

# **A confusa decisão do STF a respeito da nova sistemática de arquivamento das investigações criminais e o respectivo controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal**

*The Confusing Decision of the Brazilian Supreme Court Regarding the New Systematics of Archiving Criminal Investigations and the Corresponding Control of the Principle of Mandatory Prosecution*

**Rodrigo Régnier Chemim Guimarães<sup>1</sup>**

Received: 15.11.2023

Accepted: 23.12.2023

Vol. 1, 2024, p. 572-588

ISBN: 978-65-00-97652-6

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Da sistemática original de controle do arquivamento da investigação criminal e da possibilidade de se entender que a decisão de arquivar por falta de justa causa já era do Ministério Público; 3. Da nova sistemática de arquivamento empregada pela Lei 13.964/2019 e a bagunça hermenêutica provocada pela criação legislativa da Suprema Corte no julgamento da ADI 6305; 4. Tentando salvar a bagunça hermenêutica criativa da Suprema Corte: a importância de se considerar como administrativa a natureza jurídica do ato do juiz quando acolhe a promoção de arquivamento do Ministério Público; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

<sup>1</sup> Doutor em Direito de Estado pela UFPR. Professor Titular de Direito Processual Penal do Mestrado Profissional em Direito da Universidade Positivo. Procurador de Justiça pelo Ministério Público do Estado do Paraná.

## 1. Introdução

Desde 1941 o Código de Processo Penal brasileiro prevê uma sistemática de controle do arquivamento do inquérito policial que permite diferentes leituras em termos de quem deteria o poder de arquivar a investigação.

A primeira delas se limita a uma interpretação gramatical dos artigos 18<sup>2</sup> e 28<sup>3</sup> (em sua redação original) do Código de Processo Penal. Nesse caso, o que se tem é que elas estabelecem que o promotor “*requer*” e o juiz “*ordena*” o arquivamento. Logo, a decisão seria do juiz. Durante muito tempo – e, para alguns, ainda hoje<sup>4</sup> – essa foi a única leitura admitida pela doutrina e pela jurisprudência<sup>5</sup>.

No entanto, com o advento da Constituição da República de 1988 e com o avanço do discurso acadêmico que reforçou a importância da separação das funções de acusar e julgar, impulsionado pela discussão entre o que se usou denominar de “sistema acusatório” *versus* aquele “inquisitório”, alguns autores passaram a admitir que, mesmo com a redação originária do Código de Processo Penal ainda vigente, a decisão de arquivamento deveria ser do Ministério Público<sup>6</sup>.

Promoveu-se, então, uma nova interpretação dos mesmos artigos do Código de Processo Penal, porém filtrados por uma análise sistemática e constitucional, que trabalha com o princípio da inércia jurisdicional e separa as funções de acusar e julgar (exegese do art. 129, I, C.F.). Nessa leitura, caso o

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> V.g. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 198; e OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 66 e ss.

<sup>5</sup> V.g. FRANCO, Alberto Silva “et alli”. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**, vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 210 e 211.

<sup>6</sup> V.g. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 6<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 169 e ss.; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**, 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 87; NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**, Volume 1, São Paulo: Edipro, 2002, p. 401; MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de Processo Penal**, volume 1, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 223; DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**, 8<sup>a</sup> ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 287; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 304; e MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**, 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 365 e ss.

arquivamento esteja fundado na insuficiência probatória, ao juiz caberia apenas o exercício do controle externo do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. A decisão de arquivamento, então, seria do Ministério Público, seja pelo promotor de Justiça quando fundamenta sua opção pela não denúncia, seja pelo procurador-geral em grau revisional, nos casos em que o juiz discorde do promotor. A parte final do art. 28 do Código de Processo Penal destaca que em relação à manutenção de arquivamento pelo procurador-geral o juiz está “*obrigado a atender*”. Se está “obrigado” é porque não é ele quem decide, mas sim o Ministério Público. Essa interpretação é mais consentânea com a ideia de separação das funções de acusar e julgar, porém, ainda mantém o juiz exercitando juízo valorativo quanto à necessidade de o Ministério Público acusar. Por outro lado, caso a fundamentação do arquivamento esteja relacionada a causa extintiva da punibilidade ou declaração de excludente de ilicitude, a decisão seria mesmo do juiz (exigindo um pronunciamento judicial com força de coisa julgada material).

Essa segunda corrente acabou ganhando força em 2019, com a sanção da Lei nº 13.964 (conhecida como “Pacote Anticrime”), dando nova redação ao artigo 28.

