MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.081 - DF (2014/0150177-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RAUL ARAÚJO**
IMPETRANTE	:	N D C M (MENOR)
REPR. POR	:	Y M D C
ADVOGADO	:	ARIEL GOMIDE FOINA
IMPETRADO	:	QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
INTERES.	:	UNIÃO

EMENTA

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE, TERATOLOGIA OU ABUSO DE PODER. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A vítima de crime de ação penal pública incondicionada não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito ou peças de informação.

2. Em regra, não há ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, passível de correção via mandado de segurança, na decisão judicial que, acolhendo promoção do Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito policial.

3. A norma inserta no art. 28 do Código de Processo Penal concede ao Juiz a prerrogativa de, considerando os elementos trazidos nos autos de inquérito ou nas peças de informações, anuir ou discordar do pedido de arquivamento formulado pelo órgão ministerial, não sendo cabível, em caso de concordância, a prévia submissão do pedido ao Procurador-Geral.

4. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho. Sustentou oralmente, pelo impetrante, o Dr. Ariel Gomide Foina.

Brasília, 17 de junho de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRA LAURITA VAZ
Presidente

MINISTRO RAUL ARAÚJO
Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2014/0150177-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **MS 21.081 / DF**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 082011 20120020300915 44025 82011

PAUTA: 04/03/2015 JULGADO: 04/03/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator
Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária
Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	N D C M (MENOR)
REPR. POR	:	Y M D C
ADVOGADO	:	ARIEL GOMIDE FOINA
IMPETRADO	:	QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
INTERES.	:	UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.081 - DF (2014/0150177-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RAUL ARAÚJO**
IMPETRANTE	:	N D C M (MENOR)
REPR. POR	:	Y M D C
ADVOGADO	:	ARIEL GOMIDE FOINA
IMPETRADO	:	QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por menor impúbere, representado por sua mãe, contra ato judicial, decisão da colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no acórdão proferido no julgamento do RMS 44.025/DF, assim ementado:

> *DIREITO PROCESSUAL PENAL – INQUÉRITO POLICIAL – ARQUIVAMENTO PROMOVIDO PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DETERMINADO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA – INTERESSE DA VÍTIMA NA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL – MANDADO DE SEGURANÇA – NÃO CABIMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO.*
> *1. O Ministério Público é o titular da ação penal, cabendo a ele aferir a presença de justa causa, ressalvada a hipótese prevista pelo art. 28, do CPP.*
> *2. Na ação penal pública incondicionada, a vítima não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito.*
> *3. Recurso ordinário não provido.* (fl. 664)

Em suas razões, alega o ora impetrante (fls. 1/22):

> *"Assim sendo, ao tomar como razões de decidir, um parecer teratológico, que encontra-se em amplamente dissonância com o teor dos autos, e determinar o arquivamento do feito por ausência de materialidade que subsidiasse a justa causa da apuração penal, o Juízo violou direito líquido e certo da vítima de ver a apuração penal e o exercício da pretensão punitiva do Estado sobre o autor do fato.*
>
> *Inequívoco, pelo aqui exposto, que há materialidade no delito, ou seja, que o menor foi vítima de abusos, tendo tido a região anal penetrada por um dedo de forma a lhe causar lesões físicas aparentes, mas não tão duradouras ao ponto de permanecerem lá até o momento da realização do Exame de Corpo de Delito.*
>
> *Assim sendo, caberia ao Magistrado de 1º Grau, Autoridade Coatora do RMS 44025/DF aplicar o comando do art. 28 do CPP, face ao descompasso entre a manifestação de arquivamento e o teor dos autos, o que, ao não o fazer, viola a garantia da vítima ao devido processo legal e ao direito de ver a aplicação incondicional da Lei Penal.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, detalhadas acima as questões quanto a Materialidade do delito*

de abuso de vulnerável e indícios de autoria, ainda restam, sem prejuízo da apuração desta, ou em caráter alternativo, outras condutas constantes dos autos referentes a tipos penais distintos, sobre os quais o Ministério Público deveria ter exarado manifestação, mas permaneceu omisso e, com isso, a Decisão da Autoridade Coatora indicada no RMS 44025/DF que adota o Parecer ministerial como fundamento, tonou-se teratológica.

