INQUÉRITO POLICIAL

Neste capítulo será abordado sobre o inquérito policial enquanto instituto pré-processual no tocante à averiguação de informações de caráter investigativo, bem como a aplicação do inquérito em ações penais.

2.1 Considerações sobre o instituto do inquérito policial

Inicialmente, serão feitas algumas considerações preliminares acerca do inquérito policial, tais como as características inerentes ao procedimento e a ação penal.

O inquérito policial caracteriza-se por ser um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime (NUCCI, 2016).

O desígnio do inquérito policial, em síntese, é obter a certeza sobre a ocorrência do crime, apurando-se o autor do delito, a dinâmica, o horário em que tudo ocorreu, para em relatório minucioso, submeter as provas colhidas à análise do titular da ação penal, de forma que sejam tomadas as providências cabíveis.

O insigne doutrinador Lopes Júnior (2008, p.239-241), traz em sua obra, na íntegra, a definição de inquérito penal, vejamos:

Inquérito é o ato ou efeito de inquirir, isto é, procurar informações sobre algo, colher informações acerca de um fato, perquirir. O CPP de 1941 denomina a investigação preliminar de inquérito policial em clara alusão ao órgão encarregado da atividade. O inquérito policial é realizado pela polícia judiciária, que será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria (art 4º) [...] Trata-se de um modelo de investigação preliminar policial, de modo que a polícia judiciária leve a cabo o inquérito policial com autonomia e controle. Contudo, depende da intervenção judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais.

Em relação à polícia judiciária, o artigo 4º, *caput*, do Código de Processo Penal, dispõe que: “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Cabe à autoridade policial, embora as diligências realizadas possam ser acompanhadas pelo representante do Ministério Público, que detém o controle externo da polícia (NUCCI, 2016).

O artigo 2º da Lei 12.830/2013, dispõe que “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado”. Portanto, durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, documentos e outros dados que interessem à elucidação do caso.

O objetivo precípuo do inquérito policial é obter a chamada justa causa, angariando provas suficientes para verificar a existência de crimes, como também a autoria do delito, para ao final, com o conjunto de informações indispensáveis, ser elaborada a competente denúncia ou queixa-crime, a depender do caso.

Conforme estatui o artigo 20 do Código de Processo Penal, a autoridade policial irá assegurar o sigilo do inquérito, visando a confirmação do caso, portanto, este procedimento administrativo tem como uma das suas principais características a sigilosidade, em que todas as provas colhidas serão reduzidas a termo, conforme inteligência do artigo 9º, da referida legislação, nestes termos: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

Ou seja, quando tomado o depoimento de vítima, testemunha, ou até mesmo o interrogatório do suspeito, os fatos serão registrados por escrivão de polícia, incluída a qualificação e a assinatura da pessoa que os declarou, ou carimbando a digital, nos casos de pessoa analfabeta.

Por ser indispensável, há prazo para que a autoridade policial conclua o inquérito policial, havendo diferenciação nos prazos quando se tratar de indiciado preso e indiciado solto, nos termos do artigo 10 do Código de Processo Penal.

Os encargos da autoridade policial, por sua vez, encontram-se estabelecidos no artigo 13 do Código de Processo Penal, *ipsis litteris*:

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias; IV - representar acerca da prisão preventiva.

Uma característica inerente ao caderno investigatório, diz respeito ao seu modo inquisitivo porque durante as investigações não ocorre nenhuma acusação, não há o que se falar em contraditório pleno e ampla defesa, por óbvio resguardando-se os direitos constitucionais, entretanto, nesta fase pré-processual, a intenção é a obtenção de elementos de convicção, capazes de indicar a efetiva ocorrência do fato, bem como o autor do delito, de forma elucidativa.

Considerável mencionar também sobre a discricionariedade inerente ao inquérito policial, vez que a autoridade policial presidirá a investigação da forma que entender pertinente, não havendo necessidade de adotar algum método específico. Para melhor compreensão, explica-se que o delegado de polícia poderá conduzir o inquérito da forma que entender mais conveniente para o caso em concreto, realizando as diligências que se mostrarem suficientes e imprescindíveis. Até mesmo porque, cada fato possui as suas peculiaridades, não tendo como delimitar diligências específicas, como regra.

Outrossim, destaca-se que o inquérito é procedimento oficial, porquanto é realizado por órgão do Estado, ou seja, pela polícia civil ou em determinadas hipóteses, pela polícia federal. Ressaltando-se, brevemente, que há outras autoridades com atribuição de produzir provas pré-constituídas, conforme ensina Nucci (2016, p.58):

São autoridades capazes de produzir provas pré-constituídas para fundamentar a ação penal os oficiais militares (inquérito militar), os chefes de repartições públicas ou corregedores permanentes (sindicâncias e processos administrativos), os promotores de justiça (inquérito civil, voltado a apurar lesões a interesses difusos e coletivos), os funcionários de repartição florestal e de autarquias com funções correlatas, designados para atividade de fiscalização (inquérito da polícia florestal), os parlamentares, durante os trabalhos das Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outras possibilidades legais. Uma destas possibilidades, que não se trata nem mesmo de procedimento meramente administrativo, mas autêntica atividade instrutória judicial, permissiva da formação de elementos para a denúncia do Ministério Público sem o inquérito, encontramos no incidente de falsidade. Reconhecida a falsidade de um documento, será ele desentranhado dos autos, encaminhando-se peças ao representante do Ministério Público para, querendo, oferecer diretamente denúncia (vide nota 11 do art. 145).

O inquérito policial também é procedimento indisponível, pois a autoridade policial não tem competência para arquivar os autos, conforme inteligência do artigo 17 do Código de Processo Penal. A atribuição de promover o arquivamento compete ao *Parquet*, o qual formulará o pedido à autoridade judiciária.

Ainda que o delegado que está conduzindo o inquérito policial, ao elaborar o relatório, vislumbre que o fato ali tratado encontra-se prescrito, ou, ainda que tenha conhecimento sobre a morte do agente que cometeu o crime, em hipótese alguma poderá determinar o arquivamento, devendo encaminhar os autos ao Poder Judiciário, para que os autos sejam apreciados pelo titular da ação penal, o Ministério Público.

No entanto, tal procedimento é dispensável pois como sabido, o titular da ação penal, Ministério Público, tendo elementos suficientes de materialidade e autoria, para embasar a denúncia, prescinde da realização do inquérito policial, podendo oferecer a denúncia sem que necessite do instituto aqui explorado. Ou, ainda que seja o próprio ofendido, em caso de possuir provas suficientes, poderá ajuizar a respectiva queixa-crime.

Ora, é corriqueiro que o Ministério Público receba denúncias, sejam elas anônimas, através da ouvidoria, ou até mesmo protocoladas no próprio órgão. Em tais circunstâncias, em havendo provas contundentes e aptas a demonstrar a autoria e a materialidade do delito, não faria qualquer sentido ter, o *Parquet*, que solicitar à autoridade policial a investigação sobre fato manifestamente já comprovado.

Ademais, ressalta-se que o Ministério Público possui, ainda, a atribuição de investigar, através de procedimento de investigação criminal (PIC), o qual é de exclusividade do referido órgão. Apesar disso, quando pertinente, o Ministério Público pode requerer que o delegado competente realize diligências de caráter indispensável.

Destarte, o inquérito policial é procedimento administrativo, porquanto realizado por órgão da administração pública, viabilizando a colheita de provas, não sendo procedimento de caráter judicial e sim pré-processual e oficioso, pois nos casos de ação penal pública incondicionada, o Delegado pode instaurá-lo de ofício.