No novo modelo a decisão de arquivar passa a ser claramente do Ministério Público. O juiz foi retirado do modelo de controle do arquivamento. A revisão da decisão do promotor agora é feita no plano interno, por um reexame necessário da “*instância de revisão ministerial*” (*rectius*: o procurador-geral ou algum outro órgão que venha a ter atribuição em lei para tanto<sup>7</sup>), provocado pelo próprio promotor que determinou o arquivamento e, no plano externo, por recurso formalizado pela vítima e direcionado ao mesmo órgão revisor do Ministério Público.

O novo sistema, portanto, atendeu à preservação da inércia judicial e assegurou a ampla separação entre a decisão (ou não) de acusar alguém e atividade de julgar.

Porém, a CONAMP – Confederação Nacional dos Membros do Ministério Público resolveu ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 6305<sup>8</sup>), questionando a nova

7 No âmbito do Ministério Público Federal e nos termos do art. 62, IV, da Lei Complementar nº 75/93, essa atribuição recai nas Câmaras de Coordenação e Revisão.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6305**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>, acesso em 11 de novembro de 2023.

regra. O argumento central foi de que a nova sistemática implicaria em exigir um redimensionamento da atividade de controle feita no âmbito da Procuradoria-geral de Justiça, dado que o volume de casos a serem objeto de revisão aumentaria significativamente, o que impactaria na questão orçamentária<sup>9</sup>. A inconstitucionalidade, portanto, seria de natureza formal, isto é, não teria sido atendido o comando constitucional (art. 127, §2º c.c. art. 169, da C.F.) relacionado à origem do projeto de Lei que impacta no orçamento do Ministério Público.

Em cognição sumária, ainda em janeiro de 2020, o ministro Fux, do Supremo Tribunal Federal, decidiu suspender a eficácia da nova regra. A questão foi retomada em agosto de 2023, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal resolveu dar interpretação conforme ao novo texto do artigo 28 do Código de Processo Penal. No entanto, extrapolando os limites hermenêuticos, o Supremo Tribunal Federal inovou e criou sistemática de arquivamento que acabou, em confusa redação, misturando a regra velha com a nova.

O presente artigo visa, então, retomar essa discussão e, a princípio, tentar identificar certa lógica no quanto resultou da criatividade normativa exercitada pelo ativismo do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, procura-se evidenciar a urgente necessidade de serem esclarecidos os termos do que resultou do julgamento e fixar limites hermenêuticos que salvem o pouco de coerência sistemática e democrática que o modelo híbrido criado pela Suprema Corte deve observar.

---

<sup>9</sup> Consta da petição inicial da CONAMP: *“Sobre a questão do volume de inquéritos, para se ter uma noção da situação real que se enfrenta, o Ministério Público do Estado de São Paulo fez um levantamento de dados que apontou para um acervo de 829 inquéritos policiais objetos de aplicação do art. 28 do CPP no ano de 2019, o que daria uma média mensal de 70 procedimentos investigatórios criminais para apreciação do Procurador-Geral de Justiça. A partir da ampliação feita pelo novo art. 28, o número apresentado pelo MPSP de arquivamentos no ano de 2019 seria de 174.822, o que daria uma média mensal de análise de 14.500 procedimentos. (...) Assim, ante essa necessidade, é que se defende, no mínimo, o mesmo tratamento ao art. 28, estendendo-se os efeitos da ADI n. 6.298-DF, para também adiar a sua eficácia de forma a garantir tempo e condições necessárias para a sua devida implementação. Portanto, há de se considerar indispensável a postergação da sua vacatio legis em face das dificuldades operacionais, administrativas e financeiras que de sua implementação já no próximo dia 23 de janeiro possam advir.”*

## **2. Da sistemática original de controle do arquivamento da investigação criminal e da possibilidade de se entender que a decisão de arquivar por falta de justa causa já era do Ministério Público**

Mesmo levando em conta a redação original do artigo 28 do Código de Processo Penal já era possível considerar que a decisão de arquivamento, em razão da falta de provas para formular a acusação, era do Ministério Público e não do juiz. Em verdade, somente uma leitura gramatical e ultrapassada das regras do Código de Processo Penal, permite continuar insistindo de que a decisão de arquivamento de investigações criminais, quando fundada na insuficiência probatória, seja do Poder Judiciário.

Tanto é assim, que em primeiro grau, quando o promotor de Justiça promove o arquivamento e o magistrado dele discorda, somente lhe é dado devolver os autos ao Ministério Público, direcionando-os ao superior hierárquico administrativo do promotor de Justiça, ou seja, ao procurador-geral de Justiça, o qual possui a última palavra, nos termos da redação original do art. 28 do C.P.P. Caso o procurador-geral de Justiça mantenha o arquivamento promovido em primeiro grau pelo promotor de Justiça ao juiz cabe tão somente acatar essa decisão.

Em sede de competência originária dos Tribunais, a decisão de arquivamento é dada originariamente pelo procurador-geral de Justiça e, para permitir mecanismo de controle, é que a Lei Orgânica do Ministério Público determina a publicação desta decisão, submetendo-a à possibilidade de recurso administrativo por qualquer interessado, a ser apreciado também pelo Ministério Público, mas por órgão colegiado com poder revisional da decisão do procurador-geral de Justiça.

Ao Poder Judiciário resta apenas tomar ciência desta decisão administrativa de arquivamento (investigações criminais, como se sabe, não passam de procedimentos administrativos preliminares) e proceder às anotações pertinentes ao arquivamento. E nisso, frise-se, não vai nenhum demérito ao Poder Judiciário, ao contrário, preserva-o de se pautar por iniciativas *ex officio* no campo processual penal, próprias de sistemas processuais de cunho não democrático, pois acabam contribuindo para facilitar a quebra da imparcialidade do julgador.

Aliás, mesmo antes da Constituição de 1988 em algumas situações, mas definitivamente após esta, o Ministério Público Brasileiro, seguindo modelos mais avançados adotados em países da Europa continental, foi guindado a ser o titular exclusivo da ação penal pública, o que significa dizer que somente a ele cabe a decisão de acusar ou arquivar a investigação criminal.

Ao Poder Judiciário ficou reservado o importante papel de atuar como garante dos direitos constitucionais (no deferimento ou não de cautelares que possam surgir no curso da investigação e visando evitar possíveis abusos de poder). No que concerne ao destino do Inquérito Policial, insista-se, e ainda no modelo original de 1941, resta ao magistrado atuar apenas no plano judicial-administrativo, operando, como dito, um controle do princípio da obrigatoriedade e, conseqüentemente, da atividade do Ministério Público, quando da promoção de arquivamento em primeiro grau.

Em outras palavras: na redação original do artigo 28, do CPP, compreendida sistematicamente, o juiz não tem o poder de determinar o arquivamento do inquérito policial de ofício (salvo quando em análise excepcional de *habeas corpus*, agindo como garante diante de situações como abuso de poder ou na presença de causas extintivas de punibilidade, por exemplo) e, mesmo se discordar da *opinio delicti* do Ministério Público, não terá como evitar o arquivamento quando o Ministério Público assim o decidir por insuficiência de provas.

Portanto, quando o procurador-geral determina o arquivamento do inquérito policial, é ele quem decide o destino da investigação, ou seja, é ele quem promove o arquivamento. O juiz, por sua vez, ao exarar nova “*determinação de arquivamento*” não está decidindo nada, mas apenas dando uma ordem administrativa direcionada ao Escrivão, uma simples determinação para que este pegue os autos e, ainda no contexto dos inquéritos físicos (aos poucos vão sendo transformados em eletrônicos), acondicione-os fisicamente na prateleira de inquéritos arquivados e proceda às anotações necessárias a fim de atualizar os antecedentes criminais do possível indiciado. E frise-se mais uma vez: não há nenhum demérito no fato do Poder Judiciário ser obrigado a cumprir uma determinação do Ministério Público. Trata-se, em verdade, de uma garantia aos cidadãos de que a separação das funções de acusar e julgar, que deve imperar num processo penal democrático, impedirá a quebra de imparcialidade do juiz na análise dos casos que lhe sejam submetidos. As funções do Estado, de julgar (Estado-Judiciário) e de promover a ação penal

(Estado-Ministério Público), é que estão sendo tratadas de forma separada, técnica e em favor dos cidadãos. Cada um exercendo sua parcela de soberania, nos estritos limites constitucionais.

### **3. Da nova sistemática de arquivamento empregada pela Lei 13.964/2019 e a bagunça hermenêutica provocada pela criação legislativa da Suprema Corte no julgamento da ADI 6305**

Como destacado na introdução, em 2019 foi sancionada a Lei nº 13.964/2019 (conhecida como “Pacote Anticrime”) que, dentre inúmeras alterações legislativas, deu nova redação ao artigo 28 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

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

*§ 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 e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.*

A ideia do legislador foi reforçar a separação das funções de acusar e julgar, reservando ao juiz um papel de inércia mais acentuado, retirando-o da função de controlar a decisão do Ministério Público de exercitar a ação penal.

O novo formato de arquivamento revigorou a posição teórica que já vinha afirmando que a decisão de arquivar o inquérito policial, quando não identificada justa causa (lastro probatório mínimo para sustentar a imputação fática), é do Ministério Público.

Com isso, reforçou a imparcialidade do julgador, afastando-o dessa função de fiscalizar se a decisão de arquivar a investigação teria sido correta ou não. Claro que quando o juiz diz que o promotor errou ao decidir arquivar e que o correto, em sua visão, seria acusar, ele formata, previamente, um juízo

de valor que em certa medida antecipa o mérito. É isso, num processo penal democrático não é desejável, pois contribui para diminuir a imparcialidade de quem tem o poder de julgar. Daí o acerto do legislador ao retirar o controle do juiz e o transferir à vítima (no plano externo) e ao órgão revisional superior do Ministério Público (no plano interno).

Porém, em razão do julgamento da referida ADI 6305<sup>10</sup>, encerrado em agosto de 2023, o Pleno do Supremo Tribunal Federal resolveu mexer na nova estrutura legislativa e, em claro ativismo, inovou ao criar o que parece ser uma figura híbrida entre o modelo original de 1941 e aquele desenhado pela Lei 13.964/2019. Do resultado do julgamento a Corte Suprema publicou, até o presente momento<sup>11</sup>, no ponto que interessa, a seguinte decisão:

*(...) 20. Por maioria, atribuir interpretação conforme ao caput do art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses; 21. Por unanimidade, atribuir interpretação conforme ao § 1º do art. 28 do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento (...).*<sup>12</sup>

A redação da decisão de julgamento publicada pela Suprema Corte é, para dizer o mínimo, obscura e omissa.

A obscuridade decorre da opção redacional da decisão de julgamento publicada. Ela é obscura por usar verbos e fazer afirmações que deixam dúvida quanto a quem, de fato, dirige-se o poder de arquivar a investigação criminal. A síntese decisiva publicada pelo Supremo Tribunal Federal refere que o

<sup>10</sup> Em verdade, foram aglutinadas num mesmo julgamento as ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, todas questionando diferentes aspectos constitucionais da mesma Lei 13.964/2019.

<sup>11</sup> O acórdão ainda não foi publicado ao tempo em que este artigo foi finalizado: em novembro de 2023.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6305**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>, acesso em 11 de novembro de 2023.



Ministério Público “*se manifesta*” pelo arquivamento e “*submete sua manifestação ao juiz competente*”, além de “*comunicar a vítima, ao investigado e à autoridade policial*”. Ato contínuo, o texto refere que ele “*pode encaminhar os autos para o Procurador-geral ou para a instância de revisão ministerial*” “*para fins de homologação, na forma da lei*”. Ora, “*manifestar-se pelo arquivamento*” é um termo neutro que não significa nem “decidir”, nem “requerer” (este último era o verbo empregado na redação original de 1941). Em seguida, ao dizer que o promotor “*submetê*” essa “*manifestação*” ao juiz, dá a entender que o poder de decidir é do juiz, já que o verbo “*submeter*”, que significa apresentar a manifestação à apreciação de um órgão diferente e “*render-se*”, isto é, “obedecer” ao que vier a ser decidido. A redação da decisão da Suprema Corte, portanto, ao menos num primeiro momento, coloca a “*manifestação*” do Ministério Público sob escrutínio do magistrado e dá a impressão de que quem decide sobre o arquivamento é o juiz. Isso vem reforçado pela referência de que “*a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento*”. Ao que parece, aqui, o juiz retornou a ser um ator com poder de decidir pelo arquivamento e somente em caso de considerar que a “*manifestação*” de arquivamento do promotor apresente “*patente ilegalidade*” ou “*teratologia*”, submeteria a matéria à revisão do procurador-geral. Aliás, a redação dá a mesma possibilidade de questionamento à vítima, mas não deixa claro o que sucederá caso o juiz concorde com a “*manifestação*” de arquivamento do promotor, mas a vítima recorra ao procurador-geral. Nesse caso, a vítima está recorrendo da decisão do juiz ou da “*manifestação*” do promotor? E mais: a vítima deve aguardar a posição do juiz ou pode externar seu inconformismo antes? E se o fizer antes e isso conflitar com a posição do juiz? Ou a atuação da vítima independe do que venha a dizer o juiz e, nesse caso, a manifestação do juiz não equivale a uma decisão judicial? Ou equivale, mas ela não tem caráter jurisdicional e sim apenas administrativo, como se destacou de uma das possibilidades de interpretação da lei velha, no capítulo anterior deste artigo? Seja como for, qualquer conclusão ainda soa como precipitada, pois a redação é tão confusa que ainda há outros aspectos que ampliam as dúvidas do novo modelo criado pelo ativismo do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, para complicar ainda mais, já em seguida, o mesmo texto afirma que o promotor de Justiça “*pode encaminhar os autos para o Procurador-geral*” para “*fins de homologação*”. Aí a obscuridade também é patente, pois ao

dizer que o promotor “*pode*” encaminhar, dá a ele a opção e não a obrigação de encaminhamento. E se ele “*pode encaminhar ao Procurador-geral*” qual o sentido de igualmente “*submeter*” sua “*manifestação*” ao juiz? Pode fazer as duas coisas? Uma é obrigatória a outra facultativa? Para piorar, o texto publicado pelo Supremo afirma que, no ponto, ficou vencido o ministro Alexandre de Moraes “*que incluía a revisão automática em outras hipóteses*”. Como assim? O “*pode*” virou uma hipótese de “*revisão automática*”? Ou as hipóteses de “*revisão automática*” não foram aprovadas? A confusão avança, pois, ao mesmo tempo, quando o promotor “*optar*” pelo envio ao procurador-geral este teria o poder de “*homologação*” da “*manifestação*” do promotor. Afinal, nesse caso, a decisão última pelo arquivamento seria do procurador-geral que “*homologou*” a “*manifestação*” de arquivamento do promotor? Afinal, “*homologar*” tem o sentido de aprovar, de confirmar e de conferir valor decisório definitivo. Teríamos, então, dois modos distintos de decidir pelo arquivamento? Um pelo juiz, sempre e outro pelo procurador-geral, de forma opcional quando provocado pelo promotor, pelo juiz ou pela vítima? E se houver decisão conflitante entre eles? Ou será que o envio ao juiz é apenas para ele fazer o controle do princípio da obrigatoriedade e, nos moldes da redação original do Código de Processo Penal, arquivar administrativamente ou, caso discorde, encaminhar os autos ao procurador-geral que teria sempre a última palavra? Sinceramente, que redação confusa!

Para deixar ainda mais angustiante a tentativa de interpretação coerente do que resolveu ser legislado pela Suprema Corte, há a omissão igualmente relevante no excerto decisório. A decisão é omissa por não diferenciar decisões de arquivamento fundadas em insuficiência probatória daquelas cujo fundamento seria uma causa extintiva da punibilidade ou atipicidade do comportamento. E isso não é um mero preciosismo, pois implica em consequências práticas significativas. Vale lembrar que se o arquivamento for em razão dessas questões, ele exige uma manifestação jurisdicional que declare extinta a punibilidade ou atípico o comportamento investigado e, assim, uma vez transitada em julgado, opera a coisa julgada material, com os efeitos da decisão adquirindo uma qualidade de imutabilidade definitiva, para emprestar o conceito de Liebman<sup>13</sup>. Nesse caso, não é possível invocar o artigo 18 do Código de Processo Penal para desarquivar a investigação em face de novas provas.

<sup>13</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficiacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1935, p. 10.

Espera-se que, assim que for publicado o acórdão, possa a CONAMP (autora da ADI) ou o Ministério Público Federal (como “*custos legis*”), interpor necessários embargos de declaração para, ao menos, tornar a decisão mais compreensível.

#### **4. Tentando salvar a bagunça hermenêutica criativa da Suprema Corte: a importância de se considerar como administrativa a natureza jurídica do ato do juiz quando acolhe a promoção de arquivamento do Ministério Público**

Do que resultar do necessário esclarecimento a ser cobrado da Suprema Corte, é certo que dificilmente ela afastará a comunicação do arquivamento ao juiz. Afinal, foi nesse ponto que o Supremo legislou ao interpretar a nova regra. Logo, se criou norma nova não parece provável que volte atrás nesse ponto. Por conta dessa insistência em retomar a participação do juiz no procedimento complexo de arquivamento e seu respectivo controle quando a questão envolve fato de justa causa, vale avançar um pouco mais para deixar marcada a natureza jurídica do ato de realizado pelo juiz quando adere à “manifestação” do Ministério Público. Isso é importante, inclusive, para reforçar a necessidade de separar as funções de acusar daquela de julgar e para estabelecer se haverá, ou não, a possibilidade de desarquivamento da investigação quando surgirem novas provas.

Seja no modelo primitivo de 1941, seja nesse novo modelo híbrido criado pela interpretação do Supremo Tribunal Federal, quando o juiz está de acordo com a promoção de arquivamento do promotor de Justiça em primeiro grau ele atua de forma a controlar a atividade administrativa do Ministério Público. Ao concordar com a determinação de arquivamento do Ministério Público ele não está decidindo nada, ainda mais no contexto jurisdicional. Em verdade, trata-se apenas de adotar as providências administrativas para que os autos sejam acondicionados em local próprio no Cartório. Neste sentido, aliás e curiosamente em razão do que foi agora aventado, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

*Assim, a cassação do arquivamento pelo provimento da correição parcial do Corregedor é compatível com a legitimação exclusiva do Ministério Público para a ação penal pública, inexistindo ofensa ao princípio da independência do Juiz por subordinar o órgão julgador de primeira instância ao controle*

*administrativo, até porque a decisão judicial que defere o arquivamento de inquérito policial não tem caráter jurisdicional.*<sup>14</sup>

Mas, ainda que se admita que o ato praticado pelo juiz, quando do arquivamento ou desarquivamento do Inquérito Policial, seja um ato jurisdicional (com o que não concordamos), este, então, deveria ser classificado como um mero despacho, na medida que, como visto, não tem a força decisória capaz de, ao discordar do Ministério Público, obrigá-lo a agir. Seria, assim, quando muito, uma “decisão fraca”, mais próxima da ideia de simples “impulso oficial”, equiparável ao despacho de mero expediente. Aliás, a Súmula 524, do Supremo Tribunal Federal, trata o ato de arquivamento justamente como tal, dizendo, *verbis*: “Arquivado o inquérito policial **por despacho do juiz**, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.” (grifo nosso). Ou seja, mesmo sob a ótica daqueles que veem uma atuação jurisdicional do juiz no ato de arquivamento (com a qual, frise-se, não concordamos) este pode ser classificado como mero despacho, sem conotação decisória efetiva, e, também aqui, sem a possibilidade de fazer coisa julgada (sequer formal, quem dirá material). Neste sentido, aliás, é como se posicionava a jurisprudência, quando fazia a análise à luz da redação original de 1941:

*Não se revestindo o despacho que determina o arquivamento de inquérito de eficácia de coisa julgada, o desarquivamento e a realização de diligências outras não constituem violação a decisão judicial, a qual, por se tratar de mero despacho interlocutório de natureza terminativa, não passível de recurso, pode perfeitamente ser reformada pelo magistrado.* (TJSP, RT 559/299-300)<sup>15</sup>

Portanto, e retomando o raciocínio, o ato de arquivamento da investigação criminal que deve ser analisado é aquele proferido pelo Ministério Público e não pelo Judiciário. E, tanto um quanto outro, possuem nítida natureza jurídica de atos administrativos, situação que permite serem revistos a qualquer tempo.

Não é demais recordar que a legislação posterior à Constituição de 1988, que trata de temas similares, já veio adaptada a esta nova roupagem sistemática processual penal constitucional. Exemplo claro é aquele inserido no Estatuto

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 74816/MG**, Relator ministro Moreira Alves, julgado em 15.04.97, publicado no DJ de 06.06.97, p. 24.870, grifo nosso.

<sup>15</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**, São Paulo: Atlas, 2001, p. 119, grifo nosso.

da Criança e do Adolescente, quando, ao tratar do arquivamento do auto de investigação de ato infracional praticado pelo adolescente, é claro ao conferir o poder de seu arquivamento ao Ministério Público, conforme preceitua o artigo 181, daquele diploma legal, *verbis*:

*Art. 181. **Promovido o arquivamento dos autos** ou concedida a remissão **pelo representante do Ministério Público**, mediante termo fundamentado, que conterá o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação. (grifos nossos)*

A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8625/93) disciplina o arquivamento pelo procurador-geral de Justiça, no âmbito do Ministério Público, tratando da possibilidade de haver recurso da decisão administrativa ao Colégio de Procuradores, conforme artigo 12, XI e artigo 29, VII, que dizem:

*Art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe:*

(...)

*XI – **rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação determinada pelo Procurador Geral de Justiça**, nos casos de sua atribuição originária. (grifo nosso)*

*Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, **compete ao Procurador Geral de Justiça:***

(...)

*VII – **determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais;** (grifo nosso)*

Atento para a mudança constitucional o Governo Federal, após formar uma Comissão de Notáveis Juristas no ano de 2000, enviou, no dia 09 de março de 2001, ao Congresso Nacional, um Anteprojeto de Lei (depois transformado no Projeto de Lei nº 8045/2010) que visa reformular o Código de Processo Penal. Na parte alusiva à investigação criminal o Projeto opta por fazer a adaptação da lei infraconstitucional à nova ordem vigente. De fato, tal Projeto disciplina que o arquivamento da investigação criminal será feito exclusivamente no âmbito do Ministério Público. Sobre o projeto, a Professora Ada Pellegrini Grinover destacava já em 2001:

**É fato notório que o Código de Processo Penal de 1941 se encontra totalmente superado pela realidade dos novos tempos, que exige um estatuto que prime pela eficiência, evitando formalismos e procrastinações inúteis, de modo a tornar o processo penal mais simples, célere, desburocratizado e aberto. Por outro lado, a Constituição de 1988 introduziu no sistema penal princípios e regras com as quais o Código processual de 1941 entrou em conflito, de modo que muitas de suas normas perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou devem ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição.**

(...)

O MP, à vista dos elementos encaminhados, poderá desde logo oferecer denúncia ou promover o arquivamento, bem como requerer diligências.

(...)

