

Queixa-crime subsidiária e ação penal popular: análise de um caso concreto

Diaulas Costa Ribeiro

Promotor de Justiça Titular da Pró-Vida, Doutor e Pós-Doutor em Direito e Bioética, Professor Titular da Universidade Católica e da Uniplac-Brasília.
Repúdio ministerial à queixa-crime subsidiária 8ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, DF. Autos nº 2009.01.1.096513-9

QUERELANTES: Dácio Rogério Vieira dos Santos e Sibelle Verônica Batista Vieira

QUERELADOS: Isis Maria Quezado Soares Magalhães, Paula Maria de Azevedo Allemand Lopes, Raquel Alves Toscano e José Carlos Martins Córdoba

O MINISTÉRIO PÚBLICO, nos termos do art. 29 do Código de Processo Penal, **REPUDIA** a *queixa-crime subsidiária* apresentada contra os querelados, aos quais os querelantes atribuem, de forma genérica, erro médico que teria causado a morte de sua filha, uma criança de cerca de 3 anos de idade.

As peças de informações sobre os fatos relatados na inicial foram formalmente apresentadas pelos querelantes a esta Promotoria de Justiça, que, dentro de suas atribuições legais, instaurou o Procedimento nº 08190.008121/06-53, onde foram atuadas. Após exaustiva análise dos fatos, com ampla complementação de informações, incluindo-se a oitiva das testemunhas indicadas pelos querelantes, foi emitido Parecer Médico-Legal relatado pelo Médico Legista Rodrigo N. Avellar Fonseca e referendado pelos Médicos Paulo de Sousa Montenegro e André Ricardo Meinicke, todos Assessores do Ministério Público, no qual concluiu-se que não houve erro médico por falta denexo causal entre supostas ações e omissões de profissionais de saúde, e o resultado. A morte decorreu de outras causas.

As atribuições desta Promotoria de Justiça estão previstas na Resolução 90/09, de 14 de Setembro de 2009, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (*DOU n°203, Seção 1, pág. 104 a 117, de 23/OUT/09*), que, na essência, repetiu o teor da Portaria n° 500, de 26 de Maio de 2006, do Procurador-Geral de Justiça, a saber:

Art. 27. Às Promotorias de Justiça Criminais de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde – Pró-Vida, competem as atribuições previstas nos arts. 2º e 11 desta Portaria, e ainda:

I. investigar ou dirigir a investigação de todas as infrações penais que resultarem perigo ou dano à vida ou à saúde de pessoa humana determinada, resultante da ação ou omissão individual ou associada de médico, odontólogo, enfermeiro, auxiliar de enfermagem, farmacêutico, biólogo, fisioterapeuta ou outro profissional de saúde;

II. investigar ou dirigir a investigação de todas as infrações penais resultantes da prática ilegal de qualquer das profissões mencionadas no inciso anterior, bem como as que resultarem perigo ou dano à vida ou à saúde de pessoa humana determinada, resultante da prática ilegal de qualquer dessas profissões;

III. investigar ou dirigir a investigação de todas as infrações penais conexas com as infrações definidas nos incisos anteriores;

IV. promover e acompanhar a ação penal, em primeiro grau de jurisdição, relativa aos crimes mencionados nos incisos anteriores;

V. *promover o arquivamento das peças de informação, procedimentos de investigação criminal, procedimentos administrativos e outros procedimentos de sua atribuição que instaurar, assim como dos inquéritos policiais, todos relativos aos crimes mencionados nos incisos I e II.*

Em 6 de Dezembro de 2007, enquanto Titular da Pró-Vida, após a conclusão e análise do inteiro teor dos autos n° 08190.008121/06-53, determinei o arquivamento dessas peças de informação e submeti a decisão à revisão hierárquica da 2ª *Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal*, onde, por autorização do Relator, Procurador de Justiça Eduardo Albuquerque, os querelantes tiveram oportunidade de manifestar irresignação contra essa decisão, tendo, inclusive, requerido diligências, como consta da cópia integral do procedimento juntada à

queixa-crime¹.

Confiro o Enunciado n° 36, do Conselho Institucional das Câmaras de Revisão:

ENUNCIADO N° 36: Cabe ao próprio promotor de justiça, com atribuição para atuar no feito, promover o arquivamento dos procedimentos administrativos que versem sobre matéria criminal, instaurados no âmbito do Ministério Público e ainda não jurisdicionados, submetendo o feito à Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal, nos termos do inciso IV, do artigo 171, da Lei Complementar n° 75/93. (PA n° 08190.061164/97-11) (Antigo enunciado 16).²

Afinal, em 3 de Fevereiro de 2009 a 2ª Câmara de Revisão Criminal, cumprindo o seu Regimento Interno, editado pelo Conselho Superior,³ e as disposições do art. 171, IV da Lei Complementar n° 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU),⁴ cuja inovação convive com o sistema instituído pelo Código de Processo Penal (art. 28), homologou a promoção de arquivamento. Dispõe o Regimento Interno que:

Art. 4º Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: [...]

IV - homologar a promoção de arquivamento de inquérito civil, procedimento de investigação preliminar ou peças de informação ou designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo (art. 171, inc. IV, LC 75/93);

¹ Código de Processo Penal, 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.

² BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Enunciados, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=696&Itemid=231>. Acesso em 30 mar. 2010.

³ Regimento Interno das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:

⁴ Lei Complementar n° 75/93 (LOMPU)

Art. 171. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: [...]

IV - homologar a promoção de arquivamento de inquérito civil ou peças de informação ou designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo; [...]

V - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral.

[...]

Art. 4º Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão:

I - promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais que atuem em cargos ligados ao setor de sua competência, observado o princípio da independência funcional;

II - manter intercâmbio com órgãos ou entidades que atuem em áreas afins;

III - encaminhar informações técnico-jurídicas aos órgãos institucionais que atuem em seu setor;

IV - homologar a promoção de arquivamento de inquérito civil, procedimento de investigação preliminar ou peças de informação ou designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo (art. 171, inc. IV, LC 75/93);

V - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar, procedimento de investigação criminal ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral (art. 171, inc. V, LC 75/93);

VI - resolver sobre a distribuição especial de inquéritos, feitos e procedimentos, quando a matéria, por sua natureza ou relevância, assim o exigir;

VII - resolver sobre a distribuição especial de feitos que, por sua contínua reiteração, devam receber tratamento uniforme;

VIII - decidir os conflitos de atribuições entre os órgãos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

IX - decidir os recursos interpostos contra o indeferimento de pedido de instauração de inquérito civil público ou de seu procedimento preparatório, formulado mediante representação;

Parágrafo único. A competência fixada nos incisos VI e VII será exercida segundo critérios objetivos previamente estabelecidos pelo Conselho Superior.