2.10.1 – Da conduta descrita no art. 340 e 339 do Código Penal Dentre tais condutas, a primeira, é a hipótese de falsa comunicação de crime ou denunciação caluniosa (art. 340 e 339 do Código Penal), com dolo deliberado de privar a Genitora do contato com o Menor, praticado pelo Genitor contra o Tio Materno, ao registrar ocorrência sobre abuso que não teria ocorrido (se for procedente a posição aqui combatida de que não houve materialidade).

(...)

2.10.2 – Da conduta descrita no art. 347 do Código Penal Outra conduta não analisada nos autos e penalmente relevante é a de Fraude Processual (art. 347 do Código Penal) pois resta evidente que o vídeo fornecido no Inquérito Policial não é integral (pois é de duração inferior ao mesmo vídeo fornecido à Vara de Infância e Juventude que foi confessadamente editado). Se nos autos do Processo Civil a prova pode ser selecionada pela parte da forma que melhor lhe convier, no Processo Penal o Genitor deveria ter apresentado o material de forma integral ou, ao menos, ter explicitado que o mesmo optou por excluir partes relevantes de tal prova.

(...)

Assim, ante todo o exposto, REQUER:

(...)

d) no mérito, que reconheça:

i) que o ato consubstanciado na Decisão de fl. 385, praticado pelo Juiz da Primeira Vara Criminal de Brasília, nos autos do Inquérito Policial 8/2011- DPCA, viola direito líquido e certo do IMPETANTE de ver aplicado ao caso o art. 28 do CPP (e, com isso, garantido o devido processo legal e seu interesse na aplicação da Lei Penal);

ii) que a teratologia da Decisão de fl. 385 do IP 08/2011-DPCA, deriva do descompasso (ou omissão) existente entre o Parecer de fl. 381/383 (que a Decisão adota como razões de decidir) e os fatos constantes dos autos do referido IP;

iii) que o Acórdão da Quinta Turma do STJ, ao julgar o RMS 44025/DF incorreu em ilegalidade ao permitir, mediante o improvimento do Recurso, o arquivamento do Inquérito mesmo face à existência, reconhecida no próprio Acórdão, de outras provas que, se não suficientes à Denúncia, ao menos, seriam suficientes para impedir o prematuro arquivamento do Inquérito sem antes aplicar-se o art. 28 do CPP;

iv) que o Acórdão da Quinta Turma do STJ, ao julgar o RMS 44025/DF incorreu em ilegalidade ao deixar de reconhecer a imprescindibilidade de o

ato do Juiz de 1º Grau, que aprecia a promoção de arquivamento, ser praticado na condição de controle de legalidade das Ações do Ministério

Público no âmbito da aplicação da Lei Penal, de forma que à Quinta Turma incorre em ilegalidade ao admitir o acolhimento do pedido de arquivamento mesmo face à existência, nos autos, de provas em sentido contrário aos fundamentos de fato adotados na Decisão que acolheu o pedido de arquivamento;

v) tudo para, no mérito, conceder a ordem deste writ *para reconhecer a ilegalidade do ato consubstanciado no Acórdão de julgamento do RMS 44025/DF praticado pela Quinta Turma e, com isso, reformar o mesmo para, provendo o Recurso em Mandado de Segurança, reconhecer a ilegalidade da decisão proferida pelo Juízo de 1º Grau à fl. 385 do IP 08/2011-DPCA, e determinar a aplicação do art. 28 do CPP ao caso com a remessa imediata do IP 08/2011-DPCA à Procuradoria Geral de Justiça do MPDFT."*

O eminente Ministro Gilson Dipp, então Relator, reconsiderando decisão anterior que negara seguimento ao *writ* (fls. 685/689), admitiu o mandado de segurança para melhor análise (fls. 721/723).

Autos atribuídos a este Relator em 2 de outubro de 2014.