**Reservadas as medidas cautelares ao juiz, nenhuma interferência terá ele em relação à formulação da acusação ou à promoção de arquivamento, esta toda processada no âmbito do M.P., conferindo-se a fiscalização da atuação ministerial, com o devido controle do ofendido, a órgão superior, que a homologará ou ordenará que outro representante da instituição ofereça denúncia.**

Em conclusão, vale ressaltar que a proposta representa, sobretudo, uma tentativa séria e vigorosa de **mudança de mentalidades, num desenho das funções institucionais que leva em conta o modelo acusatório** e a necessidade de desburocratização da investigação policial. (grifos nossos)<sup>16</sup>

Percebe-se, assim, que após a Constituição da República de 1988, a legitimidade para promover o arquivamento do inquérito policial ou quaisquer outras peças de informação é do Ministério Público, como corolário de sua titularidade exclusiva da ação penal e como regra do que usou denominar de “sistema acusatório”, reservando ao Judiciário a tarefa administrativa de proceder aos registros pertinentes (notadamente quanto aos antecedentes) e acondicionar os autos de inquérito em local apropriado.

Espera-se que, ao esclarecer o resultado de seu julgamento na ADI 6305, a Suprema Corte possa deixar clara essa questão, reorganizando o modelo de separação das funções de acusar e julgar que deve nortear o processo penal democrático.

<sup>16</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Reforma do Código de Processo Penal**, in Doutrina, Coordenação James Tubenclak, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001, p. 441 e ss.

## 5. Conclusões

De tudo quanto se discutiu acima é possível chegar às seguintes conclusões:

**Primeira conclusão:** Na versão original do artigo 28 do Código de Processo Penal, considerando sua interpretação sistemática e não apenas gramatical, o juiz não possui a autoridade para determinar o arquivamento do inquérito policial por iniciativa própria, a menos que esteja diante de circunstâncias excepcionais, como em análise de *habeas corpus*, agindo como garantidor em situações de abuso de poder ou de causas que resultem na extinção da punibilidade ou atipicidade. Mesmo em discordância com a *opinio delicti* do Ministério Público, o juiz não tem poder de impedir o arquivamento quando o Ministério Público decide dessa forma devido à insuficiência de provas. Quando muito ele opera um controle externo do princípio da obrigatoriedade da ação, devolvendo os autos ao Ministério Público (no caso, ao procurador-geral) para reapreciação e decisão final.

**Segunda conclusão:** Quando o procurador-geral, em grau revisional do que decidiu o promotor de Justiça, decide manter o arquivamento do inquérito policial, é ele quem determina o destino da investigação, sendo responsável por promover o arquivamento. Por outro lado, quando o juiz emite uma nova “determinação de arquivamento”, não está tomando uma decisão substantiva, mas sim emitindo uma ordem administrativa dirigida ao Escrivão. Essa ordem consiste simplesmente na instrução para que o Escrivão pegue os autos e, no contexto dos inquéritos físicos (que gradualmente estão sendo convertidos em eletrônicos), organize-os fisicamente na prateleira de inquéritos arquivados, realizando as anotações necessárias para manter atualizados os antecedentes criminais do possível indiciado.

**Terceira conclusão:** Em 2019, a Lei nº 13.964 (“Pacote Anticrime”) consolidou a compreensão de que, numa democracia, a inércia da jurisdição deve ser observada para ampliar a imparcialidade do julgador, transferindo, assim, definitivamente, a decisão de arquivar a investigação criminal para o Ministério Público. O controle da promoção de arquivamento, que deixou de ser feito pelo juiz, foi outorgado à vítima, no plano externo, e ao órgão superior do Ministério Público, no plano interno. A ideia do legislador foi reforçar a separação das funções de acusar e julgar, reservando ao juiz um papel de inércia mais acentuado, retirando-o da função de controlar a decisão do Ministério Público de exercer a ação penal.

**Quarta conclusão:** Ao julgar a ADI 6305, a Suprema Corte brasileira interpretou o artigo 28 do Código de Processo Penal mantendo a decisão de arquivamento com o Ministério Público, mas introduzindo nuances que misturam a antiga e a nova regra. Ao fazê-lo, no entanto, incorreu no erro de repriminar o controle do arquivamento pelo juiz, criando uma sistemática de arquivamento que possui diversas obscuridades e uma omissão que precisam ser sanadas com urgência.

**Quinta conclusão:** a obscuridade da redação da decisão de julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o poder de arquivamento de investigações criminais surge da linguagem ambígua utilizada, especialmente ao descrever o papel do Ministério Público e do juiz nesse processo. O extrato da decisão da Suprema Corte sugere que a decisão de arquivamento é do Ministério Público, mas a redação confusa deixa espaço para interpretações diversas, levantando questionamentos sobre o papel do juiz e do procurador-geral nesse contexto. Além disso, a obscuridade da decisão persiste ao abordar a opção do promotor de encaminhar os autos ao procurador-geral para homologação, deixando dúvidas sobre a necessidade e a relação dessa etapa com a decisão do juiz. A falta de clareza no novo modelo estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal é patente, apontando para a complexidade e incerteza na interpretação das regras propostas.