Art. 5º Na hipótese do inciso IV do artigo 4º, os eventuais interessados poderão apresentar razões escritas ou documentos até a sessão que irá decidir a promoção de arquivamento.

Parágrafo único. A Câmara poderá homologar ou rejeitar tal promoção de arquivamento. Em caso de não homologar, poderá converter o julgamento em diligência, especificando-a ao órgão competente, ou deliberar fundamentadamente pelo prosseguimento do feito, designando outro membro do Ministério Público para atuar.

Art. 6º Para os efeitos do inciso V do artigo 4º, consideram-se peças de informação quaisquer documentos públicos ou particulares que integrem procedimentos administrativos instaurados no âmbito do Ministério Público ou não, petições e representações, com ou sem distribuição judicial, que sejam referentes a fatos típicos penais e estejam afetos à atribuição legal de órgãos do Ministério Público.

Esse controle interno do Ministério Público sobre a decisão de não promoção da ação penal e de arquivamento das peças de informação, sob a fiscalização de um colegiado superior, da própria instituição, não ofende o sistema processual acusatório instituído pela Constituição Federal de 1988 e não está sujeito ao controle externo do Poder Judiciário. A disposição constitucional invocada pelos querelantes (art. 5º, LXI – Sic)⁵ não tem qualquer pertinência com o arquivamento de peças de informação ou de inquérito policial, não socorrendo interesse privado de vítimas de crime.

Também não se aplica o disposto no inciso XXXV⁶ do mesmo artigo porque o interesse jurídico na promoção da ação penal pública não é da vítima, mas do Estado-Ministério Público, não se confundindo interesse jurídico com mera vontade pessoal de ver processadas algumas pessoas, essência de um modelo próprio de vingança privada.

O Direito Penal deve ser apenas um instrumento do Estado; instrumento que assegure o interesse social permanente em manter a estabilidade da ordem jurídica, sem perder de vista os direitos individuais, mormente os integrados ao conceito de *direitos humanos de primeira geração*, correspondentes ao ideal de *liberdade* da Revolução Francesa. Portanto, não pode ser usado pelo particular; não pode servir ao interesse privado, já que existem no sistema jurídico nacional instrumentos adequados a ele.

Por nuestra parte, creemos que la institución de la querrela está destinada a desaparecer de los códigos, por ser un resto de antiguas concepciones, un vestigio anacrónico de la pena privada. El Estado moderno, único titular celoso de la potestad punitiva, no puede ni debe delegar este poder a nadie, aunque sea en su disponibilidad procesal. No nos persuade la afirmación de que, a pesar de la querrela, la acción penal sigue siendo pública, por ser público el interés que persigue, y por ser público el órgano (Ministerio Público) a que se confía ese ejercicio. En efecto, la institución de la querrela, al conferir preponderancia, aunque solo sea en algunos delitos, a la voluntad privada, abre un portillo en el

⁵ Constituição Federal, art. 5º

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

⁶ Constituição Federal, art. 5º

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

principio de autoridad del Estado moderno, y, lo que es todavía peor, pone a este al servicio de intereses privados, a veces innobles e inconfesables. Solo al Estado compete decidir cuando se debe castigar o no castigar, proceder o no proceder. El Estado, que ya tiene a su disposición instituciones que mitigan el rigor de la pena (como el perdón judicial, la suspensión condicional, la libertad condicional y la oblación voluntaria), puede, con otras formas de renuncia, intervenir a favor de casos merecedores de especial consideración, pero no debe permitir jamás que la voluntad privada estorbe o paralice su misión de justicia.⁷

A disposição sobre a perseguição individual para a aplicação de sanção penal é “matéria reservada ao Estado, representante do interesse público da perseguição do ilícito, nos seus aspectos de Direito Público”. Em face do art. 129, I da Constituição Federal, a promoção da ação penal é atribuição privativa do Ministério Público, não podendo o cidadão, *ut civis*, assumir qualquer substituição processual, salvo o disposto no inciso LIX do art. 5º da Constituição, com a ressalva de sua incompatibilidade teleológica e sistemática superveniente, com a criação do Conselho Nacional do Ministério Público e a instituição de um novo modelo de controle da inércia ministerial.

Assim, não há lesão a direito da vítima a ser protegido pela via da ação penal. Registre-se que o direito de dimensão privada, decorrente do fato narrado na queixa-crime, está sendo defendido em ação civil já ajuizada, onde os querelantes buscam indenização (Processo nº 2007.01.1.138226-8, 15ª Vara Cível de Brasília).

Ao contrário dos conceitos invocados na inicial, nenhuma dependência há entre o *princípio acusatório* e o controle extrajudicial das decisões ministeriais de não se promover ação penal. A Constituição Federal, ao assegurar o controle externo da inércia (*frise-se: inércia*) do Ministério Público por meio da ação penal privada subsidiária, não condicionou nem instituiu um modelo de arquivamento da investigação como delimitador do cabimento da ação privada. Ao admitir a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, o Constituinte não se comprometeu com qualquer solução processual para o arquivamento, sendo constitucional o mecanismo de controle interno das

⁷ RIBEIRO, Diulas Costa. Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

decisões que determinam o arquivamento de peças de informação, como ainda é constitucional o modelo instituído pelo art. 28 do Código de Processo Penal, restrito, contudo, ao inquérito policial. Nos dois modelos, a decisão final de promover ou não promover a ação penal é do Ministério Público.

Além de constitucional, o modelo instituído pela LOMPU, que conta mais de 16 anos de plena aplicação em três dos quatro ramos do Ministério Público da União, é mais consentâneo com o sistema acusatório, que sofre de desnaturação quando o Poder Judiciário oficia no mérito do arquivamento do inquérito policial, o que entre nós sobrevive ante a falta de atualização do Código de Processo Penal, que não adotou, por razões absolutamente compreensíveis à sua época, o sistema que agora foi introduzido e reconhecido.