Outro ponto que merece destaque, são as possibilidades de instauração do inquérito policial, no caso de ação penal pública, conforme artigo 5º, incisos I e II, do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

Assim, vislumbra-se as características inerentes ao procedimento administrativo denominado como inquérito policial.

2.2. A formação da *opinio delicti* e a ação penal

O Ministério Público, ao receber os autos do inquérito policial, formará a *opinio delicti*, ou seja, a opinião a respeito do delito em questão e a partir disso, havendo convicção sobre a materialidade e autoria do delito, oferecerá a denúncia.

Como conceito de ação penal, tem-se que esta é o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a consequente satisfação da pretensão punitiva (CAPEZ, 2018).

Ou seja, cabe ao Estado aplicar a lei e punir o agente pela prática da conduta indesejada.

A ação penal pública ou privada dá-se pelo oferecimento da denúncia ou da queixa, independentemente do recebimento feito pelo juiz. Essa afirmativa decorre de vários aspectos, dentro os quais a própria redação do art. 24, ao dispor que a ação será promovida (promover: originar, dar impulso, dar causa a, gerar) por denúncia. E o texto constitucional, editado após o Código de Processo Penal, não foge à regra, mencionando que é função institucional do Ministério Público promover (dar causa), privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, CF) (NUCCI, 2016).

O Estado através do órgão Ministerial, geralmente, é competente para dar início a persecução penal, quer dizer, processar o criminoso, havendo, é claro, hipóteses de ação penal privada. Porém, de todo modo, a sentença será regularmente realizada pelo Poder Judiciário, através do magistrado.

Neste sentido, cumpre mencionar as espécies de ação penal no direito brasileiro, de acordo com os ensinamentos de Capez (2018, p.166-167), vejamos:

A par da tradicional classificação das ações em geral, levando-se em conta a natureza do provimento jurisdicional invocado (de conhecimento cautelar e de execução), no processo penal é corrente a divisão subjetiva das ações, isto é, em função da qualidade do sujeito que detém a sua titularidade. Segundo esse critério, as ações penais serão públicas ou privadas, conforme sejam promovidas pelo Ministério Público ou pela vítima e seu representante legal, respectivamente. É o que diz o art. 100, *caput*, do Código Penal: “A ação penal é pública, salvo quando a lei, expressamente, a declara privativa do ofendido”. Dentro dos casos de ação penal pública (exclusiva do Ministério Público), ainda há outra subdivisão, em ação penal pública incondicionada e condicionada.

Conforme esclarecido, há dois tipos distintos de ações que cabem ao Ministério Público levar ao conhecimento do Poder Judiciário, ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada a representação.

Quer dizer, no primeiro caso, nas ações penais públicas incondicionadas, dispensa-se pedido da vítima ao Estado para início da persecução penal, logo o Estado não necessita de expressa manifestação da vítima para denunciar o infrator, por exemplo quando da ocorrência de crimes tais como homicídio, furto, roubo etc., os quais não exigem a “permissão” da vítima para que o agente criminoso seja processado.

Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade (PACELLI, 2017).

Já nesta segunda hipótese, no caso de ação penal pública condicionada, é indispensável a expressa representação por parte da vítima para que o autor do fato seja punido nos termos da lei.

A ação penal pública condicionada é aquela cujo exercício se subordina a uma condição. Essa condição tanto pode ser a manifestação da vontade do ofendido ou de seu representante legal (representação) como também a requisição do Ministro da Justiça (CAPEZ, 2018).

Sobretudo, é salutar discorrer sobre a ação penal privada, cuja ação é ajuizada pelo ofendido ou seu representante legal, a teor do artigo 100, § 2º, do Código de Processo Penal, dentro do prazo legal, quando da ocorrência de crimes, como por exemplo, calúnia, difamação e injúria, tipificados, respectivamente, nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. No entanto, o direito de punir é do Estado.

No mesmo sentido, tem-se que ação penal privada é aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou a seu representante legal (CAPEZ, 2018).

Apesar disso, mesmo que a ação seja privada e promovida pelo próprio ofendido ou seu representante legal, o Ministério Público terá vista dos autos como fiscal da lei.

A diferença entre as ações públicas e privadas, resumidamente, é que a primeira é de exclusividade do titular da ação penal, o Ministério Público, enquanto a segunda é ajuizada por meio de advogado, pelo próprio ofendido.

De mais a mais, Capez (2018, p.189) explica a diferença entre a ação penal privada e ação penal pública, vejamos:

A distinção básica que se faz entre ação penal privada e ação penal pública reside na legitimidade ativa. Nesta, a tem o órgão do Ministério Público, com exclusividade (CF, art. 129, I); naquela, o ofendido ou quem por ele de direito. Mesmo na ação privada, o Estado continua sendo o único titular do direito de punir e, por tanto, da pretensão punitiva. Apenas por razões de política criminal é que ele outorga ao particular o direito de ação. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária, ou substituição processual, pois o ofendido, ao exercer a queixa, defende um interesse alheio (do Estado na repressão dos delitos) em nome próprio.

Há ainda a espécie de ação penal personalíssima, cuja ação é aquela que só poderá ser intentada pelo próprio ofendido, sendo vedada a propositura por seu representante legal, ou em casos de morte do ofendido. A lei prevê tal modalidade apenas no caso de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, capitulado no artigo 236 do Código Penal.

Também imperioso fazer menção sobre a ação penal subsidiária da pública, podendo ser incondicionada ou condicionada, que poderá ser iniciada quando o Ministério Público permanecer inerte, porquanto o referido órgão não possui discricionariedade. Tal situação encontra-se prevista no artigo 29 do CPP, nos termos seguintes:

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Sobre a ação penal ainda cumpre esclarecer que nas hipóteses em que ao receber o inquérito policial, o membro do Ministério Público verificar que há fundadas dúvidas sobre o fato ocorrido, não sendo possível o oferecimento da denúncia antes da realização de outras diligências imprescindíveis à elucidação do caso, o *Parquet* poderá requerer ao juiz competente, a baixa dos autos à autoridade policial, solicitando a realização das referidas diligências, conforme dito, necessárias para a formação de sua convicção.

Feito isso, havendo indícios suficientes de materialidade e autoria do delito, sendo fato típico, o Ministério Público oferecerá denúncia em desfavor do autor do delito. Contudo, o juiz ao analisar o inquérito policial, bem como a denúncia ofertada, poderá recebê-la ou rejeitá-la.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto no artigo 395 do Código de Processo Penal, a denúncia, ou a queixa, será rejeitada quando “I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

Outrossim, é necessário falar sobre a legitimidade de agir, dentro do processo penal. Capez (2018, p.169) ensina o seguinte:

É, na clássica lição de Alfredo Buzaid, a pertinência subjetiva da ação. Cuida-se, aqui, da legitimidade *ad causam*, que é a legitimação para ocupar tanto o polo ativo da relação jurídica processual, o que é feito pelo Ministério Público, na ação penal pública, e pelo ofendido, na ação penal privada (CPP, arts. 24, 29 e 30), quanto o polo passivo, pelo provável autor do fato, e da legitimidade *ad processum*, que é a capacidade para estar no polo ativo, em nome próprio, e na defesa de interesse próprio (CPP, arts. 33 e 34).