Instada a se manifestar (fl. 739), a autoridade apontada como coatora apresentou informações às fls. 744/770.

Diante da manifestação de interesse da União, nos termos do art. 7º, II, da Lei 12.016/2009, este Relator determinou sua inclusão no feito.

A seguir, o d. órgão do Ministério Público Federal, reiterando o parecer de fls. 731/734, opinou pela denegação da ordem (fls. 785/786), afirmando o não cabimento do *mandamus* contra ato judicial, ausente teratologia ou flagrante ilegalidade. Asseverou, outrossim, que: "*da detida análise dos autos, irretocáveis os fundamentos expendidos no RMS 44.025/DF, na medida em que, compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública, sendo certo ser ele o seu exclusivo titular, nos exatos termos em que estabelece o artigo 129, inciso I, da Constituição da República, bem como o artigo 24 do Código de Processo Penal. Não houve teratologia alguma no decisum proferido pelo magistrado de primeira instância, que, seguindo requerimento ministerial devidamente fundamentado, arquivou inquérito policial, por compreender, de igual modo, não haver indícios mínimos da materialidade e autoria do crime, aptos a dar suporte ao oferecimento da denúncia. Por derradeiro, conforme bem asseverou a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, 'na ação penal pública incondicionada, a vítima não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito.' (fl. 667). Evidencia-se, portanto, a ausência de direito líquido e*

certo a ser amparado por esta estreita via".

Autos conclusos em 18 de fevereiro de 2015.

É o relatório.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.081 - DF (2014/0150177-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RAUL ARAÚJO**
IMPETRANTE	:	N D C M (MENOR)
REPR. POR	:	Y M D C
ADVOGADO	:	ARIEL GOMIDE FOINA
IMPETRADO	:	QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Colhe-se dos autos que o Juiz da 1ª Vara Criminal de Brasília-DF, atendendo a requerimento do Ministério Público, determinou o arquivamento de inquérito policial instaurado para investigar o possível cometimento de crime de estupro de vulnerável, tendo o órgão ministerial concluído que os elementos trazidos nos autos não revelavam a efetiva ocorrência do crime, tampouco a autoria delitiva, para fins de oferecimento da denúncia.

Divergindo do arquivamento, o ora impetrante, igualmente representado por sua genitora, impetrou anterior mandado de segurança perante o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Os fatos foram assim narrados no acórdão proferido pela Corte local:

> *"Segundo consta dos autos, o inquérito policial foi instaurado para apurar suposto crime de estupro de vulnerável, em razão da notícia trazida à autoridade policial pelo pai da vítima, de que na hora do banho esta referiu estar sentindo dor na região anal, tendo notado ali uma vermelhidão, e indagando da criança se alguém a teria machucado naquele local, respondeu que teria sido o tio materno, T., com o dedo. A conversa com a criança foi gravada pelo pai, em seu aparelho celular.*
>
> *Porém, no mesmo dia em que o pai alega ter notado tal fato, a criança foi submetida a exame de corpo de delito no IML, onde os peritos atestaram a ausência de lacerações, fissuras ou quaisquer outras alterações na região perianal, concluindo pela ausência de qualquer vestígio de ato libidinoso.*
>
> *A criança, por sua tenra idade, não foi entrevistada pelas agentes especializadas da DPCA.*
>
> *A psicóloga V. A. S., da Vara da Infância e da Juventude, relata ter conversado com a criança, seus pais e familiares, tendo o réu lhe mostrado a gravação de vídeo realizada em seu aparelho celular, no qual constatou que a região anal da criança estava bastante avermelhada, porém verificou que as perguntas do pai à criança foram bastante indutivas. Primeiro o pai teria perguntado à criança quem a teria machucado, tendo o menor respondido 'foi o papai'. É certo, porém, que essa primeira resposta, 'foi o papai', não consta da degravação juntada aos autos.*
>
> *Em seguida o pai perguntou-lhe se havia sido o tio T., se ele o havia*

machucado com o dedo, direcionando assim as respostas da criança, no sentido de afirmar que alguém a havia machucado no ânus com o dedo, e que esse alguém seria o tio T.

