

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Leonardo Sarmento

**O ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO E SUAS REPERCUSSÕES**

Porto Alegre

2021

Leonardo Sarmiento

**O ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO E SUAS REPERCUSSÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientação: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2021

Leonardo Sarmento

**O ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO E SUAS REPERCUSSÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em _____ de dezembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade
Orientador

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Orlando Faccini Neto

AGRADECIMENTOS

Este trabalho foi escrito no último ano, durante poucos intervalos das atividades no Ministério Público e no ensino superior. O aprendizado colhido com professores e colegas foi valioso e certamente deixará saudades. Por tudo isso, concluir essa etapa é um momento muito especial e parte importante na formação, sobretudo diante do desafio oportunizado pela monografia.

Com essas considerações, agradeço a Deus, por toda a riqueza presente em minha vida.

Aos amigos, Paulo e Lívio, por me acompanharem e incentivarem desde os anos mais remotos de juventude.

Por todo o amor e o carinho recebidos, agradeço especialmente aos meus pais, Renato e Sandra, e à minha irmã, Luiza, motivo maior de todos os meus esforços. Aos meus avós, Paulinho, Lourdes e Antônio, agradeço as belas lembranças. À minha avó Ivone, agradeço por ter estendido sua mão, incondicionalmente, nos momentos difíceis da jornada. Todos me fazem ter a certeza de que a felicidade precisa ser compartilhada e que a família é o ponto alto das maiores realizações.

Agradeço também ao Professor Mauro Fonseca Andrade, por ensinar os caminhos da honestidade científica e do respeito na vida acadêmica.

RESUMO

A Lei nº 13.964/2019 trouxe importantes alterações no ordenamento processual penal brasileiro. Dentre as diversas modificações, a reforma processual introduziu uma nova sistemática de arquivamento de investigações criminais, rompendo com o tradicional controle anômalo da obrigatoriedade da ação penal mediante a supressão da homologação judicial sobre o arquivamento. O objetivo do estudo é examinar quais as consequências jurídicas em se autorizar o arquivamento de investigações criminais diretamente pelo Ministério Público. Para alcançar os objetivos propostos, utilizar-se-á, como metodologia, a pesquisa bibliográfica, que será realizada a partir da análise e discussão das fontes doutrinárias aplicáveis à nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 28 do CPP. A pesquisa oportunizou concluir que a retirada do controle judicial, não só confere a natureza jurídica de ato administrativo ao arquivamento, como também implica a insubsistência dos efeitos da coisa julgada, fazendo com que a reabertura de inquéritos policiais fique condicionada à notícia de provas novas, uma vez que o arquivamento é decisão tomada *rebus sic stantibus*.

Palavras-chave: Lei nº 13.964/2019. Nova redação do art. 28. Arquivamento. Natureza Jurídica. Coisa Julgada. Reabertura de inquéritos policiais.

RESUMEN

La Ley n° 13.964/2019 trajo cambios importantes en el orden procesal penal brasileño. Entre las diversas modificaciones, la reforma procesal introdujo un nuevo sistema de archivo de las investigaciones penales, rompiendo con el tradicional control anómalo de la acción penal obligatoria al eliminar la aprobación judicial sobre la presentación. El objetivo del estudio es examinar cuáles son las consecuencias jurídicas de autorizar la presentación de investigaciones penales directamente por el fiscal. Para lograr los objetivos propuestos, se utilizará como metodología la investigación bibliográfica, la cual se realizará a partir del análisis y discusión de fuentes doctrinales aplicables a la nueva redacción dada por la Ley n° 13.964/2019 al artículo 28 del CPP. La investigación ha llevado a la conclusión de que la retirada del control judicial no sólo confiere la naturaleza jurídica del acto administrativo a la presentación, sino que también implica los efectos insostenibles de la cosa juzgada, haciendo que la reapertura de las investigaciones policiales esté condicionada a la noticia de nuevas pruebas, ya que la presentación es decisión tomada *rebus sic stantibus*.

Palabras clave: Ley n° 13.964/2019. Nueva redacción del art. 28. Archivo. Naturaleza jurídica. Cosa juzgada. Reapertura de las investigaciones policiales.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CNPG	Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União
CPP	Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03-10-1941)
GNCCRIM	Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal
LOMPU	Lei Orgânica do Ministério Público da União
MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
PGR	Procurador-Geral da República
PGJ	Procurador-Geral de Justiça
PLS	Projeto de Lei do Senado
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A NOVA SISTEMÁTICA DE ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS.....	11
2.1 Evolução da proposta legislativa e suspensão da eficácia do artigo 28 do CPP	11
2.2 Alterações na sistemática de arquivamento a partir da Lei nº 13.964/2019	15
2.2.1 Do controle pelo Poder Judiciário ao controle pelo Ministério Público	16
2.2.2 Comunicações à vítima, ao investigado e à autoridade policial.....	20
2.2.3 Revisão e homologação do arquivamento	25
3 HIPÓTESES QUE AUTORIZAM O ARQUIVAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	34
3.1 Ausência de pressupostos processuais ou condições para o exercício da ação penal .	35
3.2 Ausência de justa causa.....	40
3.3 Atipicidade do fato	43
3.4 Reconhecimento de causa extintiva de punibilidade.....	47
4 A NATUREZA JURÍDICA DO ARQUIVAMENTO	49
4.1 Noções gerais.....	49
4.2 (In)subsistência da coisa julgada.....	56
4.3 Consequências sobre a reabertura de inquéritos a partir da Lei nº 13.964/2019.....	61
5 CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

O arquivamento do inquérito policial foi um dos temas que sofreu profundas alterações a partir da publicação da reforma processual de 2019. Conforme as novas disposições do artigo 28 do Código de Processo Penal (CPP), não haverá mais controle judicial da promoção de arquivamento pelo Ministério Público. Doravante, a legalidade das decisões de arquivamento será controlada pelo próprio Ministério Público, por meio de uma instância de revisão ministerial, que homologará os procedimentos. Esse trabalho, portanto, diz respeito às repercussões em se autorizar o Ministério Público a arquivar investigações criminais.

O impacto da alteração legislativa acabou por ensejar o manejo de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's nº 6.298, 6.299 e 6.305), todas ajuizadas em face da Lei nº 13.964/2019. Consequência disso, é que a eficácia da nova redação do artigo 28 do CPP restou suspensa, por decisão liminar proferida no curso das ações.

Embora a suspensão tenha ocorrido já em janeiro de 2020, a sistemática de arquivamento de investigações criminais introduzida pela reforma significa uma ruptura de paradigma para a tradição jurídica brasileira, especialmente por conta das consequências advindas de uma retirada do controle judicial sobre o arquivamento.

A recente mudança no rito de arquivamento oportunizou um importante debate doutrinário acerca da modificação na natureza jurídica do arquivamento de investigações criminais e, por conseguinte, sobre a (in)subsistência de coisa julgada em relação ao arquivamento promovido pelo órgão do Ministério Público. A pesquisa justifica-se, portanto, pela novidade do tema, uma vez que as alterações dadas pela Lei nº 13.964/2019, por ora, encontram-se com sua eficácia suspensa, por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, situação que pode ser alterada a qualquer momento.

Ainda, há originalidade na investigação, uma vez que não restaram localizadas publicações sobre o problema de pesquisa no Catálogo de Dissertações e Teses da Capes.

É oportuno reafirmar a importância prática e científica do estudo, porquanto a compreensão da natureza jurídica do ato guarda relação com a (i)mutabilidade do arquivamento para fins de reabertura de inquéritos policiais, sobretudo porque toda a construção acerca da definitividade de tais decisões e das hipóteses que autorizam o desarquivamento de investigações preliminares pressupõe, na sistemática ainda vigente, a formação de coisa julgada, situação que sofrerá repercussões a partir da nova disciplina.

Justificado o estudo, o problema que se pretende enfrentar parte da perspectiva dada pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 28 do CPP. Assim, quais as consequências jurídicas em se

autorizar o arquivamento de investigações criminais diretamente pelo Ministério Público? Eis o que se pretende responder.

Diante da nova disciplina dada pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 28 do Código de Processo Penal, a pesquisa tem como objetivo geral examinar as consequências jurídicas em se autorizar o Ministério Público a arquivar investigações criminais.

Para cumprir o objetivo, será dedicada especial atenção a compreender:

- a) as alterações mais importantes na nova sistemática de arquivamento;
- b) as hipóteses que autorizam o Ministério Público a arquivar investigações criminais;
- c) se o fim do controle judicial alterou a natureza jurídica do ato de arquivamento;
- d) a (in)subsistência do instituto da coisa julgada sobre as decisões de arquivamento pelo Ministério Público;
- e) as consequências sobre a reabertura de inquéritos policiais a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019.

O trabalho está dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, busca-se identificar e analisar as principais alterações promovidas pela reforma processual de 2019 no arquivamento pelo Ministério Público. Por conta disso, a primeira etapa é integralmente destinada a compreender o contexto histórico brasileiro das alterações na sistemática de arquivamento de investigações criminais e a analisar as modificações mais relevantes na nova redação do artigo 28 do CPP apontadas pela doutrina. Trata-se, portanto, de um capítulo de aproximação do leitor com o contexto do problema e com as consequências imediatas do novo rito.

No segundo capítulo, o objetivo será identificar e analisar as principais hipóteses que autorizam o arquivamento de inquéritos policiais. Além disso, se buscará compreender se a nova disciplina do artigo 28 do CPP, de alguma forma, modifica as situações que permitem ao Ministério Público arquivar investigações preliminares.

Mais adiante, no terceiro capítulo, levando em conta que as alterações introduzidas afastaram o controle judicial, o objetivo será compreender as consequências mediatas dessa mudança. Para tanto, será analisada não só a natureza jurídica das decisões de arquivamento, mas, também, a (in)subsistência do instituto da coisa julgada sobre o arquivamento de investigações criminais pelo Ministério Público, tudo a partir das alterações no artigo 28 do CPP pela Lei nº 13.964/2019.

Ainda, no terceiro capítulo, serão analisadas as consequências que a reforma processual trouxe sobre a reabertura de inquéritos policiais. Conforme será constatado, ainda que tenha havido alteração da natureza jurídica da decisão de arquivamento, o tratamento doutrinário atual

aponta no sentido de que o ato jurídico de arquivamento da investigação criminal, muito embora não mais faça coisa julgada, poderá ser revisto somente a partir da notícia de provas novas.

Seguindo essa linha, as hipóteses que oportunizaram a elaboração do estudo são as seguintes:

- a) a partir da reforma processual de 2019, o arquivamento de investigações criminais não está mais submetido a controle judicial;
- b) na nova sistemática, o ato de arquivamento pelo Ministério Público tem natureza jurídica de ato administrativo;
- c) a retirada do controle judicial e a alteração da natureza jurídica têm como consequência a insubsistência de coisa julgada sobre o ato de arquivamento pelo Ministério Público;
- d) embora não subsista coisa julgada sobre a decisão ministerial de arquivamento, a reabertura de investigações criminais está subordinada a notícia de provas novas.

Confirmadas as hipóteses, será proposta uma interpretação atualizada do artigo 18 do *codex* penal adjetivo e da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal (STF), buscando que estejam de acordo com a nova disciplina jurídica dada ao artigo 28 do CPP.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizar-se-á, como metodologia, a pesquisa bibliográfica, que será realizada a partir da análise e discussão das fontes doutrinárias aplicáveis à nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 28 do CPP.

A toda evidência, não será tratado do universo do inquérito policial como um todo ou da coisa julgada em sua amplitude. O objetivo eleito é discutir, no contexto da reforma processual de 2019, as repercussões jurídicas em se autorizar o arquivamento de investigações criminais pelo Ministério Público, o que limita o plano de cognição do presente estudo.

2 A NOVA SISTEMÁTICA DE ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

Como alinhavado na exposição introdutória, a partir do advento da Lei nº 13.964, de 2019, houve profunda alteração na sistemática de arquivamento do inquérito policial e de outras peças de informação. De acordo com a nova disposição do artigo 28 do CPP, não mais haverá controle judicial sobre o arquivamento do Ministério Público, que ficará submetido à revisão e homologação internas.

Muito embora grande parte do setor doutrinário criticasse duramente o modelo de controle do arquivamento adotado por nossa tradição jurídica, desde 1941, verdade é que tal lógica perdurou por décadas e ainda continua vigente em nosso ordenamento.¹ Isso porque “a eficácia desse dispositivo, na redação dada pela Lei nº 13.964/19, foi suspensa em virtude de medida cautelar concedida pelo Ministro Luiz Fux nos autos da ADI nº 6.305 (j. 22/01/2020)”.²

Sem dúvida as repercussões ao se adotar um modelo de arquivamento de investigações criminais pelo Ministério Público não se restringem apenas à mudança no controle de legalidade da decisão. Em razão disso, é necessário compreender o contexto histórico das alterações e a extensão de seus reflexos ou, melhor dizendo, de suas consequências jurídicas.³

Por conta disso, antes de se examinar as principais alterações na dinâmica de arquivamento, será dada atenção ao histórico do movimento legislativo, que culminou com a reforma do artigo 28 do CPP pela Lei nº 13.964/2019, assim como aos motivos centrais que levaram o STF a suspender a eficácia do novo rito de arquivamento, tarefas que serão realizadas de agora em diante.

2.1 Evolução da proposta legislativa e suspensão da eficácia do artigo 28 do CPP

A exposição de motivos do atual CPP, assinada por Francisco Campos, em 08 de setembro de 1941, já dava conta das controvérsias que poderiam advir do arquivamento de investigações criminais. Na época, o documento justificava o porquê de se adotar um controle

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 306.

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 237.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 237.

anômalo da obrigatoriedade da ação penal pelas mãos do juiz, com a adoção de um princípio de devolutividade da palavra final sobre o arquivamento ao chefe do Ministério Público.⁴

Como se vê, a discussão sobre o controle do arquivamento e seus possíveis modelos não é recente. Desde a entrada em vigor do atual CPP, diversas reformas e projetos de nova codificação já foram propostos. A mais recente tentativa de novo *codex* iniciou tramitação no Congresso Nacional no ano de 2009. Na ocasião, “o Código em vigor contava com quase 70 anos, e já havia sofrido uma série de alterações – umas, pontuais; outras, de maior fôlego –, frente ao insucesso de tentativas anteriores de sua reforma total”.⁵

A retomada histórica da proposição remonta, na verdade, a 2008, quando o “Senador Renato Casagrande protocolou, em sua Casa de origem, o Requerimento nº 227, a fim de que o Senado Federal nomeasse uma comissão de juristas para a confecção de um projeto de novo Código de Processo Penal”.⁶ Após a acolhida do requerimento, o presidente do Senado designou comissão incumbida de elaborar um anteprojeto de novo Código de Processo Penal, que veio a ser convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156/2009.^{7,8}

Em publicação destinada a comentar as disposições que constavam no anteprojeto para um novo *codex* penal adjetivo, Eugênio Pacelli já admitia a existência de uma cultura jurídica pátria voltada para a obrigatoriedade da ação penal. Nas palavras do autor, “o PLS 156 mantém esta tradição, alterando, contudo, a legitimidade para o controle de arquivamento das investigações (PLS 156 – art. 38)”.⁹

⁴ O texto assim dizia: “Para dirimir dúvidas que costumam surgir no caso de recusa do Promotor de Justiça em oferecer denúncia, adotou o projeto a seguinte norma:

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”. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 536.

⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. 10 anos do projeto de novo Código de Processo Penal: ainda é possível sustentar sua viabilidade? *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 159-178, 2019, p. 160.

⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 167-188, 2009, p. 167.

⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 167-188, 2009, p. 168.

⁸ “Compunham a Comissão Mista de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de CPP, além do Ministro Hamilton Carvalhido e do Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, os Drs. Antônio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral”. HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, p. 5-19, abr./maio 2007, p. 267.

⁹ PACELLI, Eugênio. O processo penal como dialética da incerteza. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 67-75, 2009, p. 71.

E, de fato, o texto guarda muitas semelhanças com a redação do artigo 28 do CPP após a atualização pelo Pacote Anticrime, a começar pela supressão do controle judicial de legalidade do arquivamento. Além do controle ministerial, a proposta contida no PLS nº 156/2019 mantinha a sistemática de controle pela vítima, ainda acrescentando expressamente a comunicação ao juiz das garantias em determinadas hipóteses.¹⁰

No entanto, “encerrada sua tramitação junto ao Senado Federal, o projeto de novo Código de Processo Penal foi remetido para a Câmara dos Deputados, onde segue o trâmite legislativo até sua – esperada – conversão em norma legal”.¹¹ Junto à Câmara, a proposta legislativa foi recebida como Projeto de Lei nº 8.045/2010¹², onde ainda tramita, contudo, tendo sofrido significativas alterações.¹³

¹⁰ Assim foi a proposta remetida ao Congresso, na parte que importa ao arquivamento de investigações criminais: “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 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”. (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Brasília: Diário Oficial da União, 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 22 set. 2021)

¹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020, p. 13.

¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.045, de 2010*. Brasília: Diário Oficial da União, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 22 set. 2021.

¹³ Assim dispõe o texto atual da proposição legislativa sobre o arquivamento:

“Art. 38. O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito.

Parágrafo único, O juiz das garantias, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Art. 39. Arquivado o inquérito policial, o juiz das garantias comunicará a sua decisão à vítima, ao investigado e ao delegado de polícia.

Art. 40. Arquivados os autos do inquérito por falta de base para a denúncia, e surgindo posteriormente notícia de outros elementos informativos, o delegado de polícia deverá proceder a novas diligências, de ofício ou mediante requisição do Ministério Público”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.045, de 2010*. Brasília: Diário Oficial da União, 2010. Disponível em:

Em síntese, não se pode deixar de perceber que o Projeto de Lei nº 8.045/2010 retoma o controle sobre o arquivamento de investigações criminais pelo Poder Judiciário, atribuindo a tarefa ao juiz das garantias. A proposição também reaviva o princípio da devolutividade, consagrado na redação original do CPP de 1941. Embora mantidas as comunicações à vítima, ao investigado e ao delegado de polícia, não há previsão alguma de pedido de reexame por parte do ofendido, o que também chama a atenção.

Neste ínterim, enquanto o projeto de novo Código de Processo Penal ainda tramita, a provocação positiva levada a efeito pela reforma processual de 2019 promoveu alterações substanciais, que rompem com o paradigma da tradição jurídica de controle do arquivamento de investigações criminais pelo Poder Judiciário e transferem a missão para as mãos do próprio Ministério Público. Assim, dispõe a nova redação:

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.

Como é possível perceber, houve profundas modificações na sistemática do arquivamento, especialmente em relação ao seu controle e revisão, com a inclusão da vítima em papel de destaque. Não obstante, a mudança na arquitetura do arquivamento logo teve sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal (STF), diga-se de passagem, a pedido da própria Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Ainda que em decisão monocrática e em sumária cognição, o Ministro Luiz Fux suspendeu *sine die* a eficácia da norma contida no artigo 28 do CPP sobre o arquivamento de investigações preliminares.¹⁴

Um dos argumentos centrais que levaram à decisão foi de que a alteração no rito de arquivamento violaria cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas, ferindo a autonomia financeira dos Ministérios Públicos, sobretudo por não levar em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 22 set. 2021)

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI/MC 6288 6299 6300 6305/DF*. Ministro Luiz Fux. Julgado em 22 jan. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

conta impactos de ordem sistêmica e financeira. Pode-se dizer que “haveria, assim, à semelhança da decisão em sede de medida cautelar pelo Ministro Fux, quanto à implantação do juiz das garantias, violação aos arts. 169 e 127 da Constituição”.¹⁵

O outro fundamento adotado considerou a inconstitucionalidade da regra por conta da falta de tempo hábil dada aos Ministérios Públicos para se adaptar à nova missão, já que a previsão era de que a nova redação vigorasse a partir de 23 de janeiro de 2020, somente 30 dias depois da publicação da Lei nº 13.964/2019, em espaço curtíssimo de tempo. De fato, o período de *vacatio legis* transcorreu em meio ao recesso parlamentar, o que não impossibilitou sequer a propositura de projeto legislativo visando adaptar as estruturas para absorver a nova sistemática.

É preciso destacar que as contingências elencadas como fundamento para suspender a eficácia do dispositivo possuem caráter temporário e a qualquer tempo a questão pode ser pautada no Plenário da Suprema Corte, revogando-se a decisão monocrática do Ministro Luiz Fux.

Assim, atentos ao histórico da evolução das proposições legislativas que levaram às alterações patrocinadas pela Lei nº 13.964/2019 no artigo 28 do CPP, nossa intenção, doravante, é trilhar o caminho de identificar e analisar as principais mudanças na sistemática de arquivamento de investigações criminais.

2.2 Alterações na sistemática de arquivamento a partir da Lei nº 13.964/2019

Depois de se compreender o contexto histórico da evolução legislativa, cuida-se, daqui em diante, das principais alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no artigo 28 do CPP, que trata da sistemática de arquivamento de investigações criminais. As mudanças mais relevantes, identificadas a partir da pesquisa bibliográfica, foram a retirada do controle judicial sobre o arquivamento, a obrigatoriedade da comunicação à vítima, ao investigado e à autoridade policial, e a revisão e homologação do arquivamento por uma instância ministerial.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 238.