Posteriormente, inexistindo pressupostos processuais, legitimidade de agir, provas para o início da persecução penal, inexistindo crime, falecendo o agente, tendo ocorrido a prescrição ou decadência, ou até alguma outra causa de exclusão de licitude, o *Parquet* formulará pedido de arquivamento dos autos ao magistrado atuante no feito, com a ressalva do artigo 18 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que “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”.

Além do mais, é sabido que existem pressupostos processuais necessários para a propositura da ação penal, assim, Capez (2018, p.211) leciona: “São requisitos que subordinam o exercício do direito de ação: (i) possibilidade jurídica do pedido; (ii) interesse

de agir; (iii) legitimidade para agir. Ao lado dessas condições tradicionais, há outras específicas ao processo penal, ditas condições específicas de procedibilidade.”

Ausentes os pressupostos processuais, o Ministério Público por meio de seu membro, irá promover o arquivamento dos autos, em conformidade com o artigo 18 do Código de Processo Penal.

O juiz, ao receber o pedido de arquivamento formulado pelo membro do Ministério Público, levando-se em conta que não há qualquer vinculação, caso entenda que as razões invocadas não merecem acolhimento, encaminhará os autos ao Procurador-Geral, para que este ofereça denúncia, designe outro membro do Ministério Público para o fazer, ou reiterará o pedido de arquivamento, e neste último caso, o magistrado estará obrigado a atender o pedido.

O Procurador-Geral ao analisar os autos, entendendo que ao juiz assiste razão, conforme dito, oferecerá a denúncia ou designará membro do Ministério Público para o fazer. Ou, do contrário, verificando que o pedido de arquivamento merece acolhimento, devolverá os autos ao juízo competente, reiterando o pedido e assim, os autos serão arquivados.

Neste capítulo foi abordado, em síntese, sobre o inquérito policial e suas características, bem como sobre a formação da *opinio delicti* a partir do inquérito policial e o início da ação penal. No próximo capítulo será tratado sobre as hipóteses de extinção da punibilidade, em especial sobre as causas de excludente de ilicitude, previstas na legislação penal.

3 A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE E AS CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

No presente capítulo será abordado sobre extinção de punibilidade, no que se refere à sua definição, causas e efeitos.

3.1 Considerações sobre extinção de punibilidade

O ordenamento jurídico brasileiro prevê normas penais incriminadoras, no Código Penal, Código de Processo Penal, Código de Trânsito Brasileiro etc. O direito brasileiro traz em sua legislação duas formas de poder-dever de punir ao Estado: abstrata e concreta.

Insta mencionar que a punibilidade vem a ocorrer quando um agente pratica um fato típico, ilícito e culpável, surge ao Estado o *jus puniend*, ou seja, o direito de punir o infrator dentro de um determinado período.

A forma abstrata ocorre, por exemplo, quando o legislador estabelece a pena para o crime de homicídio, tipificando como crime, no artigo 121 do Código Penal, a conduta incriminadora indesejada “matar alguém – reclusão, de seis a vinte anos”. Isto é, o agente não pode cumprir aquilo que a lei estabelece como crime.

A respeito do direito de punir de forma concreta, um exemplo cristalino é o do crime tipificado no artigo 155 do Código Penal, em virtude de que, quando o agente comete tal crime, surge ao Estado o poder-dever de punir, de forma concreta, conforme dito, tendo em vista que o agente já violou a norma penal incriminadora, isto é, já consumou o delito.

De forma breve, entende-se que o direito de punir em abstrato é o direito de não violar a norma penal indesejada, tipificada em lei, enquanto o direito de punir em concreto é quando o agente descumpra a norma, e então o Estado pode vir e punir o criminoso.

O início da apuração da prática delituosa para que haja a punição ao infrator ocorrerá com a instauração do inquérito policial, através de portaria realizada pelo delegado de polícia, o qual procederá a colheita de provas que julgar pertinente para o desfecho do delito em questão.

Feito isso, os autos do inquérito policial serão encaminhados ao *Parquet*, o qual após minuciosa análise da investigação realizada poderá requerer outras diligências que entender imprescindíveis, ou poderá de imediato oferecer denúncia contra o sujeito, junto ao Poder Judiciário, iniciando-se, assim a ação penal.

Recebida a denúncia pelo juiz competente, o processo prosseguirá até seus posteriores termos, oportunidade em que o magistrado decidirá sobre a condenação, ou não, do criminoso.

No entanto, quando houver alguma causa extintiva de punibilidade, o Estado perderá o direito de punir o agente criminoso. Ou seja, a punibilidade do infrator será extinta quando houver atos ou fatos jurídicos que venham a impedir que o Estado de exercer o seu direito de punição.

A extinção da punibilidade se dá com o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em virtude de causas específicas previstas na lei que estancam a ação estatal (CARNEIRO JR, et al, 2014).

O artigo 107 do Código Penal, traz em seus incisos, rol de hipóteses de extinção da punibilidade, quais sejam: pela morte do agente; pela anistia, graça ou indulto; pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; pela prescrição, decadência ou preempção; pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

As causas extintivas de punibilidade são identificadas por Paulo José da Costa Junior como gerais ou especiais, naturais ou políticas. São gerais (comuns) quando referentes a todos os delitos (morte do agente, prescrição, *abolitio criminis*, anistia, graça e indulto) (CARNEIRO JR, et al, 2014).

Pois bem. Quando o infrator vier a óbito, sua punibilidade será extinta em razão do princípio da intranscendência da pena. Com base no artigo 62, do Código de Processo Penal, “no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.” Verificada a morte do agente, através da competente certidão de óbito, o magistrado irá extinguir a punibilidade do infrator.

O direito de punir se extingue com a morte do sujeito passivo da relação jurídico-penal, uma vez que a pena é pessoal e não pode passar da pessoa do acusado (art. 5, XLV, 1ª parte, Constituição Federal) (CARNEIRO JR, et al, 2014).

É claro que não se pode olvidar o fato de acontecer a extinção de punibilidade pela morte do agente baseada em certidão de óbito falsa, o que é perfeitamente possível e não discutível a retomada da ação penal, isto porque não gerará coisa julgada material.

De outro modo, poderá haver a extinção de punibilidade através dos benefícios chamados de anistia, graça e indulto, sendo benefícios autônomos.

Anistia é uma espécie de esquecimento do crime perpetrado, concedida pelo Poder

Legislativo. Isto é, o Estado ao verificar o caso, entende que tal fato pode ser deixado de lado. Um exemplo disso é quando ocorre, por exemplo, o tombamento de um caminhão carregado e pessoas passam a saquear a carga. Diante disso, quando concedida a anistia, haverá o esquecimento do crime, sem gerar qualquer reflexo de reincidência ou inscrição do nome do suposto infrator no rol de culpados.

A anistia ainda pode ser reconhecida como: a) própria, quando concedida anteriormente à sentença penal condenatória; b) imprópria, quando concedida após a sentença penal condenatória transitada em julgado (GREGO, 2017).

Atinge todos os efeitos penais, aplicando-se a fatos e não pessoas, sendo concedida antes ou depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, beneficiando todos os agentes criminosos, ou até mesmo excluindo alguns destes, em virtude de exigir requisitos pessoais.

A anistia se dá através de ato legislativo pelo qual o Estado renuncia ao *jus puniendi*, ou seja, exclui o delito e faz desaparecer suas consequências penais. É concedida através de lei penal de feito retroativo e normalmente abrange fatos e não pessoas (CARNEIRO JR, et al, 2014).