A outra psicóloga que atendeu a criança, N. R. O., em seu relatório (fls. 52/56), afirma não ser possível aquilatar se a criança foi ou não abusada, embora não tenha sido notado na criança qualquer comportamento que indique ter vivenciado um evento sexualmente traumático.

Diante dos parcos elementos de prova colhidos no inquérito, o Ministério Público entendeu que não havia sustentáculo para uma denúncia, eis que restaram duvidosas tanto a existência do crime quanto sua autoria.

O pedido de arquivamento está assim fundamentado, verbis*:*

> *'Trata-se de inquérito instaurado para apurar a suposta prática do estupro de vulnerável, tendo em vista que N. D. C. M. teria sofrido abuso sexual, consistente na manipulação de sua cavidade anal, causando dor e hiperemia. Verifica-se dos autos apesar de todas as diligências empreendidas não há provas suficientes do fato, uma vez que o laudo de exame de corpo de delito constatou ausência de vestígio de ato libidinoso. Está clara, contudo, uma forte manipulação da criança que sofre constantemente com os conflitos entre seus genitores. Consta dos autos que o genitor de N. D., teria verificado que seu filho, na época com 2 (dois) anos de idade apresentava a região anal com vermelhidão, tendo-o questionado, momento em que ele teria dito que havia sido molestado por seu tio materno, T. Contudo, não há provas de que o menor tenha sequer sido molestado sexualmente. Verifica-se que a psicóloga V. A. S. teria acompanhado N., somente na casa materna, oportunidade em que o menor teria afirmado que o autor das agressões seria seu pai, D. Verifica-se que a referida profissional não acompanhou o menor na casa do genitor, motivo pelo qual a entrevista estaria comprometida. Contudo, verifica-se do vídeo juntado aos autos que a entrevista de N. foi bastante clara no sentido de afirmar que o autor dos fatos seria T. A genitora do menor foi entrevistada e demonstrou bastante desconforto em dividir a guarda com o pai de N, corroborando o fato de que o menor sofre de alienação parental, tanto que a mãe do menor mantém registros constantes da visitas do pai, tentando afastá-lo de todas as formas do convívio com o filho. A única prova do fato seria o relatório de fls. 107/122, no qual a psicóloga conclui que há fortes indícios de toques ou tentativa de penetração no ânus da criança, tendo ele apontado o pai como o autor. Contudo, tal relato deve ter em conta os conflitos familiares e a tenra idade da criança. Além disso, há informações contraditórias no relatório, uma vez que afirma que N. teria afirmado do vídeo que o autor do fato teria sido o pai, o que não restou comprovado, conforme LAUDO DE EXAME DE IMAGEM E VÍDEO (FLS.*

> *315), no qual a criança relata claramente que o fato teria sido praticado por T. Assim, não há indícios mínimos de materialidade do crime a embasar oferecimento da denúncia, uma vez que não há sequer comprovação medida de que a criança tenha efetivamente sofrido qualquer abuso, podendo ter sido facilmente manipulada. Além disso, verifica-se que a criança sequer foi submetida a laudo de perícia psicológica por parte da DPCA em razão de sua tenra idade, não tendo sido constatado qualquer indício de trauma psicológico. Nesse diapasão, é sabido que para o oferecimento da denúncia, mister a presença de justa causa, consistente na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Diante do exposto, à vista da manifesta falta de interesse processual a amparar o oferecimento de denúncia, o Ministério Público promove o arquivamento do inquérito policial nos termos do art. 385, inciso III, do Código de Processo Penal'.*
>
> *O requerimento foi acatado pelo juiz de primeiro grau, que determinou o arquivamento adotando para decidir as razões expostas pelo Ministério Público."* (fls. 588/595)

Daí, denegado o *writ*, foi interposto recurso ordinário também pela vítima do suposto delito, representado por sua genitora, o que resultou no v. acórdão de fls. 664/670, apontado como ato coator no presente *mandamus* (RMS 44.025/DF). O voto condutor do referido acórdão tem o seguinte teor:

> *"O recurso não merece provimento.*
>
> *Ainda que seja compreensível o ânimo litigante da família de menor de tenra idade que supostamente foi vítima de crime contra sua dignidade sexual, não vislumbro teratologia, ilegalidade ou abuso de poder na determinação de arquivamento do inquérito policial que apurava tal ilícito.*
>
> *O Ministério Público é o titular da ação penal, cabendo a ele aferir a presença de justa causa, ressalvada a hipótese prevista pelo art. 28, do CPP. Nesse sentido:*
>
> (...)
>
> *A regra do art. 28, do CPP, deve ser aplicada apenas na hipótese de o Magistrado discordar do membro do Parquet no tocante às razões da promoção de arquivamento, o que não se deu no caso dos autos. Na ação penal pública incondicionada, a vítima não tem direito líquido e certo a impedir o arquivamento do inquérito. Colaciono precedente:*
>
> (...)
>
> *Por fim, vale salientar que os elementos dos autos não permitem afirmar a materialidade do crime. É certo que os laudos psicológicos indicam a possibilidade da violência sexual, mas o exame pericial realizado na exata data em que os fatos teriam ocorrido foi categórico no*

tocante à inexistência de vestígios de atos libidinosos (fls. 36/37).

Não vislumbro, portanto, nenhuma teratologia, ilegalidade ou abuso de poder que justificaria a concessão da segurança.

Nessas condições, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso ordinário em mandado de segurança." (fls. 668/670)

Cumpre, inicialmente, transcrever as normas pertinentes:

Da Constituição Federal:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a ***independência funcional.***
(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
(...)
VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Do Código de Processo Penal:

Art. 16. O ***Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências,*** *imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.*
(...)

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.*
(...)

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.
(...)

> *Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.*
> (...)
>
> *Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.*

Das disposições legais, tem-se que, concluído o inquérito policial, encaminhados os autos ao Ministério Público, deve o *Parquet:*

a) entendendo necessárias novas investigações para melhor apuração do fato e de sua autoria (CPP, arts. 16 e 47), requerer ao Juiz o retorno dos autos à autoridade policial para que sejam providenciadas as diligências requisitadas (CPP, art. 16);

b) não identificando a necessidade de novas diligências, por terem sido colhidos na investigação indícios suficientes, caberá ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal pública, oferecer a denúncia (CF, art. 129, I; CPP, art. 24); ou,

c) diante da inviabilidade de requerer novas diligências, em face da investigação infrutífera, solicitar o arquivamento do inquérito ou das peças de informação (CPP, art. 28), como sucedeu no caso em exame.

Considerando que o processo penal rege-se pelo princípio da obrigatoriedade, uma vez convencido o Ministério Público da materialidade e da autoria delitivas, da presença das condições da ação, dos pressupostos processuais e da ausência de qualquer causa extintiva da punibilidade, tem o dever de ajuizar a ação penal contra todos aqueles que, após apuração dos fatos, estejam na condição de indiciados como prováveis autores, coautores ou partícipes na infração penal. A propositura da ação penal pública constitui um dever, e não uma faculdade, não sendo reservado ao *Parquet* um juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade de seu ajuizamento.

Por outro lado, não verificando o Ministério Público material probatório convincente para corroborar a materialidade do delito ou a autoria delitiva ou entender pela atipicidade da

conduta, pela existência de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ou, ainda, pela extinção da punibilidade, pode requerer perante o Juiz o arquivamento do inquérito ou das peças de informação. O magistrado, concordando com o requerimento, deve determinar o arquivamento, que prevalecerá, salvo no caso de novas provas surgirem a viabilizar o prosseguimento das investigações pela autoridade policial (CPP, art. 18). Se discordar, porém, deve o magistrado encaminhar o pedido de arquivamento, com o inquérito ou peças de informação, à consideração do Procurador-Geral de Justiça, o qual deverá: a) oferecer a denúncia, ou designar outro órgão ministerial para fazê-lo; ou b) insistir no arquivamento, estando, nessa última hipótese, obrigado o Juiz a atender. Poderá, ainda, o Procurador-Geral requerer novas diligências investigatórias.