2.2.1 Do controle pelo Poder Judiciário ao controle pelo Ministério Público

Bem se sabe que os autos de inquérito não podem ser arquivados pela autoridade policial (CPP, art. 17) e que o *arquivamento*¹⁶ tampouco pode ser determinado pela autoridade judiciária. Somente o Ministério Público, com exclusividade, detém atribuição para “avaliar se os elementos de informação de que dispõe são (ou não) suficientes para o oferecimento da denúncia, razão pela qual nenhum inquérito pode ser arquivado sem expressa determinação ministerial”.¹⁷

Nesta lógica, após juízo opinativo emitido pela autoridade policial, deverá ocorrer a remessa dos autos do inquérito ao Ministério Público para adoção das seguintes providências:

- a) oferecimento de denúncia;
- b) devolução do inquérito à autoridade policial para novas diligências, imprescindíveis ao ajuizamento da ação penal;
- c) promoção de arquivamento.¹⁸

Anteriormente à edição da Lei nº 13.964/2019, caberia então ao Ministério Público, de forma fundamentada, promover o arquivamento de investigações criminais perante o Poder Judiciário, independentemente de serem elas policiais ou ministeriais. De forma bem simples, o Ministério Público deveria fundamentar sua manifestação e submetê-la à homologação judicial para surtir efeitos.¹⁹

¹⁶ José Barcelos de Souza indica, em acordo semântico, o que se entende por arquivamento: “Quando se fala em arquivar está sempre presente, como não pode de ser a ideia de guardar em arquivo, isto é, de conservar de guardar em cartório, o que ocorre em geral em consequência do encerramento do procedimento criminal. [...] Há casos, porém, em que o vocábulo é empregado para, ao mesmo tempo em que guarda fortemente o sentido geral de colocar em arquivo por motivo de extinção, salienta a origem desse ato. Assim é que, ao dizer o art. 17 do CPP que a autoridade policial não pode mandar arquivar autos de inquérito, está querendo proibir que o delegado de polícia proceda ao engavetamento, isto é, está dizendo que não pode ele extinguir, dar fim, tornar sem proveito para seus fins legais o inquérito policial. [...]Este é o mais importante e frequente perfil do arquivamento. É, de fato, a mais corrente e significativa acepção do vocábulo. Consiste na abstenção de denunciar de parte do Ministério Público, ou seja, de não promover o Ministério Público a ação penal, o que importa definição provisória do procedimento criminal, favorável ao indiciado. Como se vê, trata-se de denominação de medida que se adota antes de propositura de ação penal, com o fim, aliás, de frustrá-la. Disso resulta a impossibilidade de seu cabimento depois de proposta a ação penal, a não ser que a lei tivesse permitido a retratação. Embora depois de oferecida e recebida a denúncia não haja lugar para o arquivamento naquela significação do vocábulo, este foi usado pelo legislador com outra e especial conotação, para indicar, já no curso do processo criminal, solução extintiva antecipada do processo em alguns e especiais procedimentos”. (SOUZA, José Barcelos de. Arquivamento de inquérito em caso de competência originária do Tribunal para a ação penal. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coordenadores). *Temas atuais do Ministério Público*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 1212)

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 235.

¹⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 112.

¹⁹ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 437.

Dessa forma, ocorria um controle anômalo quanto à obrigatoriedade da ação penal, exercido pelo magistrado. Acaso ele discordasse do arquivamento, restaria, no âmbito da Justiça Estadual, remeter os autos ao PGJ, que deveria então decidir sobre a matéria.²⁰ Destaca-se que, na esfera federal, tal atribuição incumbe às Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF.

Com a devolução dos autos, o PGJ poderia então insistir no arquivamento, ajuizar a ação penal pública condenatória ele próprio ou designar outro promotor de justiça para fazê-lo.²¹

Em razão da privatividade da ação penal pública conferida ao *Parquet*, o constituinte garantiu-lhe ampla formação da *opinio delicti*, o que abarca também a hipótese de uma atuação negativa, no sentido de arquivar investigações criminais ou de abster-se de promover a ação quando esta não for cabível.²²

De início, verifica-se que somente o promotor de justiça poderia requerer o arquivamento, o que não se alterou de nenhuma forma. Como bem assinala Marcellus Polastri Lima, “tal legitimação exclusiva já era destinada pela legislação ordinária ao Ministério Público, sendo que, após a Constituição de 1988, passou tal função a ter foro de privatividade em nível constitucional, na forma do art. 129, da Carta Magna”.²³

Muito embora a última palavra para o arquivamento de investigações fosse missão privativa do órgão do Ministério Público, verdade é que, anteriormente à Lei nº 13.964/2019, o *Parquet* requeria o arquivamento. Agora, com as recentes alterações, o legislador utilizou-se do verbo *ordenar*, o que modifica significativamente a tradicional dinâmica do arquivamento de procedimentos investigatórios.

Neste ponto, é oportuno mencionar a síntese promovida por Renato Brasileiro de Lima, ao destacar o entendimento enunciado pelo próprio *Parquet* quanto ao tema:

Doravante, portanto, não há mais que se falar em promoção de arquivamento a ser submetida à apreciação do Judiciário. Trata-se de uma *decisão* exclusivamente do

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 19. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2020, p. 215.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de processo penal*: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 490.

²² Reforçando esse pensamento, diz Fernando da Costa Tourinho Filho: “dissentindo da apreciação feita pelo Promotor, que se recusa a apresentar a denúncia, não pode o Juiz obrigá-lo a apresentá-la, sob pena de violar como lembra Tornaghi, ainda que por via oblíqua, o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, dogma do sistema acusatório. Assim, para fugir àquele inconveniente e para evitar a lesão ao princípio que proíbe ao Juiz o procedimento *ex officio*, a lei concedeu a este uma função anormal, qual a de velar e fiscalizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de processo penal*: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 491)

²³ LIMA, Marcellus Polastri. Algumas antigas e novas questões sobre o arquivamento e o desarquivamento dos autos de investigação criminal. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 728.

Ministério Público. É exatamente nesse sentido, aliás, o Enunciado n. 8 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCCRIM): ‘A nova redação do art. 28 do CPP, em harmonia com o princípio acusatório, dispõe que o arquivamento do inquérito policial não se reveste mais de um mero pedido, requerimento ou promoção, mas de verdadeira decisão de não acusar, isto é, o promotor natural decide não proceder à ação penal pública, de acordo com critérios de *legalidade e oportunidade*, tendo em vista o interesse público e as diretrizes de política criminal definidas pelo próprio Ministério Público’.²⁴

Em termos simples, como já visto, diante das alterações no artigo 28 do CPP pela Lei nº 13.964/2019, “foi suprimido o controle judicial quanto ao mérito do arquivamento”, que “passou a ser realizado no âmbito interno do próprio Ministério Público”.²⁵

De acordo com o dispositivo, o exame do mérito do arquivamento do inquérito policial não compete mais ao juiz, mas sim “aos órgãos dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, que, de acordo com a Lei nº 8.625/1993 (para o MPE) e com a Lei Complementar nº 75/1993 (para o MPF), tiverem atribuições para funcionar como instâncias de revisão ministerial”.²⁶

No entanto, as alterações na sistemática de arquivamento, especialmente quanto à retirada do controle judicial, não estão indenes a críticas.

Em contraste, existem autores que se opõem ao novo rito e sustentam ser a sistemática vigente a melhor forma de disciplinar o arquivamento. Mauro Fonseca Andrade, por exemplo, ao tratar da “ausência de uniformidade no trato da investigação ministerial”, sustenta “que a forma mais correta de disciplinar o seu arquivamento será através de sua remessa ao Poder Judiciário”.²⁷ No caso, o autor fazia referência à investigação pelo Ministério Público, mas é possível aplicar a lógica de controle proposta também aos inquéritos policiais, até mesmo porque não faria sentido ter lógicas de controle distintas a depender de quem presidisse o procedimento de investigação.

Melhor explicando, a remessa ao Poder Judiciário permitiria uma fiscalização maior de atos de arquivamento, sem significar quebra da imparcialidade²⁸ ou ferimento ao princípio

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 214.

²⁵ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 438.

²⁶ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 451.

²⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 302.

²⁸ Sobre a imparcialidade do julgador brasileiro, Mauro Fonseca Andrade escreve: “Por fim, há o Caso Saraiva de Carvalho versus Portugal, onde se decidiu que o juiz que participou da instrução poderia ser o mesmo do julgamento, sem qualquer comprometimento de sua imparcialidade. De bom tom lembrar que, por instrução, o Código de Processo Penal português refere-se ao procedimento instaurado por provocação do acusado ou do assistente, e que está voltado à convalidação dos termos da acusação ou do arquivamento do inquérito por parte do Ministério Público (artigo 286 e seg.). Em suma, a jurisprudência do TEDH – dos últimos vinte anos – vem deixando claro que os critérios nacionais, estabelecidos para preservar a imparcialidade dos juízes criminais

acusatório, sobretudo porque, na ação penal, diferentemente do que ocorre com a ação civil pública, o Ministério Público detém titularidade e a última palavra na formação da *opinio delicti*. As palavras de Mauro Fonseca Andrade destacam que,

[...] ao contrário do que ocorre com a ação penal pública, o *Parquet* não é o titular da ação civil pública, pois dela é apenas um dos legitimados para ajuizá-la. Em sendo assim, nos parece que a decisão pelo arquivamento do inquérito civil prescinde de análise judicial, justamente porque a preservação do interesse público pode ser buscada junto ao Poder Judiciário através de outros entes igualmente legitimados para o ajuizamento da ação civil pública. Com isso, a fiscalização sobre a não-propositura da ação penal pública deve ser distinta daquela de natureza civil, pois, se o Ministério Público não quiser oferecer a ação penal, ninguém mais poderá fazê-lo, o que, dadas certas circunstâncias, poderá equivaler a uma absolvição antecipada e sem processo. Dito de forma mais direta, o Ministério Público não pode ser o único fiscal de seus próprios atos, o que ocorrerá se for o responsável pela análise do não-ajuizamento de uma ação penal, da qual é o único legitimado para oferecê-la.²⁹

Ainda nessa mesma direção, Rodrigo da Silva Brandalise também defende que, mesmo que o juiz não possa obrigar o Ministério Público a acusar, seria adequada “a manutenção do artigo 28 do CPP”, inclusive com “a extensão aos casos de competência originária do Procurador-Geral”. Escreve o autor:

O art. 28 do CPP funciona como um sistema de freios e contrapesos. O juiz atua, portanto, como um fiscal do cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal (em respeito ao acusatório, sua função é de, unicamente, fiscal). A palavra final é e será do Ministério Público (CPP, art. 28). [...] Ademais, o Poder Judiciário tem a plena condição de fazer a fiscalização de maneira muito mais integral do que as vítimas, seja porque estas desconhecem o sistema de justiça penal, seja porque estas estão sempre em condição de vulnerabilidade em razão do crime que sofreram, notadamente pela violência que campeia nos dias atuais. [...] Em linhas específicas, o legislador de 1941 foi muito preciso em sua compreensão exposta no art. 28 do CPP, seja ao prever quem fiscaliza, seja em prever quem deve definir, peremptoriamente, a divergência quanto ao arquivamento (previsão final que deve ser sempre no plano do Ministério Público).³⁰

Feito o registro, apesar das importantes críticas à opção do legislador, não se pode deixar de anotar que “as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 foram substanciais e vedaram expressamente a participação do juiz nesse controle”.³¹

brasileiros, estão completamente corretos e adequados, ao menos sob a perspectiva daquele tribunal e dos direitos humanos”. (ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 167-188, 2009, p. 181)

²⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 303.

³⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução nº 181 do CNMP: artigo 19. In: FISCHER, Douglas et al. *Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 295-297.

³¹ PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 225.

De acordo com a nova redação, após ordenar o arquivamento, o Ministério Público, comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos à instância de revisão ministerial para fins de homologação. Cada uma das comunicações possui finalidade diversa e peculiaridades próprias, razão pela qual se passará a examiná-las a partir de agora.

2.2.2 Comunicações à vítima, ao investigado e à autoridade policial

A retirada do controle judicial não foi a única modificação na dinâmica de arquivamento de investigações criminais. Outra importante alteração no artigo 28, *caput*, do CPP, diz que, ordenado o arquivamento de investigações criminais, o Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, como uma espécie de substituição do controle judicial.

Dentre as comunicações aos envolvidos, a que parece ser a mais importante, é a comunicação em relação à vítima, conforme o § 1º do artigo 28 do CPP. Isso porque o dispositivo, além de promover uma maior proteção dos direitos do ofendido, oportuniza que se manifeste em relação aos fundamentos do arquivamento pelo titular da ação penal pública.

Ao que se vê, portanto, segundo Vladimir Aras e Francisco Dirceu Barros, “em contrapartida à vedação dessa iniciativa pelo juiz criminal, o legislador previu a legitimidade do ofendido para recorrer administrativamente”.³² A princípio, “não há previsão de nome para esse pedido e tampouco definição quanto ao procedimento, sendo assim, deve ser admitido desde um pedido fundamentando, apontando a divergência, até uma simples petição”, que pode demandar a reapreciação do arquivamento sem a necessária subscrição por um advogado.³³

Sob perspectiva semelhante, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Ana Maria Lumi Kamimura Murata aduzem que a impugnação da vítima “refere-se, na forma do referido § 1º, à discordância do ato administrativo de determinação do arquivamento”, não se cogitando falar em recurso, mas em discordância, uma vez que ela “participa do procedimento, perante a instância revisora, como parte, com os direitos e garantias daí decorrentes”.³⁴

³² ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. Comentários ao pacote anticrime nº 3: o arquivamento do Inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-3-o-arquivamento-do-inquerito-policial-pelo-ministerio-publico-apos-a-lei-anticrime/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 308.

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As regras sobre a decisão do arquivamento do inquérito policial: o que muda com a Lei 13.964/19. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 28, n. 330, p. 11-13, maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>. Acesso em: 07 ago. 2021.

Assim, após a remessa dos autos à instância superior, a vítima “terá 30 dias para recorrer, logo, é preciso que o órgão revisor do *Parquet* só analise o caso, homologando ou não o arquivamento, depois de decorrido o prazo de 30 dias”, tudo para resguardar o direito de apresentar argumentos por ocasião do reexame.³⁵ A propósito esse é o teor do Enunciado nº 15, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM):

Se a vítima (ou seu representante legal) não concordar com o arquivamento do inquérito policial ou de outra peça de informação, poderá, no prazo de 30 dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria ao órgão revisor do Ministério Público, com a apresentação das respectivas razões na origem.³⁶

Se, na ausência de manifestação pelo órgão do Ministério Público diante da investigação concluída, a vítima poderia propor a ação penal privada subsidiária da pública, após a manifestação de arquivamento do *Parquet*, cabe outra medida: a petição de reexame ou pedido de reconsideração.

São situações distintas e que não se confundem. Na primeira, há inércia para ajuizar a ação de iniciativa pública e, por consequência, abre-se a oportunidade para uma propositura subsidiária, que pode ser retomada pelo titular. Já na segunda, há uma manifestação pelo arquivamento da investigação, o que enseja a possibilidade de a vítima requerer o reexame.^{37,38}

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 19. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2020, p. 215-216.

³⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2.019 – Lei Anticrime*. Brasília: GNCCRIM, 2019. Disponível em: https://www.cnpge.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

³⁷ Neste sentido, vale reproduzir a posição de Eugênio Pacelli, quando leciona que “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)”. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 229-230.

³⁸ Sobre do tema, Aras e Barros ensinam que a “Obrigação de o Ministério Público comunicar a vítima foi instituída no Brasil pelos §§ 3º e 4º do art. 19 da Resolução 181/2017, do CNMP, incluídos no texto pela Resolução 201, de 4 de novembro de 2019. A comunicação ao ofendido deve ser observada também porque este terá direito de propor ação penal privada subsidiária da pública em caso de inércia do Ministério Público. A cientificação da decisão de arquivamento previne a configuração de tal situação omissiva, assegura o direito à informação e serve para resguardar o direito de acesso à justiça”. ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. O novo modelo de arquivamento de inquéritos e o princípio da oportunidade da ação. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-2o-novo-modelo-de-arquivamento-de-inqueritos-e-o-principio-da-oportunidade-da-acao/>. Acesso em: 04 set. 2021.

Considerada essa premissa, é importante deixar claro que a primeira alternativa, “sublinhe-se, só é possível se o Ministério Público não ordenar formalmente o arquivamento, pois se o fizer, não cabe ação penal subsidiária”.³⁹

A lei prevê também que, 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.

Já em relação ao investigado, Aury Lopes Júnior sustenta que a comunicação serve “para que saiba do desfecho da investigação e não fique em situação de incerteza ou indeterminação em relação a sua situação jurídica [...], mas não existe previsão de recurso ou manifestação”.⁴⁰

Mesmo com a ausência de previsão, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Ana Maria Lumi Kamimura Murata assinalam que o investigado “tem interesse em defender o arquivamento”.⁴¹ Embora não seja “exigido contraditório nesse plano”, a comunicação ao investigado serve para que ele possa apresentar seus fundamentos perante o órgão de revisão do arquivamento, de modo a robustecer as razões ministeriais ou contrapor manifestação de inconformidade apresentada pela vítima.⁴²

A posição de Norberto Avena é de que, a “despeito de a norma comandar a comunicação do arquivamento, além de à vítima, também ao investigado e ao delegado, somente é contemplada legitimidade para o insurgimento à primeira”.⁴³

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior sustenta que, para o investigado, muito embora falte o dito interesse recursal, subsiste a possibilidade de impetrar *habeas corpus* “para eventualmente rediscutir os fundamentos do arquivamento”.⁴⁴

Em posição oposta, Renato Brasileiro de Lima defende a possibilidade de o imputado apresentar suas razões e defender o arquivamento já que ele tem interesse em fazê-lo e não haveria motivo para comunicá-lo sem que lhe fosse possibilitada manifestação. Segundo o próprio autor,

³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 312.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 306.

⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As regras sobre a decisão do arquivamento do inquérito policial: o que muda com a Lei 13.964/19. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 28, n. 330, p. 11-13, maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>. Acesso em: 07 ago. 2021.

⁴² GARCIA, Emerson. O pacote anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 77, p. 119-128, jul./set. 2020, p. 122.

⁴³ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 444.

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 309.

[...] apesar de o art. 28, §1º, do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, fazer referência apenas à possibilidade da vítima (ou de seu representante legal) submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, queremos crer que o dispositivo sob comento pode – e deve – ser objeto de interpretação extensiva para também se admitir a apresentação de arrazoados por parte do investigado. Primeiro, porque é patente o interesse que ele tem na homologação do arquivamento determinado pelo Promotor Natural, o que é evidenciado pelo próprio *caput* do art. 28 do CPP, o qual prevê que o investigado deve ser comunicado do arquivamento determinado pelo órgão ministerial. Segundo, porque o Estatuto da OAB assegura aos advogados o direito de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI, alínea ‘a’). Por fim, se a jurisprudência é firme no sentido de assegurar ao acusado a possibilidade de contrarrazoar eventual recurso interposto pela acusação contra a rejeição da peça acusatória – súmula n. 707 do STF145 –, por que não aplicarmos a mesma lógica à decisão de arquivamento? Outrossim, a apresentação de razões pelo investigado – como também da vítima – há de ser considerada uma mera faculdade, o que significa dizer que o não exercício dessa prerrogativa não terá o condão de acarretar qualquer vício de ilegalidade.⁴⁵

Não é outra a lição de Vladimir Aras e Francisco Dirceu Barros, que, da mesma forma que Renato Brasileiro de Lima, entendem que “o suposto autor da infração penal também deverá ser cientificado do arquivamento. Essa notícia integra-se ao patrimônio jurídico do investigado, agora fazendo parte do conteúdo do direito à ampla defesa”.⁴⁶

É necessário acrescentar ainda “que o investigado pode, em princípio, ter interesse futuro em ver processado o acusador que, agindo de má-fé, deu causa à investigação”.⁴⁷

Se os motivos da comunicação ao investigado apresentam-se sob diversas matizes, também não há consenso em relação às finalidades do comunicado para a autoridade policial. Portanto, um apanhado das principais posições arremata o tema sob perspectivas complementares.

Em relação a esse ponto, Aury Lopes Júnior entende que, para a “autoridade policial, além de inexistir qualquer interesse recursal, carece de legitimidade e capacidade postulatória”.⁴⁸ Renato Brasileiro de Lima também defende a tese ao sustentar que o investigado e a vítima podem submeter o arquivamento à revisão, mas “o mesmo não pode se dizer em

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 246.

⁴⁶ ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. O novo modelo de arquivamento de inqueritos e o princípio da oportunidade da ação. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-2o-novo-modelo-de-arquivamento-de-inqueritos-e-o-principio-da-oportunidade-da-acao/>. Acesso em: 04 set. 2021.

⁴⁷ HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento no projeto de reforma do novo Código de Processo Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, p. 78-89, ago./set. 2010.

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 309.

relação à autoridade policial e ao juiz das garantias” já que não teriam “interesse concreto capaz de justificar sua intervenção junto à instância de revisão ministerial”.⁴⁹

Ainda, é preciso dizer que “a autoridade policial, da mesma forma, será comunicada, pois subsiste para ela o dever jurídico de investigar, caso surjam outros elementos informativos”, não havendo que se falar em “controle externo de arquivamento, que se efetiva, como visto, pela intervenção da vítima. Trata-se, apenas, de mera informação, voltada para a autoridade policial, tendo em conta eventuais e futuras investigações”, que podem ser reiniciadas a partir da notícia de provas novas.⁵⁰

Sob outra perspectiva, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Ana Maria Lumi Kamimura Murata sustentam que “pode-se imaginar hipóteses em que a autoridade policial possa querer defender a investigação que levou a efeito e esclarecê-la perante a instância de revisão ministerial”.⁵¹ Além disso, os autores entendem que, após o arquivamento pela instância revisora, “é recomendável que se comunique ao juiz das garantias, ainda que se não tenha previsão legal”.⁵²

Por fim, Vladimir Aras e Francisco Dirceu Barros também advertem sobre a necessidade de o arquivamento “ser comunicado ao juiz de garantias, para baixa dos registros judiciais e, eventualmente, para a revogação de medidas cautelares, reais ou pessoais que tenham sido impostas ao suspeito ou ao indiciado”.⁵³

Quanto ao momento mais adequado para a comunicação ao juiz das garantias, ainda que o arquivamento necessite ser validado pela instância revisora, produzirá efeitos imediatos. Até mesmo por conta dessa produção imediata de efeitos, deverá haver comunicação ao juízo,

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 246.

⁵⁰ HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, p. 5-19, abr./maio 2007, p. 274.

⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As regras sobre a decisão do arquivamento do inquérito policial: o que muda com a Lei 13.964/19. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 28, n. 330, p. 11-13, maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>. Acesso em: 07 ago. 2021.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As regras sobre a decisão do arquivamento do inquérito policial: o que muda com a Lei 13.964/19. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 28, n. 330, p. 11-13, maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>. Acesso em: 07 ago. 2021.

⁵³ ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. O novo modelo de arquivamento de inquéritos e o princípio da oportunidade da ação. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-2o-novo-modelo-de-arquivamento-de-inqueritos-e-o-principio-da-oportunidade-da-acao/>. Acesso em: 04 set. 2021.

sobretudo porque não haveria sentido em se aguardar os 30 dias para homologação e admitir que subsista, por exemplo, uma prisão cautelar.^{54,55}

Enfrentadas as alterações atinentes ao dever de comunicar à vítima, ao investigado e à autoridade policial, é preciso, agora, analisar as mudanças produzidas em relação ao controle do arquivamento das investigações criminais no âmbito da instância de revisão ministerial.

2.2.3 Revisão e homologação do arquivamento

Como já visto, a partir da Lei nº 13.964/2019, o controle do arquivamento saiu das mãos do juiz natural e passou para o âmbito interno do Ministério Público com uma ampliação do papel da vítima. Diante desse quadro, “o que só ocorria quando havia discordância do magistrado agora deve ser feito de forma automática, sem sua participação”.⁵⁶

Para “assegurar o funcionamento desse novo regime de aferição da suficiência das razões para arquivar”, o legislador “instituiu um controle substituto, uma espécie de remessa necessária à instância superior do Ministério Público, conjugada com a possibilidade de recurso voluntário da vítima”.⁵⁷

É necessário destacar que “será certamente um tumulto desnecessário a remessa obrigatória de todo arquivamento de inquérito aos órgãos de revisão, seja para fins de homologação, seja para fins de discordância”. O impacto sistêmico de um reexame necessário é ponto que fundamenta inclusive a suspensão da eficácia do dispositivo.⁵⁸

A esse propósito, importa esclarecer que o arquivamento a que alude o novo art. 28 do CPP faz menção ao *arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza*. Ao que se vê, portanto, o arquivamento ministerial poderá ter por objeto,

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 241.

⁵⁵ Eis o teor do Enunciado 16 do CNPG e do GNCCRIM: “Homologado o arquivamento pelo órgão revisor do Ministério Público, os autos serão remetidos ao juízo competente a fim de comunicar o juízo, bem como, permitir que as partes tenham amplo acesso aos autos acautelados na respectiva secretaria, a teor da norma inserta no art. 3º-C, §4º, do CPP”. BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2.019 – Lei Anticrime*. Brasília: GNCCRIM, 2019. Disponível em: https://www.cnp.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

⁵⁶ PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 225.

⁵⁷ ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. Comentários ao pacote anticrime nº 3: o arquivamento do Inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-3-o-arquivamento-do-inquerito-policial-pelo-ministerio-publico-apos-a-lei-anticrime/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

⁵⁸ PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 113.

além do inquérito policial, procedimentos investigatórios criminais, relatórios de comissão parlamentar de inquérito, assim como termos circunstanciados.⁵⁹

Destaca-se, conforme Emerson Garcia, que os elementos informativos de qualquer natureza designados pela atual redação são diferentes das peças de informação a que fazia referência a redação anterior do art. 28 do CPP. Segundo suas próprias palavras,

Como se constata, os “elementos informativos da mesma natureza” a que se refere a atual redação do art. 28 do CPP são substancialmente distintos das peças de informação a que se referia a redação anterior. Essas peças podem acompanhar uma notícia criminis endereçada ao Ministério Público e, à mingua de qualquer verossimilhança na narrativa ou de utilidade na prova apresentada, ser indeferidas de plano. No direito positivo vigente, ainda que momentaneamente ineficaz, não se aplicará a sistemática a que se refere o art. 28 do CPP em relação às denominadas peças de informação. Tal somente ocorrerá em relação à investigação penal propriamente dita, gênero que alberga o inquérito policial conduzido pela polícia judiciária e o procedimento investigatório criminal, ou expediente similar, a cargo do Ministério Público.⁶⁰

Nada obsta que o *Parquet* submeta à revisão e homologação notícias-crime e peças de informação⁶¹. Conclui-se, contudo, que o dispositivo aparentemente visa submeter à revisão automática somente aqueles procedimentos que tenham natureza de investigação criminal.⁶² De todo modo, é preciso destacar a orientação conjunta nº 01/2015, elaborada pelas 2ª, 5ª e 7ª Câmaras Criminais do MPF antes das alterações da Lei nº 13.964/2019. Eis o teor:

Orienta os membros do Ministério Público Federal atuantes em escritórios vinculados às 2ª, 5ª e 7ª Câmaras a submeterem as promoções de arquivamento de inquéritos policiais, de procedimentos investigatórios criminais (PICs) e de notícias de fato ou peças de informação diretamente à Câmara competente, para fins de revisão.

De outro lado, apesar dos inconvenientes destacados, é preciso reconhecer que há motivos suficientes para a previsão de um sistema de controle. Isso porque “a sindicabilidade é

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 235.

⁶⁰ GARCIA, Emerson. *O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n. 77, jul./set. 2020, p. 122.

⁶¹ Sobre a distinção entre requerimentos, petições, notícias-crime, peças de informação, ver: SILVA, David Medina da. Resolução nº 181 do CNMP – artigo 18. In: FISCHER, Douglas et al. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 85.

⁶² Sobre a utilização do termo investigação criminal, ver Andrade: “Referimo-nos à expressão investigação criminal por ser mais genérico. A título de exemplo, em países de cultura hispânica, o instrumento de investigação criminal é conhecido como sumário, em países de cultura portuguesa é conhecido como inquérito, e em países de cultura francesa é chamado de enquete”. (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 464)

fundamental, nesse ponto, já que não se pode admitir a existência de poderes absolutos, insusceptíveis de controle”.⁶³

Talvez, “a necessidade de se instituir verdadeira e salutar racionalização interna na tramitação dos feitos, evitando-se, com isso, a sobrecarga e o acúmulo de procedimentos sob os cuidados dos órgãos de revisão, muitos deles repetitivos”, seja o maior desafio na nova sistemática de arquivamento para o Ministério Público.⁶⁴

Certamente, a obrigatoriedade de se revisar os arquivamentos incrementará em muito o volume de trabalho. Esse é um dos motivos pelo qual é tão importante a criação de enunciados que possam servir à atuação do Ministério Público.

Aliás, é necessário destacar que, antes mesmo da reforma processual de 2019, a expedição de enunciados já era prática corrente no âmbito do MPF e de suas câmaras criminais, que autorizavam o arquivamento independentemente de reexame nos casos em que a decisão tivesse sido “determinada em conformidade com a posição institucional firmada naquela matéria ou em razão de absoluta falta de justa causa”.⁶⁵

Daí a importância de enunciar entendimentos não só para racionalizar o volume de trabalho em prol de um princípio de eficiência, mas, também, como forma de fortalecer uma unidade institucional, voltada a uma agenda estratégica de protagonismo na política criminal brasileira.^{66,67}

⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 244.

⁶⁴ TURESSI, Flávio Eduardo. Lei Anticrime e o novo modelo de arquivamento do inquérito policial: o papel do Ministério Público na interpretação da norma e construção de uma política criminal mais racional. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 79-104, jul./ dez. 2020, p. 99.

⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 243-244.

⁶⁶ Sobre o equilíbrio entre a obrigatoriedade e a oportunidade da ação penal, Antonio Scarance Fernandes assim se posiciona: “Com o aumento populacional e conseqüente incremento da criminalidade, há que se admitir no plano legal certa discricionariedade de atuação do órgão acusatório, principalmente em infrações mais leves ou em determinadas situações concretas onde não há maior interesse em punir. A adoção integral do princípio da obrigatoriedade exigiria do Estado, mormente nas grandes cidades, um número infundável de juízes e promotores para que fossem julgadas todas as infrações”. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2005, p. 199)

⁶⁷ Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens fazem oportuna crítica ao *establishment* jurídico-penal brasileiro. Os autores prestigiam a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, indicando especialmente os elementos norteadores de uma atuação estratégica: “Passados quinze anos desde a promulgação da Constituição, não há indicativos de que tenhamos avançado no sentido da superação da crise por que passa o Direito Penal e, conseqüentemente, a teoria do bem jurídico. Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual; não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual, os quais compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira. Basta-nos, para tanto, verificar a ineficácia do *establishment* jurídico-penal na prevenção – e mesmo no combate – aos cognominados crimes do “colarinho-branco””. (STRECK, Lenio Luiz; FELDENS,

Diante disso, “a nova redação do artigo 28 do CPP libera parte do grande potencial do princípio da oportunidade que estava reprimido pelo sistema original do CPP”.⁶⁸ Como sabido, a discussão quanto ao controle do arquivamento de investigações criminais e seus modelos, guarda íntima relação com os princípios da obrigatoriedade (legalidade) e oportunidade da ação penal.^{69,70}

De todo modo, não se pode negar que, dentre outras diretrizes, “o Código consagra ainda a regra da obrigatoriedade da ação penal, traduzida na expressão *será promovida* (artigo 24). Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não mover a ação”.^{71,72} Neste ponto, Ada Pellegrini Grinover assinala que a tradição jurídica brasileira sempre advogou a ideia de uma “manutenção, como regra geral, dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação

Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19)

⁶⁸ ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. Comentários ao pacote anticrime nº 3: o arquivamento do Inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-3-o-arquivamento-do-inquerito-policial-pelo-ministerio-publico-apos-a-lei-anticrime/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

⁶⁹ Ao tratar sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, importante traçar distinção com o princípio da obrigatoriedade da investigação criminal. Sobre o assunto: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

⁷⁰ Socorrendo-nos da doutrina internacional para destacar o problema da validade da adoção dos princípios da obrigatoriedade ou da oportunidade, destaca-se a lição de James Goldschmidt: “Tampouco para o Direito moderno se resolveu o problema sobre a preferência do princípio da legalidade ou a oportunidade. A história demonstra o seguinte: O princípio da legalidade segue sendo o que garante a legalidade estreitíssima à justiça punitiva. Também por ele, obterá o domínio em um tempo que se preocupa, principalmente, com a constituição do Estado de direito e das suas garantias. Frente a isso, o princípio da oportunidade pode se justificar de dois modos completamente distintos, a saber: de um lado, partindo de um enfoque que favorece um influxo do Governo sobre a justiça penal; de outro lado, no interesse da verificação da justiça material, em contraste com um formalismo legal. Ao domínio da oportunidade, no primeiro sentido, opôs-se a tendência do Estado de direito da segunda metade do século XIX, ao passo que hoje, o princípio da legalidade tem que ceder a um princípio da oportunidade no segundo sentido, ou seja, em favor da justiça material. A mesma tendência se manifesta na extensão do arbítrio judicial que se encontra na lei alemã sobre os Juizados da Infância e Juventude e os projetos alemães de um novo Código penal, na forma da atribuição judicial de indultar ao culpável nos casos fúteis. Por isso, comprova-se que, mesmo hoje em dia, o problema, se o princípio da legalidade ou de oportunidade deve ter validade, estabelece-se não só com relação ao acusador, senão também com relação ao Juiz, e que, por outro lado, o princípio da oportunidade não é, de maneira alguma, uma consequência ou um aumento do princípio acusatório”. (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 74)

⁷¹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 41.

⁷² No mesmo caminho, é a posição de Siqueira: “Em nosso Direito, como está constituído atualmente, foi adotado o princípio da legalidade, mas com acentuados abrandamentos, quer pelos poderes mais amplos dados ao juiz, quer pelos institutos de anistia, graça indulto, quer pela providência de arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, a requerimento do Ministério Público, nos termos do art. 28 do código de processo penal, providência vinda do direito anterior, mas ora especialmente regulamentada. Por essa disposição, o Ministério Público pôde deixar de oferecer denúncia e requerer o arquivamento do Inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, isto no pressuposto de se ter convencido de que os elementos encontrados não autorizam o procedimento oficial, não demonstram infração punível, não individualizam o agente pelo menos presumido”. (SIQUEIRA, Galdino. Da ação penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 553-567, jul. 1945)

penal pública, abrindo espaço a uma disponibilidade regulada pela lei e submetida ao controle jurisdicional”.⁷³

No entanto, a depender das opções do legislador de cada país, o controle do arquivamento de investigações criminais pode ocorrer de forma distinta.⁷⁴ No caso brasileiro, o que muda com as alterações promovidas no artigo 28 do CPP pela Lei nº 13.964/2019 é que o controle judicial sobre a legalidade dos arquivamentos restou afastado em detrimento de um modelo de revisão obrigatória no âmbito do próprio Ministério Público, o que contribuirá para um alargamento do princípio da oportunidade.

Neste ponto, não se busca sustentar que as mudanças promovidas significam a rígida adoção de um princípio da oportunidade, em substituição à tradicional legalidade na propositura da ação penal. No entanto, há um “adensamento do princípio da oportunidade no processo penal brasileiro com conseqüente enfraquecimento do princípio da obrigatoriedade”.^{75,76}

Independente da medida de harmonização que a reforma processual de 2019 acarretará para os princípios da legalidade e da oportunidade, tem-se um reexame necessário, que será realizado pelas câmaras de coordenação e revisão, no âmbito do MPF, como há tempos acontece. Já em relação aos Ministérios Públicos dos Estados, não fica claro, pela simples

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099/1995*, de 26/09/1995. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

⁷⁴ Sobre sistemas de controle de arquivamento, Coutinho sustenta que: “No mundo, seria válido lembrar, existem, com maior relevância, três sistemas de controle de legitimidade: 1º) o chamado sistema jurisdicional, como grosso modo aparecia na Itália (art. 74 do CPP-30; hoje, no CPP/88, embora alterada a estrutura, o sistema continua similar, cf. art. 409, basicamente); 2º) o sistema hierárquico, ao qual cede exemplo a legislação portuguesa (arts. 277 e 278 do CPP-87); e 3º) o sistema misto, do qual é referência a atual legislação mexicana (arts. 254 e 258 do CPP-14)”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As regras sobre a decisão do arquivamento do inquérito policial: o que muda com a Lei 13.964/19. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 28, n. 330, p. 11-13, maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>. Acesso em: 07 ago. 2021.

⁷⁵ ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. O novo modelo de arquivamento de inquéritos e o princípio da oportunidade da ação. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-2o-novo-modelo-de-arquivamento-de-inqueritos-e-o-principio-da-oportunidade-da-acao/>. Acesso em: 04 set. 2021.

⁷⁶ Frederico Marques escreve sobre a coexistência harmônica dos princípios da legalidade e da oportunidade ao dizer que: “Dois são os princípios políticos que informam, nesse assunto, a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade (*legalitätsprinzip*) e o princípio da oportunidade (*opportunitätsprinzip*). Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão-só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade, sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal”. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*: vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 88.

leitura da nova redação do artigo 28 do CPP, qual órgão teria atribuição para revisar e homologar os arquivamentos, o que tem causado alguma confusão.⁷⁷

O dispositivo, ao referir-se à “instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei”, remete à Lei nº 8.625/1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. O diploma prevê, em seu artigo 10, inciso IX, alínea “d”, que compete ao Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para oferecer denúncia nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial, bem como de quaisquer peças de informação.⁷⁸

É necessário destacar que “lei complementar federal, de iniciativa do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República, poderia pretender definir no plano interno dos Ministérios Públicos o órgão competente” para o novo rito de arquivamento.⁷⁹

No entanto, dentro dos limites hoje definidos pela Lei nº 8.625/1993, é possível que leis orgânicas estaduais adotem seus modelos, em que se busca compreender:

Lei estadual não pode tratar especificamente do arquivamento de inquérito policial para além do que dispõe a legislação criminal, pois tal matéria incide sobre o *status libertatis* do cidadão e é de competência da União. No entanto, tais leis podem distribuir internamente as competências relacionadas ao arquivamento, desde que observado o padrão nacional.⁸⁰

Assim, “o legislador brasileiro desincumbiu do papel de definir o padrão nacional por meio da Lei Complementar nº 75/1993, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU), e da Lei nº 8.625/1993”. Vale dizer, que o regime previsto para o MPU, que é o adotado com excelência pelo MPF e suas Câmaras de Coordenação e Revisão, também é aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos estaduais, em reforço à unidade institucional.⁸¹

⁷⁷ GARCIA, Emerson. O pacote anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 77, p. 119-128, jul./set. 2020.

⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 242.

⁷⁹ ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. Comentários ao pacote anticrime nº 3: o arquivamento do Inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-3-o-arquivamento-do-inquerito-policial-pelo-ministerio-publico-apos-a-lei-anticrime/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

⁸⁰ ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. Comentários ao pacote anticrime nº 3: o arquivamento do Inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-3-o-arquivamento-do-inquerito-policial-pelo-ministerio-publico-apos-a-lei-anticrime/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

⁸¹ ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. Comentários ao pacote anticrime nº 3: o arquivamento do Inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-3-o-arquivamento-do-inquerito-policial-pelo-ministerio-publico-apos-a-lei-anticrime/>. Acesso em: 04 ago. 2021, p. 125-126.

No entanto, como já dito, ao transitar das diretrizes gerais fixadas pela Lei nº 8.625/1993 para as leis orgânicas no âmbito dos estados, é possível identificar dois modelos que se compatibilizariam com as premissas fixadas pelo regramento nacional. O primeiro, seria um modelo puramente concentrado, em que a atribuição de revisar seria realizada por um único órgão, que poderia ser o PGJ, a Corregedoria-Geral, o Conselho Superior ou, até mesmo, o Colégio de Procuradores. No segundo modelo, dito escalonado ou de viés difuso-concentrado, a atribuição ficaria com mais de um órgão, podendo ser realizada pelos Procuradores de Justiça, por exemplo.^{82,83}

Ainda, mesmo que *en passant*, não se pode deixar de sinalizar, também, como fica a arquitetura da homologação e revisão do arquivamento em outras duas hipóteses, que, embora não sejam o objeto central do presente estudo, merecem também referência, por serem alvo de apontamentos pela doutrina nacional.

A primeira refere-se ao arquivamento de investigações relacionadas a crimes eleitorais. Sobre o tema, emprestando as lições de Renato Brasileiro de Lima, percebe-se que, diante da aplicabilidade da nova redação do artigo 28, *caput*, do CPP, à Justiça Eleitoral, após o arquivamento pelo Ministério Público, os autos deverão ser remetidos “diretamente à 2ª CCR do MPF, não mais havendo necessidade de submeter sua decisão ao crivo do Poder Judiciário”.⁸⁴

⁸² GARCIA, Emerson. O pacote anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 77, p. 119-128, jul./set. 2020, p. 125-126.

⁸³ Ao analisar as diferenças estruturais entre os órgãos de revisão do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos estaduais, Fabiano Dallazen pontua as vantagens em se atribuir a função revisional ao Procurador-Geral de Justiça. Assim sinaliza o autor: “No Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS), após terem sido analisadas as possibilidades sugeridas, tanto em nível doutrinário, quanto no âmbito da Instituição — Procurador-Geral de Justiça, Conselho Superior e a própria instituição de Câmara especial, nos moldes da estrutura do Ministério Público da União — não restaram dúvidas de que o entendimento coerente com o ordenamento jurídico, e que proporciona maiores facilidades de adequação das dificuldades materiais, é o que reconhece ao Procurador-Geral de Justiça tal atribuição, o que, aliás, serviu de base para a construção do Provimento nº 01/2020 da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS), no qual se estabeleceu a identificação do Procurador-Geral de Justiça como a instância revisora no caso da negativa de proposta de acordo de não persecução penal, consoante regra prevista no art. 28-A, §14, do CPP, que remete o processamento do pedido de revisão ao regramento contido no art. 28. [...] Esses enunciados revelam, inclusive, a supradestacada facilidade estrutural, relativa à possibilidade de delegação de funções de órgão de execução a outro órgão do Ministério Público (art. 29, IX, da Lei nº 8.625/93), de modo a possibilitar a adequação dentro da estrutura da assessoria do Procurador-Geral, sem a necessidade de se promoverem significativas alterações legislativas, como se exigiria em relação à entrega da função revisora ao Conselho Superior do Ministério Público, por exemplo, cuja atribuição para exame de arquivamento de investigação, no âmbito do Ministério Público, está apenas estabelecido nos casos de inquérito civil (Lei nº 7.347, de 1985 e Res. 07/2008 CSMP). (DALLAZEN, Fabiano. A instância revisional do Ministério Público nos arquivamentos: o novo art. 28 do Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 88, p. 323-333, jul./dez. 2020)

⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 247.

A segunda diz com arquivamentos naqueles casos em que há atribuição originária das chefias institucionais do MPF e dos Ministérios Públicos Estaduais. Sobre esse ponto, interessa agora que a Lei nº 13.964/2019 reafirmou a desnecessidade de controle judicial. Importante destacar que esse já era o entendimento mesmo antes do advento do Pacote Anticrime.

Em relação ao segundo ponto, é preciso frisar, contudo, que, nos arquivamentos por atribuição originária, embora não haja revisão automática, existe a possibilidade de recurso do ofendido contra a decisão de arquivamento do PGJ, ou seja, no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados.⁸⁵ Com isso, “em casos de competência originária, é possível que o Colégio de Procuradores de Justiça reveja a decisão do procurador-geral *mediante requerimento de legítimo interessado* (art. 12, inc. XI da Lei nº 8.625/93)”.⁸⁶

O próprio teor do Enunciado nº 10 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) fala nesse sentido:

Salvo nos casos de competência originária do Procurador-Geral (foro por prerrogativa de função), a decisão de arquivamento deverá ser obrigatoriamente submetida à instância de revisão ministerial, para fins de homologação, ainda que não exista recurso da vítima ou de seu representante legal.⁸⁷

Antes mesmo da Lei nº 13.964/2019, não havia devolutividade nos casos de atribuição originária. Já era “obrigatório o acolhimento, pelo Tribunal, do pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral, em face da ausência de uma autoridade superior no âmbito do Ministério Público que pudesse rever o mérito”.⁸⁸

No mais, após ordenado o arquivamento e transcorrido o prazo das comunicações legais, a instância de revisão ministerial poderá adotar as mesmas providências que hoje são adotadas com a devolutividade prevista no ainda vigente artigo 28 do CPP. Quanto a isso, nada muda e ao órgão de revisão caberá “oferecer denúncia, requisitar diligências, designar outro órgão do Ministério Público para oferecer denúncia ou concordar com a decisão de arquivamento”.^{89,90}

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 248.

⁸⁶ CUNHA, Rogério Sanchez. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019*: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 117.

⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime*. Brasília: GNCCRIM, 2019. Disponível em: https://www.cnpj.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

⁸⁸ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 438.

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 243.

⁹⁰ A propósito, assim diz o Enunciado 11 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal

Ao fim da análise das principais alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 na sistemática de arquivamento de investigações criminais, e antes de adentrar ao estudo das hipóteses que autorizam uma atuação negativa pelo *Parquet*, é necessário destacar que o novo rito trouxe como consequências mais relevantes:

- a) a supressão do controle judicial sobre o arquivamento de investigações criminais;
- b) a transferência do controle do arquivamento para a instância de revisão no âmbito do próprio Ministério Público;
- c) a necessidade de comunicar o arquivamento à vítima, ao investigado e ao delegado de polícia;
- d) a inclusão da vítima no controle do arquivamento.

(GNCCRIM): “Ao receber os autos com decisão de arquivamento, o órgão de revisão ministerial (Procurador-Geral de Justiça ou órgão delegado) poderá homologá-la ou, em caso de discordância, designar outro membro para continuar as investigações ou oferecer denúncia”. BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2.019 – Lei Anticrime*. Brasília: GNCCRIM, 2019. Disponível em: https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

3 HIPÓTESES QUE AUTORIZAM O ARQUIVAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

De início, destaca-se que “nunca houve no Código de Processo Penal a posituação expressa das hipóteses de arquivamento”, leia-se daquelas “situações previamente estabelecidas pelo legislador que pudessem fundamentar, pelo Ministério Público, o encerramento da persecução penal”.⁹¹ Efetivamente, o CPP, em seu artigo 18, enuncia tão somente que o arquivamento do inquérito policial será ordenado por falta de base para denúncia.

Antes das alterações produzidas pela Lei nº 11.719/2008, o revogado artigo 43 do CPP trazia os casos de rejeição da inicial acusatória por falta de uma das condições para o exercício regular do direito de ação.

Após a reforma de 2008, o que ocorreu foi a divisão dos fundamentos de inadmissibilidade da ação contidos no antigo artigo 43 do CPP em grupos separados: “o primeiro relativo à forma, que se denominou causas de rejeição; o segundo, relativo ao mérito, dizendo-se causas de absolvição sumária”.⁹²

Inegável que “a lei não cogitou de indicar as hipóteses possíveis de arquivamento, partindo do fato, quero crer, que uma vez adotado o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (art. 24 do CPP) não haveria porque enunciá-los”.⁹³

Contudo, embora o CPP silencie “acerca das hipóteses que autorizam o arquivamento do inquérito policial ou, *a contrario sensu*, em relação às situações em que o Ministério Público deva oferecer denúncia”, é possível considerar analogamente que, diante das hipóteses de rejeição da peça acusatória e de absolvição sumária, não deverá ser ajuizada a ação penal e, portanto, autorizado estará o seu arquivamento.⁹⁴

Para fins didáticos, serão sistematizadas as hipóteses que autorizam arquivar investigações criminais, tendo como base o raciocínio acima exposto, que conjuga os

⁹¹ TURESSI, Flávio Eduardo. Lei Anticrime e o novo modelo de arquivamento do inquérito policial: o papel do Ministério Público na interpretação da norma e construção de uma política criminal mais racional. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 79-104, jul./ dez. 2020, p. 97.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 1041.

⁹³ HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, p. 5-19, abr./maio 2007.

⁹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 235.

fundamentos de rejeição da denúncia e de absolvição sumária, no que for aplicável, claro, à lógica que se pretende analisar.⁹⁵

Por essa leitura, o arquivamento estará autorizado nas seguintes situações:

- a) ausência de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;
- b) falta de justa causa para o exercício da ação penal;
- c) quando o fato investigado evidentemente não constituir crime (atipicidade);
- d) existência manifesta de causa excludente da ilicitude;
- e) existência manifesta de causa excludente da culpabilidade;
- f) presença de causa extintiva de punibilidade.

3.1 Ausência de pressupostos processuais ou condições para o exercício da ação penal

Será dado início ao trato da matéria, portanto, tendo por base o arquivamento da investigação preliminar pelo órgão do Ministério Público quando da ausência de uma das condições exigidas em lei para o exercício da ação penal.⁹⁶

Se partirá daqui, até mesmo porque as condições da ação “constituir-se-iam em determinados condicionamentos ao exercício da provocação do poder jurisdicional, cujo desatendimento não impediria o direito à jurisdição ou ao processo”, mas condicionaria a pretensão de direito material ou, diga-se, o julgamento do mérito, e não o direito de ação em si.⁹⁷

A doutrina costuma dividir e analisar o tema “a partir de um paralelo e de uma comparação com as condições da ação, segundo o posicionamento da doutrina processual civil”.⁹⁸ Por esse prisma, seriam “requisitos que subordinam o exercício do direito de ação: (i) possibilidade jurídica do pedido; (ii) interesse de agir; (iii) ilegitimidade para agir”.^{99,100}

⁹⁵ Em relação à inépcia da denúncia, embora pareça óbvio, e a maioria dos estudos não a distinga, ao falar das hipóteses de arquivamento, não é possível silenciar. A inépcia “só poderá ser aferida se for oferecida a denúncia”, de modo que é “impossível que o Ministério Público peça arquivamento por falha na sua própria atuação que aconteceria futuramente”. SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Arquivamento do inquérito policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1095-1118, set./dez. 2018, p. 1107.

⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 144.

⁹⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 157.

⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 200.

⁹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 163.

¹⁰⁰ “A teoria das condições da ação foi debatida nas últimas décadas à luz dos conceitos lançados por Enrico Tullio Liebman (supra, n. 171), que em sua formulação original de 1949 enunciou como tais a possibilidade jurídica

Em relação ao primeiro requisito, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró ensina que “no processo penal, a categoria da possibilidade jurídica do pedido também foi utilizada, por influência do processo civil, mas definida em termos positivos”. Assim, caso a conduta imputada seja típica, haverá possibilidade jurídica do pedido. O autor também considera que o pedido será impossível quando houver extinção da punibilidade, ou se ausentes as ditas condições de procedibilidade, todas situações aptas a ensejar o arquivamento.¹⁰¹

É importante perceber que a "condição da ação relativa à tipicidade em abstrato da conduta guarda relação com a exigência de que haja prova da materialidade delitiva”. Trata-se de uma atipicidade aparente, que se verifica quando o fato narrado à evidência não constitui crime. O que as distingue, contudo, é a profundidade da cognição: se a cognição for superficial e de início se vislumbrar evidente falta de tipicidade, a consequência jurídica será a rejeição da denúncia por carência da ação (ou falta de condição da ação); se, por outro lado, a cognição aprofundar-se a ponto de evidenciar a falta de suporte fático (justa causa), haverá absolvição sumária.¹⁰²

O mesmo raciocínio pode ser feito em relação à legitimidade passiva (condição da ação) e aos indícios suficientes de autoria (justa causa). O que se busca destacar, no entanto, é que, independentemente da construção teórica utilizada, se está diante de situações com aptidão para ensejar um juízo negativo na atuação do órgão do Ministério Público.

É possível, ainda, enquadrar as condições de procedibilidade como requisito da possibilidade jurídica do pedido.¹⁰³ Para fins de arquivamento de investigações, tais situações, de acordo com Norberto Avena, são condições de procedibilidade que não tem caráter geral.

do pedido, o interesse de agir e a legitimidade ad causam. Essa fórmula foi integralmente acolhida no sistema do Código de Processo Civil de 1973, mas a possibilidade jurídica do pedido sempre foi alvo de inúmeras críticas, dada a dificuldade de ser traçada uma distinção precisa entre a decisão que extingue o processo por ausência desse requisito e a decisão de mérito que julga a demanda improcedente. Essas críticas foram acolhidas pelo Código de Processo Civil vigente, o qual não inclui a possibilidade jurídica entre as condições da ação, referindo apenas o interesse de agir e a legitimidade ad causam (arts. 17, 330, incs. II e III, 337, inc. IX, e 485, inc. VI). Em fase ulterior de sua produção o próprio Liebman veio a repudiar a categoria jurídico-processual da possibilidade jurídica como condição da ação, fazendo-o no momento em que a legislação de seu país acabava de instituir o divórcio. O pedido de dissolução do vínculo conjugal era, na lição do Mestre, o principal exemplo ilustrativo da carência de ação por falta de possibilidade jurídica”. (DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 319)

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 202-203.

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 216.

¹⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 203.

Ao contrário, constituem “condições específicas, que condicionam o exercício da ação penal e que são exigidas em determinados casos a partir de previsão legal expressa”.^{104,105}

Exemplo clássico de falta de condição específica para o exercício é o da ausência de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo nos crimes em que a ação penal pública estiver condicionada à representação (artigos 24 do CPP e 100, § 1º do CP). Como afirma Sergio Demoro Hamilton, caso o inquérito “tenha sido instaurado com violação ao art. 5º, § 4º do CPP. Chegado a juízo e não tendo o ofendido ofertado representação, só caberá ao *Parquet* requerer o arquivamento por falta daquela condição de procedibilidade”.¹⁰⁶ Diante do novo rito, leia-se, ao invés de requerer o arquivamento, ordenar o arquivamento.

É preciso mencionar, contudo, que parcela da doutrina critica o estudo das condições da ação a partir da adoção de categorias extraídas da doutrina processual civil, partindo-se de uma teoria geral do processo mal adaptada ao processo penal. Uma das críticas, endereçada por Aury Lopes Júnior, assim conclui:

Diante da necessidade de respeitarem-se as categorias jurídicas próprias do processo penal, devemos buscar as condições da ação dentro do próprio processo penal, a partir da análise das causas de rejeição da acusação. Assim, do revogado art. 43 e do atual art. 395, sustentamos que são condições da ação penal: prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; legitimidade de parte; justa causa.¹⁰⁷

Embora seja inegável a importância de discutir a (in)adequação de se estudar as condições da ação a partir da doutrina processual civil, em reforço ou em contraposição a uma teoria unitária do processo, não há espaço para tamanha digressão na presente monografia, razão pela qual nos apenas será feita a sinalização da crítica, sem, no entanto, aprofundar o debate.¹⁰⁸

¹⁰⁴ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 587.

¹⁰⁵ De acordo com Eugênio Pacelli, “a doutrina, de modo geral, considera as condições de procedibilidade condições específicas da ação penal (porque somente exigíveis para determinadas ações), enquanto as demais, comuns a qualquer ação (interesse, legitimidade e possibilidade jurídica), seriam as condições genéricas da ação penal”. (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 165)

¹⁰⁶ HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, p. 5-19, abr./maio 2007.

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 338.

¹⁰⁸ Sobre o tema, Dinamarco, Badaró e Lopes assim arrematam: “Diante de tanta divergência teórica, mais útil do que tentar transferir os conceitos doutrinários do processo civil ao âmbito do processo penal é identificar as situações específicas em que a denúncia ou queixa deve ser rejeitada quando faltar uma das condições para a ação penal (CPP, art. 395, inc. II) ou quando esta for destituída de justa causa (art. 395, inc. III), quais sejam: a) não descrever um fato aparentemente típico, b) estar extinta a punibilidade, c) ser parte ilegítima aquele que vier a oferecer a denúncia ou queixa,

Ainda, é preciso dizer que a ausência de pressupostos de existência – que dizem com o pedido (denúncia ou queixa), o órgão investido de jurisdição e a capacidade de ser parte – não acarreta o arquivamento de investigação. Isso porque se a pretensão ainda não houver sido deduzida em juízo com a denúncia, significa que processo o sequer existe, mas não que deve ser arquivado. Se por outro lado não houver juiz investido de jurisdição, a solução também não será arquivar o procedimento.

A falta de capacidade para ser parte em juízo, por sua vez, está ligada a ilegitimidade passiva que decorre da autoria do crime. Mais adiante, ao tratar da justa causa, a questão será detalhada melhor. Por ora, é importante destacar as palavras de Aury Lopes Júnior que sintetizam o pensamento. O autor escreve que

[...] a legitimação passiva está relacionada com a autoria do delito. Também, não se podem desconsiderar os limites impostos pela culpabilidade penal, especialmente no que se refere à inimizabilidade decorrente da menoridade, em que o menor de 18 anos (e de nada interessa eventual emancipação civil) é ilegítimo para figurar no polo passivo do processo penal. A imputação deve ser dirigida contra quem praticou o injusto típico. Não se deve esquecer que, nesse momento, não pode ser feito um juízo de certeza, mas sim de mera probabilidade, verossimilhança da autoria. A ilegitimidade ativa ou passiva leva à rejeição da denúncia ou queixa nos termos do art. 395, II, do CPP, ou, ainda, permite o trancamento do processo através de *habeas corpus*, eis que se trata de processo manifestamente nulo (art. 648, IV) por ilegitimidade de parte (art. 564, II).¹⁰⁹

No que diz respeito à ausência de pressupostos de validade, também vê-se pouca aplicabilidade em relação ao arquivamento, uma vez que a norma processual prevê as exceções do artigo 95 do CPP para remediar tais circunstâncias.¹¹⁰ Portanto, se o juízo for incompetente

d) não haver prova da existência do crime imputado ou indícios de autoria da prática delitativa (justa causa para a ação penal)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 322)

¹⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 342.

¹¹⁰ Acerca da aplicabilidade prática dos pressupostos de validade ao processo penal, Aury Lopes Júnior diz o seguinte: “Não é necessário maior esforço para ver a imprestabilidade (especialmente para o processo penal) dos pressupostos de validade, na medida em que se (con)fundem com a teoria das nulidades dos atos processuais”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1160. Sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho assevera que tudo quanto possa acarretar a nulidade absoluta do processo é pressuposto de validade. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 260)

Por todos, escreve Hélio Tornaghi que: “De tudo quanto foi dito, verifica-se que as chamadas exceções processuais (Código de Processo Penal, art. 95): suspeição, incompetência de juízo, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, nada mais são do que pressupostos processuais vistos ao avesso. Tanto faz dizer que pode ser alegada a invalidez do processo se o juiz é suspeito, quanto afirmar que a insuspeição do juiz é requisito ou pressuposto de validade do processo. O mesmo é sustentar que o processo é nulo se a parte é ilegítima ou que a legitimidade é pressuposto de eficácia do processo. E assim por diante”. (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*: vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 320)

e restar ferido o princípio do juiz natural, a solução será resolver a questão da competência com o instituto processual adequado, mas não arquivar a investigação.

Mesma sorte para a existência de suspeição ou ferimento à imparcialidade do julgador, que poderá ser sanada através de exceção de suspeição, mas jamais resolvida com um arquivamento.

Da mesma forma, em relação à litispendência, tem-se que não é possível que reste configurada como hipótese de arquivamento de investigação criminal, porque tecnicamente seria impossível a litispendência entre um inquérito e um processo, dado que, para configurá-la, seria necessário que a ação penal fosse ajuizada e não arquivada.

A ilegitimidade *ad causam* ativa, do mesmo modo, não nos parece ensejar arquivamento, porquanto só ocorreria, assim como nas hipóteses anteriores, se o Ministério Público ajuizasse ação penal sem possuir legitimidade, como em uma ação penal privada por exemplo. Já a ilegitimidade *ad causam* passiva poderia ensejar o arquivamento se, “por exemplo, o inquérito policial foi instaurado contra adolescente, que tem apenas 14 anos de idade”.¹¹¹

A ilegitimidade *ad processum*, por seu turno, se configuraria pela falta de capacidade processual para o Ministério Público diante da ausência de representação em uma ação penal pública, condicionada à representação do ofendido.¹¹² Em ambos os casos, se porventura configurada a perda do direito de agir pela decadência, poderia ocorrer o arquivamento por conta da extinção da punibilidade, hipótese que será tratada a seguir.¹¹³

A existência de coisa julgada, contudo, merece ser mais bem analisada. É preciso, aqui, distinguir a ausência de pressuposto processual relacionado a respeito da coisa julgada formal, da ausência relativa à formação de coisa julgada material.¹¹⁴

Imaginemos, por primeiro, que o órgão do Ministério Público receba um inquérito policial (re)aberto por conta da notícia de provas novas. Em tal caso, supondo que o objeto da

¹¹¹ De acordo com Denilson Feitoza, se "faltar pressuposto processual negativo ou, por outro ângulo, houver impedimento processual que afete a investigação criminal, como a litispendência (art. 301, V, CPC c/c art. 32 do CPP) e a coisa julgada material (art. 301, V, do CPC c/c art. 311 do CPP). Se houver apenas coisa julgada formal, como na sentença de impronúncia (art. 414, parágrafo único, do CPP), a investigação criminal poderá ter andamento normal". (FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, p 188)

¹¹² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados: artigo por artigo: doutrina; jurisprudência; destaques para aspectos circunstanciais*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 95.

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120)*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 984.

¹¹⁴ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, p 188.

investigação foi atingido pela coisa julgada formal, seria necessário se verificar se há novos elementos probatórios que justifiquem ajuizar ação penal ou se os elementos angariados não configuram prova nova. No último caso, o arquivamento seria a alternativa adequada.

Na segunda hipótese, suponha-se que a formação da *opinio delicti* é desafiada em uma investigação criminal, cujo objeto já foi alcançado pela coisa julgada material. Neste caso, a ação penal não deveria ser ajuizada e a saída seria arquivar a investigação. Acaso houvesse o oferecimento de denúncia, o remédio seria a exceção de coisa julgada.

3.2 Ausência de justa causa

Outra circunstância que enseja arquivamento reside na justa causa ou, melhor dizendo, na falta dela. Há autores que “identificam o interesse de agir com a justa causa, de modo que, não havendo um mínimo de provas suficientes para lastrear a acusação, deveria ela ser rejeitada (art. 395, III)”.^{115,116}

O interesse de agir, por sua vez, deve ser considerado para fins de arquivamento sobretudo em hipóteses em que se vislumbre a aplicação de uma prescrição retroativa. A partir daí, “desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este [...] deve apresentar [...] um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão”.¹¹⁷

Antes da Lei nº 11.719/2008, Fernando da Costa Tourinho Filho também colocava a questão sob idêntica perspectiva, ao sustentar a justa causa, ou o interesse de agir, como uma condição genérica da ação, assim dizendo:

Consiste, assim, o interesse de agir, ou legítimo interesse, ou ‘justa causa’ como condição da ação, no Processo Penal, na idoneidade do pedido consubstanciado na peça inaugural, seja denúncia, seja queixa, e nos elementos que lhe servem de suporte fático. Quer dizer, então, que o pedido se diz idôneo quando arriado em elementos de convicção quanto à prática da infração penal e sua autoria.¹¹⁸

¹¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 335.

¹¹⁶ Por todos, Fernando da Costa Tourinho Filho assinala que “o revogado art. 43 do CPP não cuidava expressamente do interesse de agir ou justa causa. Mas a doutrina ensinava que, se por acaso a denúncia ou queixa não viesse respaldada em elementos mais ou menos sensatos com um mínimo de prova mais ou menos séria, não poderia ser recebida ante a falta de interesse processual”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de processo penal*: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 619)

¹¹⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 158.

¹¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de processo penal*: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 605.

Neste ponto do estudo, vale destacar que Eugênio Pacelli sempre admitiu “a existência da justa causa como condição da ação, seja como quarta condição (da ação), inserida no contexto da demonstração do interesse (utilidade) de agir, seja enquanto lastro mínimo de prova”, no contexto da viabilidade acusatória.¹¹⁹

Inegável que não há consenso doutrinário sobre onde deve se situar a justa causa. Há autores que “a consideram integrante do interesse de agir, outros, da possibilidade jurídica do pedido. Há, também, aqueles que a definem como uma condição da ação autônoma”.¹²⁰

De toda forma, é necessário dizer que, se antes a justa causa era tida como “construção doutrinária no cenário processual penal”, a partir da Lei nº 11.719/2008, foi incluída nas disposições do artigo 395, III, do CPP, como verdadeira e expressa condição da ação penal.¹²¹

Isso porque “o art. 395 do CPP, ao distinguir, no inciso II, as condições para o exercício da ação penal, e no inciso III, a justa causa para o exercício da ação penal, parece tê-la considerado um fenômeno distinto”.¹²²

O legislador optou, como já visto, por não enquadrar a justa causa no interesse de agir ou nas condições da ação (ao lado da possibilidade jurídica do pedido, do interesse de agir ou da legitimidade das partes).

Introduzido o tema, deve-se dizer que, para ajuizar a ação penal, há necessidade de existirem indícios de autoria e suporte fático mínimo. A justa causa, como apresentada, “é o denominado *fumus commissi delicti*, a ser compreendido como a presença de prova da existência do crime e de indícios de autoria”.^{123,124}

Em consonância com essas concepções, Sergio Demoro Hamilton esclarece que a carência de suporte fático somente deve ser invocada para o arquivamento, quando ausentes

¹¹⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 165.

¹²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 213.

¹²¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 169-171.

¹²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 308.

¹²³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 236.

¹²⁴ Importante destaque para a utilização da palavra prova é dado por Sergio Demoro Hamilton: “Portanto, entenda-se bem, a palavra ‘prova’ quando apresentada na fase de inquérito policial ou em qualquer outra peça de informação idônea é aqui usada para fins exclusivamente didáticos, não assumindo um caráter estritamente técnico, pois a ‘prova’ apresentada na penal encontra-se direcionada, basicamente, para o MP ou, quando for o caso, para o querelante. Daí a afirmação de certa parte da doutrina no sentido de que faltaria justa causa para a ação penal, caso ela não figurasse como lastro para a denúncia, como suporte fático para a acusação. No meu entendimento, faltaria ao autor, em tal emergência, interesse de agir para o processo penal, acarretando a carência de ação”. (HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, p. 5-19, abr./maio 2007, p. 6)

elementos mínimos a embasar a ação penal, bem como quando, já instaurada a investigação criminal, restar inviável a realização de diligências. Afirma ainda:

Desde que o *Parquet* não disponha de indicações mínimas para ajuizar a ação penal, só lhe restará requerer o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação. Entenda-se bem: para acusar o MP não necessita de um suporte fático, completo e exaustivo, mas apenas de um mínimo de ‘provas’. A instrução criminal probatória produzida em juízo dará ensejo a que se complemente eventual insuficiência de dados, podendo propiciar até mesmo que a denúncia venha a ser aditada.¹²⁵

Partindo de uma visão Carneluttiana, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró destaca que, “quanto à autoria delitiva, não se exige a certeza para a caracterização da justa causa”, sendo suficiente que a investigação permita “um juízo de probabilidade de que o acusado seja o autor do delito”.¹²⁶

Também, quanto aos indícios de autoria, Sergio Demoro Hamilton afirma que “em nosso processo, inexistente ação penal contra pessoa incerta”, o que não significa dizer não se possa admitir o ajuizamento quando não houver dados de qualificação completos. Necessário, portanto, que se possa fazer a individualização do denunciado por ocasião do ajuizamento.¹²⁷

Em relação à qualificação do acusado, Aury Lopes Júnior conclui que “deve-se considerá-la à luz da legitimidade passiva, de modo que, identificando o acusado, está cumprido o requisito”.¹²⁸ Como bem destaca Guilherme de Souza Nucci, “o importante é não haver processo indevido contra pessoa inocente, ferindo-se o princípio da intranscendência da ação penal”.¹²⁹

De tudo isso, se extrai que o *standard*, ou grau de suporte probatório exigido para que se preencha a noção de justa causa, é diferente do que se faz necessário para a condenação, que exige um juízo de certeza. Não existindo esse *quantum* probatório não deve a ação ser ajuizada, até mesmo por conta do caráter infamante do processo penal.

É preciso sinalizar, contudo, que há uma diferente gradação probatória entre os dois elementos caracterizadores da justa causa. Para a autoria, são suficientes indícios, o que revela um necessário juízo de probabilidade. Já para a materialidade, é imprescindível ter certeza da

¹²⁵ HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, p. 5-19, abr./maio 2007, p. 7.

¹²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 161.

¹²⁷ HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, p. 5-19, abr./maio 2007.

¹²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 310.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 19. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2020, p. 260.

ocorrência do crime, costumando a doutrina utilizar-se de expressões como “prova da existência do crime” ou “prova da materialidade delitiva”, embora se prefira evitar a expressão *prova*, por seu sentido técnico no âmbito do processo penal, preferindo referir à suporte fático.¹³⁰

A comprovação da materialidade do delito, em infrações que deixem vestígios, pode ser realizada até a sentença. Assim, para fins de caracterização da justa causa para a ação penal, basta “qualquer outro meio de prova válido, que permita ao julgador um juízo de certeza da ocorrência de um crime”.^{131,132}

É preciso acrescentar que, na fase preliminar, “vige o princípio do *in dubio pro societate*, não cabendo ao *Parquet* anistiar o indiciado, desde que existam, pelo menos, elementos de informação, por mínimos que sejam, que justifiquem a propositura da ação penal”. Para Sergio Demoro Hamilton, nesse momento, é preciso observar a obrigatoriedade da ação penal e ao Ministério Público não caberia invocar fundamentos de política criminal ou de conveniência.¹³³

Agora, se esgotadas as diligências investigatórias, e “verificando o Promotor de Justiça que não há, por exemplo, elementos de informação quanto à autoria do fato delituoso, deverá determinar o arquivamento dos autos”.¹³⁴

3.3 Atipicidade do fato

Outra circunstância relevante que enseja o arquivamento de investigações criminais é a atipicidade do fato, verificada quando o fato evidentemente não constituir uma infração penal.¹³⁵ O juízo de atipicidade foi descrito pelo jurista Francisco de Assis Toledo em toda sua importância:

Não obstante, os tipos legais de crime – e esta é provavelmente a sua mais importante função, a denominada função de garantia, vinculada ao princípio da reserva legal – servem também, como se viu, para fundamentar o juízo de atipicidade da grande maioria dos comportamentos humanos, dando-lhes o caráter de comportamentos lícitos penais, ao situá-los fora dos limites da tipicidade legal. Este juízo de licitude

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 207-214.

¹³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 212.

¹³² Fernando da Costa Tourinho Filho inclui a “falta de exame de corpo de delito, direto ou indireto, nos crimes que deixam vestígios, como um dos pressupostos processuais de validade da ação penal”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de processo penal*: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 617)

¹³³ HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, p. 5-19, abr./maio 2007, p. 14.

¹³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 236.

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 365-366.

penal é definitivo no âmbito do exame da tipicidade do fato. Não depende de qualquer outra condição ou de qualquer outro exame posterior.¹³⁶

Toma-se, então, exemplo trazido por Renato Brasileiro de Lima, imaginando um inquérito policial que verse sobre um furto simples de objeto avaliado em R\$ 4,00, incidindo, no caso, o princípio da insignificância, hipótese em que caberia arquivar o investigatório por conta da atipicidade da conduta delituosa.^{137,138}

Aury Lopes Júnior sustenta que, por estarem vinculadas ao mérito, as causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade arroladas nos incisos I e II do artigo 397 do CPP, que trata da absolvição sumária, “são meros desdobramentos da condição prevista no inciso III (fato narrado evidentemente não constituir crime)”.^{139,140} De qualquer forma, como poderá haver o arquivamento da investigação criminal em tais hipóteses, estas passarão a ser examinadas.

Em relação às excludentes de ilicitude, Cezar Roberto Bitencourt faz precisa distinção, ensinando que “o Direito Penal não está formado apenas por normas incriminadoras, mas, também, por normas permissivas” que “têm, portanto, a capacidade de excluir a antijuridicidade da conduta típica”. Embora a doutrina refira-se a causas legais de exclusão da antijuridicidade,

¹³⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 167.

¹³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 236.

¹³⁸ Sobre o princípio da insignificância, Cezar Roberto Bitencourt afirma que “a tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos tutelados, pois não é qualquer ofensa a tais bens suficiente para configurar o injusto típico. É indispensável uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal (pena aplicável). Não raro, condutas que se amoldam, formalmente, a determinado tipo penal não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode não se configurar a tipicidade material porque, a rigor, o bem jurídico não chegou a ser lesado. O tipo penal deve ser valorado, no seu aspecto material, como instituto concebido com conteúdo valorativo, distinto de seu aspecto puramente formal, de cunho puramente diretivo. Por isso se deve considerar materialmente atípicas as condutas de inegável irrelevância (insignificância) para a sociedade como um todo”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 70)

¹³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1165.

¹⁴⁰ Sobre a tipicidade, Cezar Roberto Bitencourt ensina que “a fragmentariedade do Direito Penal tem como consequência uma construção tipológica individualizadora de condutas que considera gravemente lesivas de determinados bens jurídicos que devem ser tutelados. [...] A teoria do tipo criou a tipicidade como característica essencial da dogmática do delito, fundamentando-se no conceito causal de ação, concebida por Von Liszt. Reconhecendo, desde logo, a unidade do delito, destaca-se a necessidade metodológica de distinguir os estágios ou degraus valorativos que permitem a atribuição de responsabilidade penal, quais sejam, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, facilitando o estudo, a compreensão e a análise do fenômeno delitivo na sua totalidade. [...] Há uma operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei. Essa operação, que consiste em analisar se determinada conduta se adapta aos requisitos descritos na lei, para qualificá-la como infração penal, chama-se ‘juízo de tipicidade’ [...] Quando o resultado desse juízo for positivo, significa que a conduta analisada reveste-se de tipicidade. No entanto, a *contrario sensu*, quando o juízo de tipicidade for negativo estaremos diante da atipicidade da conduta, o que significa que a conduta não é relevante para o Direito Penal, mesmo que seja ilícita perante outros ramos jurídicos (v. g., civil, administrativo, tributário etc.)”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 365-366)

causas excludentes de antijuridicidade, causas de justificação, causas justificantes, causas de exclusão do crime, dentre diversas denominações, o legislador adotou a expressão “exclusão da ilicitude”, elencando, expressamente, além das causas ditas supralegais (consentimento do ofendido), três circunstâncias: o estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito.¹⁴¹

Sob ângulo muito parecido, Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Aran apontam que, diferentemente do que ocorre com as excludentes de culpabilidade, as excludentes de ilicitude não só impedem a aplicação de pena ao autor de um fato típico, como também tornam o fato lícito, impedindo inclusive a aplicação de medida de segurança.¹⁴²

De forma prática, nos casos em que o arquivamento se fundar em causa excludente de ilicitude, deverá haver um juízo mais bem definido quanto à presença da excludente. Nos dizeres de Renato Brasileiro de Lima,

[...] se o Promotor de Justiça estiver convencido acerca da existência de causa excludente da ilicitude, esteja ela prevista na Parte Geral do Código Penal (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal), esteja ela prevista na parte especial do CP (aborto necessário). A nosso ver, para que o arquivamento se dê com base em causa excludente da ilicitude, há necessidade de um juízo de certeza quanto a sua presença; na dúvida, incumbe ao órgão do Ministério Público oferecer denúncia, a fim de que a controvérsia seja dirimida em juízo, após ampla produção probatória.¹⁴³

Como verificado, “a conduta típica e ilícita só se aperfeiçoa, portanto, como crime, quando se lhe agrega a característica da culpabilidade”, que completa a estrutura do crime. Assim, além das causas excludentes de ilicitude, a presença de causa excludente de culpabilidade também é motivo para o arquivamento de investigações criminais.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, “os elementos que integram a culpabilidade, segundo a teoria normativa pura (concepção finalista), são a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de obediência ao Direito”.¹⁴⁴

Para compreensão do arquivamento, é importante ter em mente que – embora os autores não tratem de maneira uniforme a sistematização do tema ou a terminologia empregada para designar tais hipóteses, utilizando-se de expressões como dirimentes, causas de isenção de pena

¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 423.

¹⁴² CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal*: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch Libros, 2010, p. 309.

¹⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 236.

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 480.

ou causas de inculpaabilidade, todas para designar o mesmo fenômeno – a culpabilidade possui estrutura e, portanto, pode ser esvaziada se porventura uma causa excludente atinja qualquer dos seus elementos.¹⁴⁵

Quanto a tal aspecto, o primeiro elemento a compor a culpabilidade é a imputabilidade, que, em termos simples, pode ser definida como a capacidade para ser culpável, compreendendo dois elementos: um intelectual, baseado na capacidade de compreender o injusto; outro volitivo, calcado na capacidade de determinar sua vontade e agir de modo diverso do que atuou.¹⁴⁶

Por tudo isso, as causas excludentes da imputabilidade podem ser consideradas espécies do gênero causas de exclusão da culpabilidade. Dentre elas o retardamento e enfermidade mental, a embriaguez completa por vício e a menoridade são exemplos.¹⁴⁷ A doença mental ou desenvolvimento mental incompleto parcialmente incapacitantes e a embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior incompleta “apenas reduzem a culpabilidade e não a excluem, acarretando, em consequência, a redução de pena”.¹⁴⁸

Importa destacar que, nos casos de inimputabilidade por doença mental ao tempo do fato, “embora se trate esta de uma excludente da culpabilidade, e, desse modo, imponha a absolvição (artigo 386, VI, 2ª parte, do CPP)”, o órgão do Ministério Público deverá deduzir a ação penal e, ao invés de pedir a condenação, requerer a absolvição com aplicação de medida de segurança.¹⁴⁹ Logo, nessas circunstâncias, o Ministério Público não promoverá o arquivamento.

Em relação ao segundo elemento, é possível mencionar o erro de proibição inevitável, hipótese que isenta de pena por “elidir a potencial consciência da ilicitude do fato. Diversamente, o erro de proibição evitável apenas reduz a culpabilidade e, conseqüentemente, a pena do agente (art. 21, caput, 2ª parte, do CP)”.¹⁵⁰

Ainda, a culpabilidade pode ser excluída por conta de inexigibilidade de comportamento diverso. O Código Penal prevê duas causas legais: a coação irresistível e a obediência hierárquica. Elas são responsáveis por eliminar “um de seus elementos constitutivos, qual seja,

¹⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 311.

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 480-481.

¹⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 311.

¹⁴⁸ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 587.

¹⁴⁹ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 514.

¹⁵⁰ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 587.

a exigibilidade de comportamento de acordo com a ordem jurídica”.¹⁵¹ “Veja-se que a coação física irresistível, por refletir na vontade do agente, incide na tipicidade da conduta e não na culpabilidade”.¹⁵² De todo modo, a existência manifesta dessas causas também autorizam o arquivamento.

3.4 Reconhecimento de causa extintiva de punibilidade

Por fim, o reconhecimento de causa extintiva de punibilidade também enseja arquivamento.

Cezar Roberto Bitencourt ensina que a pena em si é uma consequência do crime e que a extinção da punibilidade, portanto, opera seus efeitos não sobre o crime em si, mas sobre o *ius puniendi*. Assim, nas palavras do autor:

A punição é a consequência natural da realização da ação típica, antijurídica e culpável. Porém, após a prática do fato delituoso podem ocorrer causas que impeçam a aplicação ou execução da sanção respectiva. [...] Deve dizer-se, portanto, com acerto, que o que cessa é a punibilidade do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política. De observar-se que o crime, como fato, isto é, como ilícito penal, permanece gerando todos os demais efeitos civis e criminais, pois uma causa posterior não pode apagar o que já se realizou no tempo e no espaço.¹⁵³

Assim, diante da presença de causa extintiva da punibilidade, não se rejeita mais a denúncia. De acordo com o artigo 397, IV, do CPP, em tais situações, deverá o magistrado absolver sumariamente o denunciado. Por certo, nos “casos de arquivamento de inquérito [...], não havendo imputação, não há que se falar em absolvição. A mudança atende às exigências técnicas do processo, dado que a extinção da punibilidade é, de fato, matéria relativa ao mérito da ação”.^{154,155,156}

¹⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 509.

¹⁵² AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 587.

¹⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 978.

¹⁵⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 249.

¹⁵⁵ Para Eugênio Pacelli, sobre “o mérito na ação penal condenatória há de entender-se: a existência de um fato (materialidade); ser este fato imputável ao acusado (autoria); constituir este fato uma ação típica, ilícita e culpável (a materialidade normativa ou, em uma palavra, o crime, na sua definição dogmática [conceito analítico]); não se encontrar extinta a punibilidade”. (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 157)

¹⁵⁶ Sobre o tema, Aury Lopes Júnior diz o seguinte: “Exigia o antigo (e já revogado) art. 43, II, do CPP que não se tenha operado uma causa de extinção da punibilidade, cujos casos estão previstos no art. 107 do Código Penal e em leis especiais, para que a ação processual penal possa ser admitida. Agora, essa condição da ação também

Para uma síntese e melhor diálogo entre os dois capítulos até agora propostos, é importante destacar que a modificação na sistemática do arquivamento não altera as hipóteses que o autorizam. Quanto às hipóteses em si, não foram verificadas consequências diretas.

No entanto, a reforma processual de 2019 adensou o princípio da oportunidade da ação penal, o que implicará aumento no “destaque aos posicionamentos, entendimentos e orientações dos órgãos” do Ministério Público. Com isso, se fortalece o papel de intérprete da lei penal, o que oportuniza um maior protagonismo na “condução da política criminal institucional”.¹⁵⁷

figura como causa de ‘absolvição sumária’, prevista no art. 397, IV, do CPP. Mas isso não significa que tenha deixado de ser uma condição da ação processual penal ou que somente possa ser reconhecida pela via da absolvição sumária. Nada disso. Deve o juiz (das garantias) rejeitar a denúncia ou queixa quando houver prova da extinção da punibilidade. A decisão de absolvição sumária fica reservada aos casos em que essa prova somente é produzida após o recebimento da denúncia (ou seja, após a resposta escrita do acusado)”. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 340)

¹⁵⁷ TURESSI, Flávio Eduardo. Lei Anticrime e o novo modelo de arquivamento do inquérito policial: o papel do Ministério Público na interpretação da norma e construção de uma política criminal mais racional. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 79-104, jul./ dez. 2020, p. 81.

4 A NATUREZA JURÍDICA DO ARQUIVAMENTO

Após destacar as principais alterações na nova sistemática de arquivamento de investigações criminais pelo Ministério Público, se buscará, daqui em diante, analisar a *natureza jurídica* do ato de arquivamento, bem como suas repercussões sobre a *(in)subsistência de coisa julgada* e sobre a *reabertura de investigações criminais*.

4.1 Noções gerais

Para cumprir o objetivo proposto, antes de adentrar na análise da natureza jurídica da decisão de arquivamento em si, é importante partir de uma definição do que se entende por natureza jurídica e do porquê devemos discuti-la.

Apesar da natureza jurídica dos institutos ser um dos problemas mais enfrentados pelos juristas em seus tratados, poucos estudos se preocupam em defini-la e sistematizá-la.¹⁵⁸

Aqueles que enfrentam o assunto, de alguma forma o fazem de modo sucinto e normalmente recorrendo à ideia de essência ou de categorização, em uma espécie de situação topográfica do instituto para fins de conferir-lhe determinados efeitos jurídicos. Geraldo Prado, por exemplo, sustenta que “afirmar a natureza jurídica de um determinado instituto significa indicar a que categoria geral aquele instituto específico está integrado”.¹⁵⁹ Maria Helena Diniz, por sua vez, recorre à compreensão de “significado último dos institutos”, ou de “afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação”.¹⁶⁰

Já José Cretella Júnior traz a noção de que a “natureza jurídica é a posição do instituto ou da relação, no sistema jurídico que lhe é próprio. Determinar a natureza jurídica de um instituto é localizá-lo de modo perfeito, no sistema de direito a que pertence esse instituto”.¹⁶¹

Em ensaio denominado *sobre el concepto de naturaleza jurídica*, José Lois Estévez aponta que a importância do estudo se revela sobretudo diante de eventuais lacunas deixadas

¹⁵⁸ ESTÉVEZ, José Lois. Sobre el concepto de "naturaleza jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: 1956, p. 159-182. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1956-10015900182. Acesso em: 21.08.2021.

¹⁵⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 256.

¹⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p.337.

¹⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Primeiras Lições de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 75.

pelo legislador a desafiar o jurista em um trabalho de expansão do ordenamento, motivo pelo qual se estuda a natureza jurídica de um instituto.¹⁶² O autor justifica assim o porquê de se pesquisar a natureza jurídica:

Para salvar a omissão do legislador e preencher a lacuna, é preciso fazer com que outras normas se ampliem. Mas quais? É claro que, sendo o Direito contrário a qualquer arbitrariedade, a escolha não pode ser deixada ao capricho. Alguma regra deve ser dada para resguardar a sensatez e a coerência lógica da ordem positiva: isso é compreendido sem dificuldade; mas o caso é descobrir essa regra. Embora a intuição, impaciente, antecipe que as normas mais adequadas para suprir as deficiências de outras normas deverão ser aquelas mais intimamente relacionadas a elas, a razão, mais cética, argumenta, por sua vez, que tal critério é totalmente inválido se não há, ao mesmo tempo, algum cânone de afinidade, alguma unidade invariável que sirva para fixar de forma hígida o parentesco internormativo mais ou menos próximo. Por conta disso, vale determinar a natureza jurídica de cada instituto, a razão pela qual se estuda esse problema.¹⁶³

É preciso dizer também que a investigação da natureza jurídica de certos institutos parte de uma perspectiva tanto científica, quanto prática. Essa última, normalmente utilizada para integração de lacunas normativas e atribuição de efeitos jurídicos no plano prático, costuma ser o motivo maior a justificar os estudos:

Do ponto de vista prático, porém, é ainda mais justificado o interesse na sua clarificação, pois a natureza jurídica, em suma, define o regime jurídico em concreto, define as normas que preencherão eventuais vazios normativos de uma disciplina especial, e é amiúde objeto de fundamento decisivo para a determinação das consequências jurídicas de um fato qualificado pelo direito.¹⁶⁴

Se a aplicabilidade prática é mais facilmente justificada e possivelmente o ponto de partida da maioria das investigações que se propõe a resolver problemas de integração do

¹⁶² ESTÉVEZ, José Lois. Sobre el concepto de "naturaleza jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: 1956, p. 159-182. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1956-10015900182. Acesso em: 21.08.2021.

¹⁶³ “Para salvar la omisión del legislador y llenar el claro hay que estirar y hacer dar de sí otras normas distintas. Mas ¿cuáles? Es patente que, repugnando el Derecho toda arbitrariedad, la elección no puede quedar entregada al capricho. Alguna regla deberá darse para poner a cubierto la cordura y la coherencia lógica del ordenamiento positivo: esto se comprende sin dificultad; pero el caso es descubrir dicha regla. Aunque la intuición, impaciente, anticipa ya que las normas más adecuadas para suplir las deficiencias de otras normas habrán de ser las más afines a las mismas, la razón, más escéptica, arguye, por su parte, que tal criterio resulta totalmente inválido si no se da a un tiempo algún *canon de afinidad*, alguna unidad invariable que sirva para graduar con fijeza el más o menos próximo parentesco internormativo. He ahí que vale la determinación de la naturaleza jurídica de cada instituto, la razón por la que estudia este problema”. ESTÉVEZ, José Lois. Sobre el concepto de "naturaleza jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: 1956, p. 159-182. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1956-10015900182. Acesso em: 21.08.2021 (tradução nossa).

¹⁶⁴ VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi. "Natureza jurídica": ela está no meio de nós? *Revista Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 28-56, mar. 2017, p. 30-31.

Direito, precisamos salvar também a posição científica em relação ao problema. Ao definir o que entende por natureza jurídica, escreve José Lois Éstevez que:

Se perguntarmos agora o que deve ser entendido, em geral, por natureza jurídica, a resposta flui de si mesma. Não a essência, que já é inerente à totalidade da regulação normativa; não o gênero próximo, que é uma mera parte da essência. Sim, por outro lado, a *ratio essendi*; o porquê transcendental que esclarece, de uma vez por todas, o instituto; as formas puras de valor de onde vem e a que é reduzido. Em suma, a natureza jurídica persegue um ideal eminentemente científico, que é a inteligência genética; isto é, o entendimento de como isso acontece que nos é dado por uma instituição legal. A compreensão disso é alcançada demonstrando como qualquer instituição nada mais é do que uma implicação e consequência de alguma forma de valor jurídico primitivo.¹⁶⁵

Como vimos, a complexidade do tema e a carência de uma multiplicidade de estudos mais profundos nos conduz à falta de uma unidade conceitual. Não é por outra razão que José Lois Éstevez afirma que “sem uma declaração explícita sobre o assunto, não é fácil vislumbrar a intenção oculta de cada escritor”.¹⁶⁶ Por essa mesma razão, Gerson Tadeu Astolfi Vivan Filho propositalmente adverte “para o uso costumeiro do apelo natureza jurídica como verniz para a ausência de fundamentação”.

A esse respeito, José Lois Éstevez articula a importância da compreensão da natureza jurídica enquanto valor primitivo hábil a integrar o direito e servir de escudo para parcialidades ou arbítrios. O autor assim exprime suas conclusões ao fim de seu estudo:

A qualificação da natureza jurídica como forma primitiva de valor traz consequências de tal extraordinária importância para a Ciência do Direito que não é exagero afirmar que são como a descoberta de uma verdadeira terra prometida. A Lógica jurídica já é concebida como a dedução de toda uma ordem normativa daquelas poucas instituições irredutíveis nas quais os valores jurídicos primários são criptografados. A Política de Direito encontra aqui a oportunidade de se estabelecer como Ciência autônoma e de se libertar da vontade opressora que a sufoca. Graças à colaboração dessas duas novas

¹⁶⁵ “Si ahora preguntamos qué debe entenderse, en general, por naturaleza jurídica, la réplica fluye de suyo. No la esencia, que ya viene inherente a la totalidad de la regulación normativa; no el género próximo, que es una mera parte de la esencia. Sí, en cambio, la *ratio essendi*; el porqué trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto; las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce. En fin, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la inteligencia genética; es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica. Comprensión que se logra demostrando cómo una institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitivo”. ESTÉVEZ, José Lois. Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: 1956, p. 159-182. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1956-10015900182. Acesso em: 21.08.2021 (tradução nossa).

¹⁶⁶ “[...] faltando una declaración explícita sobre el asunto, no es cosa sencilla llegar a vislumbrar la intención oculta de cada tratadista”. ESTÉVEZ, José Lois. Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: 1956, p. 159-182. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1956-10015900182. Acesso em: 21.08.2021 (tradução nossa).

disciplinas científicas, o Direito experimentará um verdadeiro resgate de seu cativeiro político. Não será mais o capricho ou o imprevisto de legisladores despreparados que decidem o destino da Justiça. O sistema jurídico será cientificamente integrado, após investigações desapasionadas e imparciais, e aos poucos, na escuridão da prisão que hoje sofre, a Verdade do Direito justo colocará sua estrela que não pode faltar.¹⁶⁷

Apesar da multiplicidade de sentidos verificada entre aqueles que se arriscam a uma definição do assunto, é possível observar que os autores, em maior ou menor grau, buscam definir a natureza jurídica como o aspecto essencial, ou o valor primitivo de um instituto, que é buscado para o fim de suprir lacunas interpretativas e promover a integração do direito, de forma a atribuir consequências jurídicas a um fato. Assim, podemos enunciar que a natureza jurídica:

- a) no plano prático, é utilizada para o preenchimento de um vazio normativo;
- b) pode ser qualificada como a razão essencial, ou a forma primitiva de valor jurídico de um instituto;
- c) possui finalidade interpretativa para suprir lacunas, mediante critérios (de aproximação, ou por afinidade internormativa) que evitem o arbítrio;
- d) é utilizada como fundamento para atribuir consequências jurídicas a um determinado fato.

Alguma aproximação com o tema foi necessária, pois as recentes alterações, especialmente a retirada do controle judicial sobre o arquivamento pelo Ministério Público, avivaram o debate sobre a natureza jurídica da decisão e, logicamente, sobre as consequências e repercussões daí advindas.

Guilherme de Souza Nucci, ao tratar da natureza jurídica do arquivamento do inquérito ou outras peças de informação, diz que se trata “de *decisão de caráter administrativo*,

¹⁶⁷ “La calificación de la naturaleza jurídica como forma primitiva de valor suscita consecuencias de tan extraordinaria importancia para la Ciencia del Derecho que no es hiperbólico sostener que son como el descubrimiento de una verdadera tierra de promisión. La Lógica jurídica se concibe ya como la deducción de todo un ordenamiento normativo a partir de esas pocas instituciones irreductibles en que se cifran los valores jurídicos primarios. La Política del Derecho encuentra aquí ocasión para constituirse como Ciencia autónoma y para verse libre del opresivo arbitrio que la sofoca. Gracias al concurso de estas dos nuevas disciplinas científicas, el Derecho experimentará un verdadero rescate de su cautiverio político. No será ya el capricho o la improvisación de legisladores impreparados lo que decida la suerte de la Justicia. El ordenamiento jurídico se integrará científicamente, tras investigaciones desapasionadas e imparciales, y poco a poco, sobre las tinieblas de la prisión que hoy padece, la Verdad del Derecho justo colocará su indeficiente estrella”. ESTÉVEZ, José Lois. Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: 1956, p. 159-182. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1956-10015900182. Acesso em: 21.08.2021 (tradução nossa).

especialmente agora, após a edição da Lei 13.964/2019, cabendo apenas ao Ministério Público esse controle”.¹⁶⁸

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Ana Maria Lumi Kamimura Murata, embora prefiram não utilizar a expressão *natureza jurídica*¹⁶⁹, chegam à mesma conclusão, ou seja, de que, diante da retirada do controle judicial pela reforma processual de 2019, o ato de arquivamento pelo Ministério Público é administrativo.¹⁷⁰

Sob o mesmo ponto de vista, Flávio Eduardo Turessi assume que “o novo modelo [...] promove um verdadeiro giro conceitual na conformação jurídica daquela decisão, já que, outrora judicial, passa a ser puramente administrativa”.¹⁷¹

Desde o prisma da soberania estatal, Hugo Nigro Mazzilli já problematizava a atuação negativa do Ministério Público deixando clara a natureza administrativa das funções ministeriais muito antes da atual reforma:

Quando o Ministério Público formula ou deixa de formular a acusação penal, está exercendo parcela da soberania estatal; nem por isso exercita funções jurisdicionais. A decisão de não acusar, se bem que ato final e só contrastado pelo próprio Ministério Público, insere-se no campo da atividade administrativa do Estado. [...] Ora, o arquivamento do inquérito policial, decidido pelo Ministério Público, não subtrai do Poder Judiciário o conhecimento de lesão alguma de direito individual. É o Estado o titular do *ius puniendi*, não o cidadão individualmente considerado. Se o Estado resolve não acusar, pelo seu órgão competente, não se gera conflito de interesses a justificar a apreciação do Judiciário (ao contrário, quando resolve acusar, aí sim não se pode subtrair a questão do conhecimento do Judiciário).¹⁷²

Embora ao tratar da natureza jurídica das investigações ministeriais, Mauro Fonseca Andrade também aponta que os atos emanados pelo Ministério Público se revestem de natureza administrativa. Assim escreve o processualista:

¹⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2020, p. 214.

¹⁶⁹ Em posição diversa, Coutinho sustenta da seguinte forma: “Como parece evidente, o ser do ato não está na sua natureza. Não há – senão metaforicamente – como falar de natureza, em se tratando daquela jurídica, no caso, um ato. Afinal, hoje sabe-se que é a linguagem que dá conta dele, e que se não pode expressar sua essência. Segue-se, porém, falando em natureza jurídica, mas só como força de expressão, embora tenha muita gente que acredita, de fato, nisso. Essa gente – alguns até respeitados –, porém, pensa como os gregos, isto é, que o ser tem uma essência, a qual reflete a sua natureza. Isso – qualquer um hoje percebe – é impossível”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. *As Regras sobre a Decisão do Arquivamento do Inquérito Policial: o que muda com a Lei 13.964/19?* Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>. Acesso em: 05 mai. 2021)

¹⁷⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. *As Regras sobre a Decisão do Arquivamento do Inquérito Policial: o que muda com a Lei 13.964/19?* Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>. Acesso em: 05 mai. 2021.

¹⁷¹ TURESSI, Flávio Eduardo. Lei Anticrime e o novo modelo de arquivamento do inquérito policial: o papel do Ministério Público na interpretação da norma e construção de uma política criminal mais racional. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 79-104, jul./ dez. 2020, p. 81.

¹⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 181.

[...] O atual estágio de nossa dogmática processual penal não admite que uma autoridade, que não a judicial, possa praticar atos de natureza processual. Em outras palavras, hoje se tem por certo que o Ministério Público é uma autoridade administrativa, e que todos os atos praticados por ele se revestirão de igual natureza jurídica. Conseqüentemente, a nossa atual forma de ver e entender o processo penal nos direciona a considerar que a natureza processual de um determinado ato estaria restrita aos que são praticados somente pelo Poder Judiciário, que, por sua vez, só têm lugar dentro de um processo.¹⁷³

Aliás, diga-se de passagem, a discussão sobre a natureza do ato de arquivamento já existia no seio da doutrina antes mesmo das alterações dadas pela Lei nº 13.964/2019.¹⁷⁴ Os argumentos utilizados por Afrânio Silva Jardim, *mutatis mutandis*, já adiantavam entendimento de que o ato de arquivamento “não é sentença por inexistir processo ou jurisdição, mas simples decisão administrativa (sentido *lato*). Por ser oriunda do Poder Judiciário, torna-se judicial”.^{175,176} A percepção do jurista ia além inclusive. Eis a síntese de suas conclusões:

Como se vê, no procedimento de arquivamento, o Juiz funciona como fiscal do princípio da obrigatoriedade, exercendo uma função anômala, porque não jurisdicional. Destarte, a decisão de arquivamento jamais terá a eficácia de uma sentença de mérito. Não havendo ação, jurisdição ou processo, tal decisão não fica protegida pelo manto da coisa julgada. Cuida-se de decisão judicial, porque prolatada pelo Juiz, mas de natureza não jurisdicional. Note-se, inclusive, que, na hipótese de remessa dos autos ao Procurador-Geral, substancialmente, a decisão de não propor a

¹⁷³ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 58.

¹⁷⁴ A antiga discussão, agora superada por conta das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 na sistemática de arquivamento, é assim sintetizada por João Ronaldo Roth: “Para bem situar a questão, tomemos duas posições doutrinárias antagônicas neste particular: a primeira, que não reconhece o arquivamento do inquérito policial pelo juiz como decisão, mas sim, como conhecimento pelo mesmo da posição do Ministério Público; a segunda, que entende ser o arquivamento do inquérito uma sentença judicial definitiva ou terminativa”. (ROTH, João Ronaldo. A natureza jurídica da decisão de arquivamento do inquérito policial militar. *In*: ROTH, João Ronaldo (Org.). *Temas de direito militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 183-187. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/naturezajuridicaarquiv.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021)

¹⁷⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal. Estudos e Pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 116.

¹⁷⁶ Raciocínio semelhante ao de Afrânio Silva Jardim, também já era traçado por Denílson Feitoza também já antes das alterações promovidas pela reforma processual de 2019. Assim escreveu o autor ao tratar da natureza jurídica do arquivamento em tópico próprio de sua obra: “A decisão de arquivamento é uma decisão judicial, quando feita pelo juiz a requerimento do Ministério Público da 1ª instância (promotor de Justiça, procurador da República ou promotor da Justiça Militar), embora simples decisão administrativa (em sentido amplo). Contudo, é uma decisão do procurador-geral de Justiça (ou do procurador-geral da República, conforme o caso), também de natureza administrativa, quando se tratar de “insistência” de arquivamento, do qual o juiz tenha discordado nos termos do art. 28 do CPP, ou, também, nas hipóteses de atribuição originária do procurador-geral para oferecimento da denúncia, decorrente da competência originária por prerrogativa de função de determinado tribunal, pois o tribunal respectivo não tem como se insurgir diante da promoção de arquivamento do procurador-geral. [...] O juiz, quando determina o arquivamento, exerce uma função anômala de caráter persecutório, sendo introduzido na fase pré-processual (administrativa). Há outro raciocínio segundo o qual o arquivamento feito pelo juiz a requerimento do Ministério Público tem a natureza jurídica de ato administrativo complexo, apesar dos vocábulos empregados pela lei (art. 28 do CPP - *requerer o arquivamento*)”. (FEITOZA, Denílson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, p 190)

ação penal é deste órgão do Ministério Público. Na medida em que o Juiz "estará obrigado a atender" à manifestação do Procurador-Geral, o ato judicial subsequente tem caráter meramente formal.¹⁷⁷

A propósito, os casos de atribuição originária do PGR e do PGJ somente respaldam a tese de que o arquivamento de investigações criminais, especialmente diante de situações em que não exercido controle anômalo da obrigatoriedade pelo Judiciário, possui natureza administrativa. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

Nos casos de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça (ou do Procurador-Geral da República), sempre se entendeu, mesmo antes do advento do Pacote Anticrime, que a decisão de arquivamento não precisaria ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, pelo menos em regra, na medida em que o tribunal respectivo não teria como se insurgir diante da promoção de arquivamento do Procurador-Geral, sendo inviável a aplicação do art. 28 do CPP, já que não haveria uma autoridade superior no âmbito do Ministério Público que pudesse rever o mérito da posição adotada pelo Procurador-Geral. Portanto, quando se tratava de hipóteses de atribuição originária do Procurador-Geral, ou mesmo quando se tratava de insistência de arquivamento previsto no art. 28 do CPP, como essa decisão não precisava ser submetida à análise do Poder Judiciário, tinha-se verdadeira decisão de caráter administrativo, como, aliás, passou a ser a regra do art. 28, caput, do CPP, depois da vigência da Lei n. 13.964/19.¹⁷⁸

Rogério Schietti Machado Cruz também anotou importante conclusão ao referir-se a uma das tentativas de reforma processual pelo legislador. O autor indica que a retirada do controle judicial sobre a decisão de arquivamento pelo Ministério Público, por ocasião de projeto de reforma processual, apenas reforçaria a essência administrativa do ato. Sob esse ângulo, assim escreve o jurista:

Releva insistir na observação de que em muitos sistemas processuais – e mesmo no Brasil, se vingar a reforma processual que há anos tramita no Congresso Nacional – o juiz não tem qualquer participação no ato de arquivamento. Tal circunstância, além de demonstrar que se trata de ato eminentemente administrativo, que não presta jurisdição alguma, serve para preservar a imparcialidade do magistrado [...].¹⁷⁹

Apesar das discussões que gravitam em torno do tema há algum tempo, a reforma processual de 2019 oportunizou consenso sobre o que é entendido como a *natureza jurídica* da decisão. Fica claro, a partir de agora, que a retirada de controle judicial confere natureza jurídica de ato administrativo ao arquivamento de investigações criminais pelo Ministério Público.

¹⁷⁷ JARDIM, Afrânio Silva. Teoria da ação penal pública. In: *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 120.

¹⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 237.

¹⁷⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 213.

Após essa aproximação, está assentada a premissa que autoriza a discutir a (in)subsistência da coisa julgada a partir da perspectiva de alteração na natureza jurídica do ato de arquivamento, que, consoante entendimento da doutrina majoritária, passa a ser visto como um ato administrativo em sua essência, despido de jurisdicionalidade.

4.2 (In)subsistência da coisa julgada

Com as recentes alterações no rito de arquivamento de investigações operadas pela Lei Anticrime, uma das primeiras conclusões a que se chegou a respeito do novo artigo 28 do CPP foi a de que não mais persiste o controle judicial sobre o arquivamento e que, portanto, não há mais uma decisão judicial a esse respeito.

Tendo como premissa a retirada do controle judicial sobre o arquivamento, se concluiu que a natureza jurídica da promoção pelo Ministério Público é de ato administrativo.

Após essas conclusões, é forçoso indagar: se não há mais decisão judicial, seria possível, diante da nova redação do artigo 28 do CPP, se falar em coisa julgada?

Para enfrentar o problema e melhor contextualizar a discussão, é preciso um breve apanhado sobre alguns aspectos do instituto que auxiliarão a cumprir os objetivos do presente estudo.

Para iniciar, merece ressalva a caracterização cunhada por Enrico Tullio Liebman, que pode ser dada da seguinte forma:

[...] a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam vários e diversos, consoante as diferentes categorias de sentença.¹⁸⁰

Para o autor, o conceito nuclear de autoridade da coisa julgada pode ser tido “como imutabilidade do comando emergente da sentença, ou seja, como qualidade que reveste o ato também em seu conteúdo, tornando imutáveis, além do ato, também os seus efeitos”.¹⁸¹

A partir desse conceito, é possível “distinguir a *autoridade da coisa julgada* (imutabilidade) da *eficácia natural da sentença* (aptidão de produzir efeitos)”.¹⁸² Vale dizer, a sentença produz efeitos antes mesmo da coisa julgada.

¹⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 6.

¹⁸¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 67.

¹⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 658.

De tudo isso, além da diferenciação entre a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada, é preciso ressaltar também que o instituto está ontologicamente atrelado ao comando judicial. Ou seja, a coisa julgada se vincula indissociavelmente ao exercício de jurisdição.

A partir da doutrina de Enrico Tullio Liebman, é importante compreender que a coisa julgada não é mais um efeito da sentença, mas sim uma qualidade especial da sentença. Os efeitos decorrentes da sentença, antes da coisa julgada, são mutáveis, ao passo que, a partir da formação da coisa julgada, se tornam imutáveis.

De acordo com Aury Lopes Júnior, “a coisa julgada atua em uma dupla dimensão: constitucional (como garantia individual) e processual (preclusão e imutabilidade da decisão)”.¹⁸³

Também é preciso dizer que o instituto “tem raízes na Constituição. A garantia constitucional da coisa julgada, inserida no art. 5º, inciso XXXVI, da Lei Maior, é manifestação do princípio da segurança jurídica”.¹⁸⁴

A coisa julgada “está fundada (tanto no processo civil como no processo penal) em imperativos decorrentes do bem comum, tendo em vista as exigências de segurança e estabilidade que a ordem jurídica impõe”.¹⁸⁵ O seu fundamento, portanto, está atrelado ao conflito entre os valores justiça e segurança jurídica.¹⁸⁶

Aury Lopes Júnior destaca a distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material da seguinte forma:

[...] a coisa julgada formal e material pode ser pensada como os degraus da escada, ou seja, o primeiro degrau seria a produção da coisa julgada formal, dentro do processo, através da impossibilidade de novos recursos. Superado o primeiro degrau, pode a coisa julgada ser material, atingir o segundo degrau, nível em que os efeitos vinculatórios da decisão extrapolam os limites do processo originário, impedindo novos processos penais sobre o mesmo caso (ou seja, tendo como objeto o mesmo fato natural e o mesmo réu), sendo assim imutável.¹⁸⁷

¹⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1440.

¹⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. In: PIERANGELI, José Henrique; SILVEIRA, Solange (Coords.). *Direito Penal e processo penal: estudos em homenagem ao professor Paulo Tovo*. Porto Alegre: Sapiens, 2010. p. 17-32.

¹⁸⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. vol. 3. Campinas: Millennium, 2000, p. 77.

¹⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. In: PIERANGELI, José Henrique; SILVEIRA, Solange (Coords.). *Direito Penal e processo penal: estudos em homenagem ao professor Paulo Tovo*. Porto Alegre: Sapiens, 2010. p. 17-32.

¹⁸⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1442.

Assim, a coisa julgada formal é a garantia da imutabilidade da sentença dentro do mesmo processo. Ao passo que a coisa julgada material é a garantia da imutabilidade da sentença fora do processo. É garantia de imutabilidade que “projeta seus efeitos para fora do processo, impedindo que qualquer juiz volte a julgar novamente a questão”.¹⁸⁸

Para simplificar, é preciso também dizer que a coisa julgada formal se constitui a partir das sentenças terminativas, que põe fim ao processo sem o julgamento do mérito. Trata-se da imutabilidade da sentença tão somente. Daí porque se dizer que os efeitos da coisa julgada são projetados apenas para dentro do processo. Isso ocorre justamente porque a sentença terminativa não tem efeitos extraprocessuais.¹⁸⁹

Por outro lado, a coisa julgada material se forma nas sentenças definitivas, que definem as situações da vida ao julgar o mérito, se projetando para fora do processo. São projetados diversos efeitos a partir da sentença terminativa, como, por exemplo, a prisão, a reincidência, a reparação do dano. Por conta dessa irradiação de efeitos da sentença para fora do processo, se considera que a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos da sentença.¹⁹⁰

Em suma, enquanto a coisa julgada formal torna imutável a sentença, a coisa julgada material faz imutável os efeitos da sentença.

Se considera que dois processos são iguais, em regra, quando houver tríplice identidade de partes, de pedido e de causa de pedir. Quanto à identidade de partes, no processo penal, é suficiente que o acusado seja o mesmo, uma vez que há, exemplo do que ocorre nos crimes contra a honra de funcionário público no exercício de suas funções, a possibilidade de que o Ministério Público e o ofendido sejam colegitimados. O pedido sempre será genérico, de condenação, ao que não há distinção a ser feita. Já a causa de pedir precisa ter identidade de fato naturalístico.¹⁹¹ Isso porque “no processo penal condenatório, o que identifica efetivamente a ação é a *imputação*, ou seja, a causa de pedir”.¹⁹²

¹⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. In: PIERANGELI, José Henrique; SILVEIRA, Solange (Coords.). *Direito Penal e processo penal: estudos em homenagem ao professor Paulo Tovo*. Porto Alegre: Sapiens, 2010. p. 17-32.

¹⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *passim*.

¹⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *passim*.

¹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 658.

¹⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. In: PIERANGELI, José Henrique; SILVEIRA, Solange (Coords.). *Direito Penal e processo penal: estudos em homenagem ao professor Paulo Tovo*. Porto Alegre: Sapiens, 2010. p. 17-32.

A partir disso, está autorizado dizer que a “coisa julgada repousa no princípio *ne bis in idem*” e “indica a proibição de qualquer juiz manifestar-se novamente contra o mesmo réu e pelo mesmo fato”. Trata-se da função negativa da coisa julgada, a ser consubstanciada na hipótese em que houver identidade de demandas.¹⁹³ Isso ocorre essencialmente porque “o princípio da segurança jurídica veda o *bis in idem* e impede a existência do segundo processo, instaurado em repetição, tenha a primeira ação penal sido julgada procedente ou improcedente”.¹⁹⁴

Após a aproximação com o instituto, é necessário ter claro que somente o Poder Judiciário pode emanar atos aptos à formação de coisa julgada. José Frederico Marques bem destaca essa feição, que marca invariavelmente a coisa julgada, ao asseverar que “nem o legislador e tampouco a administração pública podem expedir atos com os predicados da sentença imutável que se consubstancia na prestação jurisdicional entregue aos litigantes”.¹⁹⁵

A distinção se faz necessária para os objetivos do estudo porque, diante das alterações promovidas pela reforma processual, e, por conseguinte, da alteração na natureza jurídica do ato de arquivamento, está superada a discussão a respeito da coisa julgada sobre o arquivamento de investigações criminais.¹⁹⁶ A esse respeito, Rogério Sanchez Cunha assim escreve:

Antes da nova arquitetura do art. 28 do CPP, o controle do arquivamento da investigação tinha a participação efetiva do juiz. Era o magistrado quem homologava a promoção de arquivamento do órgão do Ministério Público. Por isso fazia sentido, na época, discutir a autoridade dessa decisão: se coisa julgada formal ou também material? Prevalencia apenas coisa julgada formal, salvo quando seu fundamento fosse

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. In: PIERANGELI, José Henrique; SILVEIRA, Solange (Coords.). *Direito Penal e processo penal: estudos em homenagem ao professor Paulo Tovo*. Porto Alegre: Sapiens, 2010. p. 17-32.

¹⁹⁴ MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 989.

¹⁹⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. vol. 3. Campinas: Millennium, 2000, p. 71.

¹⁹⁶ Antes da reforma processual de 2019, a discussão sobre a natureza jurídica do arquivamento era enfrentada sob perspectiva distinta. João Ronaldo Roth resume de forma assertiva a discussão que permeava o seio doutrinário à época nas conclusões de seu estudo sobre a natureza jurídica da decisão de arquivamento do inquérito policial militar: “Em suma, a referida decisão é um ato jurisdicional, constituindo-se ora em decisão interlocutória mista terminativa ora em decisão com força de definitiva, em matéria cautelar, vinculada ao pronunciamento do Chefe do Parquet, quando este for instado, e revestindo-se também a mesma de um ato complexo - pois dependente, para ser válido, da colaboração e da decisão de dois Órgãos: o Ministério Público e o Judiciário - operando, conforme as circunstâncias, efeitos de coisa julgada formal ou material”. (ROTH, João Ronaldo. A natureza jurídica da decisão de arquivamento do inquérito policial militar. In: ROTH, João Ronaldo (Org.). *Temas de direito militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 183-187. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/naturezajuridicaarquiv.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021)

atipicidade ou causa extintiva da punibilidade, hipóteses em que a jurisprudência demandava estabilidade da decisão, leia-se, coisa julgada material.¹⁹⁷

Sob o mesmo ângulo, Renato Brasileiro de Lima esclarece que diante do texto “original do art. 28 do CPP, quando a promoção de arquivamento apresentada pelo órgão ministerial estava sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, era possível falar, então, em coisa julgada formal e coisa julgada material”.¹⁹⁸

E assim orienta o Enunciado nº 9 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) e do Grupo de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “Considerando que o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza não se subordina à apreciação judicial, a decisão não está mais sujeita aos efeitos da coisa julgada formal ou material”.¹⁹⁹

A posição de Flávio Eduardo Turessi é idêntica ao sustentar que, “deixando de ser judicial, o arquivamento do inquérito policial escapa do regramento processual e da disciplina da coisa julgada, seja ela apenas formal, ou formal e material, simultaneamente”.²⁰⁰

Ainda nessa mesma direção, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Ana Maria Lumi Kamimura Murata pontuam que, “diante da nova redação do art. 28 e da sistemática adotada, [...] há de se recordar que agora o ato é administrativo e não mais jurisdicional, o que desde logo exclui a discussão a respeito da coisa julgada”.²⁰¹

De forma simples, diante da nova sistemática, tal discussão não faz mais sentido, uma vez que a formação de coisa julgada necessariamente está atrelada a existência de uma decisão judicial.

Conclui-se, portanto, que a retirada do controle judicial, não só altera a natureza jurídica do arquivamento, como também afasta a coisa julgada da decisão que arquiva, o que oportuniza

¹⁹⁷ CUNHA, Rogério Sanchez. *Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP, e LEP*. Salvador: Editora JusPodium, 2020, p. 119.

¹⁹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 249.

¹⁹⁹ Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. *Enunciados Interpretativos da Lei 13.964/2.019 – Lei Anticrime*. Disponível em: https://www.cnpj.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

²⁰⁰ TURESSI, Flávio Eduardo. Lei Anticrime e o novo modelo de arquivamento do inquérito policial: o papel do Ministério Público na interpretação da norma e construção de uma política criminal mais racional. *Revista Fórum de Ciências Criminais: RFCC*, Belo Horizonte, v.7, n.14, p. 79-104, jul./dez. 2020, p. 98-99.

²⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. *As Regras sobre a Decisão do Arquivamento do Inquérito Policial: o que muda com a Lei 13.964/19?* Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>. Acesso em: 05 mai. 2021.

indagar a respeito das consequências sobre a reabertura de inquéritos policiais a partir da Lei nº 13.964/2019.

Se uma das justificativas para a não reabertura de investigações criminais era a formação de coisa julgada, agora, com sua insubsistência, é preciso revisitar os parâmetros remanescentes que eventualmente possam limitar o reavivamento de inquéritos em nosso ordenamento.

4.3 Consequências sobre a reabertura de inquéritos a partir da Lei nº 13.964/2019

No primeiro momento do estudo, a atenção se voltou para as alterações que a reforma processual de 2019 promoveu no rito de arquivamento. Logo após, foram revisitadas as hipóteses que autorizam o Ministério Público a arquivar investigações criminais. Seguiu-se com a análise do ato de arquivamento, concluindo-se que a retirada do controle judicial trouxe como repercussão a alteração da sua natureza jurídica, que passou a ser administrativa. Na sequência da pesquisa, constatou-se que, além da modificação na natureza jurídica do ato, a insubsistência de coisa julgada também foi uma das consequências em se autorizar o Ministério Público a arquivar investigações criminais.

Para o fechamento do estudo, não resta outro caminho senão problematizar a estabilidade das decisões de arquivamento a partir do desarquivamento, até mesmo porque é a reabertura de investigações o problema que suscita maiores divergências doutrinárias no âmbito das discussões a respeito da nova sistemática.

Daqui em diante, a pesquisa se concentrará em identificar se a alteração na natureza jurídica do ato de arquivamento de investigações criminais e a insubsistência de coisa julgada - consequências da retirada de controle judicial promovida pela Lei nº 13.964/2019 - trazem também repercussões para a reabertura de inquéritos policiais.

A discussão é importante justamente porque a eficácia do art. 28 da Lei 13.964/2019 está suspensa e, conseqüentemente, o que temos a esse respeito é o debate doutrinário. Não há, portanto, decisões, tampouco formação de uma linha jurisprudencial que possa vincular a atuação jurídica diante do problema adiantado pela doutrina nacional.

No entanto, é necessário dizer que os fundamentos utilizados como justificativa para limitar a reabertura de investigações criminais arquivadas já eram questionados antes mesmo da reforma processual de 2019.

Como se sabe, todas as discussões a respeito da reabertura de investigações giravam em torno de distinguir se o ato judicial que homologava o arquivamento promovido pelo Ministério Público havia formado coisa julgada formal ou também material. Diante disso, admitia-se ou

não a retomada de procedimentos investigatórios se surgisse prova nova somente nos casos em que não houvesse a formação de coisa julgada material.

No panorama ainda vigente, a posição do STF orienta-se no sentido de admitir a reabertura de inquéritos policiais diante da notícia de provas novas nas hipóteses em que o arquivamento se fundamente na existência de causa excludente de culpabilidade ou de ilicitude, na ausência de justa causa, na ausência de condições da ação penal ou de pressupostos processuais. Diante da sistemática que segue vigendo, portanto, a Suprema Corte entende que em tais casos a decisão judicial que homologa o arquivamento produz efeitos de coisa julgada formal, admitindo a natureza *rebus sic stantibus* da decisão.

Ou seja, diante da redação original do artigo 28 do CPP, a jurisprudência do STF apregoa que a decisão judicial de homologação do arquivamento é tomada sob a cláusula *rebus sic stantibus*, a exigir a *notícia de provas novas* para a reabertura das investigações e a produção de *prova efetivamente nova* para ajuizamento de ação penal, nos termos preconizados respectivamente, pelo artigo 18 do CPP²⁰² e pela Súmula 524 do STF²⁰³.

Quanto ao ponto, é preciso ter em mente a necessária distinção entre a “*notícia de novas provas*, para o desarquivamento (CPP, art. 18), com a *necessidade de novas provas*, para o oferecimento da denúncia, nos casos em que o inquérito já fora anteriormente arquivado (Súmula 524 do STF)”.²⁰⁴

Assim, é necessário observar que o art. 18 trata do desarquivamento de inquérito policial e traz como condicionante para o prosseguimento das investigações a existência de notícia de novas provas. Já a Súmula 524 condiciona não o inquérito, mas o ajuizamento de ação penal quando o investigatório houver sido arquivado anteriormente. Para desencadear a ação penal, portanto, é exigida a produção de novas provas.

Além da distinção traçada, é importante também ter presente que, de longa data, o “STF tem jurisprudência firmada no sentido de que a decisão de arquivamento de inquérito tem a qualidade de coisa julgada material [...] nas hipóteses de atipicidade do fato e de extinção da punibilidade”.²⁰⁵

²⁰² O artigo 18 do CPP assim dispõe: “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”.

²⁰³ Eis o teor do enunciado pela Súmula 524 do STF: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

²⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 163.

²⁰⁵ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, p 193.

Não obstante a visão tradicional apontada, é inegável que haverá desafios para integração do ordenamento após a reforma.

Isso porque, “deixando de ser judicial, o arquivamento do inquérito policial escapa do regramento processual e da disciplina da coisa julgada, seja ela apenas formal, ou formal e material, simultaneamente”.²⁰⁶

Até mesmo a parcela mais conservadora comunga da ideia de que, “com a nova sistemática, sendo o controle exclusivamente ministerial, sem decisão judicial coparticipando, a discussão deve mudar o foco”, uma vez que não há mais sentido em problematizar a autoridade da decisão (se coisa julgada formal ou também material).²⁰⁷

Embora não haja dúvidas de que, a partir da Lei nº 13.964/2019, o arquivamento pelo Ministério Público passa a ter natureza jurídica de ato administrativo e de que não subsiste, portanto, a autoridade da coisa julgada sobre tais decisões, em relação à reabertura de inquéritos, divisaram-se alguns posicionamentos na doutrina nacional.

De modo geral, é possível identificar duas correntes de pensamento, que divergem quanto às possibilidades de reabertura de inquéritos policiais.

A primeira, mais conservadora por assim dizer, sustenta que, muito embora não se possa mais falar em coisa julgada, a reabertura de inquéritos policiais deve seguir as tradicionais balizas traçadas pelo STF. Ou seja, nos casos em que o inquérito tenha sido arquivado por conta da atipicidade do fato ou pela presença de causa extintiva de punibilidade, não seria possível desarquivamento nem mesmo diante da notícia de provas novas.

A segunda corrente, de modo geral, alinha-se à alternativa de que a reabertura de investigações deve estar condicionada tão somente à notícia de provas novas, nos moldes do artigo 18 do CPP, dado que a promoção de arquivamento pelo Ministério Público é decisão tomada *rebus sic stantibus*.

Antes de qualquer conclusão, é preciso, portanto, realizar um apanhado geral das duas linhas de pensamento identificadas a partir da pesquisa bibliográfica e delinear as nuances argumentativas dentro de cada corrente.

Diante disso, já é possível adiantar, enfim, que o ponto mais sensível da matéria gira em torno da reabertura de inquéritos policiais nas hipóteses em que o arquivamento tenha se

²⁰⁶ TURESSI, Flávio Eduardo. Lei Anticrime e o novo modelo de arquivamento do inquérito policial: o papel do Ministério Público na interpretação da norma e construção de uma política criminal mais racional. *Revista Fórum de Ciências Criminais: RFCC*, Belo Horizonte, v.7, n.14, p. 79-104, jul./dez. 2020, p. 98-99.

²⁰⁷ CUNHA, Rogério Sanchez. *Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP, e LEP*. Salvador: Editora JusPodium, 2020, p. 119.

fundamentado na atipicidade da conduta, ou na extinção da punibilidade, uma vez que esses são os casos em que o STF, diante da redação original do artigo 28 do CPP, entende inviável a reabertura, mesmo que diante da notícia de novas provas.²⁰⁸

Nos demais casos, sempre se entendeu que a notícia de provas novas autorizaria o desarquivamento de investigações criminais e em tais hipóteses não foram identificadas divergências quanto à aplicação da nova redação do artigo 28 do CPP, até mesmo porque não faria sentido sustentar a imutabilidade do arquivamento justamente após a retirada do controle judicial e diante da insubsistência de coisa julgada.

Vale, então, iniciar a análise partindo dos fundamentos adotados por aqueles que defendem a necessidade de pautar “as deliberações sobre possíveis desarquívamentos de investigações já findadas na sistematização anteriormente construída”.²⁰⁹

Em termos simples, de acordo com essa perspectiva, a reabertura de investigações criminais diante do surgimento de novas provas não estaria autorizada nas hipóteses em que o arquivamento houver enfrentado o mérito.²¹⁰

Partidário dessa posição, Eugênio Pacelli assim examina as repercussões da nova sistemática:

Quanto aos efeitos deste arquivamento, é de se presumir que o quadro se manteve inalterado. É dizer, quando a decisão de arquivamento – que agora é exclusivamente do Ministério Público, repita-se – tiver por objeto questões de mérito da infração penal, tal como ocorre em relação à decisão por atipicidade ou que, por qualquer motivo, reconheça a extinção da punibilidade, estará a salvo de novas investidas, ainda quando proferidas com violação ao princípio do juiz natural. Nessas hipóteses, a decisão seria de mérito, ainda que dispensando a produção de prova.²¹¹

Nesse aspecto, Rogério Sanchez Cunha afirma que “o arquivamento por atipicidade e extinção da punibilidade devem continuar demandando respeito absoluto”. O raciocínio traçado considera que, “se a denúncia exuma investigação arquivada por atipicidade ou extinção da

²⁰⁸ Na jurisprudência: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84.156 MS*. Impetrante: Stalyn Paniago Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 de outubro de 2004. Diário da Justiça, Brasília-DF, 11 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384937>. Acesso em: 15 de out. de 2021.

²⁰⁹ TURESSI, Flávio Eduardo. Lei Anticrime e o novo modelo de arquivamento do inquérito policial: o papel do Ministério Público na interpretação da norma e construção de uma política criminal mais racional. *Revista Fórum de Ciências Criminais: RFCC*, Belo Horizonte, v.7, n.14, p. 79-104, jul./dez. 2020, p. 98-99.

²¹⁰ TURESSI, Flávio Eduardo. Lei Anticrime e o novo modelo de arquivamento do inquérito policial: o papel do Ministério Público na interpretação da norma e construção de uma política criminal mais racional. *Revista Fórum de Ciências Criminais: RFCC*, Belo Horizonte, v.7, n.14, p. 79-104, jul./dez. 2020, p. 98-99.

²¹¹ PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 226.

punibilidade”, faltaria pressuposto processual para seu ajuizamento, o que poderia ensejar tanto a rejeição da inicial acusatória, como a absolvição sumária.²¹²

Uma distinção precisa ser pontuada. É possível perceber que alguns autores, a exemplo dos acima citados, defendem vedar-se a reabertura de investigações quando a decisão de arquivamento pelo Ministério Público analisar o mérito, referindo-se a duas situações especificamente: atipicidade e extinção da punibilidade.²¹³

Quanto à atipicidade, Renato Brasileiro de Lima, por exemplo, propõe não haver “diferença ontológica entre a decisão que arquiva o inquérito, quando comprovada a atipicidade do fato, e aquela que o faz, quando reconhecida a licitude da conduta do agente”, uma vez que o arquivamento estaria calcado na inexistência de crime em ambas as hipóteses.²¹⁴

Embora o autor entenda não haver diferença entre tais fundamentos, o STF, contudo, distingue as hipóteses de atipicidade e excludente de ilicitude. A Suprema Corte inclusive já se

²¹² CUNHA, Rogério Sanchez. *Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP, e LEP*. Salvador: Editora JusPodium, 2020, p. 119.

²¹³ Desde essa perspectiva, é oportuno trazer o raciocínio construído por Denilson Feitoza. Segundo o autor “[...] há incompreensão sobre o que efetivamente estabelece a "natureza jurídica" das decisões judiciais, o que, por sua vez, decorre da confusão entre fundamento e dispositivo dessa espécie de ato judicial o que caracteriza a sentença (e outras decisões judiciais em geral) é sua parte dispositiva. Como veremos no referido item, se a parte dispositiva for de rejeição da denúncia, o ato judicial será uma sentença terminativa, cuja eficácia somente terá a qualidade de coisa julgada formal, independentemente de qual seja sua fundamentação, o que significara que a ação penal poderá novamente ser proposta, se seus pressupostos estiverem presentes. Se a fundamentação, com esse comando de rejeição, for em razão de o "fato narrado evidentemente não constituir crime" (por exemplo, por atipicidade do fato), esse "fato" (melhor dizendo, alegação de fato) terá sido tratado de maneira meramente processual, e não como "fato de mérito". Portanto, ser um tema de mérito não significa que isso acarretará, necessariamente, coisa julgada material, o que somente ocorrerá se o dispositivo da sentença o reconhecer como tal. Isso ocorre no direito alemão com a morte do acusado, que não acarreta a extinção da punibilidade, mas apenas do processo; se o acusado aparecer vivo, poderá haver outro processo penal. Aliás, se o juiz rejeitar a denúncia ou queixa com fundamento na extinção da punibilidade, mas não declarar a extinção da punibilidade, o conteúdo da parte dispositiva de sua decisão liminar não conterà um comando que acarrete coisa julgada material, pois o juiz terá tratado tal fundamento "processualmente", ou seja, como a "condição da ação" denominada "punibilidade concreta" (ou, como entendemos, "probabilidade de condenação efetiva"). Tratar tais alegações de fato como fatos processuais soluciona alguns casos difíceis na prática forense criminal, investigativa ou processual, como ocorre diante de difícil delimitação (por exemplo, econômicos) e de dúvida se o investigado efetivamente faleceu. Mutatis mutandis, pensamos que isso também se aplica diante de pedido de arquivamento de inquérito policial ou originário. A nosso ver, o órgão jurisdicional pode, especialmente em casos difíceis ou complexos, determinar o arquivamento do inquérito policial, sem afirmar a atipicidade do fato ou declarar a extinção da punibilidade, possibilitando, assim, futura investigação, se houver provas novas que refutem a atipicidade do fato ou a extinção da punibilidade. Entretanto, tendo em vista a jurisprudência do STF, será conveniente, por segurança jurídica, que o órgão jurisdicional o faça explicitamente. (FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e prática*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, p 195-196)

²¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 250.

manifestou favoravelmente a reabrir investigação arquivada por conta da presença de excludente de ilicitude.^{215,216}

Carlos Frederico Coelho Nogueira, citado por Rogério Schietti Machado Cruz, defende que a reabertura de inquéritos arquivados deve ser pautada no surgimento de novos elementos probatórios, reservando a impossibilidade de reabertura apenas para os casos em que o arquivamento houver sido lastreado na presença de causa extintiva da punibilidade:

[...] somente quando o motivo do arquivamento for a extinção da punibilidade não se aplica tal dispositivo, que permite a reabertura das investigações. Sendo outro o motivo para o pedido de arquivamento, o surgimento de prova nova pode ensejar o desarquivamento e o oferecimento de denúncia, pois o fato anteriormente considerado atípico pode, agora, diante de nova evidência, revestir-se de tipicidade, a excludente de ilicitude antes reconhecida pode descaracterizar-se em razão de novo elemento probante, a insignificância da conduta – indevidamente utilizada como razão para o arquivamento – pode desnaturar-se por motivo de prova de sua maior expressividade, etc.²¹⁷

Em relação à presença de causa extintiva de punibilidade, o Pretório Excelso também já entendeu que a decisão declaratória que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade, pode ser revogada, não havendo que se falar em revisão criminal *pro societate*.²¹⁸

Em síntese, é possível identificar que essa primeira corrente de pensamento entende possível a reabertura de investigações criminais diante da notícia de provas novas, limitando o

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 87.395 PA*. Impetrante: Marcio Hofmeister. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 23 de março de 2017. Diário da Justiça, Brasília-DF, 13 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14493604>. Acesso em: 05 maio 2021.

²¹⁶ Sobre o tema, Eugênio Pacelli assim se manifesta: “Eventual atipicidade ou extinção da punibilidade nos parece muito mais evidente do que as causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade. Estas, em regra, exigem uma análise mais rigorosa, tornando a instrução processual a ocasião mais adequada para o seu enfrentamento, em que há amplas possibilidades probatórias a reforçarem uma conclusão mais precisa. De fato, excepcionando-se as hipóteses em que as causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade são manifestas (“saltam aos olhos”), não nos parece prudente revestir o arquivamento do inquérito - decisão tomada à míngua de amplo debate - com efeitos materiais quando fundamentado em questões tão complexas.

A consequência desse entendimento é a possibilidade de se reabrir a investigação, nesses casos, por ocasião do surgimento de provas novas - o STF vem se orientando nesse sentido (HC 87.395/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 23.03.2017; HC 125.101/SP, Red. para o acórdão Min. Dias Toffoli, 28.08.2015). Em posição contrária, defendendo a produção de efeitos materiais para o arquivamento nessas condições, fixou-se o STJ (REsp 791.471/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 16.12.2014)”. (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 86-87)

²¹⁷ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Bauru: Edipro, 2002, v. I, p. 408, *apud*, CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 214-215.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84.525 MG*. Impetrante: Artur Gonzaga da Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 16 de novembro de 2004. Diário da Justiça, Brasília-DF, 03 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=357945>. Acesso em: 08 de out. de 2021.

reavivamento nos casos em que o mérito tenha sido enfrentado, mais especialmente nas hipóteses em que o arquivamento se lastreie na atipicidade da conduta ou na presença de causa de extinção da punibilidade. Basicamente, a essência para sustentar a limitação à reabertura de tais procedimentos estaria na vedação da revisão *pro societate* e no princípio último da segurança jurídica.

A segunda corrente, por sua vez, entende que a reabertura de inquéritos policiais está sujeita à notícia de provas novas, uma vez que a decisão de arquivamento é tomada *rebus sic stantibus*, que não causa preclusão, tampouco faz coisa julgada.

Norberto Avena sintetiza bem o posicionamento dessa corrente doutrinária, para a qual:

Não sendo mais o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outro expediente de investigação da mesma natureza sujeito à apreciação judicial, tal deliberação não se submete aos efeitos da coisa julgada formal ou material, podendo, então, a autoridade policial retomar as investigações diante da notícia de novas provas, independentemente do motivo que fundamentou o arquivamento antes promovido.²¹⁹

Como se percebe, diante da insubsistência de coisa julgada, a reabertura de inquéritos policiais estaria limitada tão somente pelo fundamento que ainda subsiste: a notícia de novas provas.

A propósito, essa é a anotação de Paulo Rangel ao escrever que “a decisão de arquivamento não faz (e nem poderia fazer) coisa julgada, pois trata-se, como vimos, de decisão administrativa (*rebus sic stantibus* – estando assim as coisas)”.²²⁰ O autor, ao reforçar a distinção entre o conteúdo do artigo 18 do CPP e o da Súmula 524 do STF, esclarece que com a notícia de novas provas a autoridade policial justamente retomará as investigações para que as provas de que teve notícia sejam produzidas e trazidas aos autos.

Ademais, a Súmula 524 do STF “refere-se à impossibilidade de propositura da ação penal sem novas provas, quando o inquérito estiver arquivado”.²²¹ Não há que se falar em insegurança jurídica, portanto, uma vez que há, em verdade, um duplo filtro que atua sobre inquéritos arquivados.