A graça e o indulto são benefícios que poderão ser concedidos pelo Presidente da República, sobre a extinção da pena. A graça, por sua vez, é concedida de forma individual, já o indulto é concedido de forma coletiva. O indulto, costumeiramente, é concedido ao final do ano, gerando a extinção da punibilidade.

Ensina Juarez Cirino dos Santos que a graça tem por objeto “crimes comuns com sentença condenatória transitada em julgado, e por objetivo beneficiar pessoa determinada mediante a extinção ou a comutação da pena aplicada, corrigindo injustiças ou rigor excessivo na aplicação da lei”. (CARNEIRO JR, et al, 2014, p.457).

O indulto poderá ser concedido como um ato humanitário, sendo considerada como clemência destinada a pessoa determinada.

Do mesmo modo, no que diz respeito ao indulto, Carneiro Jr, et al explica (2014, p.458):

O indulto coletivo é concedido pelo Presidente da República por meio de decreto, destinado a um grupo de condenados. Pode impor condições subjetivas (primariedade, comportamento carcerário, antecedentes) ou objetivas (cumprimento parcial da pena, determinados crimes). Pode ser total, extinguindo todas as condenações, ou parcial, se apenas diminuir ou substituir a pena por outra mais leve (comutação). A sentença condenatória definitiva é pressuposto do indulto, porém, alguns autores admitem sua concessão antes do trânsito em julgado definitivo da sentença, desde que tenha havido o trânsito para a acusação. Neste caso, a concessão do indulto não impede a apreciação do mérito do recurso interposto pela defesa.

Não obstante, a extinção de punibilidade ocorrerá pela retroatividade da lei, ou seja, quando a legislação não considerar mais o fato como criminoso, chamada *abolitio criminis*, que gera descriminalização da conduta.

A *abolitio criminis* pode ser temporária, a exemplo da provocada pelo Estatuto do Desarmamento (Lei nº 11.706/2008) que estabeleceu prazo para os possuidores de armas em situação ilegal levá-las a registro ou entregá-las à autoridade competente (CARNEIRO JR, et al, 2014).

Ainda, ocorrerá a extinção da punibilidade quando sobrevir a prescrição, decadência ou perempção.

A prescrição punitiva simples ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fazendo extinguir todos os possíveis efeitos penais. Um detalhe importante, neste caso, é que a prescrição pode ser decretada de ofício pelo magistrado. Neste caso de prescrição, a pena é calculada pelo máximo em abstrato.

Prescrição é o instituto jurídico que provoca a extinção da punibilidade em virtude da incapacidade do Estado de punir o autor do delito em determinado tempo fixado na lei (CARNEIRO JR, et al, 2014).

A decadência, por sua vez, é a perda do direito potestativo pelo não exercício dentro do prazo oportuno, pela parte, como por exemplo, a perda do direito para oferecer representação em ações cujo início seja condicionado à representação pela vítima, ou ainda, a perda do direito de ajuizamento de queixa-crime, em caso de ação penal privada

Decadência é a perda do direito de ação privada ou de representação por não ter sido exercido no prazo previsto na lei (CARNEIRO JR, et al, 2014).

A perempção se trata de um instituto jurídico que somente é aplicado em ações penais privadas, ou seja, não ocorre a perempção em ação penal pública.

O notável doutrinador Greco (2017, p.436) explica, de forma aprofundada, sobre a perempção, averiguemos:

Perempção é instituto jurídico aplicável às ações penais de iniciativa privada propriamente ditas ou personalíssimas, não se destinando, contudo, àquela considerada como privada subsidiária da pública. Não tem aplicação, portanto, nas ações penais de iniciativa pública incondicionada ou condicionada à representação do ofendido, uma vez que o art. 60 do Código de Processo Penal determina que, nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á premissa a ação penal: I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 (trinta) dias seguidos; II – quando, falecendo o querelante, ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV – quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Melhor dizendo, perempção é quando o interessado no andamento processual se omite no ponto de vista processual, deixando de realizar determinado ato, restando então configurada a perempção.

Ademais, insta esclarecer que a perempção não é aplicável a ação penal privada subsidiária da pública, isto porque, quando o querelante se manter inerte, o Ministério Público reassumirá a titularidade da ação.

Imperioso mencionar que existem quatro causas de perempção, dispostas no artigo 60 do Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos; II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Igualmente, importante comentar que, tendo em vista que a perempção ocorre a partir da desídia do autor da ação, ela somente ocorrerá durante o processo penal, isto é, após o oferecimento da queixa-crime.

É uma sanção imposta ao autor da ação penal privada, decorrente de sua inércia em movimentar a ação, consistente em conduta processual omissiva. É a desídia, o descuido ou abandono de causa pelo querelante (CARNEIRO JR, et al, 2014).

Acontecerá a extinção da punibilidade, pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação penal privada. A renúncia sucederá quando a vítima informar, inicialmente, que não deseja representar contra o autor do fato. O perdão sobrevirá quando a vítima, durante o processo, perdoar o autor do delito. Ressaltando, ainda, que o perdão terá de ser aceito pelo autor do delito, sendo ato bilateral.

Da mesma forma, há a possibilidade de retratação do agente, nos casos em que a lei admitir, como por exemplo, em caso da prática do crime de falso testemunho, previsto no artigo 342, do Código Penal, ocasião em que, após praticar o crime supramencionado, e antes de ser proferida sentença, o agente se retratar, a punibilidade será extinta.

No Código Penal Comentado e sua interpretação pelos Tribunais, Carneiro Júnior, et al (2014, p.459), traz o conceito de retratação, nestes termos:

Retratar é retirar o que se disse, dar o dito como não dito, motivo pelo qual a retratação só pode ocorrer, segundo Reale Junior, nos crimes que constituem manifestações de pensamento.³⁰² Nestes casos previstos na lei, o agente pode confessar o erro ou retroceder no que havia dito. É ato pessoal do agente que faz com que a verdade dos fatos seja esclarecida e provoque a extinção da punibilidade. Tem cabimento nos crimes de calúnia ou difamação (art. 143, CP), falso testemunho e falsa perícia (art. 342, § 3º, CP). Deve ocorrer até a sentença de primeiro grau, embora alguns doutrinadores admitam seu cabimento até o trânsito em julgado da condenação.

Outrossim, a punibilidade poderá ser extinta pelo perdão judicial, a qual se dará em casos em que a pena for desnecessária, como por exemplo em casos de homicídio culposo, cuja consequência do crime atingir o infrator de maneira tão drástica, sendo dispensada a punição na esfera criminal.

Carneiro Júnior et al (2014, p.460), traz em sua obra o conceito de perdão judicial, vejamos:

O perdão judicial é a clemência estatal em relação a determinadas situações previstas na lei, nas quais o juiz pode deixar de aplicar a pena prevista. Guilherme NUCCI o define como uma escusa absolutória que não pode ser recusada pelo réu. Para Zaffaroni e Pierangeli, o perdão judicial tem de ser razoável, limitando a casos e hipóteses determinadas em lei: “produto da avaliação do juiz entre os limites legais”.

Ainda, insta mencionar que o perdão judicial é cabível após o início da ação penal, podendo ser tácito ou expresso.