Há, portanto, um sistema de controle de legalidade muito técnico e rigoroso em relação ao arquivamento de inquérito policial, inerente ao próprio sistema acusatório.

No exercício da atividade jurisdicional, o Juiz, considerando os elementos trazidos nos autos de inquérito ou nas peças de informações, tem o poder-dever de anuir ou discordar do pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público. Não há, porém, obrigação de, em qualquer hipótese, remeter os autos para nova apreciação do Procurador-Geral.

Assim, se constatar pertinência nos fundamentos do pedido de arquivamento, o Juiz terá o poder-dever de promover o arquivamento, não cabendo contra essa decisão recurso.

No sistema processual penal vigente, a função jurisdicional não contempla a iniciativa acusatória, de maneira que, do mesmo modo que não poderá o Juiz autoprovocar a jurisdição, não poderá obrigar o Ministério Público, diante de sua independência funcional, a oferecer a denúncia ou a ter, em toda e qualquer hipótese, reexaminado o pedido de arquivamento pela instância superior, o respectivo Procurador-Geral.

Ao Ministério Público cabe formar a *opinio delicti* e, se entender devido, oferecer a denúncia. Desse modo, uma vez verificada, como ocorreu na hipótese em exame, a inexistência de elementos mínimos que corroborem a autoria e a materialidade delitivas, pode o *Parquet* requerer o arquivamento do inquérito e o Juiz, por consequência, avaliar se concorda ou não com a promoção ministerial. Uma vez anuindo, fica afastado o procedimento previsto no art. 28 do Código de Processo Penal, sem que, com isso, seja violado direito líquido e certo da possível vítima de crime de ver processado seu suposto ofensor.

A corroborar essa compreensão, pode ser citado o seguinte precedente desta Corte de Justiça:

> *RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO PENAL INCONDICIONADA. CRIME DE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO. MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQÜIDO E CERTO.*
> *Segundo a previsão do art. 129, I, da Constituição Federal, cabe exclusivamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal, não sendo certo admitir-se possível interesse subjetivo de pessoa supostamente vítima do delito quanto à obrigatoriedade da ação.*
> *No caso, uma vez solicitado pelo* parquet *e determinado pelo juiz o arquivamento dos autos do inquérito, porque já consagrada a extinção da punibilidade em outro processo, não se é de imaginar a abertura da via mandamental em proveito de pessoa supostamente interessada.*
> *Além do que a situação não permite a realização do procedimento previsto no art. 28 do CPP, tendo em vista a inexistência de discrepância entre o entendimento do titular da ação penal e a decisão do ente jurisdicional.*
> *Recurso improvido.*
> (RMS 12.572/SP, Sexta Turma, Rel. **Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJ de 10/9/2007)

Na hipótese em exame, a manifestação do Promotor de Justiça pelo arquivamento do inquérito policial foi devidamente fundamentada, apontando as razões pelas quais se entendia não haver indícios mínimos de materialidade e autoria delitivas.

Ademais, diante da impetração do anterior *mandamus*, maiores controles foram ainda exercidos quanto ao arquivamento do inquérito policial, pois os reexames do procedimento pelo Tribunal Local e, em seguida, pela eg. Quinta Turma do STJ, sempre precedidos de pareceres do Ministério Público, por certo conferiram refinada revisão da medida atacada pelo impetrante, superando, talvez, o pretendido reexame do caso exclusivamente pelo Procurador-Geral da Justiça, que a aplicação da norma do art. 28 do CPP daria lugar.

Nesta oportunidade, na qual também já se tem nova manifestação ministerial pela denegação da ordem, sustenta o autor existir teratologia na decisão atacada, ao confirmar as anteriores atuações judiciais e ministeriais também manifestamente ilegais ou teratológicas. Não é, porém, o que se constata.