Desde o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, de 1983, elaborado por José Frederico Marques, em 1970, havia propostas para se retirarem do sistema brasileiro procedimentos inquisitoriais introduzidos pelo código ainda vigente, com os quais acabaram por se *acostumar* os juristas brasileiros. Esse anteprojeto colocava o processo penal em “harmonia com o sistema acusatório por ele adotado, retirando do juiz a competência para insurgir contra a atitude assumida pelo titular do *jus accusationis*, eliminando a posição incômoda e incompatível de figura recorrente ao procurador-geral (CPP, art. 28), por não se resignar com a ausência de promoção da ação penal. Ficaria, portanto, o juiz, exclusivamente no mister de julgar, sem se imiscuir na faina acusatória que fica dependente de seu ulterior julgamento”.

O próprio José Frederico Marques justificou essas mudanças:

O saudosismo do processo inquisitório é que pretende manter, no juiz, o controle último sobre a tutela penal, e isso em detrimento da própria atividade jurisdicional, que deve estar imune de funções, ainda que acessórias, que possam comprometer a imparcialidade do magistrado. Uma vez que hoje o Ministério Público está em condições de ser o órgão do Estado encarregado da tutela penal, o juiz deve ficar exclusivamente na sua posição de órgão jurisdicional.⁸

⁸ Ibid.

Em 2000, em mais um anteprojeto do Código de Processo Penal, apenas as medidas cautelares contra os direitos individuais – prisão, busca e apreensão domiciliares, interceptação telefônica etc. – ficaram reservadas ao juiz. Esse, por sua vez, nenhuma interferência teria em relação à promoção da ação penal ou ao arquivamento do inquérito, que passaria a ser processado no âmbito interno do Ministério Público, sob fiscalização de órgão superior da instituição.

Esse órgão – no Ministério Público da União já existe por criação da Lei Complementar nº 75/93: é a Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal – poderá homologar o arquivamento ou designar outro membro para oferecer a acusação. Esse modelo é idêntico ao português, admitindo, inclusive, a participação da vítima no trâmite do arquivamento.

A sociedade deve ser motivada a confiar nas decisões tomadas pelo Ministério Público. Se este decidir pelo arquivamento do inquérito ou da ação penal, o caso estará encerrado sem julgamento do mérito. Entretanto, em situações excepcionais, e dentro do prazo prescricional, poderá rever sua decisão e iniciar ou reabrir a ação penal, particularmente se a infração for grave. Essas razões incluem: a) casos em que a decisão original demonstrar manifesto equívoco, não se justificando sua manutenção; b) casos em que a ação penal se interrompa até que sejam coligidas e preparadas outras provas que assegurem um julgamento justo em um futuro próximo. Nesses casos o promotor deverá comunicar ao acusado que a ação penal poderá prosseguir; c) casos em que a acusação se interrompa por falta de provas, que, entretanto, podem surgir depois.⁹

O anteprojeto do Código de Processo Penal, de 2009, elaborado pela Comissão instituída pelo Senado Federal (Criada na forma do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº (s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº (s) 11, 17 e 18, de 2008), adotou a mesma solução, transferindo para o Ministério Público o arquivamento do inquérito policial:

Do arquivamento

Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal

⁹ Ibid.

no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

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

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

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

Art. 39. Arquivados os autos do inquérito por falta de base para a denúncia, e, surgindo posteriormente notícia de outros elementos informativos, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, de ofício ou mediante requisição do Ministério Público.

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

O princípio acusatório transferiu ao Ministério Público a disposição sobre os interesses sociais atingidos pela infração penal e a decisão pela necessidade de buscar a restrição de direitos individuais do infrator pela via da ação penal, afastando, assim, a intervenção judicial no controle dessa decisão ministerial de não perseguir direitos individuais.

O sistema acusatório procura a igualdade de poderes de atuação processual entre a acusação e a defesa, ficando o julgador numa situação de independência, super partes, apenas interessado na apreciação objetiva do caso que lhe é submetido pela acusação. O processo inicia-se com a acusação e desenvolve-se com pleno contraditório entre as partes perante a passividade do juiz, caracterizando-se, pois, essencialmente por ser uma disputa entre duas partes, uma espécie de

duelo judiciário entre a acusação e a defesa, disciplinado por um terceiro, o juiz ou tribunal, que ocupa uma situação de supremacia e de independência relativamente ao acusador e ao acusado, e não pode promover o processo (ne procedat iudex ex-officio), nem condenar para além da acusação (sententia debet esse conformis libello).¹⁰

Logo, conclui-se, onde não há ação penal instaurada, não há falar-se em sistema acusatório.

Sobre o princípio acusatório, revejo oportuna decisão do Supremo Tribunal Federal:

Ementa. I – As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem unum numerus clausus.

II – Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes.

III – Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária.

IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal.

V – O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional.

VI - Ordem denegada. (HC 92893-ES, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 2/10/2008, DJ nº 236 de 12/12/2008).

Nessa linha, o modelo previsto na LOMPU, e repetido na Lei nº 8.625/93, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, conforma-se às inteiras com a separação das funções do titular da ação penal com as funções próprias do Poder Judiciário, tema que abordei no livro referido nas notas de fim: – No Brasil,

¹⁰ SILVA, Germano Marques da. Curso de Processo Penal. Lisboa: Verbo, 1993. v. 1 (3).

especificamente no Ministério Público da União, essas *decisões não-judiciais de proteção específica de direitos individuais* – tanto as de arquivamento como todas as demais decisões terminativas ditadas pelo Ministério Público – estão sujeitas a um recurso julgado por um colegiado denominado *Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Civil ou Criminal*, formado por três membros da instituição, havendo subdivisões especializadas dessas Câmaras. Mesmo não retirando direitos individuais, esse novo desenho funcional do Ministério Público assegurou o duplo grau de jurisdição.¹¹

O reflexo salutar dessa separação pode ser medido pelas palavras de Francesco Carnelutti:

A acusação é e não é um juízo: é logicamente, mas não juridicamente, um juízo; é, em outros termos, a proposta ou o projeto de um juízo, e assim um juízo dirigido a determinar o juízo alheio. Sua diferença do juízo é mais propriamente causal, ou melhor, final, do que formal; o acusador faz aquilo que faz o juiz para julgar, mas não com o mesmo fim; este pronuncia, ao passo que aquele propõe-lhe o juízo. Em última análise, sem embargo, a diversidade do fim reage sobre a natureza dos meios empregados para atingi-lo, e, por isso, a diferença final converte-se numa diferença formal. O primeiro objetivo do que tem de verificar a suspeita de um delito é, com efeito, o de buscar as razões que demonstram seu fundamento ou falta de fundamento e, visto que as razões se desenvolvem pelas provas, de buscar as provas; [...] Observe-se que a busca implica um movimento, como resulta da palavra mesma, in-dagar, in-vestigar; e assim um trabalho, psíquico e amíu de físico, o qual pode alterar o juízo no sentido de que o que busca pode ser levado a uma superavaliação dos resultados da busca; é inevitável e até indispensável que aquele que busca se apaixone durante a procura, desenhando-se nele um interesse em seu êxito; mas uma tal disposição de ânimo, se favorece a busca, prejudica a valoração; melhor que os resultados de nossa própria se avaliam os resultados da busca alheia. Todo o juízo, verdadeiramente, implica tanto a busca como a valoração; julga também o acusador, depois de haver buscado; indaga também o juiz antes de valorar [...] ¹²

¹¹ RIBEIRO, op. cit.