Dado seguimento, se faz importante comentar que, conforme entendimento doutrinário, o rol elencado no artigo 107 do Código Penal, é exemplificativo, tendo em vista que a legislação brasileira admite causas diversas, não contidas no citado rol, como por exemplo a suspensão condicional do processo, nestes termos, o consagrado doutrinador Rogério Grego (2017, p.432), leciona:

Embora o art. 107 do Código Penal faça o elenco das causas de extinção da punibilidade, este não é taxativo, pois, em outras de suas passagens, também prevê fatos que possuem a mesma natureza jurídica, a exemplo do § 3º do art. 312 do Código Penal, bem como do § 5º do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Outro ponto que merece ser destacado é que a punibilidade poderá ser extinta a qualquer tempo, a teor do artigo 61 do Código de Processo Penal, que assevera que “em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”

Isto é, durante o andamento processual, caso o juiz verifique a ocorrência de alguma das hipóteses de extinção de punibilidade, irá declarar de ofício, pondo fim ao processo penal.

3.2 A extinção de punibilidade e a exclusão de ilicitude

O artigo 23, do Código Penal Brasileiro, em seus respectivos incisos, dispõe em seu texto, que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, mencionando, ainda, no mesmo artigo, em seu parágrafo único, sobre a responsabilização ao agente que cometer excesso doloso ou culposo.

Inicialmente, antes de adentrar ao mérito, é necessário fazer breve introdução sobre o instituto da excludente de ilicitude e as hipóteses de cabimento. Pois bem, o crime quando praticado obviamente necessita de uma conduta, resultado, nexos de causalidade, tipicidade, e a partir disso, gerará, portanto, a presunção de que o fato praticado é ilícito.

A ilicitude, por sua vez, é a relação de contrariedade entre a conduta e o direito. A partir da tipicidade da conduta, presumir-se-á que o fato praticado também é contrário ao direito, surgindo a presunção de ilicitude, conforme teoria da *ratiocognoscendi*.

No entanto, a ilicitude pode ser afastada, desde que seja possível comprovar que há causa de exclusão, bem como que o fato típico praticado não é contrário ao direito e é aceito. Para tanto, é necessário que haja uma das hipóteses de exclusão de ilicitude, conforme previsão legal, *in verbis*: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”.

O conceito de estado de necessidade é trazido pelo artigo 24 do Código Penal, o qual prevê que “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

No estado de necessidade há uma colisão entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, onde há a necessidade de sopesar a relevância desses bens, por exemplo uma vida em detrimento de um patrimônio. Nesta hipótese, os bens estarão desiguais, em virtude de que a vida é o maior bem jurídico tutelado, devendo esta prevalecer na situação.

Outro exemplo bastante comum no ordenamento jurídico, a ser utilizado de modo explicar de forma mais clara sobre o estado de necessidade, é quando ocorre um naufrágio e duas pessoas lutam para ficar com o único colete salva-vidas restante. Nessa hipótese, somente uma pessoa irá sobreviver e não há como precisar qual vida vale mais. Assim, aquela pessoa que lutar e conseguir salvar a própria vida, terá agido nos moldes do artigo 23,

inciso I, do Código Penal.

Estado de necessidade deve ser compreendido como sendo a excludente que trata da colisão de bens juridicamente protegidos, pertencentes a titulares distintos, devendo um deles, na situação de fato (do fato concreto), ser sacrificado (CARNEIRO JR, et al, 2014).

A legítima defesa, por sua vez, está conceituada no artigo 25 do Código Penal, o qual estatui que “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Conforme prevê o artigo acima citado, a legítima defesa possui requisitos. De modo a melhor compreender o que vem a ser tal instituto, cita-se como um exemplo de injusta agressão, o furto de uso, que não é crime em nosso ordenamento jurídico, mas imaginando a seguinte situação hipotética, de que um sujeito pega o veículo de outrem, sem o dolo de ter para si, somente para utilizar por dado momento, tal fato, por si só é capaz de ensejar a legítima defesa, apenas por tal conduta ser contrária ao direito.

O admirável mestre Greco (2017, p.132), traz em sua obra, na íntegra, a definição de inquérito penal, vejamos:

Para que o réu seja absolvido, com base na legítima defesa, é necessário que a prova seja perfeitamente convincente de que o acusado, usando moderadamente dos meios necessários, repeliu injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, causada pela vítima. Evidenciado que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias – a embriaguez combinada com o estado de exaltação decorrente de discussão acalorada prévia –, o agente supôs a existência de uma situação de fato que legitimaria sua ação de atirar para o alto para afugentar seu algoz, resta caracterizada a discriminante putativa do art. 20, § 1º, do CP (TJMG, AC 034288111.2008.8.13.0515, Rel. Des. Cássio Salomé, DJe 20/8/2012).

O estrito cumprimento do dever legal ocorre quando um agente público pratica um fato agindo em cumprimento a um dever emanado pela lei, a exemplo disso, quando um policial militar, ao atender ocorrência de flagrante, usa moderadamente do uso progressivo de força, vindo a causar escoriações ou lesão corporal leve no agente criminoso. Neste caso o agente público não será punido, pois a lei determina que o policial deve efetuar a prisão em flagrante.

Outro exemplo claro, é o do oficial de justiça ao cumprir mandado de penhora. Ele não responderá por invasão de domicílio, em virtude de estar agindo mediante o cumprimento da lei.

Da mesma forma, Greco (2017, p.143), demonstra:

Inicialmente, é preciso que haja um dever legal imposto ao agente, dever este que, em geral, é dirigido àqueles que fazem parte da Administração Pública, tais como os policiais e oficiais de justiça, pois que, conforme preleciona Juarez Cirino dos Santos, “o estrito cumprimento de dever legal compreende os deveres de intervenção do funcionário na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens de superiores da administração pública, que podem determinar a realização

justificada de tipos legais, como a coação, privação de liberdade, violação de domicílio, lesão corporal etc.”¹¹⁸ Em segundo lugar, é necessário que o cumprimento a esse dever se dê nos exatos termos impostos pela lei, não podendo em nada ultrapassá-los.

O exercício regular do direito, assim como o estrito cumprimento do dever legal é entendido pela doutrina como sendo um fato que é amparado pelo Estado, valendo-se da máxima que, onde há o direito, não há o crime.

Além de que, analisando o vasto saber jurídico lecionado pelo doutrinador Greco (2017, p.144), entende-se sobre o exercício regular do direito, o seguinte:

Esse direito pode surgir de situações expressas nas regulamentações legais em sentido amplo, ou até mesmo dos costumes, ou, na precisa lição de Paulo José da Costa Júnior, “o conceito de direito, empregado pelo inc. III do art. 23, compreende todos os tipos de direito subjetivo, pertençam eles a este ou àquele ramo do ordenamento jurídico – de direito penal, de outro ramo do direito público ou privado – podendo ainda tratar-se de norma codificada ou consuetudinária”.

Cumpra ainda ressaltar que o Código de Processo Penal, em seu artigo 301, estatui que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Logo, não há o que se falar em dever, mas sim em direito, assim, aquele que agir neste sentido, não cometerá crime algum, pelo contrário, exercerá uma faculdade.

No capítulo retro foi abordado, em suma, sobre as hipóteses de extinção de punibilidade, elencadas no artigo 107 do Código Penal, bem como discorrido sobre as excludentes de ilicitude, previstas na referida legislação.

4 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL E A DIVERGÊNCIA ENTRE O STF E O STJ

O teor deste capítulo tratará sobre o arquivamento de inquérito policial, a possibilidade de desarquivamento, a diferença entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material no processo penal, bem como a divergência existente nos entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito de arquivamento de inquérito policial em virtude de excludente de ilicitude, causas estas previstas no artigo 23 do Código Penal.