Na fase investigatória da persecução penal (*informatio delicti*), para se reabrir o inquérito, há a exigência de notícia de provas novas, uma vez que a decisão de arquivamento estabiliza o ato diante de sua natureza *rebus sic stantibus*.

²¹⁹ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Método, 2020, p. 453-454.

²²⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 378.

²²¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 382.

Após o desarquivamento, para efetivamente instaurar-se a ação penal e ingressar no segundo momento da *persecutio criminis*²²², as investigações deverão efetivamente ter produzido novas provas. Conforme Paulo Rangel, “a natureza jurídica das novas provas é de uma condição específica de procedibilidade, sem a qual não haverá um regular exercício do direito de agir”, momento em que incidirá outro filtro, a aferir se houve o surgimento de novos elementos probatórios.²²³

Para tal corrente de posicionamento, não há que se falar em insegurança jurídica, até mesmo porque, tanto por ocasião da retomada da investigação, como na oportunidade em que for ajuizada a ação penal, não estará afastado o controle sobre a persecução criminal.

Quanto ao ponto, a reforma processual de 2019 previu, como forma de garantir o controle da legalidade do apuratório, que o juiz das garantias deve ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal, competindo-lhe determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento.^{224,225}

²²² Como sinaliza José Frederico Marques, “O "processo penal" só se instaura com a propositura da ação. Esta, no entanto, é precedida de uma fase de pesquisas, ou *informatio delicti*, em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena. Verifica-se, portanto, que a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto que a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*”. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. vol. 3. Campinas: Millennium, 2000, p. 128)

²²³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 382.

²²⁴ Sobre o trancamento do inquérito pelo juiz das garantias quando não houver fundamento para sua instauração e prosseguimento, Mauro Fonseca Andrade assim escreve: “Em termos práticos, o trancamento da investigação criminal, sobre esse fundamento, somente poderá ocorrer quando houver provocação judicial, motivada pela impetração de habeas corpus ou de simples petição firmada pelo investigado ou seu defensor. Interpretação em sentido inverso fatalmente levará à manifestação do problema já levantado pela doutrina italiana, qual seja, a perda da condição de terceiro, caso o juiz das garantias intervenha, de ofício, para determinar os rumos da investigação”. (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020, p. 105)

²²⁵ Ainda, é importante mencionar a existência de discussão quanto à possibilidade de o Poder Judiciário exercer de ofício o controle da legalidade da investigação e determinar o arquivamento de inquérito policial por excesso de prazo. De forma simples, discute-se a possibilidade de se exercer controle judicial diante de eventual excesso de prazo para arquivar inquéritos policiais fora das hipóteses previstas em lei e de ofício, leia-se sem a iniciativa do Ministério Público. Dada a natureza não peremptória do prazo das investigações criminais, as claves indicadas no artigo 10 do CPP devem seguir critérios de razoabilidade, calcados na complexidade da investigação, no comportamento eventualmente não colaborativo dos depoentes, na necessidade de realização de perícias ou de oitivas complexas e na paralisação das investigações sem atos de empenho por parte do Estado. Todos esses critérios orientam o juízo de valor acerca do prazo razoável da investigação. No entanto, nos parece adequado que o controle judicial seja exercitado mediante provocação, diante de configurado constrangimento ilegal e oportunizando ao Ministério Público prazo para que conclua ofereça denúncia ou arquite a investigação. Sobre o tema, ver voto-vista do Ministro Rogério Schietti Cruz no bojo do Recurso em Habeas Corpus 106.041/TO, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 106.041 TO*. Recorrente: Alex Marinho Neto. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 16 de junho de 2020. Diário da Justiça, Brasília-DF, 10 de agosto de 2020. Disponível em:

Assim, “havendo qualquer movimentação investigatória oficial por parte do Estado-perseguidor, o Estado-juiz deve ser prontamente informado, a fim de que, também de forma imediata, possa averiguar a legalidade dessa movimentação”.²²⁶

A retirada do controle judicial certamente faz não subsistir os efeitos de coisa julgada sobre o arquivamento pelo Ministério Público. No entanto, isso não significa dizer que não haja controle sobre a reabertura de inquéritos, tampouco que não haja estabilidade da decisão ou que ocorra ferimento à segurança jurídica. O que ocorre é que a imutabilidade, que não persiste por conta de não haver mais decisão judicial, cede lugar a uma estabilidade regrada por condicionantes, que aliás já eram aplicadas. A esse respeito Aury Lopes Júnior assim escreve:

Destacamos que a decisão que arquiva o inquérito ou peças de informação, proferida pela instância revisora do MP, ainda que não faça coisa julgada em sentido próprio – porque não é uma decisão judicial – possui estabilidade. Não pode outro membro descumprir essa decisão administrativa e oferecer denúncia, exceto se surgirem novas provas. Com base no mesmo acervo probatório que deu causa ao arquivamento, não poderá ser oferecida denúncia posteriormente.

Assim, ainda que a sistemática do arquivamento tenha sido alterada, pensamos que segue sendo aplicável – com a devida adequação – o disposto na Súmula 524 do STF, até por uma questão de segurança jurídica e estabilidade das decisões emanadas de órgãos públicos (ainda que administrativas, portanto). Mas é importante esclarecer que a decisão administrativa do Ministério Público que homologa o arquivamento do IP feito pelo promotor não transita em julgado. Em tese, pode a autoridade policial seguir investigando, a fim de obter novos elementos de convicção capazes de justificar o exercício da ação penal (art. 18). Mas nada impede que o MP determine novamente o arquivamento.²²⁷

Por seu turno, Rogério Schietti Machado Cruz sustenta que o desarquivamento de investigações criminais não representa qualquer ofensa ao *ne bis in idem*, uma vez o arquivamento significa justamente que não houve ajuizamento de ação penal. O doutrinador afirma que os efeitos preclusivos que vedariam uma dupla persecução somente ocorrem diante de uma sentença que tenha um plano de cognição profundo e amplo.²²⁸ Para sustentar sua posição, cita Alfredo Vélez Mariconde, que, guardadas as devidas proporções, também defende a reabertura de investigações no modelo espanhol:

Este conceito estrito do processo – que não existe realmente se não intervém o órgão jurisdicional – tem singular importância teórica e prática. Por exemplo, enquanto ao

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1856597&num_registro=201803200569&data=20200810&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 29 de nov. de 2021)

²²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020, p. 93-94.

²²⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 310.

²²⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. *passim*.

princípio *non bis in idem*: este não incide quando o processo jurisdicional não se iniciou, ou porque o Juiz de Instrução rejeitou a denúncia, rechaçou o requerimento do promotor para iniciar instrução ou arquivou o sumário de prevenção, por considerar que o fato referido em tais atos não se enquadra em uma figura penal. Em tais hipóteses, ainda que os atos da Polícia ou do Ministério Público tentaram provocar a atividade jurisdicional, não há inconveniente em que o tentem uma segunda vez, pondo de relevo ou agregando novas circunstâncias fáticas que na primeira oportunidade não se levaram em conta. O que se proíbe é submeter uma pessoa a processo jurisdicional mais de uma vez pelo mesmo fato.²²⁹

Desse raciocínio, é possível concluir que a decisão de arquivamento pelo Ministério Público sob nenhuma perspectiva afrontaria o *ne bis in idem*. Primeiro, porque não é sentença, mas um ato administrativo. Segundo, porque não há ação penal. Terceiro, porque a profundidade da cognição de um arquivamento não é a mesma de uma sentença definitiva.

O autor, aliás, antes mesmo das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 28 do CPP, já defendia a possibilidade de reabrir inquéritos policiais em todas as hipóteses em que surgissem novos elementos probatórios. Ao referir-se à decisão que determina o arquivamento, assim exprime suas conclusões:

O *decisum* em comento possui, então, *eficácia rebus sic stantibus*, como deixa claro, aliás, o artigo 18 do Código de Processo Penal, que fala em "falta de base para a denúncia", expressão que tem sido entendida como "falta de provas para a denúncia", de forma a induzir a doutrina a sustentar ser somente possível o desarquivamento do inquérito e o início de ação penal se surgirem novas provas. Na verdade, não obstante a autoridade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que cristalizou aquele entendimento por meio da Súmula 524 – não há porque deixar de aplicar o artigo 18 a todos os casos em que novos elementos de informação trouxeram ao titular da ação penal um convencimento diferente do que o levou a solicitar o arquivamento das investigações.²³⁰

Ao comparar o ordenamento brasileiro ao sistema adotado em Portugal, *mutatis mutandis*, Rogério Schietti Machado Cruz salienta, em reforço a sua tese, que no modelo lusitano o ato de arquivamento ministerial é administrativo e lá pouco importa o motivo que levou o Ministério Público a arquivar a investigação, bastando para sua reabertura que surjam novos elementos. Assim expressa seu pensamento:

Sobre esse distanciamento judicial do ato de arquivamento, vale lembrar o exemplo do sistema português, cujo Código de Processo Penal, em seu artigo 277, atribui ao Ministério Público a exclusividade da decisão. E mais, sem qualquer distinção quanto ao motivo do arquivamento – constatação de "não ter verificado crime" ou falta de

²²⁹ MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*. Tomo II. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1969, p. 118, *apud*, CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 215.

²³⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 214.

"indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os agentes" –, o inquérito pode ser reaberto "se surgirem novos elementos de prova que invalidem os fundamentos invocados pelo Ministério Público no despacho de arquivamento" (artigo 279).²³¹

Nos moldes do que ocorre no Brasil, o despacho de arquivamento pelo Ministério Público português também não produz efeitos de coisa julgada. A esse respeito podemos citar a doutrina de Anabela Miranda Rodrigues:

De qualquer forma, o despacho de arquivamento - nos casos em que o assistente não exerceu o seu direito de provocar o seu controlo judicial - nunca terá a força de caso julgado que o torna definitivo. Isto quer dizer que aquela decisão apenas adquiriu uma força análoga à do caso julgado, que na doutrina se designa por caso julgado "*rebus sic stantibus*". Efectivamente, em qualquer hipótese de não acusação (art. 277.º, n.º 1), mas sobretudo tendo em vista os casos em que o Ministério Público não chega a um juízo definitivo sobre a existência ou inexistência de crime e a determinação dos seus agentes (art. 277.º, n.º 2), esta realidade há-de limitar a eficácia processual definitiva a atribuir ao despacho do arquivamento, mantendo-se ela sob reserva da cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, condicionada à superveniência de novos elementos de prova que devem considerar-se "novos" em relação aos já apreciados. Caso em que será sempre possível requerer a reabertura do inquérito (art. 279.º), o que efectivamente terá lugar quando o Ministério Público deferir tal pedido (art. 279.º, n.º 2).²³²

Muito embora a nova sistemática de arquivamento tenha dividido algumas saídas quanto à reabertura de procedimentos, a pesquisa bibliográfica permite concluir que a “retomada das investigações [...] e o próprio ajuizamento da ação penal contra os mesmos investigados e em relação aos mesmos fatos condicionam-se a que surjam elementos que produzam modificação no panorama probatório”.²³³

Há dissenso quanto à reabertura nas hipóteses em que o arquivamento tenha se fundado na atipicidade da conduta ou na extinção da punibilidade. Enquanto a primeira corrente revisitada entende ser inviável a retomada de investigações nesses casos, a segunda corrente sustenta que o desarquivamento é possível mesmo nessas situações, bastando tão somente a notícia de novas provas.

O que deve ficar claro, contudo, é que para a retomada das investigações, é necessária a notícia de novas provas. Vale dizer que a decisão de arquivamento é tomada *rebus sic stantibus*, ou seja, limitada ao conjunto de provas em que se baseou a decisão.

²³¹ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 213-214.

²³² RODRIGUES, Anabela Miranda. O inquérito no novo Código de Processo Penal. In: AA.VV. *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 61-79.

²³³ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Método, 2020, p. 452-453.

Para dirigir o estudo ao encerramento, ainda é necessário dizer que, independentemente da posição que venha a ser sedimentada no que diz com os limites à reabertura de inquéritos policiais, as alterações no artigo 28 do CPP suscitam a atualização do artigo 18 do *codex* e da Súmula 524 do STF, que continuam aplicáveis, mas com necessárias adaptações.²³⁴

A partir do novo texto do art. 28, “o art. 18 deve ser considerado tacitamente revogado, na parte em que prevê que *depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária*”.²³⁵ Com a nova redação “resta prejudicada a expressão *pela autoridade judiciária* constante no art. 18 do CPP. Sem embargo, há de persistir em vigor o texto remanescente, que, ao nosso ver, não fica revogado”.²³⁶ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró assim propõe a atualização:

Nos termos do *caput* do referido art. 18, o arquivamento se dará por determinação do Ministério Público, submetida a “instância de revisão ministerial para fins de homologação”.²³⁷

O mesmo raciocínio se aplica à Súmula 524 do STF, a qual dispõe que “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.²³⁸ A súmula também não está superada e continua valendo, “bastando substituir o despacho do juiz pela homologação do órgão superior do MP”.²³⁹

²³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. *As Regras sobre a Decisão do Arquivamento do Inquérito Policial: o que muda com a Lei 13.964/19?* Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>. Acesso em: 05 mai. 2021.

²³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 161.

²³⁶ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Método, 2020, p. 452-453.

²³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 161.

²³⁸ AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. Ed. São Paulo: Método, 2020, p. 452-453.

²³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2020, p. 215.

5 CONCLUSÃO

A reforma processual de 2019 modificou a sistemática de arquivamento de investigações criminais. Nesse contexto, a perspectiva dada pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 28 do CPP autorizou o Ministério Público a arquivar procedimentos investigatórios.

As alterações foram substanciais e romperam com o paradigma da tradição jurídica de controle do arquivamento de investigações criminais pelo Poder Judiciário. Diante da significativa mudança, buscou-se, ao longo da pesquisa, examinar as consequências jurídicas em se autorizar o arquivamento de investigações criminais diretamente pelo Ministério Público.

Em primeiro lugar, portanto, as alterações mais importantes que foram identificadas no novo rito são a retirada do controle judicial, a previsão de comunicações do arquivamento (à vítima, ao investigado e ao delegado de polícia) e a revisão e homologação por uma instância ministerial.

Sob essa perspectiva, a transferência do controle do arquivamento para a instância de revisão no âmbito do próprio Ministério Público, conjugada com a participação da vítima, trouxe como consequência uma modificação no controle anômalo tradicionalmente estabelecido.

Em segundo lugar, identificou-se que as principais hipóteses que autorizam o Ministério Público a arquivar investigações criminais são as seguintes:

- a) ausência de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;
- b) falta de justa causa para o exercício da ação penal;
- c) quando o fato investigado evidentemente não constituir crime (atipicidade);
- d) existência manifesta de causa excludente da ilicitude;
- e) existência manifesta de causa excludente da culpabilidade;
- f) presença de causa extintiva de punibilidade.

A propósito, embora a nova disciplina do artigo 28 do CPP não altere as situações que permitem ao Ministério Público arquivar investigações preliminares, é possível vislumbrar o adensamento do princípio da oportunidade com destaque aos posicionamentos institucionais, conferindo-se ao *Parquet* maior protagonismo na interpretação da lei penal.

Em terceiro lugar, constatou-se que a retirada de controle judicial confere natureza jurídica de ato administrativo ao arquivamento de investigações criminais pelo Ministério Público. Além disso, foi possível concluir que a supressão do controle pelo Poder Judiciário não só altera a natureza jurídica do arquivamento, como também afasta da decisão que arquiva a coisa julgada e seus efeitos.

Em relação à reabertura de inquéritos policiais, a pesquisa bibliográfica apontou divergências quanto à retomada de investigações nas hipóteses em que o arquivamento tenha se fundado na atipicidade da conduta ou na extinção da punibilidade. Divisaram-se duas correntes: a primeira entende ser inviável a reabertura nesses casos, enquanto a segunda sustenta que o desarquivamento é possível mesmo quando houver enfrentamento do mérito, independentemente do motivo que fundamentou a decisão de arquivar.

Apesar das divergências, conclui-se que para a retomada das investigações há necessidade da notícia de novas provas, uma vez que a decisão de arquivamento é tomada *rebus sic stantibus*.

Diante de tudo o que foi exposto, é possível responder ao problema inicial, afirmando-se que as consequências jurídicas em se autorizar o arquivamento de investigações criminais pelo Ministério Público são as seguintes:

a) a alteração no rito de arquivamento por meio da retirada do controle judicial, da necessidade de comunicação à vítima, ao investigado e ao delegado de polícia, e da adoção de uma sistemática de reexame necessário mediante homologação e revisão por uma instância ministerial;

b) a modificação na natureza jurídica do arquivamento, que passou a ser um ato administrativo;

c) a insubsistência dos efeitos da coisa julgada;

d) o condicionamento da reabertura de inquéritos policiais ao surgimento de novos elementos probatórios;

e) a necessária reinterpretação do artigo do 18 do CPP e da Súmula 524 do STF de modo a adequá-los à nova redação do artigo 28 do CPP.

A conclusão de todo o raciocínio que se buscou traçar é a de que a supressão do controle judicial do arquivamento trouxe como consequência a alteração na natureza jurídica da decisão e, por conseguinte, a insubsistência dos efeitos da coisa julgada. Em vista disso, a reabertura de inquéritos policiais na nova sistemática fica condicionada ao surgimento de novos elementos probatórios, uma vez que a decisão de arquivamento pelo Ministério Público é tomada *rebus sic stantibus*.

Quanto às divergências de entendimento que pesam sobre a possibilidade de reabertura de inquéritos arquivados com fundamento na atipicidade da conduta ou por conta da presença de causa extintiva de punibilidade, por ser questão ainda não sedimentada, resta observar a formação de uma linha jurisprudencial sobre o tema, o que poderá orientar uma futura pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. 10 anos do projeto de novo Código de Processo Penal: ainda é possível sustentar sua viabilidade? *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 159-178, 2019.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 167-188, 2009.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução nº 181 do CNMP: artigo 18. In: FISCHER, Douglas et al. *Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. Comentários ao pacote anticrime nº 3: o arquivamento do Inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-3-o-arquivamento-do-inquerito-policial-pelo-ministerio-publico-apos-a-lei-anticrime/>. Acesso em: 04 ago. 2021.
- ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. O novo modelo de arquivamento de inquéritos e o princípio da oportunidade da ação. *Blog do Vlad*, Brasília, 05 maio 2020. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2020/05/05/comentarios-ao-pacote-anticrime-2o-novo-modelo-de-arquivamento-de-inqueritos-e-o-principio-da-oportunidade-da-acao/>. Acesso em: 04 set. 2021.
- AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020.
- ÁVILA, Thiago Pierobom de. A estrutura acusatória da investigação criminal: análise a partir da Lei nº 13.964/2019. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 19, p. 1-31, set./dez. 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1: parte geral (arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução nº 181 do CNMP: artigo 19. In: FISCHER, Douglas et al. *Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 295-297.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.045, de 2010*. Brasília: Diário Oficial da União, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2.019 – Lei Anticrime*. Brasília: GNCCRIM, 2019. Disponível em: https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Brasília: Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Brasília: Diário Oficial da União, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 11 jan. 2011.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: Diário Oficial da União, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Brasília: Diário Oficial da União, 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 106.041 TO*. Recorrente: Alex Marinho Neto. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 16 de junho de 2020. Diário da Justiça, Brasília-DF, 10 de agosto de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1&num_registro=201803200569&data=20200810&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 29 de nov. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84.525 MG*. Impetrante: Artur Gonzaga da Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 16 de novembro de 2004. Diário da Justiça, Brasília-DF, 03 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=357945>. Acesso em: 08 de out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 87.395 PA*. Impetrante: Marcio Hofmeister. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 23 de março de 2017. Diário da Justiça, Brasília-DF, 13 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14493604>. Acesso em: 05 maio 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS. *Enunciados Interpretativos da Lei 13.964/2.019 – Lei Anticrime*. Disponível em:

https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As regras sobre a decisão do arquivamento do inquérito policial: o que muda com a Lei 13.964/19. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 28, n. 330, p. 11-13, maio 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/290>. Acesso em: 07 ago. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Primeiras Lições de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados: artigo por artigo: doutrina; jurisprudência; destaques para aspectos circunstanciais*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CUNHA, Rogério Sanchez. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020.

DALLAZEN, Fabiano. A instância revisional do Ministério Público nos arquivamentos: o novo art. 28 do Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 88, p. 323-333, jul./dez. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

ESTÉVEZ, José Lois. Sobre el concepto de "naturaleza jurídica". In: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1956. p. 159-182. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1956-10015900182. Acesso em: 21 ago. 2021.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Emerson. O pacote anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 77, p. 119-128, jul./set. 2020.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099/1995, de 26/09/1995*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. In: PIERANGELI, José Henrique; SILVEIRA, Solange (Coords.). *Direito Penal e processo penal: estudos em homenagem ao professor Paulo Tovo*. Porto Alegre: Sapiens, 2010. p. 17-32.

HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento definitivo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, p. 5-19, abr./maio 2007.

HAMILTON, Sergio Demoro. O arquivamento no projeto de reforma do novo Código de Processo Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, p. 78-89, ago./set. 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

JARDIM, Afranio Silva. Teoria da ação penal pública. In: *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Marcellus Polastri. Algumas antigas e novas questões sobre o arquivamento e o desarquivamento dos autos de investigação criminal. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 727-748.

LIMA, Marcellus Polastri. O desarquivamento dos autos de investigação criminal. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Temas atuais do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1201-1209.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: vol. único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal: vol. 3*. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal: vol. 2*. São Paulo: Saraiva, 1980.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PACELLI, Eugênio. O processo penal como dialética da incerteza. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 67-75, 2009.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1983.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O inquérito no novo Código de Processo Penal. In: AA.VV. *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1992.

ROTH, João Ronaldo. A natureza jurídica da decisão de arquivamento do inquérito policial militar. In: ROTH, João Ronaldo (Org.). *Temas de direito militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 183-187. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/naturezajuridicaarquiv.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Arquivamento do inquérito policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1095-1118, set./dez. 2018.

SIQUEIRA, Galdino. Da ação penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 553-567, jul. 1945.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal: vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de processo penal: vol. 1*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TURESSI, Flávio Eduardo. Lei Anticrime e o novo modelo de arquivamento do inquérito policial: o papel do Ministério Público na interpretação da norma e construção de uma política criminal mais racional. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 79-104, jul./dez. 2020.

VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi. Natureza jurídica: ela está no meio de nós? *Revista Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 28-56, mar. 2017.