**Sexta conclusão:** a decisão da Suprema Corte ainda apresenta uma omissão ao não distinguir entre as decisões de arquivamento baseadas na insuficiência de provas e aquelas fundamentadas em causas extintivas da punibilidade ou atipicidade do comportamento. Essa distinção é crucial devido às diferentes consequências práticas envolvidas. Quando o arquivamento requer uma manifestação jurisdicional que declare a extinção da punibilidade ou a atipicidade do comportamento investigado, ela se caracteriza como uma decisão definitiva, que opera a coisa julgada material e se torna imutável, impedindo a invocação do artigo 18 do Código de Processo Penal para reabrir a investigação com base em novas provas.

**Sétima conclusão:** é urgente que, assim que for publicado o acórdão, possa a CONAMP (autora da ADI) ou o Ministério Público Federal (como “*custos legis*”) interpor necessários embargos de declaração para, ao menos, tornar a decisão mais compreensível e coerente com a separação das funções de acusar e julgar.



## 6. Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6305**. Relator ministro Luiz Fux. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>, acesso em 11 de novembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74816/MG**, Relator ministro Moreira Alves, julgado em 15.04.97, publicado no DJ de 06.06.97, p. 24.870.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**, 8ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FRANCO, Alberto Silva “et alli”. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**, vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Reforma do Código de Processo Penal**, in: Doutrina, Coordenação James Tubenchlak, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffré, 1935.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2023.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**, São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. **Manual de Processo Penal**, São Paulo: JusPodivm, 2021.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**, volume 1, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**, Volume 1, São Paulo: Edipro, 2002.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

The *Francis Yearbook of Legal Sciences and Human Rights* is the result of a genuine desire to contribute to the academic world, with its first edition serving as a testimony to the legacy of Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto. This work, of an inter and transdisciplinary nature, gathers the collaboration of internationally renowned independent professionals from various fields of expertise and aims to provide a practical and pioneering approach through the promotion of respect and dialogue, reflecting the authentic essence of the academic environment and the inherent elegance of intellectual knowledge.

## André Luis de Lima Maia Scientific Coordinator

### Preface of Prof. Dr. Gilberto Giacoia

1. Alberto M. Binder (Argentina)
2. Alexandre Knopffholz (Brasil)
3. André Lamas Leite (Portugal)
4. André Luis de Lima Maia (Brasil)
5. Ángeles Doñate Sastre (Spain)
6. Catarina Santos Botelho (Portugal)
7. Cristiane de Souza Reis (Portugal)
8. Edmundo Oliveira (Brasil)
9. Estevam Peixoto Pelentir (Brasil)
10. Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
11. Felipe Frank (Brasil)
12. Fernanda Carrenho Valiati (Brasil)
13. Fernanda Gonsalves (Brasil)
14. Filipe Pinto (Portugal)
15. Gilberto Giacoia (Brasil)
16. Geremias Irassoque (Brasil)
17. Gemma Escapa García (Spain)
18. Gustavo Britta Scandelari (Brasil)
19. Guilherme de Oliveira Alonso (Brasil)
20. Inmaculada Cubillo Sainz (Spain)
21. Isabel Germán (Spain)
22. José Ignacio González Macchi (Paraguay)
23. José Luis de la Cuesta (Spain)
24. Juan Carlos de Pablo Otaola (Spain)
25. Julia Mezarobba Caetano Ferreira (Brasil)
26. Leonardo Valduga Reckziegel (Brasil)
27. Luis Eduardo Rey Vázquez (Argentina)
28. Manoel Caetano Ferreira Filho (Brasil)
29. Mariana Reis Barbosa (Portugal)
30. Matheus Prestes Cambuzzi (Brasil)
31. Maurício Daniel Monçons Zanotelli (Brasil)
32. Miguel Daladier Barros (Brasil)
33. Paulo Gomes de Lima Júnior (Brasil)
34. Rafael Isidorio Bombazaro (Brasil)
35. René Ariel Dotti (Brasil)
36. Ricardo Antônio Lucas Camargo (Brasil)
37. Rodrigo Chemim (Brasil)
38. Rogéria Fagundes Dotti (Brasil)
39. Ruy Muggiati (Brasil)
40. Susana Cuesta (Spain)
41. Valdir de Freitas Júnior (Brasil)
42. Valéria Prochmann (Brasil)



Francis  
YEARBOOK