4.1 Coisa julgada formal e material

Coisa julgada é a imutabilidade da sentença e dos seus efeitos. Ou seja, é quando o conteúdo da decisão se torna imutável, trazendo a garantia de que aquilo que consta na sentença se tornou imutável, não cabendo mais recurso.

Coisa julgada sabe-se, não é um efeito, mas uma qualidade da decisão judicial da qual não caiba mais recurso. É a imutabilidade da sentença, de modo a impedir a reabertura de novas indagações acerca da matéria nela contida (PACELLI, 2017).

A coisa julgada é quando ninguém pode rever aquilo que já foi decidido, de forma geral, dentro ou fora do processo.

Normalmente, a autoridade da coisa julgada, ou a sua imutabilidade, é justificada em razão da necessidade de segurança jurídica decorrente da solução dos conflitos sociais resolvidos pela jurisdição estatal (PACELLI, 2017).

O juiz não poderá modificar aquilo que já houver sido julgado, exceto quando houver erro material por equívoco, como por exemplo em hipótese em que houver escrito o nome do réu de forma errada, vindo a atribuir possível absolvição a outrem, podendo perfeitamente corrigir o erro de ofício, sem qualquer problema.

Comentando ainda sobre as exceções existentes, registra-se a possibilidade de modificação da coisa julgada quando houver erro de cálculo na pena, por exemplo. Por fim e não menos importante, diz respeito a existência de nova lei penal favorável ao réu, sendo plenamente admissível ao magistrado modificar a coisa julgada, nesse sentido.

A respeito da exceção de coisa julgada, Capez (2016, p.523) transmite o seu conhecimento da seguinte maneira:

A exceção de coisa julgada (CPP, art. 95, V) funda-se também no princípio *non bis in idem*. Transitada em julgado uma decisão, impossível novo processo pelo mesmo fato. Nesse caso, argui-se a *exceptio rei judicatae*. A coisa julgada nada mais é do que uma qualidade dos efeitos da decisão final, marcada pela imutabilidade e irrecorribilidade.

No entanto, cabe ressaltar que no direito brasileiro a imutabilidade da sentença condenatória não é absoluta, em virtude da possibilidade de revisão criminal, que encontra previsão legal no artigo 621 do Código de Processo Penal.

A coisa julgada formal ocorre quando há a imutabilidade da decisão naquele processo específico, enquanto a coisa julgada material se dá pela imutabilidade de decisão projetada fora do processo.

O prestigiado doutrinador Lima (2016, p.184), assim explica sobre a coisa julgada formal:

A partir do momento em que uma decisão judicial é proferida, temos que, em determinado momento, tornar-se-á imutável e indiscutível dentro do processo em que foi proferida, seja porque não houve a interposição de recursos contra tal decisão, seja porque os todos os recursos cabíveis foram interpostos e decididos. A partir do momento em que não for mais cabível qualquer recurso ou tendo ocorrido o esgotamento das vias recursais, a decisão transita em julgado. Esse impedimento de modificação da decisão por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida é chamado de coisa julgada formal, ou ainda de preclusão máxima. Trata-se de fenômeno endoprocessual, pois a imutabilidade da decisão está restrita ao processo em que foi proferida.

Um exemplo claro sobre a coisa julgada formal é quando o juiz impronuncia o réu em virtude de ausência de materialidade e autoria do crime. O artigo 414 do Código de Processo Penal assim estatui:

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado. Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

Quer dizer, decidindo o magistrado pela impronúncia do réu, e posteriormente surgindo novas provas, há a possibilidade de mutabilidade da decisão.

Já a coisa julgada material, por sua vez, é quando não há a possibilidade de modificação daquela sentença transitada em julgado, fora do processo.

Destarte, Lima (2016, p.184) leciona sobre a coisa julgada material:

Se a coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão no processo em que foi proferida, a coisa julgada material projeta-se para fora do processo, tornando a decisão imutável e indiscutível além dos limites do processo em que foi proferida. Pela coisa julgada material, a decisão não mais poderá ser alterada ou desconsiderada em qualquer outro processo. Em síntese, denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso (art. 502 do novo CPC). Como se percebe, a coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal, mas o inverso não acontece.

A diferença entre coisa julgada formal e material consiste em que a primeira se trata da impossibilidade de modificação da sentença proferida, que já não é mais passível de

recursos, em virtude de preclusão. A segunda diz respeito ao mérito da decisão proferida, sendo que esta é sempre precedida pela coisa julgada formal.

Seguindo este caminho, Capez (2016, p.523), traz em sua obra o conceito de coisa julgada formal e material, nestes termos:

A coisa julgada formal reflete a imutabilidade da sentença no processo onde foi proferida; tem efeito preclusivo, impedindo nova discussão sobre o fato no mesmo processo; na coisa julgada material existe a imutabilidade da sentença que se projeta fora do processo, obrigando o juiz de outro processo a acatar tal decisão, ou seja, veda-se a discussão dentro e fora do processo em que foi proferida a decisão.

Por fim, entende-se que a coisa julgada formal nada mais é do que a conclusão processual, sendo imutável dentro de determinado processo, enquanto a coisa julgada material é a incapacidade de reanálise da sentença em outro processo.

4.2 A divergência entre o STF e STJ quanto ao desarquivamento de inquérito policial em virtude de excludente de ilicitude

Um dos fundamentos para o arquivamento do inquérito policial se trata de ausência para justa causa da ação penal, ou seja, quando não há elementos suficientes que demonstrem a materialidade e a autoria do delito. Neste caso quando ausentes tais requisitos, o Ministério Público poderá requerer ao juiz o arquivamento do inquérito policial.

O conceituado doutrinador Lima (2017, p.183) ministra a respeito da justa causa:

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 requerer o arquivamento dos autos.

Importante esclarecer que tal pedido só será feito pelo *Parquet*, quando por diversas vezes os autos já tiverem tramitado entre a Delegacia de Polícia, o Fórum e o Ministério Público, ocasião em que o titular da ação penal verificar que não foram obtidas as provas necessárias a elucidação do caso.

O afamado estudioso Lima (2016, p.185) explica sobre a justa causa, nestas palavras:

Não havendo elementos de informação quanto à autoria, após o esgotamento das diligências, outro caminho não restará ao Promotor senão o arquivamento dos autos. Nesse caso, pode ser que, depois do arquivamento, surjam provas novas acerca da autoria, capazes de alterar o contexto probatório dentro do qual tal decisão foi proferida. Como esse arquivamento só faz coisa julgada formal, será possível o oferecimento de denúncia. Como prevê o CPP (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. Na mesma linha, segundo a súmula nº 524 do Supremo, arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.

Ou seja, o Ministério Público, titular da ação penal, com vista dos autos, após requerido diligências imprescindíveis para o início da persecução penal, e não logrando êxito em obter os elementos necessários, tais como a materialidade e autoria do delito, destarte, vislumbrando que não há possibilidade de oferecimento da denúncia, requererá o arquivamento do inquérito policial.

Quando o caderno investigatório tiver sido arquivado por ausência de elementos necessários para a persecução penal, havendo notícia de novas provas, há a possibilidade de reabrir as investigações, desde que conte com requerimento formulado pelo Ministério Público e que seja proferida decisão judicial.

O arquivamento por falta de lastro probatório é uma decisão tomada com base na cláusula rebus sic stantibus, ou seja, mantidos os pressupostos fáticos que serviram de amparo ao arquivamento, esta decisão deve ser mantida; modificando-se o panorama probatório, é possível o desarquivamento do inquérito policial (LIMA, 2016).

Neste caso, se chegar ao conhecimento da autoridade policial a autoria e materialidade do delito, poderá ser reaberta a investigação, desde que haja decisão neste sentido, por parte do magistrado competente.

Demais disso, salutar registrar que a retomada do arquivamento do inquérito policial poderá ocorrer se surgirem novas provas e não provas já existentes e, estas novas provas precisam surgir de forma espontânea.

Sobre as provas, Madeira (2016, p.70) leciona *ipsis verbis*:

É preciso, porém, que se entenda o que significam provas novas. Há dois tipos de provas novas, as provas formalmente novas (são as que não existiam no processo, mas não trazem nenhum dado novo) e as provas substancialmente novas (são as que trazem dado novo para o processo). Somente as provas substancialmente novas é que permitem o desarquivamento de inquérito policial.

Ademais é preciso registrar que a retomada do arquivamento do inquérito policial poderá ocorrer se surgirem novas provas e não provas já existentes e, estas novas provas precisam surgir de forma espontânea.

Na verdade, ao dispor que o procedimento inquisitivo pode ser desarquivado se surgirem novas provas, o art. 18 do CPP sugere que a decisão de arquivamento motivada pela insuficiência de base para a denúncia (ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade) não gera coisa julgada material (AVENA, 2017).

Todavia é preciso cautela, isso porque se a decisão de arquivamento estiver ligada ao mérito, como por exemplo na hipótese de ser verificado durante as investigações que o suposto autor não concorreu para o crime, ou que tal fato não constitui crime, não poderá ser reaberta as investigações, produzindo o inquérito coisa julgada material.

O célebre doutrinador Avena (2017, p.158) ensina, palavra por palavra:

O arquivamento fundamentado na inexistência de provas de autoria ou participação não se confunde com a hipótese em que afirmada a existência de provas de que o investigado não foi autor ou partícipe. No primeiro caso, o surgimento de novas provas permite o desarquivamento do inquérito policial, o que não ocorre no segundo. Do mesmo modo, será possível o desarquivamento do expediente que tiver sido arquivado ao fundamento da ausência de provas da existência do fato, mas não o será se o arquivamento estiver sustentado na existência de provas de que o fato não ocorreu.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça vai de encontro ao doutrinador acima citado, o qual ensina que, arquivado o inquérito policial em questões relacionadas ao mérito, não poderá ser revisto, diferentemente do que entende o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, sobre o assunto em questão, contrário é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme dito:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DESARQUIVAMENTO E REABERTURA DE INQUÉRITO POLICIAL. DIFERENÇA ENTRE NECESSIDADE DE PROVAS NOVAS E NOTÍCIA DE PROVAS NOVAS: SÚMULA 524 DO STF E ART. 18 DO CPP. ORDEM DENEGADA. I - Para que ocorra o desarquivamento de inquérito, basta que haja notícia de novas provas (art. 18 do CPP), enquanto não se extinguir a punibilidade pela prescrição. II - Diversamente, o Ministério Público só poderá oferecer denúncia se efetivamente tiverem sido produzidas provas novas, nos termos da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal. III - Ordem denegada. Julgado em 24.02.2014.

Ou seja, o Ministério Público só poderá requerer o desarquivamento dos autos se tiver ocorrido a produção de provas novas, enquanto não se extinguir a punibilidade do infrator pela prescrição, vejamos:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. LEGÍTIMA DEFESA. FRAUDE PROCESSUAL. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. DESARQUIVAMENTO POSTERIOR. NOVOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COLHIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I. O arquivamento de inquérito policial não faz coisa julgada nem causa a preclusão. II. Contrariamente ao que ocorre quando o arquivamento se dá por atipicidade do fato, a superveniência de novas provas relativamente a alguma excludente de ilicitude admite o desencadeamento de novas investigações. III. Ordem denegada.

Porém, ainda sobre o surgimento de novas provas, cumpre mencionar que o Supremo Tribunal Federal entende que não são quaisquer provas que estão aptas ao início da persecução penal, isto é, não é qualquer prova que estará apta a ensejar o oferecimento da denúncia após o desarquivamento. É necessário que haja prova que altere de forma substancial o cenário fático probatório, levando as investigações a um novo caminho.

Superada esta questão, passa-se a análise de arquivamento de inquérito pela atipicidade do fato, ou seja, quando o inquérito é arquivado pela ausência da ocorrência de crime. Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo nesta hipótese é possível a retomada da ação penal.

Sobre o assunto, o brilhante doutrinador Pacelli (2017, p.41) instrui:

No entanto, a questão não é tão simples assim. Eventual atipicidade ou extinção da punibilidade nos parece muito mais evidente do que as causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade. Estas, em regra, exigem uma análise mais rigorosa, tornando a instrução processual a ocasião mais adequada para o seu enfrentamento, em que há amplas possibilidades probatórias a reforçarem uma conclusão mais precisa. De fato, excepcionando-se as hipóteses em que as causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade são manifestas (“saltam aos olhos”), não nos parece prudente revestir o arquivamento do inquérito – decisão tomada à míngua de amplo debate – com efeitos materiais quando fundamentado em questões tão complexas. A consequência desse entendimento é a possibilidade de se reabrir a investigação, nesses casos, por ocasião do surgimento de provas novas – o STF vem se orientando nesse sentido (HC 125.101/SP, Red. para o Acórdão Min. Dias Toffoli, 28.08.2015; HC 95.211, Rel. Cármen Lúcia, 22.08.2011). Em posição contrária, defendendo a produção de efeitos materiais para o arquivamento nessas condições, fixou-se o STJ (REsp 791.471/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 16.12.2014).

O doutrinador explica, de modo geral, que o momento adequado para afrontar a ocorrência do fato em si, é durante a instrução probatória.

A exemplo disso, vejamos o julgado 95.211 do Supremo Tribunal Federal:

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. ANTIJURICIDADE. 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.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal interpreta que ainda que o arquivamento tenha ocorrido pela existência de causa excludente de ilicitude, havendo novas provas, o inquérito poderá ser reaberto e a ação penal iniciada.

Mais uma vez, colaciona-se entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Inquérito. Parlamentar. Deputado Federal. Pedido de arquivamento fundado na atipicidade do fato. Necessidade de decisão jurisdicional a respeito: Precedentes. Inquérito no qual se apura a eventual prática do crime previsto no art. 349 do Código Eleitoral. Atipicidade do fato. Arquivamento determinado. 1. Firmou-se a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, quando fundado como na espécie vertente – na atipicidade do fato, o pedido de arquivamento do inquérito exige “decisão jurisdicional a respeito, dada a eficácia de coisa julgada material que, nessa hipótese, cobre a decisão de arquivamento” (v.g. Inquérito nº 2.004-QO, DJ de 28/10/04, e nº 1.538-QO, DJ de 14/9/01, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; nº 2.591 Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 13/6/08; nº 2.341-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 17/8/07. 2. Comprovada a não ocorrência de qualquer falsidade, não se configura o crime previsto no art. 349 do Código Eleitoral. 3. Arquivamento do inquérito, por atipicidade da conduta, ordenado. (STF – Inq: 3114 PR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Data de Julgamento: 26/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ-e-163 DIVULG 24-08-2011 PUBLIC 25-08-2011 EMENT VOL-02573-01 PP-00013).

Enquanto o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que é impossível a reabertura das investigações e início da ação penal, ainda que o arquivamento tenha se dado por juízo absolutamente incompetente, porquanto a decisão de extinção de punibilidade por excludente de ilicitude faz coisa julgada material.

De forma contrária, conforme dito, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante julgado abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARQUIVAMENTO DO FEITO. RECONHECIMENTO DE CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE. DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL PERANTE O JUÍZO COMPETENTE. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRECEDENTES. 1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes do STJ. 2. No caso, resta evidenciada essa excepcionalidade. 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. 9º do Código Penal Militar, porquanto praticado por militar fora do exercício da função, produz coisa julgada material. 5. Recurso conhecido e provido para determinar o trancamento da ação penal nº 200420500013, em trâmite na 5ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Aracajú/SE. (STJ – RHC: 17389 SE 2005/0034308-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/11/2007, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/04/2008).

O Superior Tribunal de Justiça possui convicção de que, sendo o inquérito arquivado por excludente de ilicitude, estará perfectibilizada a coisa julgada material, sendo impossível a retomada das investigações, ainda que exista provas novas.

Assim, extrai-se outro entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 1º, §§ 2º E 4º, DA LEI N. 9.455/1997. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. DECISÃO DA JUSTIÇA MILITAR QUE DETERMINOU O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR COM BASE EM EXCLUDENTE DE ILICITUDE. COISA JULGADA MATERIAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA POSTERIOR PELOS MESMOS FATOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. A par da atipicidade da conduta e da presença de causa extintiva da punibilidade, o arquivamento de inquérito policial lastreado em circunstância excludente de ilicitude também produz coisa julgada material. 2. Levando-se em consideração que o arquivamento com base na atipicidade do fato faz coisa julgada formal e material, a decisão que arquiva o inquérito por considerar a conduta lícita também o faz, isso porque nas duas situações não existe crime e há manifestação a respeito da matéria de mérito. 3. A mera qualificação diversa do crime, que permanece essencialmente o mesmo, não constitui fato ensejador da denúncia após o primeiro arquivamento. 4. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal. (STJ – RHC: 46666 MS 2014/0069913-3, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 05/02/2015, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/04/2015).

Isto é, a impossibilidade de desarquivamento é uma maneira de trazer segurança jurídica. Isso porque, tendo o magistrado se convencido de que o mérito não deve ser acolhido, não há razão e nem possibilidade de rever tal decisão.

No mesmo sentido, forçoso juntar recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. ATENTADO AO RIOCENTRO. VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS. DÉCADAS DE 60, 70 E 80. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA. NECESSIDADE DE RECONCILIAÇÃO NACIONAL. OBSERVÂNCIA À SOBERANIA PÁTRIA. POSSIBILIDADE DE RECONSTRUÇÃO PELA PAZ. EXEMPLO DA ÁFRICA DO SUL. 2. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. VIOLAÇÃO DO ART. 107, IV, DO CP. DISPOSITIVO QUE NÃO ABRANGE A CONTROVÉRSIA DOS AUTOS. [...] IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO NA VIA ELEITA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 4. ARQUIVAMENTO DO IP NA JUSTIÇA MILITAR. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA PELO STM. ANISTIA DA EC 26/1985. COISA JULGADA MATERIAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DO STF. [...] NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. SOBERANIA ESTATAL E SUPREMACIA DA CF. IMPOSSIBILIDADE DE SUBVERSÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. OFENSA A OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 11. NORMAS PRESCRICIONAIS. DIREITO PENAL MATERIAL. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA. PRESCRITIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 12. A ADMISSÃO DO JUS COGENS NÃO PODE VIOLAR PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO COM O ORDENAMENTO PÁTRIO. RESGUARDO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FINALIDADE PRINCIPAL DOS DIREITOS HUMANOS. IMPOSSIBILIDADE Documento: 101490084 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 30/10/2019 Página 2 de 10 Superior Tribunal de Justiça DE TIPIFICAR CRIME SEM LEI PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE DE RETIRAR A EFICÁCIA DAS NORMAS PRESCRICIONAIS. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. PRINCÍPIOS CAROS AO DIREITO PENAL. 13. CONCLUSÃO QUE NÃO DIMINUI O COMPROMISSO DO BRASIL COM OS DIREITOS HUMANOS. PUNIÇÃO APÓS QUASE 40 ANOS. NÃO RESTABELECIMENTO DE DIREITOS VIOLADOS. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DE IGUAL MAGNITUDE. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SEGURANÇA JURÍDICA. COISA JULGADA MATERIAL. LEGALIDADE E IRRETROATIVIDADE. 14. OFENSA AOS ARTS. 347 E 348 DO CP. RECURSO CONHECIDO NO PONTO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA NATUREZA PERMANENTE DOS TIPOS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES INSTANTÂNEOS. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 15. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. [...] Documento: 101490084 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 30/10/2019 Página 8 de 10 Superior Tribunal de Justiça 15. Dispositivo: Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, improvido.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça se baseia na segurança jurídica. Uma vez extinta a punibilidade por excludente de ilicitude, tal decisão não poderá ser modificada.

Adentrando ao assunto supramencionado, infere-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça traz uma segurança jurídica mais ampla ao ordenamento jurídico.

Ora, imaginemos que determinado policial militar esteja sendo investigado pelo crime de homicídio e os autos tenham sido arquivados à vista de ocorrência de causa excludente de ilicitude, prevista no artigo 23, inciso III, do Código Penal. O policial militar segue a sua vida, trabalhando normalmente, recebe promoção dentro da carreira e posteriormente, os autos são reabertos para novamente tratar do assunto e de repente, iniciar a persecução penal.

Tal situação deixaria o investigado a deriva de julgamento, enquanto a prescrição não estivesse extinta, gerando total desconforto e insegurança quanto a convicção do magistrado. Assim, vislumbra-se que o entendimento mais inequívoco e de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é o do Superior Tribunal de Justiça.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça quanto ao arquivamento de inquérito policial em hipótese de excludente de ilicitude, bem como a possibilidade de desarquivamento.

No primeiro capítulo viu-se as características do inquérito policial e a formação da opinião sobre o delito por parte do titular da ação penal, bem como o início da persecução penal e os tipos de ações penais existentes.

No segundo capítulo abordou-se sobre as causas extintivas de punibilidade, bem como as causas excludentes de ilicitude, previstas no Código Penal.

No terceiro capítulo intensificou-se a pesquisa sobre a coisa julgada forma e material e a divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça quanto ao arquivamento de inquérito por causa excludente de ilicitude, e também restou analisada a possibilidade de desarquivamento.

Ao final, como resultado obteve-se ainda que para a tese extensiva resta evidente que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o que mais se coaduna ao direito brasileiro, isso porque é este o entendimento que traz uma segurança jurídica maior ao investigado.

REFERÊNCIAS

AVENA, N. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: método, 2017.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 15/mai/2019.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/jun/2019.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/jun/2019.

_____. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/jun/2019.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNEIRO JUNIOR, A. A.; et al. **Código Penal comentado**: e sua interpretação pelos tribunais. Campo Grande: contemplar, 2014.

GREGO, R. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: editora Impetus, 2017.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, JR, A. **Direito Processual Penal**: e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NUCCI, G. S. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: editora forense, 2017.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: editora atlas, 2017.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 8. ed. Lages: Papervest, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 06/jul/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**. Disponível em: www.portal.stf.jus.br.
Acesso em: 06/jul/2019.