¹² CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre o processo penal. Tradutor: Francisco José

No processo de formação da opinio delicti o Ministério Público faz um juízo privativo sobre os interesses sociais eventualmente atingidos pela conduta do indivíduo (magistratura pró-sociedade), proferindo, ao final, uma decisão, que pode eventualmente ser terminativa, como ocorre na hipótese do arquivamento das próprias investigações, das peças de informação que coleciona para qualquer fim.

O aspecto definitivo das decisões do Ministério Público foi observado por Claus Roxin, ao afirmar que “o membro do Ministério Público não é um juiz, porque não pode ditar sentenças com força de coisa julgada, mas a sua atuação e atividade correspondem à do juiz qualitativamente, na medida em que é orientado, da mesma maneira, para o valor jurídico.”

Essa conclusão teve como referência o modelo empírico-primitivo de Ministério Público ainda predominante na Europa; o modelo adotado no Brasil está mais identificado com o pensamento de José Narciso da Cunha Rodrigues: “Acentua-se a independência recíproca dos magistrados judiciais e da magistratura do Ministério Público, olvidando que ambas as magistraturas têm missão substancialmente idêntica, como órgãos de justiça – a realização da justiça.” Uma e outra, nos limites dessas competências, ditam decisões com trânsito em julgado, posição que é compartilhada pelo então Procurador-Geral da República portuguesa:

As decisões do Ministério Público não são definitivas. Numa síntese simplificadora, diria que só o são quando não estão em causa direitos ou interesses individuais. Existindo estes direitos e interesses, intervém sempre um juiz de cuja decisão existe, por regra, recurso.¹³

La garantie judiciaire, leciona Jean Volff, signifie alors que le parquet doit être contrôlé lui-même par un juge, chaque fois que les droits fondamentaux de la personne sont concernés (liberté, vie privée...). Un premier moyen serait d’assurer une certaine As decisões do Ministério Público não são definitivas. Numa síntese simplificadora, diria que só o são quando não estão em causa direitos ou interesses individuais. Existindo estes direitos e interesses, intervém sempre um juiz de cuja decisão existe, por regra, recurso.¹³

La garantie judiciaire, leciona Jean Volff, signifie alors que le parquet doit être contrôlé lui-même par un juge, chaque fois que les droits fondamentaux de la personne sont concernés (liberté, vie privée...). Un premier moyen serait d’assurer une certaine transparence des critères de poursuite et de classement du ministère public. Les procureurs de la République pourraient être astreints à la publication périodique des critères qu’ils entendent utiliser, les procureurs généraux assurant la cohérence de ceux-ci dans le ressort de leurs cours respectives. Les Anglais, à juste titre semble-t-il, ont imposé une telle obligation au Crown Prosecution Service, leur ébauche de ministère public. La second, moyen serait l’instauration d’un recours crédible contre les décisions de classement d’un procureur de la République. A la suite du recours hiérarchique auprès du procureur général qui existe déjà et en cas d’insuccès de celui-ci, la personne que si prétend victime d’une infraction devrait pouvoir saisir une instance supérieure, de préférence collégiale et nationale. Il pourrait s’agir en l’occurrence du procureur général près la Cour de cassation, assisté de ses avocats généraux.¹⁴

De outro lado, afastado desse primeiro julgamento, o Juiz preserva-se distante dos fatos para, na hipótese de promoção da ação penal, julgar com neutralidade, cumprir sua função de guardião dos direitos individuais do acusado (*magistratura pró-indivíduo*).

Cumprе ressaltar que o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que não tem sede constitucional, foi flexibilizado por inovações legislativas que introduziram o princípio mitigado da oportunidade (*por exemplo, a Lei nº 9.099/95, que introduziu situações de desjudicialização da solução de conflitos penais*) e não se contrapõe ao princípio acusatório, não sendo antagônicos nem complementares, mesmo porque não se concebe que o Ministério Público possa ser compelido a denunciar quando houver decidido, em juízo autônomo, privativo e motivado, em sentido contrário.¹⁵

¹⁴ VOLFF, Jean. Le ministère public. Paris: PUF, 1998.

¹⁵ Código de Processo Penal, art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§1o Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação. [...]

Por fim, é duvidosa a prevalência no sistema constitucional brasileiro das disposições que asseguram a *ação penal privada subsidiária da pública*. Com a criação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) pela Emenda Constitucional nº 45/04, cabe a esse Colegiado o controle da inércia do Ministério Público, nos termos do seu regimento interno.

Cabe a esse Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe zelar pela autonomia funcional e administrativa da instituição. O CNMP pode expedir atos regulamentares ou recomendar providências no âmbito de sua competência, e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados. Para tanto, pode desconstituí-los, revê-los ou assinar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos tribunais de contas; receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional da instituição. Neste sentido, poderá avocar processos disciplinares em curso, determinar a perda do cargo, recomendar a remoção, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa. Pode ainda determinar a instauração das ações cabíveis, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; elaborar relatório anual e propor as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no país e as atividades do próprio Conselho.¹⁶

Em resumo, não cabe mais a *queixa-crime subsidiária*, que viabiliza uma hipótese de substituição processual, na medida em que o Conselho Nacional, como demonstrado no seu Regimento Interno, tem instrumentos para punir e impedir a inércia do Ministério Público, *verbis*:

DA REPRESENTAÇÃO POR INÉRCIA OU POR EXCESSO DE PRAZO

Art. 82. A representação contra membro do Ministério Público por inércia ou excesso injustificado de prazo na realização de atos processuais ou administrativos poderá ser formulada por Conselheiro, de ofício, ou por qualquer interessado.

§ 1º A representação será apresentada por petição instruída com os documentos necessários à sua comprovação e será distribuída a um relator.

§ 2º Não sendo o caso de indeferimento sumário, o relator notificará previamente o representado, encaminhando-lhe cópia da representação e dos documentos que a instruem, facultando-lhe o prazo de quinze dias para que preste as informações que entender cabíveis.

§ 3º Se houver prova pré-constituída do fato, e o caso exigir providência urgente, o relator poderá fixar desde logo prazo para que a irregularidade seja sanada.

§ 4º Decorrido o prazo do § 2º com ou sem as informações, o relator, se entender que não é o caso de extinção por perda de objeto, pedirá a inclusão do feito em pauta, a fim de que o Plenário decida sobre a necessidade de instauração de procedimento disciplinar.

§ 5º As disposições deste artigo são aplicáveis, no que couber, ao pedido de representação por excesso de prazo apresentado contra servidor do Ministério Público.¹⁷

No caso concreto, a queixa-crime não trouxe fato novo em relação àqueles apurados no Procedimento nº 08190.008121/06-53, do qual os querelantes participaram ativamente. Ao fim dessa investigação, conduzida sob os critérios da objetividade e da estrita legalidade, o Ministério Público formou sua convicção e decidiu pelo seu arquivamento, decisão que foi submetida ao reexame da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal, sendo homologada.

Ressalto que as provas utilizadas pelos querelantes são uma cópia integral daqueles autos, fornecida pelo Ministério Público, não havendo nenhuma novidade que pudesse justificar, a esta altura, a mudança de posicionamento ministerial, razão para se repudiar a queixa-crime, em vez de adotar uma das demais alternativas previstas no art. 29 do Código de Processo Penal:

¹⁶ RIBEIRO, op. cit.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Regimento Interno: Resolução nº 31, de 1º de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/legislacao/regimento-interno-1/Novo_Regimento.pdf>. Acesso em 31 de ago. de 2009.

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.

Não há, evidentemente, qualquer razão jurídica para oferecimento de denúncia, incidindo, *mutatis mutandis*, o princípio contido na Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal.

Está em questão, em poucas palavras, se cabe ação penal privada subsidiária da pública quando o Ministério Público, cumprindo estritamente o que dispõe a legislação vigente, determina o arquivamento das peças de investigação, submetendo a decisão monocrática ao controle hierárquico interno, exercido, no Ministério Público da União, pelas Câmaras de Revisão, e pelos Conselhos Superiores, nos Ministérios Públicos dos Estados.

Com base no art. 5º, inciso LIX da Constituição Federal; art. 29 do Código de Processo Penal e § 3º do art. 103 do Código Penal, a ação penal privada subsidiária é cabível exclusivamente na hipótese de a ação penal pública, condicionada ou incondicionada, não ser intentada no prazo legal, isto é, em caso de restar evidenciada a inércia do Ministério Público.

Não se pode confundir *ação penal privada subsidiária da pública com ação penal popular*. «Sendo a decisão de promover ou não a ação penal pública um ato de autonomia, de independência funcional, privativo do Ministério Público e competindo-lhe, em consequência, promover o processo e principalmente dirigir a investigação e o inquérito, pronunciando-se sobre o seu destino – arquivamento ou acusação –, é inadmissível a ação penal popular no atual sistema brasileiro, que foi muito defendida na última Assembleia Nacional Constituinte. A proposta chegou a ser incluída no primeiro projeto da Comissão de Sistematização que a classificou como *instrumento de garantia à inviolabilidade absoluta dos direitos e liberdade da pessoa e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania*. Dizia o § 2º do seu art. 38: “Com o consentimento da vítima, ou de seus parentes mais próximos, se morta ou mentalmente incapacitada, qualquer pessoa individual ou coletiva poderá promover a ação.”

Os precedentes históricos da ação penal popular no Brasil são exemplos de divergências, dúvidas e confrontos políticos e acadêmicos. A Constituição do Império instituiu-a pela primeira vez para a defesa penal daqueles que mais de 150 anos depois passariam a ser chamados de *interesses difusos*. Dizia o art. 157 que “por suborno, peita, peculato e concussão, haveria ação popular intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida na lei”. Em seguida, o problema foi transferido para o art. 74 do Código Criminal do Império: “a denúncia compete ao promotor público e a qualquer um do povo.”

A Constituição de 1891 trouxe uma redação pouco objetiva para o tema: “É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição aos poderes públicos, denunciar os abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados”. Esses impasses não foram vencidos na Consolidação das Leis Penais: “Haverá lugar a ação penal: § 1º Por queixa da parte ofendida ou de quem tiver qualidade para representá-la. § 2º Por denúncia de qualquer pessoa [...] § 3º Por denúncia do Ministério Público em todos os crimes e contravenções.”

O Código Penal e o Código de Processo Penal (de 1940) não trataram do tema, que foi reaceso na Constituição de 1946: “É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas”. As Constituições de 1967 e de 1969 silenciaram sobre o assunto. A Constituição Federal de 1988 acabou definitivamente com o ação penal popular, que não se confunde com a ação popular no processo de *impeachment*, em que há a remoção do cargo e a aplicação de pena de inabilitação para o exercício de qualquer função. Também não se confunde com ação penal privada subsidiária da pública, que pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal, nem tomar nenhuma iniciativa nesse prazo, seja de arquivamento, seja de diligências¹⁸.

¹⁸ RIBEIRO, op. cit.

Assim delimitada a questão do cabimento, passo à sua análise na jurisprudência, lembrando que a matéria não é nova e já foi amplamente debatida nos Tribunais Superiores. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Ementa. [...] 2. A ação penal privada subsidiária da pública, de nítida envergadura constitucional (inciso LIX do art. 5º da CF), configura espécie excepcional de legitimidade do ofendido (ou seu representante legal) para promover ação penal. Na falta de inércia do Ministério Público, não é de se dar trânsito à queixa, ajuizada em substituição à denúncia. 3. Queixa que não descreve, nem sequer minimamente, fatos constitutivos dos invocados tipos penais. 4. Agravo regimental desprovido. (Inq 2696 AgR/DF, Relator Ministro Carlos Britto j. 19/12/2008, Tribunal Pleno, DJe-043 Divulg 05/03/2009 Public 06/03/2009).

Ementa. 1. Havendo previsão legal de impugnação específica – art. 39 da Lei nº 8.038/90 – não é cabível o recurso em sentido estrito contra decisões proferidas em processos da competência do Supremo Tribunal Federal. Observância do princípio da unirrrecorribilidade. 2. A ação penal relativa aos crimes tipificados nos arts. 171 e 177 do Código Penal é pública incondicionada. A ação penal privada subsidiária da pública, prevista no artigo 29 do Código de Processo Penal, só tem cabimento quando há inércia do Ministério Público, o que não ocorreu no caso sob exame. 3. Hipótese em que o parecer do Ministério Público, no sentido da rejeição da queixa-crime, por atipicidade, equivale, na verdade, à requisição de arquivamento do feito. Recurso em sentido estrito não conhecido e agravo regimental não provido. (Inq. 2242 AgR/DF, Relator Ministro Eros Grau, j. 07/06/2006, Tribunal Pleno, DJ 164, de 25/08/2006).

Igualmente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando reconheceu, inclusive, o sistema de controle interno do Ministério Público no arquivamento de peças de informação:

Ementa. 1. A ação penal privada subsidiária só tem cabimento nas hipóteses em que configurada a inércia do Ministério Público, ou seja, quando transcorrido o prazo para o oferecimento da denúncia, o Parquet não a apresenta, não requer diligências, tampouco pede o arquivamento.

2. Encontra-se pacificado nesta Corte, bem como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que, uma vez requerido o arquivamento do inquérito ou de peças de informação pelo Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, o atendimento ao seu pedido é irrecusável.

3. A Corte Especial, ao julgar a Ação Penal nº 67-9/DF, da relatoria do Ministro

EDUARDO RIBEIRO, em hipótese de todo semelhante à ora apresentada, rejeitou queixa-crime subsidiária, por entender que não se justifica deva o Procurador-Geral requerer o arquivamento ao Judiciário se o seu pronunciamento não pode ser desatendido.

4. Dessa forma, o mesmo raciocínio se aplica à hipótese em comento. Com efeito, o cargo de Procurador-Geral de Justiça no âmbito da organização judiciária dos Estados se equivale ao do Procurador-Geral da República na esfera federal.

5. O arquivamento previsto no art. 29, VII, da Lei 8.625/93 ocorre no âmbito interno do Parquet, podendo ser revisto pelo Colégio de Procuradores de Justiça, nos termos do art. 12, XI, da mesma Lei Orgânica.

6. Inexistindo provocação pelos legitimados, no âmbito do Ministério Público, não resta espaço para a ação privada, pois não se configura a inércia do órgão ministerial que, atuando legalmente, determina o arquivamento interno da representação, por despacho motivado, portanto, observado o devido processo legal administrativo.

7. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal nº 99-1/226, em trâmite perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, estendendo a ordem aos demais querelados, Vilanir de Alencar Camapum Júnior e Haroldo Caetano da Silva, com fundamento no art. 580 do Código de Processo Penal. (HC 64564/GO, Relator Ministro Arnaldo Esteves, j. 13/03/2007, DJ 09/04/2007, p. 259).

PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO

PRIMEIRA PRELIMINAR

POR TODO O EXPOSTO, o Ministério Público repudia a queixa-crime apresentada pelos querelantes e promove sua rejeição liminar, nos termos do art. 395, incisos II e III do Código de Processo Penal, por falta de previsão legal. Não houve qualquer inércia do Ministério Público, que cumpriu todos os prazos processuais e arquivou as peças de informação, submetendo a promoção de arquivamento ao controle interno da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal, nos termos da legislação vigente.

Além disso, a ação privada subsidiária da pública, salvo melhor juízo, foi extinta pela Emenda Constitucional nº 45/04, que criou o *Conselho Nacional do Ministério Público*, a quem a Constituição Federal atribuiu poderes resolutivos

para casos de inércia de membros do Ministério Público nacional. Houvesse inércia do Ministério Público, caberia aos querelantes representar ao Conselho Nacional do Ministério Público, em vez de propor a ação penal subsidiária que agora se repudia.

Não há que se confundir *ação penal privada subsidiária da pública com ação penal popular*; alternativa rejeitada pelo sistema jurídico brasileiro. O que os querelantes pretendem é promover uma ação penal popular, usando o discurso da ação penal subsidiária, sem apontar a inércia do Ministério Público: CP, art. 100, § 3º - *A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.*

SEGUNDA PRELIMINAR

Apenas para argumentar, os querelantes não podem buscar, sempre, o melhor de dois sistemas, não assumindo as consequências que não lhes interessam como resultado das opções feitas.

Foram os querelantes que buscaram o Ministério Público, onde produziram, à exaustão, todas as intervenções que desejaram, muitas delas admitidas em respeito ao sofrimento compreensível dos pais, mas com mitigada observância de disposições legais que limitam a intervenção da vítima em investigações de crimes de ação penal pública.

Se não reconhecem o sistema de controle interno de arquivamento das peças de informação do Ministério Público, ao qual, repita-se, recorreram, o prazo para ajuizamento da queixa-crime deve ser contado da data em que tomaram ciência do arquivamento, desprezando-se os prazos que decorreram entre essa data e a data da homologação dessa decisão pela Câmara de Revisão Criminal. Para os querelantes, essa decisão é juridicamente inexistente, logo, não lhes socorre nem para fins de contagem de prazo.

Mesmo não havendo nos autos, por absoluta desnecessidade, a data precisa em que tiveram conhecimento da decisão de arquivamento proferida em 6 de Dezembro de 2007, é certo que essa ciência ocorreu antes de 2 de Setembro de 2008, quando requereram diligências ao Relator na 2ª Câmara de Revisão Criminal, que restituiu

os autos à Pró-Vida para analisá-las.

Tomando-se como inquestionável essa data – 2 de Setembro de 2008 – o prazo decadencial para a oferta da queixa-crime subsidiária venceu em 2 de Março de 2009. Como foi ajuizada em 3 de Julho de 2009, indiscutível a decadência (CP, art. 103¹⁹, c/c art. 107, IV).

Também por esta razão, o Ministério Público repudia a queixa-crime apresentada pelos querelantes e promove sua rejeição liminar, nos termos do art. 395, incisos II e III c/c art. 397, inciso IV do Código de Processo Penal.

O Ministério Público não avançará na análise da inépcia da queixa-crime nem no mérito dos fatos por entender essa discussão prejudicada pelas preliminares que acima levantou.

Brasília/DF, 31 de Agosto de 2009

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Promotor de Justiça – Titular da Pró-Vida

Nótulas

O texto que aqui se publicou constitui, com pequenos ajustes, o inteiro teor do Repúdio Ministerial à queixa-crime subsidiária ajuizada pelos querelados na 8ª Vara Criminal de Brasília.

Os fatos são públicos e os nomes das partes estão em todos os documentos judiciais disponíveis no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, de onde foram copiados, não havendo nenhuma justificativa constitucional ou legal para se omiti-los nesta publicação de natureza científica.

¹⁹ Código Penal, art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Após o Repúdio Ministerial, a Juíza de Direito Joelci Araújo Diniz proferiu o seguinte despacho:

DESPACHO. Ao querelante para instruir corretamente a queixa-crime, pois, para análise preliminar do cabimento do feito, faz-se necessário a juntada dos documentos que justificam seu pedido, bem como esclareçam quanto a eventual omissão do Ministério Público.

Destaque-se que, ao que indica os autos, foi instaurado um procedimento preliminar de investigação no Ministério Público, o qual não foi devidamente distribuído a qualquer uma das Varas Criminais de Brasília. Assim sendo, não há qualquer notícia do feito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e de seu arquivamento.

De outra forma, não foi juntado documento que ateste o conhecimento dos fatos pelo Ministério Público pelos Querelantes. Já os documentos colacionados pelo Órgão Ministerial não revelam nitidamente que se trata da hipótese mencionada na peça inicial, uma vez que as peças apresentadas são partes de um “procedimento”, no qual não há qualquer menção aos Querelados.

Assim sendo, aos Querelantes para juntada dos documentos que atestem suas alegações ou para justificarem eventual impossibilidade de juntada. Esclareça-se ainda se os fatos foram comunicados a Autoridade Policial, juntando, em caso positivo a respectiva ocorrência policial e, havendo, cópia da portaria de instauração de inquérito.

Após, ao Ministério Público para esclarecer se o procedimento de investigação preliminar mencionado nos autos foi devidamente distribuído a uma das Varas Criminais do Distrito Federal.

Int.

Brasília - DF, quinta-feira, 24/09/2009, às 20h16.

Em resposta a essa decisão, optei pela solução pragmática de submeter a decisão de arquivamento ao Procurador-Geral de Justiça, *verbis*:

O Ministério Público, em resposta ao despacho judicial de fl. 119, promove o seguinte:

Todas as dúvidas suscitadas no despacho judicial constituem a própria questão de fundo debatida nos autos e estão devidamente respondidas na manifestação ministerial de repúdio à queixa-crime, confirmadas nos documentos que a acompanharam, dentre os quais a cópia extraída do Procedimento de Investigação Preliminar nº 08190.008121/06-53 (fls. 72-76 e 85-117), o mesmo referido na inicial (fl. 5), cuja cópia foi juntada aos autos pelos próprios querelantes (Anexos

Por economia processual, o Ministério Público promove a remessa dos autos ao Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a quem cabe, em caráter terminativo, decidir a questão suscitada nos autos, a qual, datíssima vênua, não poderá comportar decisão do Poder Judiciário por envolver matéria de atribuição privativa do Ministério Público (CF, art. 128, I e CPP, art. 28).

Brasília, 15 de Outubro de 2009.

O Promotor de Justiça Titular, DIAULAS COSTA RIBEIRO.

Em 6 de Novembro de 2009, o Juiz de Direito César Laboissiere Loyola decidiu essa promoção:

Processo: 2009.01.1.096513-9

Ação: QUEIXA CRIME

Querelante: DACIO ROGERIO VIEIRA DOS SANTOS e outros

Querelado: ISIS MARIA QUEZADO SOARES MAGALHAES e outros

Decisão Interlocutória

DÁCIO ROGÉRIO VIEIRA e SIBELLE VERÔNICA BATISTA VIEIRA na peça inicial, cujo título “Ação Penal de Iniciativa Privada Subsidiária da Pública” está riscado, tendo ao lado manuscrito a indicação “Queixa-Crime”, narram a possível prática de crime de homicídio culposo por parte das médicas Isis Maria Quezado Soares Magalhães, Paula Maria de Azevedo Allemand Lopes e Raquel Alves Toscano.

Segundo se extrai dos autos, a filha dos autores - Bárbara Verônica Batista Vieira, à época com 03 (três) anos de idade, faleceu nas dependências do Hospital Brasília, no dia 03 de outubro de 2006. Vislumbrando a possibilidade de erro médico na conduta das médicas acima indicadas, os autores buscaram providências do Ministério Público, mais especificamente da promotoria especializada - Pró-Vida.

No âmbito do Ministério Público foi instaurado “Procedimento de Investigação Preliminar” para apurar os fatos. O Promotor de Justiça responsável pelo procedimento - Dr. Diaulas Costa Ribeiro, após oitiva de testemunhas e à vista de parecer dos peritos do órgão, promoveu o arquivamento do feito por entender que não houve crime no caso em análise. Essa decisão restou confirmada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público, cumprindo assim as disposições legais que regem a instituição.

Insistem os autores, com os argumentos expostos na inicial, na existência de

crime e postulam a condenação dos responsáveis nas sanções do artigo 121, § 3º, do Código Penal.

Às fl. 120, os autores noticiam que não foi registrada ocorrência policial sobre os fatos narrados.

Manifestação do Ministério Público à fl. 121, repudiando a queixa-crime.

DECIDO.

A postulação não pode ser recebida como Queixa-Crime, ação penal privada, haja vista que o crime narrado na inicial - homicídio culposo- é daqueles em que se procede mediante ação penal pública.

De outro lado, para cabimento da ação penal privada subsidiária da pública seria necessário que houvesse omissão do Ministério Público em ajuizar a ação penal pública no prazo previsto em lei. O Professor Eugênio Pacceli ensina:

Pressuposto, então, do exercício de tal direito, é precisamente a desídia do Ministério Público, isto é, a ausência de manifestação tempestiva de ato de ofício, no prazo previsto em lei. Não a caracterizam, portanto, o só não oferecimento da denúncia, no prazo legal, desde que tenha ele, tempestivamente, pugnado pela necessidade de novas diligências a serem realizadas pela autoridade policial ou tenha se manifestado pelo arquivamento dos autos. O que efetivamente caracteriza a desídia é a ausência de qualquer manifestação dentro do prazo previsto na lei para o oferecimento da denúncia.

Na hipótese de requerimento de arquivamento não se poderá intentar a ação subsidiária pela simples razão de que a ação não desloca para o ofendido a titularidade da definição jurídico-penal do fato, mas, sim, e unicamente, a iniciativa supletiva do exercício da ação penal. E assim é porque, mesmo instaurada a ação subsidiária e oferecida a queixa em substituição à denúncia, em razão da inércia do Ministério Público, poderá este, além de aditá-la, como veremos, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva (art. 29, CPP). (Curso de Processo Penal, 11ª Edição, Lumen Juris, p. 154)

Portanto, se há manifestação do Ministério Público no sentido do arquivamento do feito, ante a inexistência de crime, incabível o manejo da ação penal subsidiária. No caso, o representante do Ministério Público promoveu o arquivamento dos autos, no entanto, há uma particularidade, não houve instauração de inquérito policial, mas tão somente de procedimento interno, que tramitou e foi arquivado no âmbito exclusivo do Ministério Público, sem passar pelo crivo do Poder Judiciário.

Não se olvida que, em se tratando de procedimento interno de investigação, instaurado no âmbito do Ministério Público, não há necessidade de que seja

submetido ao judiciário.

Entretanto, não menos certo que o arquivamento do procedimento sem passar pelo crivo do judiciário não produz determinados efeitos, como por exemplo, os expressos no artigo 18 do CPP e na Súmula 524 do STF, os quais condicionam a continuidade das investigações, bem como a propositura da ação penal, à existência de provas novas.

Além disso, inviabiliza o exame dos requisitos para a propositura da ação penal subsidiária, porque não há como verificar a fluência do prazo previsto no artigo 46, do Código de Processo Penal, contado a partir da data em que o Ministério Público recebe os autos do inquérito, da representação ou das peças de informação, quando dispensada a instauração do procedimento policial.

Diante do exposto, e considerando, ainda, a controvérsia instaurada quanto à existência do crime, determino o encaminhamento dos autos ao I. Procurador Geral de Justiça, para que se manifeste sobre o arquivamento das peças de informação que formam os autos em apenso, ratificando-a ou não a posição do I. Promotor de Justiça da Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde.

Brasília - DF, 06/11/2009.

César Laboissiere Loyola

Juiz de Direito.

Os autos foram, então, remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, que decidiu:

CONCLUSÃO. Diante das considerações acima efetuadas, conclui-se que a atribuição para homologar arquivamento de peças de informação ou de procedimento investigativo instaurado no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é da atribuição das Câmaras de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal, tendo a egrégia 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ao homologar, por unanimidade, a promoção de arquivamento do Procedimento de Investigação Preliminar nº 08190.008121/06-53, apenas exercido as suas atribuições legais, conferida pelo art. 171, inciso IV, segunda parte, da Lei Complementar nº 75/93 e pela Resolução nº 13/2006 do colendo Conselho Nacional do Ministério Público, não podendo essa decisão ser reexaminada pelo Procurador-Geral de Justiça, salvo na hipótese de interposição de recurso.

No caso em exame, os Querelantes não interpuseram recurso da decisão proferida

pela egrégia 2ª. Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal, deixando transcorrer in albis o prazo recursal.

Mesmo que se receba a peça intitulada “ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública” ou “queixa-crime subsidiária” como recurso, os argumentos expendidos pelos Querelantes na inicial de fls. 2/31 dos autos em referência não são suficientes para demonstrar o nexo de causalidade entre o atendimento dado pelos Querelados à paciente e o evento morte, razão pela qual mantenho, na sua integralidade, a r. decisão proferida pela egrégia 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal de fls. 1417/1420 do Anexo 6 apenso e, em consequência, ratifico a promoção de arquivamento proferida pelo Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, de fls. 1247/1261 do Anexo 5 apenso.

Brasília-DF, 23 de novembro de 2009.

MARTA ALVES DA SILVA

Promotora de Justiça

Assessora Criminal do PGJ

LEONARDO AZEREDO BANDARRA

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Diante da decisão do Chefe do Ministério Público, o Juiz de Direito César Laboissiere Loyola sentenciou o feito em 27 de Novembro de 2009:

Circunscrição: BRASILIA

Processo: 2009.01.1.096513-9

Vara: 308 - OITAVA VARA CRIMINAL

Proc. Nº 2009.01.1.096513-9

S E N T E N Ç A

DÁCIO ROGÉRIO VIEIRA e SIBELLE VERÔNICA BATISTA VIEIRA propuseram ação penal narrando a possível prática de crime de homicídio culposo por parte das médicas Isis Maria Quezado Soares Magalhães, Paula Maria de Azevedo Allemand Lopes e Raquel Alves Toscano.

Às fls. 124/126, proferi decisão rejeitando o recebimento da ação privada ou mesmo da ação privada subsidiária da pública, por não serem cabíveis. Na ocasião, determinei o encaminhamento dos autos ao Exmº Sr. Procurador-Geral de Justiça para dizer se ratificava o arquivamento promovido pelo Promotor de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde, homologado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Em parecer exarado às fls. 127/142, o

Ilustre Procurador-Geral de Justiça ratifica a promoção de arquivamento.

DECIDO.

Conforme já salientado, o crime descrito nos autos é de ação penal pública. O Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, após investigação no âmbito do Ministério Público, não vislumbrou a prática criminosa, razão pela qual deixou de oferecer denúncia e promoveu o arquivamento do procedimento.

Colhida a manifestação do Procurador-Geral de Justiça, este insistiu no arquivamento.

Diante do exposto, não sendo cabível a ação penal privada subsidiária da pública, já que a hipótese não é de inércia do representante do parquet, e tendo o Promotor natural formado a opinião delicti concluindo pela inexistência de crime, posição ratificada pela Chefia do Ministério Público, determino o arquivamento dos presentes autos.

P.R.I.

Brasília/DF, 27 de Novembro de 2009.

CÉSAR LABOISSIERE LOYOLA

Juiz de Direito

Mesmo não cabendo recurso contra essa decisão, os querelantes recorreram, apesar do óbice intransponível ao recurso:

PROCESSUAL PENAL. INQUERITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO. DECISÃO IRRECORRÍVEL. – Da decisão judicial que, acolhendo manifestação do Ministério Público, ordena o arquivamento de inquérito policial, não cabe recurso. Não incide, na hipótese, a regra do art. 28, do CPP. Recurso Ordinário desprovido. (STJ, RMS 5840/SP, Relator Min. Vicente Leal, julgado em 09/04/1997, DJ 04/08/1997 p. 34888).

O apelo está na fase de contra-razões; ainda não foi recebido. Enquanto isso, o Ministério Público aguarda o fim do fim desse processo. Que parece não ter fim.

Brasília, DF, Fevereiro de 2010.