Com efeito, a decisão que determinou o arquivamento do inquérito, com fundamento na manifestação do órgão acusatório, bem assim as decisões judiciais que a sucederam e a referendaram, embasaram-se nas provas colhidas na fase inquisitorial, entre as quais o laudo de exame de corpo de delito, realizado no mesmo dia da constatação do fato, que, contudo, não encontrou elementos mínimos que conduzissem ao reconhecimento da materialidade delitiva.

O ora impetrante pretende contrariar o referido laudo de exame físico invocando pareceres de psicólogos que entrevistaram a criança e afirmaram existir fortes indícios de toques físicos no menor. É evidente, no entanto, que o choque entre o laudo pericial de corpo de delito e o laudo psicológico não confere certeza quanto à ocorrência do ilícito penal.

Por outro lado, também não foram encontrados indícios mínimos que pudessem definir a autoria delitiva para fins de oferecimento da denúncia pelo órgão acusador. E esse é o ponto que se entende mais relevante a obstar o membro do *Parquet* de oferecer a peça acusatória a qual, além de demandar a suficiência na descrição dos fatos, exige identificação precisa de seus autores. Tanto as provas preliminares colhidas como as afirmações trazidas pelo impetrante no presente *mandamus* ensejam dúvidas quanto à autoria do delito investigado, havendo indícios ora sugerindo que o abuso sexual fora perpetrado pelo próprio pai e noticiador do crime perante a autoridade policial, ora pelo tio materno.

A própria impetrante, em sua petição, não chega a afirmar categoricamente de quem seria a autoria, embora sugira que seria do pai da criança. Não se pode esquecer, porém, que o impetrante acha-se representado por sua genitora, a qual litiga com o pai do menor, no juízo de família, acerca dos direitos de guarda e de visitas. Há, outrossim, nos autos até mesmo informação de impor-se à criança alienação parental, não podendo ser desconsiderado o fato de que uma criança de dois anos de idade é muito suscetível a manipulação psicológica.

Ademais, a petição do *mandamus* também não indica quais novas diligências poderia o órgão do Ministério Público ter requisitado à autoridade policial para viabilizar a identificação precisa da autoria e a materialidade delitiva.

É oportuno salientar que o impetrante insiste na existência de adulteração de prova, consubstanciada em vídeo gravado pelo pai em que a criança supostamente aponta o crime e sua autoria. Esse tópico foi avaliado pelo magistrado, ao determinar o arquivamento dos autos de inquérito, tendo concluído, na oportunidade, não ter sido constatada pelo laudo da perícia produzido em incidente de falsidade nenhuma manipulação do referido vídeo (fl. 569).

Enfim, embora possa existir equívoco na decisão judicial atacada, certo é que inexiste teratologia ou manifesta ilegalidade diante do quadro de dúvida e de imprecisão que se logrou colher nas investigações realizadas.

Não há, portanto, no caso dos autos, ilegalidade, teratologia ou abuso de poder no

ato apontado como coator, qual seja o acórdão proferido no RMS 44.025/DF, que confirmou a denegação do primeiro *mandamus*.

Cumpre salientar, por oportuno, que, se a vítima ou qualquer outra pessoa trouxer novas informações que justifiquem a reabertura do inquérito, pode a autoridade policial proceder a novas investigações, nos termos do citado art. 18 do Código de Processo Penal.

Nada obsta, ademais, que, surgindo novos elementos aptos a ensejar a persecução criminal, sejam tomadas as providências cabíveis pelo órgão ministerial, inclusive com a abertura de investigação e o oferecimento de denúncia.

Diante do exposto, denega-se a segurança.

Custas *ex legis*. Sem honorários advocatícios.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2014/0150177-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **MS 21.081 / DF**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 082011 20120020300915 44025 82011

PAUTA: 17/06/2015 JULGADO: 17/06/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator
Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretária
Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	N D C M (MENOR)
REPR. POR	:	Y M D C
ADVOGADO	:	ARIEL GOMIDE FOINA
IMPETRADO	:	QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
INTERES.	:	UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sutentou oralmente, pelo impetrante, o Dr. Ariel Gomide Foina.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho.