

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

STIVEN DE CASSIO ANTUNES DOS SANTOS

**O MODELO DE ARQUIVAMENTO PARA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL  
COMPATÍVEL COM A ESTRUTURA ACUSATÓRIA**

Porto Alegre – RS

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

STIVEN DE CASSIO ANTUNES DOS SANTOS

**O MODELO DE ARQUIVAMENTO PARA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL  
COMPATÍVEL COM A ESTRUTURA ACUSATÓRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul como  
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador. Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre - RS  
2022

STIVEN DE CASSIO ANTUNES DOS SANTOS

**O MODELO DE ARQUIVAMENTO PARA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL  
COMPATÍVEL COM A ESTRUTURA ACUSATÓRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul como  
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 05 de outubro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade  
Orientador

---

Prof. Dr. Orlando Faccini Neto

---

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o arquivamento do inquérito policial sob a perspectiva do sistema acusatório, que passou a ser realizado pelo Ministério Público após a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime), de modo a avaliar se a mudança trazida por este pacote representou uma medida relevante ou não para sedimentar o sistema processual penal acusatório no Brasil. Ademais, este estudo tem por escopo demonstrar o conceito, a conclusão e a natureza administrativa do Inquérito Policial, bem como as novas funções que foram atribuídas ao Ministério Público, tendo como foco a Lei 13.964/2019, sob a perspectiva do sistema acusatório. Além disso, este estudo avalia também a suspensão por tempo indeterminado do artigo 28 do CPP (Código de Processo Penal), em virtude da concessão liminar pelo Ministro Luiz Fux, da Suprema Corte. Infere-se que a referida medida não favoreceu a consolidação do sistema acusatório, tendo em vista que este dispositivo assegurava a realização de investigações independentes e imparciais aos órgãos de investigação criminal.

**Palavras-chave:** Sistema Processual Penal Acusatório. Inquérito Policial. Ministério Público.

## **ABSTRACT**

The present work aims to analyze the filing of the police investigation from the perspective of the accusatory system, which began to be carried out by the Public Ministry after the entry into force of Law 13.964/2019 (Anti-crime Package), in order to assess whether the change brought by this package represented a relevant measure or not to consolidate the accusatory criminal procedural system in Brazil. In addition, this study aims to demonstrate the concept, conclusion and administrative nature of the Police Inquiry, as well as the new functions that have been assigned to the Public Ministry, focusing on Law 13.964/2019, from the perspective of the accusatory system. In addition, this study also evaluates the indefinite suspension of article 28 of the CPP (Criminal Procedure Code), due to the injunction granted by Justice Luiz Fux, of the Supreme Court. It is inferred that the aforementioned measure did not favor the consolidation of the accusatory system, given that this provision ensured the carrying out of independent and impartial investigations to the criminal investigation bodies.

**Keywords:** Accusatory Criminal Procedural System. Police Inquiry. Public ministry.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>2 O PACOTE ANTICRIME</b>	<b>10</b>
2.1 Origem do Pacote Anticrime	10
2.2 Do direito intertemporal e a natureza jurídica das modificações	16
2.3 Finalidades	17
2.4 A suspensão parcial do Pacote Anticrime- Decisões do STF	19
2.5 O regramento do arquivamento do inquérito policial	20
<b>3 ESTRUTURA ACUSATÓRIA</b>	<b>25</b>
3.1 Origem da estrutura acusatória	25
3.2 Sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro	29
3.3 A adoção do sistema acusatório no sistema brasileiro	30
3.4 O afastamento do juiz das garantias da iniciativa investigativa	32
3.5 Papel do Ministério Público no sistema acusatório	39
<b>4 ARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL</b>	<b>41</b>
4.1 Estrutura do arquivamento	41
4.2 Sistema do arquivamento	44
4.3 Arquivamento judicial e administrativo	48
4.4 Análise crítica da alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 no art. 28 do CPP e da ADI 6305	50
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com a implementação da Lei nº 13.964/2019, intitulada como Pacote Anticrime, buscou-se modificar o princípio básico de todo o processo penal. Dessa forma, visava-se explicitamente a troca de qualquer vestígio do sistema inquisitório pelo acusatório (novo artigo 3-A do Código de Processo Penal).

As funções do magistrado e do Ministério Público foram substancialmente revisadas e, conseqüentemente, todo o processo investigatório inicial, seja para fins de oferecimento da denúncia ou acordo de não persecução, seja para o seu arquivamento.

A principal inovação introduzida pelo Pacote Anticrime é a figura do Juiz de Garantias. Com a sua criação, houve uma mudança significativa na forma como o processo penal é conduzido no Brasil. O Juiz de Garantias tem como principal função assegurar que todos os direitos fundamentais do acusado sejam respeitados durante todo o processo penal. Além disso, o Juiz de Garantias também é responsável por analisar se há elementos suficientes para justificar a prisão preventiva e, caso não haja, determinar a liberdade do acusado.

A referida reforma implementou várias mudanças nos Códigos Penal e de Processo Penal, bem como na Lei de Execuções Penais e em outras legislações especiais. No que diz respeito ao processo penal, o ponto central da reforma é a inclusão da estrutura acusatória na fase de investigação criminal.

A lei, que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, segue a mesma linha de reformas temáticas antecedentes, como as do procedimento do júri e do procedimento em geral (Leis nº 11.689/2008 e nº 11.719/2008), do sistema probatório (Lei nº. 11.690/2008) e do sistema cautelar (Lei nº 12.403/2011).

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, à época, Ministro Dias Toffoli, concedeu uma decisão liminar monocrática inicialmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298 e adiou a aplicação dos dispositivos relacionados ao juiz das garantias em até 180 dias após sua decisão ou prazo menor de acordo com a capacidade de organização dos tribunais locais.

Em seguida, o Ministro Luiz Fux, na época Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, revisou a referida decisão suspendendo temporariamente a vigência dos dispositivos referentes ao juiz das garantias e também ao arquivamento interno

do Inquérito Policial – pelo Ministério Público, *ad referendum* do Plenário da Suprema Corte.

A última sentença determinou que a instituição de uma norma de impedimento entre as etapas de investigação e julgamento teria natureza mista, processual e procedimental simultaneamente, pelo que seria objeto da lei de organização judiciária, de competência legislativa federal.

Além disso, violaria a Constituição por não criar postos de juízes para exercer as novas funções nem destinar verbas orçamentárias aos Tribunais. No que tange ao arquivamento interno do inquérito policial no Ministério Público, considerou-se que a reforma teria um grande impacto financeiro na reestruturação dos serviços ministeriais, o que transgrediria a disposição constitucional de prévia dotação orçamentária. Em ambos os casos, foi constatado que as modificações deixaram lacunas interpretativas com consequências operacionais substanciais, e foi remetido para o mérito a análise minuciosa dos novos institutos.

Destarte, os recentes institutos processuais terão um expressivo impacto no cotidiano do sistema de justiça penal, requerendo uma drástica reorganização nas relações entre o novo juiz das garantias e o Ministério Público, com muitas consequências não disciplinadas pela reforma. Contudo, a teoria da inconstitucionalidade absoluta é frágil, sendo esperada sua revisão pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, com uma interpretação sistemática que permita suprir as brechas deixadas pela nova legislação.

Assim, em relação à alteração do artigo 28 do Código de Processo Penal, que trata sobre o arquivamento do inquérito policial, é relevante destacar que esta pesquisa tem diversas implicações, seja para o juiz criminal na decisão de arquivamento de uma investigação criminal, seja para quem irá propor este arquivamento a partir de agora - Ministério Público -, seja para os advogados de clientes, visto que o inquérito visa apurar autoria e materialidade relativas a supostos autores de crimes.

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar as consequências da alteração do artigo 28 do Código de Processo Penal decorrentes da implementação da Lei nº 13.964/2019, notadamente no que diz respeito à atribuição do Ministério Público de arquivar ou não o inquérito policial. Já como objetivos específicos, busca-se identificar as mudanças trazidas pela Lei 13.964/2019; analisar os impactos dessas

mudanças no sistema de justiça penal; e discutir a suspensão da lei proferida pela Suprema Corte.

Nesse contexto, levanta-se a seguinte questão: a suspensão do novo artigo 28 do Código de Processo Penal (inserida pela Lei 13.964/2019) pela Suprema Corte foi acertada?

Como hipótese de pesquisa, tem-se que a redação antiga do referido artigo, sem dúvida, ofende diretamente o sistema acusatório aplicado em nosso sistema penal e processual penal. Isso porque permitia que o Poder Judiciário recorresse ao procurador geral caso não concordasse com o arquivamento do inquérito policial, inflamando assim um entendimento advindo do Ministério Público - que é o titular da ação penal pública. Assim, a suspensão do aludido dispositivo legal pelo Supremo Tribunal Federal não se apresenta uma decisão razoável.

Para analisar as implicações da alteração do artigo 28 do Código de Processo Penal, a pesquisa segue uma metodologia descritiva, com base em análises bibliográficas e jurisprudenciais. Serão consideradas as principais mudanças trazidas pelo novo Pacote Anticrime para o arquivamento do inquérito policial e suas consequências para o sistema penal acusatório brasileiro.

Para fundamentar o presente trabalho, no âmbito de técnicas de pesquisa, serão utilizadas aquelas vinculadas à pesquisa qualitativa, por meio de documentação indireta e pesquisas teórica-bibliográficas em: doutrinas (livros); leis; jurisprudências; revistas; artigos científicos; e demais fontes referentes ao assunto em questão. No que tange meio ao qual a investigação se dará, será utilizado o método histórico que busca investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para analisar os reflexos na atual sociedade.

## 2 O PACOTE ANTICRIME

O Pacote Anticrime é um conjunto de propostas de lei que foi apresentado, à época, pelo ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro. Tal diploma legal é uma resposta às crescentes taxas de violência no Brasil. Nos últimos anos, o país tem registrado um aumento nos crimes violentos, como homicídios e roubos. O objetivo do Pacote Anticrime é coibir a violência no Brasil, especialmente aqueles crimes cometidos por organizações criminosas. No entanto, algumas críticas foram feitas às propostas apresentadas pelo ex-ministro Sérgio Moro. Alguns argumentam que as medidas apresentadas podem prejudicar ainda mais os grupos sociais já vulneráveis, como os jovens negros e pobres. Nesse sentido, o presente capítulo propõe-se a realizar uma síntese dos principais pontos desta legislação.

### 2.1 Origem do Pacote Anticrime

Embora desenvolvida pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, este não detinha competência constitucional para propor o Projeto de Lei, sendo tal competência do Presidente da República, nos moldes do art. 61 da Constituição.

Assim, o Poder Executivo apresentou Projeto de Lei, em fevereiro de 2019, tendo a Câmara dos Deputados figurado como Casa Originária para seu trâmite, recebendo a alcunha de Projeto de Lei 882/2019, que, posteriormente foi apensado ao PL 10.372/2018, de autoria do Deputado José Rocha (PR/BA) e outros. O Projeto foi fruto do trabalho de uma comissão de juristas capitaneada pelo Ministro Alexandre de Moraes, da Suprema Corte, contando com a colaboração, dentre outros, dos doutores Cesar Mecchi Morales e Patrícia Vanzolini.

Após passagem por Comissão Especial e por comissões permanentes, em 04 de dezembro de 2019, ocorreu a aprovação no Plenário da Câmara do Substitutivo ao PL 10.372/2018, adotado pelo Relator da Comissão Especial, sendo o referido Projeto de Lei remetido à Casa Revisora, isto é, ao Senado Federal, nos termos do art. 65 da CF.<sup>1</sup>

Na Câmara alta do Congresso Nacional foi recebido sob a identificação de PL 6.341/2019, sendo aprovado sem modificações, o que, por conseguinte, dispensou o

---

<sup>1</sup> PINHEIRO NETO, Luiz Felipe. **Pacote anticrime [recurso eletrônico]:** comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: 2020.

retorno à Casa Originária, sendo remetido o projeto para sanção presidencial, conforme art. 66 da CF.

Na tramitação do supramencionado PL, determinados pontos de destaque delineados na proposta de Moro foram derrubados, a exemplo do *Plea Bargaining*, amplas alterações nas causas de excludentes de antijuridicidade (ou ilicitude), especialmente a execução provisória da pena, a legítima defesa e a tipificação do Caixa Dois. Nesse contexto, em 24 de dezembro de 2019, a sanção presidencial foi publicada em edição extraordinária do Diário Oficial da União, possuindo vetos parciais, resultando na transformação do PL 6.341/2019 na Lei 13. 694/2019.

Entre os vetos do chefe do Poder Executivo nacional, merece destaque a vedação do uso de videoconferências para as audiências de custódia; a instituição de mais uma qualificadora do crime de homicídio pelo uso de arma de fogo de uso proibido ou restrito, sem ressalvas, a substancial ampliação da causa de aumento dos delitos contra a honra perpetrados no ambiente virtual, entre outros. Cabe pontuar que os vetos retornam para exame do Congresso Nacional, que comporta a competência para derrubá-los, por meio do voto da maioria de seus integrantes, em sessão conjunta.<sup>2</sup>

Desde a origem da filosofia, os pensadores distinguem as formas pelas quais um objeto pode ser conhecido. Aristóteles ensina que uma mesma criatura pode ser compreendida de acordo com quatro causas que explicam por que ela é como é. Tratam-se, respectivamente, das suas causas formal, material, final e eficiente. Dessa forma, quem busca conhecer a realidade de algo embasado em uma, duas ou três dessas causas terá uma restrita ideia desse mesmo ser. Já aquele que pretende entender algo analisando todas as suas quatro causas terá maiores perspectivas de compreender sua plenitude.

Não é diferente com a Lei nº 13.964/2019, enquanto objeto de estudo jurídico. O seu art. 1º expressa que essa lei aprimora a legislação penal e processual penal. Em determinados aspectos, apesar de a finalidade de aperfeiçoamento da nova lei ser alcançada, na maior parte das vezes isso não ocorre. Ao estudar o art. 1º da Lei nº 13.964/2019 não se pode deixar enganar por suas finalidades enunciadas. A priori, pelo apelido recebido por esta Lei (do próprio governo federal) e pelo qual já se fez conhecida: Pacote Anticrime. Trata-se de denominação que não guarda harmonia

---

<sup>2</sup> Ibidem.

com os objetivos enunciados pelo art. 1º da lei. A propósito, quanto à forma, expressa pleno simbolismo penal populista.<sup>3</sup>

Materialmente, em sua fundamentação político-criminal, alguns trechos da referida lei acertam e em outros não. Equivoca-se ao acatar práticas de criminologia e segurança pública legitimamente falidas, como nos casos de aumento de penas *in abstracto* e de elevação das frações para obtenção de progressão de regime prisional na execução. São políticas criminais que demonstram visivelmente a recepção da prevenção geral negativa ou da intimidação psicológica. Esta corrente de pensamento acredita na estimativa de que o indivíduo não irá praticar crimes porque tem ciência de que existem penas rígidas previstas subjetivamente na legislação penal.

Contudo, a consonância dessa proposta (datada dos séculos XVII e XIX) sujeita-se a uma efetividade severa na aplicação da lei penal, ou seja, de que quando violar, o delinquente recebe uma punição pública, efetiva e exemplar, o que, todos sabemos, ser impossível. Exatamente, por isso, a prevenção geral positiva rapidamente superou a prevenção geral negativa.

O erro da prevenção geral negativa - agora reiterado pela Lei nº 13.964/2019 – é adotar que um indivíduo que resolve praticar um crime age como um racional economista que pesa os prós e contras no momento antecedente da execução da conduta, observando que há uma pena de x anos de reclusão e por esse motivo não deveria agir contra o direito.

Ora, o agente criminoso não age como um *homo economicus* racional. No momento em que o agente pratica a conduta criminosa, não faz esse cálculo remoto, isto é, baseado em uma pena ou uma execução de pena abstratamente prevista. Seu cálculo é feito voltando-se para uma realidade muito mais próxima, qual seja, a do receio de ser surpreendido e preso durante a prática do delito.

Em contrapartida, a Lei nº 13.964/2019 aperfeiçoou o sistema acusatório, como se observa nas novas restrições que impossibilitam o magistrado, na fase processual, decretar de ofício medidas cautelares (art. 282, CPP). A incorporação da melhor técnica de motivação das decisões judiciais ao CPP, não é menos louvável. Exige-se agora do julgador uma fundamentação mais rigorosa de suas decisões e sempre de acordo com as particularidades do caso concreto (art. 315, 2º, CPP).

---

<sup>3</sup> MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

Importante ressaltar, ainda, que a lei fixou maior grau de exigência para a decretação e manutenção das prisões preventivas. Estas apenas poderão ser consideradas diante da presença de perigo e a justificativa pela existência concreta de fatos novos ou contemporâneos. Em qualquer caso, a prisão preventiva se sujeitará sempre à revisão periódica de noventa dias, sob pena de ilegalidade (art. 316, parágrafo único, CPP).

Outrossim, a agregação da cadeia de custódia ao devido processo traz para o processo penal brasileiro uma garantia há muito tempo reivindicada por juristas e peritos. Mesmo que a disciplina legal apresente falhas (como não exigir perito oficial para a coleta de vestígios – art. 158-C, CPP), tal novidade é digna de celebração, visto que cerca a prova material do delito de uma segurança jurídica, até então, rara entre nós.<sup>4</sup>

Destarte, a Lei nº 13.964/2019 foi concebida com algumas inconstitucionalidades na sua origem. Notadamente, na hipótese de conversão obrigatória da prisão em flagrante em prisão preventiva prevista no art. 310, §2º do CPP, por exemplo. Quando impõe tal dever ao juiz, a lei retoma as condutas antigas da ditadura.

Datada de 1941, a redação original do art. 312 do CPP, determinava que a prisão preventiva seria decretada nos crimes em que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos. A nova prisão preventiva obrigatória também ofende posicionamento pacificado do STF.

A mais alta Corte brasileira vem, desde os anos 90, paulatina e firmemente, posicionando-se no sentido da impossibilidade de vedações legais de caráter absoluto ao direito de liberdade provisória, com embasamento no princípio constitucional de excepcionalidade da prisão cautelar e com fundamentação no claro argumento de que a regra é que o indivíduo responda ao processo penal em liberdade.

A inclusão de mais crimes no rol dos denominados hediondos, conforme nova relação do art. 1º da Lei nº 8.072/2019, também chama a atenção de forma negativa. Dentre eles, o furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Trata-se de uma violação ao princípio constitucional da proporcionalidade qualificá-lo como hediondo, pois o inclui no mesmo nível da

---

<sup>4</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2022.

reprovação de delitos verdadeiramente torpes, como o latrocínio e o homicídio praticado por grupos de extermínio.

A política criminal legislativa não se define como uma carta branca para que sejam editados simbolismos penais pacificadores de aflições comunitárias. É, sobretudo, atividade republicana da maior responsabilidade democrática.

Também se verifica que a Lei nº 13.964/2019 deixou de cuidar de outras importantes questões, no âmbito penal e processual penal, as quais mereciam atenção legislativa significativa nesse momento da vida brasileira. Isso pode ser verificado, por exemplo, no que se refere à ampliação do campo da justiça penal negocial.

É evidente que a Lei nº 13.964/2019 aumentou as hipóteses de acordo de não persecução (no CPP, com a inclusão do art. 28-A, e; nos processos de competência do STF e STJ, com a do §3º ao art. 1º da Lei nº 8.038/2019), anteriormente limitadas à Lei nº 12.850/2013. Entretanto, trata-se de aumento retraído do nível de incidência da negociação penal.

Foram previstas a criação do Banco Nacional de Perfis Balísticos – com a inserção do art. 34-A na Lei nº 10.826 – e o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais – com o novo art. 7-C da Lei 12.037/2009. A possibilidade de criação de Bancos de Dados de interesse criminal constitui legítima medida de conteúdo anticrime, pois viabiliza o manuseio de informações relevantes e sensíveis que podem levar mais precisamente à descoberta da autoria e prova de materialidade de inúmeros crimes.

No que concerne às organizações criminosas, a atenção da lei nova é evidente em inúmeros episódios, mas é no art. 14 da Lei nº 13.964/2019 que se encontram relevantes alterações sobre a Lei 12.850/2013. Ademais, do extremo rigor no cumprimento de penas, tanto o procedimento negocial da colaboração premiada (desde o recebimento da proposta para a formalização do acordo), bem como a atuação de agentes infiltrados virtuais nas investigações criminais, foram disciplinados.

Relevante lacuna da lei processual penal relativamente ao uso de gravação de imagens e sons, para fins de investigação ou instrução criminal vinha sendo apontada pela doutrina. Até aquele momento, estava seu uso restrito às hipóteses da Lei nº 12.850/2013. Atenta a esse lapso, a Lei nº 13.964/2019 introduziu o novo art.

8-A na Lei nº 9.296/1996, dispondo sobre a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, acústicos ou ópticos.<sup>5</sup>

Além dos temas acima referenciados, várias outras questões foram apreciadas pelo novo diploma legal em comento, no decorrer de seus vinte artigos. Dessa forma, a lei em regra também:

Previu acordo de não persecução cível no âmbito da Lei 8.429/1992, que dispõe sobre a prática de atos de improbidade administrativa e a responsabilização de seus autores (art. 17, 1º da Lei nº 8.429/1992); Permitiu a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes para a apuração do crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores previstos no art. 1º da Lei 9.613/1998; criou novos tipos penais (por exemplo, art 33, 1º, IV da Lei nº 11.343/2006, art. 10-A da Lei 9.296/1996, entre outros); dispôs sobre inclusão de presos provisórios ou definitivos em unidade prisional federal de segurança máxima (Lei 11.671/2008), com rigorosas características no cumprimento da medida privativa de liberdade e possibilidade de permanência nesses estabelecimentos penais por períodos de até três anos, renovável por iguais períodos, sem limitação legal quanto à tais prorrogações; Possibilitou a instalação, pelo Tribunais de Justiça estaduais e pelos Tribunais Regionais Federais, de Varas Criminais colegiadas com competência para o processo e julgamento dos crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição e do crime previsto no art. 288-A do Código Penal, bem como os respectivos delitos conexos (art. 1-A da Lei 12.964/2012); ampliou o serviço denominado disque-denúncia para as hipóteses de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos, bem como quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (art. 4-A da Lei nº 13.608/2018), com previsão da respectiva proteção em favor do denunciante; Aumentou as fontes de recursos para o Fundo Nacional de Segurança Pública (art. 3º da Lei 13.756/2018); Obrigou o exercício da defesa técnica – já em sede de investigações criminais – nos casos em que servidores das forças de segurança pública são investigados pelo uso da força letal praticados no exercício profissional (art. 14-A do CPP e art. 16-A do CPPM).<sup>6</sup>

Todas as novas disposições trazidas pelo chamado Pacote de Lei Anticrime, em conjunto, evidenciam um escasso debate acerca de questões muito relevantes no campo da política criminal. Os erros e acertos, a ausência de critérios transparentes acerca da eleição ou não de certas matérias- tão diversas- para ajuste legal, o simbolismo penal populista e as inconstitucionalidades tornam a Lei nº 13.964/2019 literalmente um remendo legislativo.

---

<sup>5</sup> SALVADOR NETTO, et. al. **Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 54.

## 2.2 Do direito intertemporal e a natureza jurídica das modificações

Após completar todo o processo legislativo, uma nova lei entra em vigor no nosso sistema jurídico, podendo causar conflitos, visto que uma nova lei traz conteúdo diverso da lei anterior. Uma lei apenas será revogada com o advento de outra lei, que poderá simplesmente revogar a anterior, sem trazer novo conteúdo (ex. lei que extingue um delito) ou trazendo novo conteúdo, que poderá ser mais benéfico (nova *legis in mellius*), maléfico (*novatio legis in pejus*) ou até mesmo criando um novo tipo penal (*novatio legis incriminadora*).

Uma lei pode ser revogada de forma parcial ou total, mas sempre por meio de uma nova lei, que poderá trazer de modo expresso a revogação ou de forma tácita, caso se torne incompatível com a anterior. Dentro do arcabouço jurídico brasileiro, temos as normas penais e as normas processuais penais. Após o surgimento de uma nova lei no transcorrer de um processo penal, imperioso se faz avaliar a natureza jurídica, em virtude do direito intertemporal.<sup>7</sup>

O princípio da irretroatividade da lei penal, inscrito no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal, determina que, em regra geral, não se deve retroagir na aplicação das leis penais. Ou seja, a lei vigente na época dos fatos será aquela que será aplicada. A exceção à regra é representada pela extra-atividade, que é a possibilidade de a lei penal continuar disciplinando os fatos mesmo após sua revogação ou retroagir sendo aplicada a fatos anteriores à sua vigência.

Essa questão será determinada de acordo com o teor da nova lei, que, se for vantajosa para o réu, deixará de seguir a regra geral e haverá retroatividade. Se, porém, o conteúdo da nova lei for prejudicial, ocorrerá a ultra-atividade e a lei revogada continuará disciplinando os fatos da época de sua vigência. A aplicação de lei penal pode afastar-se da regra quando é uma lei penal favorável. A lei penal mais benéfica será aprovada, seja ela revogada ou nova.

Esse fenômeno é conhecido como retroatividade da lei penal. No que diz respeito a uma norma processual, inexistente dúvida, pois conforme estabelece o artigo 2º do CPP, é imediatamente aplicável a lei vigente, sem distinção de ser favorável ou não.

---

<sup>7</sup> METZKER, David. **Lei Anticrime (Lei 13.964/2019)**: Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento. Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020.

Os atos já realizados continuarão intactos e os novos atos devem acatar a nova lei, conforme prescreve o princípio da imediatidade. A lei anti-crime, conforme pode ser observado, modifica a legislação penal e processual, tal como, por exemplo, a alteração do artigo 92-A, que, sendo um direito material e sendo maléfico, deverá ser aplicado somente aos casos novos, e o artigo 3º-A do CPP, que trata de um direito processual e, portanto, não tem o condão de retroagir e se aplicar a atos já ocorridos, mas apenas àqueles que ocorrerão posteriormente, de forma imediata, independentemente de ser benéfico ou não.<sup>8</sup>

No entanto, na nova lei sob discussão, temos os artigos com conteúdo híbridos, ou seja, normas heterotópicas, que são aquelas que possuem natureza penal e processual ou que, embora estejam em determinado diploma, possuem natureza distinta do diploma a qual está inserida. Logo, verifica-se que quando se trata de uma norma heterotópica, apesar de estar alocada em diploma processual, detém cunho material, assim, não seguirá a disposição do artigo 2º do CPP<sup>9</sup>, e sim a regra do artigo 5º, inciso XL da CF.<sup>10</sup>

### 2.3 Finalidades

Levando em consideração as condições desumanas e precárias das quais se encontra o Sistema Carcerário Nacional, a partir da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que decretou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema, vislumbrou-se um grande apelo por meio da Suprema Corte para que todos os poderes da federação unissem esforços em busca de um propósito: melhorar os sistemas prisional.

Observando a pressão por mudanças legislativas e a falta de políticas públicas concretas, esse objetivo não se desenvolveu como esperado. Após 2015, não foram ratificados quaisquer instrumentos normativos que visem melhorar a qualidade das unidades prisionais ou traçar estratégias para reduzir a superlotação. O que se percebe é o crescimento das normas jurídicas punitivas e a busca por penas mais

---

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2022.

<sup>10</sup> Art. 5º. XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2022.

duras, demanda reiterada da população brasileira.<sup>11</sup> Essas medidas se opõem ao movimento de melhoria do sistema prisional.

O objetivo principal do Pacote Anticrime era alterar as principais leis da esfera penal, como o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e outras legislações relacionadas. Em essência, buscava-se a diminuição da criminalidade violenta, o combate ao crime organizado e à corrupção. Para atingir o objetivo traçado, o legislador, de maneira geral, aumentou o rigor penal.

O Pacote Anticrime, foi fruto de uma proposta de lei emergencial, demagógica, conjuntural, que aparentou ser muito mais um impulso individualista de seu autor, do que necessariamente o resultado de uma discussão qualificada com setores relevantes da sociedade, com as Instituições que integram o sistema de Justiça Criminal e, especialmente, com a academia. A verdade é que a lei nem sequer veio acompanhada de justificativa.<sup>12</sup>

A ideologia da referida lei é claramente punitivista, integrada por corte de garantias, aumento de penas, mais elasticidade às medidas constritivas, endurecimento no cumprimento da pena privativa de liberdade.

Medidas adotadas sob o pretexto de combate da criminalidade (a própria nomenclatura Anticrime já evidencia sua pretensão ousada; como se a legislação antecedente de alguma forma fosse favorável ao crime) e, especialmente, afastar a corrupção, visto que- como afirmado várias vezes por Moro- a ideia era, justamente, maximizar aquilo que já havia realizado quando atuava como Magistrado e conduzia, a denominada Operação Lava Jato. Em síntese, a lei em comento representou a realização legislativa dos anseios pessoais de seu autor a respeito de como deve ser a aplicação da justiça criminal em solo brasileiro.<sup>13</sup>

Não se defende aqui a desnecessidade de revisão do sistema de leis criminais, não é de hoje que a doutrina aponta falhas na legislação penal brasileira e externaliza a urgente necessidade de adequá-la ao projeto inserido pelo modelo de garantias da Carta Constitucional.

---

<sup>11</sup> GOMES, L. F.; GAZOTO, L. W. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodvím, 2020.

<sup>12</sup> LOPES JR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSAS, Alexandre Morais da. **Pacote anticrime: um ano depois - análise da (in) eficácia das principais medidas penais e processuais penais implantadas pela Lei n. 13.964/2019**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>13</sup> Ibidem.

No entanto, os diplomas legais de natureza penal, desde 1988 (começando pela emblemática Lei dos Crimes Hediondos, de 1990), caminham na contramão desse entendimento, ou seja, insistem na implementação de uma política criminal de intervenção máxima, com aumento de pena e derrubada de garantias, sempre norteada pelo falacioso discurso da contenção da delinquência. Conforme pontuado anteriormente, o pacote não se distancia desta realidade, verifica-se um ciclo, onde impõe-se o discurso da necessidade de mais punição, cria-se a emergência e, posteriormente, altera-se a legislação.<sup>14</sup>

## 2.4 A suspensão parcial do Pacote Anticrime- Decisões do STF

O Ministro Luiz Fux, à época, Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu suspender por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar, pronunciada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, será submetida a referendo do Plenário. Além disso, o referido Ministro também suspendeu a eficácia do art. 310, § 4º, do Código de Processo Penal (CPP), que estabelece a liberação da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas.

É importante notar que o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), à época, ministro Dias Toffoli, já havia se pronunciado a favor da validade da norma que instituiu o juiz das garantias, mas, ao contrário da decisão do Ministro Fux, havia fixado um período de 180 dias, contados a partir da publicação da decisão, para sua implementação. Na realidade, a decisão do Ministro Toffoli foi no sentido de instituir regras de transição.<sup>15</sup> Em síntese, ficaram suspensas:

- a) a implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); b) a alteração do juiz sentenciante que conhecer de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); c) alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); d) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal). (CATTANI, 2021, p.16).

---

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> CATTANI, Frederico. **Pacote Anticrime:** Lei n. 13.964/2019. Porto Alegre: PLUS/Simplíssimo, 2021.

Feitas essas considerações, passa-se a seguir a analisar o art. 28 do CPP, suspenso pelo STF, em virtude de sua relevância para o desenvolvimento do presente trabalho.

## 2.5 O regramento do arquivamento do inquérito policial

Conhecido por aqueles que estudam o processo penal, o famoso art. 28 determinava, antes do pacote anticrime, que se o Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requeresse o arquivamento do inquérito policial, e o magistrado discordasse, ele deveria remeter o inquérito ao procurador-geral, este ofereceria a denúncia ou designaria outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistiria no pedido de arquivamento. Apenas neste último caso, o julgador teria a obrigação de atender ao pedido de arquivamento. A crítica que recaia sobre o supracitado dispositivo legal, é que o fato de o julgador discordar do titular da ação penal, o Ministério Público, órgão de acusação, violaria o sistema acusatório.<sup>16</sup>

Em primeiro lugar, lembremos que uma das peculiaridades do sistema acusatório é a separação de funções entre os sujeitos do processo, isto é, existe um órgão que acusa e outro que julga. Na verdade, é muito estranho, portanto, o juiz insistir que o parquet ofereça a denúncia, se ele é quem vai julgar o caso. Com a mudança, o artigo 28 estabelece que é o próprio Ministério Público quem vai promover o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outro elemento informativo da mesma natureza, devendo comunicar ao ofendido, ao investigado e à autoridade policial.<sup>17</sup>

Nesse contexto, é importante colacionar os ensinamentos de Barros e Aras:

O Brasil está vinculado a compromissos constitucionais e internacionais que compelem o Estado a separar as funções de investigar e julgar, como garantia de que todo acusado tenha direito a um julgador objetivamente imparcial. A existência de um órgão do Ministério Público independente e autônomo é um dos instrumentos de que se vale o legislador para assegurar a imparcialidade do julgador e, mais concretamente, para preservar o âmbito de incidência do princípio da presunção de inocência. Examinando a reiterada jurisprudência do STF, sobretudo a partir da ADI 1570, julgada em 2004, percebe-se que o princípio acusatório é uma matriz estruturante do processo penal brasileiro. No sistema acusatório, é necessário que a acusação seja sustentada por um órgão distinto do que a vai julgar. Nesta linha, antes de deflagrada a ação penal, a inércia do juiz em relação à persecução penal deve ser

---

<sup>16</sup> MELO, Marcos Túlio de Melo. **O Pacote Anticrime Comentado**. São Paulo: Dialética: 2020.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

absoluta, não sendo possível a adoção de medidas que promovam ou incentivem a decisão de acusar, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade objetiva.<sup>18</sup>

A partir do § 1º fica claro que, se o ofendido ou seu responsável legal não estiverem de acordo com o arquivamento da investigação policial, podem, no prazo de 30 (trinta) dias após terem sido notificados, apresentar a questão à instância competente do órgão ministerial para revisão, conforme exige a lei orgânica pertinente.

Essa instância revisora pode confirmar ou não o arquivamento, total ou parcialmente; em caso de divergência, um novo membro do Ministério Público pode ser designado para iniciar a ação penal. Essa instância de revisão ministerial para fins de homologação já existe na justiça federal, de acordo com o artigo 62, IV, da Lei Orgânica do Ministério Público. Cabe pontuar, que a nova redação do art. 28 não está produzindo efeitos, devendo ser aplicada a disposição antiga, em decorrência da decisão do Ministro Luiz Fux, já comentada anteriormente.<sup>19</sup>

Abaixo, tem-se um quadro comparativo do antes e depois da Lei nº. 13.964/2019, no que se refere a esse dispositivo legal, vejamos<sup>20</sup>:

Antes da reforma	Após a L.13.964/2019
<p>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.</p>	<p>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.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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. (NR)</p>

<sup>18</sup> BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. **O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a Lei Anticrime**. 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/>>. Acesso em: 04 set. 2022.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Ibidem.

Nesse contexto, cumpre destacar os fundamentos levantados pelo Ministro da Suprema Corte para suspender a eficácia do dispositivo em sede liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 6298):

Viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (Artigo 169, Constituição), além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos (Artigo 127, Constituição), a alteração promovida no rito de arquivamento do inquérito policial, máxime quando desconsidera os impactos sistêmicos e financeiros ao funcionamento dos órgãos do parquet;(c2) A previsão de o dispositivo ora impugnado entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos tivessem tido tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida, revela a irrazoabilidade da regra, inquinando-a com o vício da inconstitucionalidade. A *vacatio legis* da Lei n. 13.964/2019 transcorreu integralmente durante o período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos para a propositura de eventuais projetos de lei que venham a possibilitar a implementação adequada dessa nova sistemática;(c3) Medida cautelar deferida, para suspensão da eficácia do artigo 28, caput, do Código de Processo Penal;<sup>21</sup>

Ainda que esteja suspenso, vamos tratá-lo como se estivesse eficaz, para fins de melhor compreensão da matéria. Em síntese, as alterações no sistema de arquivamento do inquérito policial foram substanciais. Agora, não é suficiente para o arquivamento de investigações criminais a promoção do arquivamento feita pelo Promotor natural do caso. É preciso, também, a confirmação (homologação) dessa decisão de arquivamento por órgão de revisão do Ministério Público.

Logo, o arquivamento será feito em duas etapas, assegurando-se a notificação do investigado e da vítima. Além disso, é criada a possibilidade de recurso contra essa decisão de arquivamento. Trata-se de um ato jurídico complexo, pois é resultado de duas manifestações de vontade, do Ministério Público, apresentadas pelo Promotor de Justiça e validadas pela instância de revisão, ambos dentro da própria estrutura do órgão ministerial.

A natureza jurídica da decisão de arquivamento volta à discussão com a mudança. Segundo Afrânio Silva Jardim<sup>22</sup>, a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial é uma decisão judicial, porque vem do Poder Judiciário - noutros dizeres, uma decisão administrativa *latu sensu*. Em contrapartida, Fernando da Costa

---

<sup>21</sup> STF. **ADI 6298**. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 6298 DF 0035984-92.2019.1.00.0000 (jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 20 ago. 2022.

<sup>22</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Tourinho Filho<sup>23</sup>, que não fundamenta seu entendimento ao comentar a natureza jurídica da decisão em questão, afirma que ela tem natureza de despacho judicial de expediente (CPP, art. 800, III).

Todavia, diante das modificações ocorridas, parece-nos que a posição mais razoável é aquela defendida por Guilherme de Souza Nucci: o magistrado pode, acolhendo parecer do Ministério Público, no sentido de haver insuficiência de provas para o oferecimento da denúncia, estabelecer o arquivamento como providência meramente administrativa.<sup>24</sup>

A partir de agora, será uma decisão de natureza administrativa e que não passará pelo crivo judicial, em respeito ao sistema acusatório. As alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 vão no sentido do que a doutrina já requeria, em respeito ao princípio acusatório<sup>25</sup>:

A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório, de sorte a avaliar imparcialmente, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia ou queixa, se há justa causa para a ação penal, isto é, se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade do acusado. [...] Neste plano, a manutenção do controle, pelo juiz, das diligências realizadas no inquérito ou peças de informação, e do atendimento, pelo promotor de justiça, ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, naquelas hipóteses em que, ao invés de oferecer denúncia, o membro do Ministério Público requer o arquivamento dos autos da investigação, constitui inequívoca afronta ao princípio acusatório.

Feitas estas considerações, passa-se agora a reestruturar o procedimento após as alterações. O órgão do Ministério Público notificará a vítima, o investigado e a autoridade policial. Após, o órgão do Ministério Público enviará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação. O ofendido poderá, no prazo de 30 (trinta) dias após receber a comunicação, submeter a matéria à revisão na instância de revisão ministerial.

Delitos praticados em detrimento dos Municípios, Estados e União, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem competir a sua representação judicial. A primeira observação relevante é que a

---

<sup>23</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

<sup>25</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1999, p. 153.

legislação conferiu somente ao ofendido a possibilidade de provocar a instância ministerial de revisão, deixando de fora a autoridade policial e o investigado.<sup>26</sup>

Outra observação importante é que a lei não trata mais da hipótese de o juiz discordar do pedido de arquivamento, uma vez que este não tem o direito de questionar ou se opor à opinião do membro do Ministério Público. A decisão sobre o arquivamento está restrita ao âmbito do Ministério Público, isto é, uma medida puramente administrativa, em conformidade com o sistema acusatório (art. 129, I da CRFB e art. 3º-A CPP).

Dessa forma, a Lei 13.964/2019 suprimiu o controle judicial do arquivamento da investigação preliminar, além de reforçar a atuação da vítima. O inquérito será enviado para homologação ao órgão de revisão competente do próprio Ministério Público e a vítima poderá se manifestar caso discorde do arquivamento.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2022.

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2022.

### 3 ESTRUTURA ACUSATÓRIA

O sistema penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, que estabelecem as diretrizes para a aplicação do direito penal a cada caso concreto. Os sistemas penais se diferenciam pelas suas funções: acusar, defender e julgar. Em síntese, os tipos de sistemas penais podem ser divididos em três categorias: acusatório, inquisitório e misto. Nesse ínterim, o presente capítulo se dedicará a análise da estrutura acusatória, visando demonstrar seu papel no Direito brasileiro.

#### 3.1 Origem da estrutura acusatória

Desde a antiguidade, os sistemas processuais da Europa continental foram se desenvolvendo a partir de um modelo inquisitivo, com influência do direito canônico, no qual o julgador tinha as funções de investigar, acusar e julgar.<sup>28</sup> Por outro lado, os sistemas anglo-saxões evoluíram características de ação penal popular e julgamento pelo júri, com perfil adversarial mais disponível para as partes, com menor iniciativa pelo juiz.<sup>29</sup> O que mais se destaca no sistema acusatório é o afastamento do juiz da iniciativa acusatória e da administração da prova.

A gênese do sistema acusatório data do direito grego, o qual se desenvolveu a partir da participação direta do povo na acusação e no julgamento.<sup>30</sup> Em relação ao sistema processual romano, Aury Lopes Júnior explica que no Direito romano da Alta República surgiram as duas formas do processo penal: a *cognitio* e a *accusatio*. A primeira era encomendada aos órgãos do ente estatal, os juízes. Outorgava os maiores poderes ao julgador, que poderia esclarecer os fatos da maneira que entendesse melhor. Era admitido um recurso de anulação (*provocatio*) ao povo, sempre que o condenado fosse varão e cidadão. Deveria o magistrado, nesse caso, apresentar ao povo os elementos indispensáveis para uma nova decisão. De tempos em tempos, um cidadão do povo assumia espontaneamente a acusação (polo ativo).

Tal sistema ocorreu no último século da República e foi uma grande inovação no Direito Processual romano. Em caso de um delito público, a perseguição e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão diferente do juiz, não

---

<sup>28</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>29</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>30</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

pertencente ao Poder Público, mas sim a um representante voluntário da coletividade (*accusator*). Aos cidadãos com aspirações políticas, esse método também oferecia a oportunidade de se aperfeiçoarem na arte de falar em público, podendo demonstrar para os eleitores sua capacidade para os cargos públicos.<sup>31</sup>

Muitos estudiosos defendem que o sistema acusatório foi de suma importância para o moderno processo penal, perante a estrutura social e política do Estado. Isto porque, alegam que o aludido sistema garante a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do magistrado que irá proferir sentença, assegurando o trato respeitoso e digno com o réu, que deixa de ser um simples objeto para figurar na posição de autêntica parte passiva do processo criminal.

Isso também leva a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que podem se manifestar na figura do magistrado apaixonado pelo resultado de sua investigação e que, ao sentenciar, esquece-se dos princípios básicos de justiça, tratando o acusado como condenado desde o início.<sup>32</sup>

O sistema acusatório é marcado pela existência de partes processuais diferentes, cada uma com sua função bem estabelecida. É atribuição do órgão acusador - que no Brasil é o Ministério Público, conforme o artigo 129, inciso I, da CF- iniciar a ação e apresentar provas capazes de comprovar a autoria e materialidade do crime. Obviamente, a Defesa deve refutar as hipóteses acusatórias em busca da absolvição, desclassificação ou pelo menos uma redução da sentença.

Nucci caracteriza o sistema em questão da seguinte maneira: o sistema acusatório separa o órgão acusador do julgador; a liberdade de acusação é assegurada, bem como o direito à defesa para o ofendido e qualquer cidadão; no processo penal, prevalece a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes; há publicidade dos procedimentos judiciais; está presente o contraditório e existe possibilidade de recusa do julgador; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu constitui a regra.<sup>33</sup>

Segundo Renato Brasileiro de Lima, o sistema acusatório é caracterizado pela presença de partes distintas que se contrapõem, sendo a acusação e a defesa contrapostas em igualdade de condições. Sobre ambas há um juiz imparcial e

---

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

equidistante.<sup>34</sup> Historicamente, as suas características são oralidade e publicidade. Aplica-se o princípio da presunção de inocência nesse sistema.

Então, a regra era que o réu ficasse em liberdade durante o processo. Todavia, em várias etapas do Direito Romano, o sistema acusatório foi documentado e restrito. É chamado acusatório, pois, sob essa ordem, ninguém poderá ser levado a juízo sem uma acusação prévia que relate o evento imputado com todos os seus detalhes.

O motivo pelo qual existe o Ministério Público com titularidade da ação penal pública é óbvio. Se é natural que o réu tenha uma tendência de negar sua culpa e sustentar sua inocência, se não houvesse um órgão acusador, seria função do juiz confrontar o réu no processo, violando sua imparcialidade.

Com isso em mente, temos que o processo penal é composto por um *actum trium personarum* (ato de três pessoas), integrado por indivíduos parciais e uma figura imparcial - as partes e juiz respectivamente. Apenas assim será possível preservar o magistrado na condição de terceiro desinteressado em relação às partes, estando alheio aos interesses processuais.

No entanto, esta simples separação das funções de acusar e julgar não é suficiente para caracterizar o sistema acusatório. A imparcialidade do juiz não está garantida enquanto ele mesmo não for alheio à atividade investigativa e instrutória. De fato, é inútil existirem pessoas diferentes no exercício das funções do magistrado e do órgão estatal de acusação se, na prática, houver uma usurpação por parte daquele das atribuições deste - seja ela explícita ou implícita - , como quando o magistrado requisita a instauração de um inquérito policial, inicia um processo penal por conta própria, produz provas e ordena prisões cautelares sem requerimentos das partes etc.

Logo, no que toca à iniciativa probatória, o magistrado não pode ser dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, pois elas devem ser fornecidas pelas partes. O exame direto das testemunhas e do acusado é que prevalece. Assim sendo, sob o aspecto probatório, pretende-se uma posição passiva por parte do juiz na reconstrução dos fatos.

A gestão das provas é atribuição das partes; cabe ao juiz um papel garantidor das regras processuais - resguardando os direitos e liberdades fundamentais. Ao contrário do sistema inquisitorial - caracterizado pelo intervencionismo estatal - , o

---

<sup>34</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

sistema acusatório distingue-se por gerar um processo entre as partes privadas, onde autor e réu apresentam suas respectivas versões para chegar à solução justa deste caso penal.<sup>35</sup>

A principal diferença entre o sistema inquisitório e o atual é a função do juiz. Aqui, ele é imparcial e neutro, como expressão do professor Aury.<sup>36</sup> É essa separação de funções - com as partes responsáveis pela gestão da prova - que garante a imparcialidade. Dessa forma, o juiz não pode ter iniciativa probatória para evitar prejudicar sua imparcialidade e causar prejuízos cognitivos que poderiam afetar o réu.

Nesse diapasão, é importante colacionar os ensinamentos de Prado<sup>37</sup>, a saber:

Com efeito, como assinala Cordero – e também James Goldschmidt – —as regras do jogoll distinguem o processo acusatório do inquisitório. Este último se satisfaz com o resultado obtido de qualquer modo, pois nele prevalece o objetivo de realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo. Assim, como as —regras do jogoll não se concretizam sem a interferência dos sujeitos que participam do processo, não há dúvida de que são os atos que estes sujeitos praticam que hão de diferenciar os vários modelos processuais. É preciso ter em mente que a análise puramente objetiva, que visualiza os atos sem entender quem são os sujeitos que os praticam, descarna o processo. Gestão da prova e acusação são atividades que não dizem nada se não olharmos quem – que sujeitos (históricos) – realiza estes atos. Até porque com a identificação dos sujeitos será possível compreender os porquês das coisas

O clássico Luigi Ferrajoli lista como características do sistema acusatório, a separação rigorosa entre o juiz e a acusação, a equiparação entre acusação e defesa, a publicidade e oralidade do julgamento.<sup>38</sup> O aludido estudioso nos ensina, por exemplo, que fazem parte tanto do modelo teórico quanto da tradição histórica do processo acusatório, a separação rigorosa entre o magistrado e a acusação, a igualdade entre acusação e defesa, e a publicidade e oralidade dos julgamentos.

Não há dúvidas de que a opção pelo sistema acusatório é um salto democrático em relação ao inquisitivo, uma vez que o réu deixa de ser apenas um objeto do processo para se tornar um sujeito com direitos e garantias. Essa é uma medida

---

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit.

<sup>37</sup> PRADO, Op. cit., p.173.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

extremamente importante rumo a um processo penal menos voltado à punição e mais atento às garantias fundamentais, sendo a presunção da inocência uma delas.

É a partir dela que o ônus probatório é lançado de forma completa ao órgão acusador, cabendo a ele provar, para além da dúvida razoável, os indícios de autoria e materialidade de determinada infração penal. Ao acusado não cabe papel algum de provar nada, pois ele já é presumidamente inocente e só sairá desse status após o levantamento de robustas provas contra si.

### **3.2 Sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro**

Por algum tempo, a tese na doutrina brasileira era que o sistema penal adotado pelo Brasil seria o misto. Por exemplo, Guilherme de Souza Nucci apontou claramente a adoção do modelo. Consoante o referido estudioso, apesar de a Magna Carta de 1215 ter delineado vários princípios processuais penais que indicavam um sistema acusatório, ela não o impunha talvez porque seja o Código de Processo Penal o responsável por criar as normas processuais a serem seguidas, visto que se o texto constitucional fosse a única fonte das regras processuais, os operadores do Direito não necessitariam de outras leis.<sup>39</sup>

No entanto, de acordo com Renato Brasileiro de Lima, o Código de Processo Penal vigorou por muito tempo sob um sistema híbrido, uma vez que a primeira etapa da persecução penal - por intermédio do inquérito policial- era principalmente inquisitiva. Quando inaugurado o processo era iniciada uma segunda fase acusatória.

Todavia, com a chegada da Carta Magna em 1988 passamos a estar diante de um sistema pautado na acusação, uma vez que a Carta Magna prevê expressamente a separação das funções para investigar, defender e julgar além dos princípios assegurados como contraditório, ampla defesa e presunção da inocência.<sup>40</sup>

Aury Lopes Júnior proferiu uma opinião discordante, afirmando que o sistema processual penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório, visto que, por a gestão de provas estar nas mãos do magistrado, o princípio informador do sistema é o inquisitivo.

---

<sup>39</sup> NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

<sup>40</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Ele argumenta que, embora exista a separação de funções (acusação, defesa e julgamento) inicialmente, ela se enfraquece com o decorrer do procedimento, diante de possibilidades atribuídas ao juiz pelo CPP - tal como determinar diligências por ofício no processo (artigo 156, II), decretar medidas assecuratórias por ofício tais quais sequestro (artigo 127) e busca e apreensão (artigo 242), reconhecendo agravantes que não foram requeridas pela acusação (artigo 385), dentre outros.<sup>41</sup>

Todavia, essa questão parece ter sido resolvida com a chegada da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). A lei em questão inseriu o artigo 3º-A no Código de Processo Penal, determinando que todo processo penal terá estrutura acusatória, proibida a iniciativa do magistrado na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão acusatório.

Nesse ponto específico, a mudança legislativa constitui um grande salto para a implementação da democracia no processo penal e está em conformidade com a intenção que o Constituinte teve de atribuir exclusivamente à função de promover a ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, inciso I, da CF), instituindo, dessa forma, um órgão de acusação, em notada separação de funções. Apesar de serem necessárias alterações no Código de Processo Penal para que haja efetivo respeito ao sistema acusatório, a inclusão do artigo citado anteriormente supõe uma grande evolução rumo à imparcialidade ideal dos juízes.

### 3.3 A adoção do sistema acusatório no sistema brasileiro

Não há previsão na Constituição de 1988 que escolha explicitamente o sistema acusatório, mas é possível inferir essa opção a partir das instituições do sistema de Justiça brasileira e suas funções. O artigo 129, inciso I do documento prevê que cabe ao Ministério Público apresentar a ação penal pública, nos moldes da lei.

Nesse contexto, traçando um paralelo entre a realidade do Brasil e de Portugal, Oliveira explica que<sup>42</sup>:

Nesse segmento de ingerência do Estado na vida dos cidadãos, Brasil e Portugal construíram suas próprias histórias, mas, ainda assim, com diversos capítulos em comum. Se, no Brasil, a Carta Magna não faz

---

<sup>41</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>42</sup> OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Investigação criminal, sistema acusatório e ministério público similitudes e diferenças entre os Códigos de Processo Penal Português e Brasileiro**. 2017, p. 137. Disponível em: <<https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/7/6>>. Acesso em: 05 set. 2022.

referência direta a um modelo de sistema acusatório, e por isso, a doutrina jurídica vem se esforçando desde sempre em identificar suas características no bojo das competências constitucionais dos atores do aparelho de justiça, a Constituição da República Portuguesa, por sua vez, estabelece as linhas gerais do sistema, ao prescrever que o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório (art.32º, n.º5, CRP). Obviamente, o mandamento constitucional se fez valer na confecção do texto do Código português, mas isso não significa que o texto português tenha se igualado a um padrão universal de modelo acusatório, pois que isto não existe.

A doutrina afirma que se trata de uma norma que garante a titularidade da ação penal pública à Promotoria de Justiça. Essa mesma norma está presente no artigo 24 do Código de Processo Penal. No entanto, o texto constitucional atribui excepcionalmente a possibilidade de deflagrar uma ação penal ao ofendido caso o órgão ministerial não apresente uma denúncia dentro do prazo legal, havendo justificativa para isso. Trata-se de uma norma fundamental prevista no artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal.

A inovação legislativa do artigo 3º--A do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei nº 13.694/2019, prescreveu que o processo penal seguirá uma estrutura acusatória, proibindo a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória pelo órgão de acusação. Antes dessa norma, nenhuma outra regulamentava expressamente uma norma geral para o processo penal e, aparentemente, o objetivo do legislador era estabelecer uma premissa geral para orientar o sistema processual penal brasileiro.<sup>43</sup>

Nesse contexto, a prescrição do artigo 3º-A do Código de Processo Penal tem duas vertentes diferentes e complementares. A primeira parte da regra que proíbe qualquer ação por iniciativa própria por parte do juiz na fase de investigação preliminar. Assim, o magistrado que fiscaliza o cumprimento da legalidade nas apurações não poderá, sem requerimento expresso da autoridade policial ou órgão ministerial, determinar por iniciativa própria a realização de atos investigativos nem mesmo decretar medidas cautelares sejam elas pessoais (prisões ou outras cautelares), reais (sequestro ou arresto) ou probatórias (busca e apreensão, interceptação telefônica etc.).

---

<sup>43</sup> VELOSO, Roberto Carvalho; NOGUEIRA, André. **O Pacote Anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos tribunais**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição | e-ISSN: 2526-0200 | Encontro Virtual |v. 7 | n. 2 | p. 102 – 120 | Jul/dez. 2021.

Nesse contexto, algumas disposições legais foram tacitamente revogadas, uma vez que são incompatíveis com a finalidade da primeira parte do artigo 3º-A do CPP, como é a situação dos artigos 156, I e 127, primeira parte, ambos do Código de Processo Penal. Outros dispositivos não foram revogados, mas sua interpretação foi facilitada; um exemplo é o artigo 310 II do CPP que agora não pode ser interpretado no sentido de que o juiz poderá converter a prisão em flagrante para preventiva.<sup>44</sup>

A segunda parte do artigo 3º-A do Código de Processo Penal proíbe a atuação probatória pelo magistrado, sendo feito tão somente pelo órgão de acusação. Talvez na segunda parte deste artigo residam os maiores pontos de crítica. Como é possível perceber, a regra não impõe uma vedação total à iniciativa probatória de ofício pelo juiz durante o processo de conhecimento.

Em síntese, a partir da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, apenas é permitido, no processo de cognição, iniciativa probatório *pro reo* pelo magistrado presidente da instrução processual. Essa é a interpretação mais plausível que se pode extrair do artigo 156º II do CPP (é facultado ao julgador, de ofício, determinar, no transcorrer da instrução ou antes de proferir sentença, diligência para dirimir dúvida sobre questão importante),<sup>45</sup> em cotejo com o novo art. 3º-A do CPP, que preceitua que são vedadas “a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.<sup>46</sup>

### 3.4 O afastamento do juiz das garantias da iniciativa investigativa

Havia claros traços inquisitivos na legislação brasileira, no tocante à função do magistrado na fase investigativa. De acordo com normas ainda hoje não revogadas expressamente (mas que foram revogadas tacitamente), era possível ao juiz solicitar a instauração do inquérito, indicando o suspeito e a infração penal (CPP, art. 5º, inciso II e parágrafo 2º), decretar, de ofício, a produção antecipada de provas na fase investigatória (CPP, art.156, inciso I), ser o destinatário do inquérito e apreciar os requerimentos de prorrogação do inquérito para investigados soltos (CPP, art. 10, §§

---

<sup>44</sup> SIQUEIRA, Eduardo Francisco de. **O Pacote Anticrime e o art. 3º-A do CPP: a posição do juiz no sistema acusatório, o movimento de reforma (ainda que parcial) e a contrarreforma.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, V. 18, 2020.

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2022.

1º e 3º), solicitar diligências investigatórias (CPP, art. 13, inciso II), oficiosamente, determinar busca e apreensão domiciliar (CPP, art. 242), promover indiretamente a ação penal requerendo ao Procurador-Geral de Justiça que ajuíze denúncia, quando não concordar com o arquivamento feito pelo Promotor de Justiça (CPP, art. 28, antiga redação).

Após todos esses eventos, ainda era responsável por realizar o julgamento da ação penal. A doutrina já tecia duras críticas acerca desses resquícios inquisitivos do magistrado<sup>47</sup>, porém, uma parte do sistema de justiça ainda se mantinha ancorada a esses poderes de iniciativa na fase investigativa, em nome da suposta eficiência do futuro julgamento que seria de responsabilidade do julgador e de um poder geral de cautela na etapa investigativa.

Já há algum tempo, parte da doutrina tem sinalizado que as normas inquisitivas não seriam recebidas pelo paradigma constitucional, o que significa dizer que as novas atribuições do juiz de garantias já deveriam ser reconhecidas mesmo antes da reforma.

Como aponta Ávila<sup>48</sup>, uma das principais características do sistema acusatório é o afastamento do juiz da atividade de investigação. O magistrado atua como um árbitro imparcial da legalidade das restrições de direitos fundamentais, agindo como um verdadeiro juiz de garantias.

Nesse sentido, o STF possuía precedentes que analisavam o papel do juiz nas ações penais originárias de tribunal, tendo afirmado que o julgador não pode se comportar como um investigador, cabendo-lhe apenas atuar como um gestor, coordenador ou supervisor, quanto à composição do conjunto de provas e às medidas cautelares. Ou seja, devendo atuar sempre a pedido, nunca de ofício, e que, a intervenção do Poder Judiciário ao longo da investigação visaria coibir eventuais abusos ou desvios por parte das autoridades policiais, bem como obstar ações ou omissões ilícitas ou abusivas por parte de qualquer outra autoridade envolvida na apuração.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> PRADO, Geraldo. Op. cit.

<sup>48</sup> ÁVILA, Thiago Pierobom de. **Investigação criminal**: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público. Curitiba: Juruá, 2016a.

<sup>49</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC 92.893/ES**. Rel. Min Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 2 out. 2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=HC+92893>. Acesso em: 27 ago. 2022.

Há algum tempo, a conveniência política do juiz das garantias tem sido alvo de análise pela doutrina brasileira, com posições favoráveis e contrárias. A alteração na Lei nº 13.964/2019 toma um lado, apresentando diretrizes fundamentais que seguem em direção ao fim dos ranços inquisitivos, neste ponto em específico, se filiando a uma tendência democrática.<sup>50</sup>

O novo artigo 3º-A do Código de Processo Penal estabelece que o processo penal tem estrutura acusatória e que o juiz não poderá ter iniciativa na fase investigatória, nem tampouco substituir a atividade probatória da acusação. O artigo 3º-B, complementa o referido dispositivo, trazendo uma lista das atividades do juiz das garantias - ou seja, o magistrado que atua na fase investigativa. Essas normas de caráter fundamentais materializam o princípio acusatório previsto no artigo 129, inciso I da Constituição Federal de 1988 e devem guiar toda a estrutura do processo penal.

Apesar de algumas dessas normas inquisitivas não terem sido expressamente revogadas, a nova interpretação sistemática (e, agora, mais coerente com a Constituição) possibilita inferir que houve uma revogação tácita dos poderes de iniciativa investigativa ou de promoção da ação penal pelo juiz. De acordo com a reforma, o inquérito policial passou a ser um procedimento para a acusação.<sup>51</sup>

O juiz das garantias apenas atuará se for requisitado por uma das partes, para uma das hipóteses estipuladas no seu catálogo de competências, são elas, em suma: a realização da audiência de custódia; análise dos requerimentos de medidas cautelares e diligências investigativas qualificadas pela reserva de jurisdição; apreciação de eventuais impugnações levantadas pelo investigado quanto à legalidade da investigação; audiência de homologação do ANPP e recebimento da denúncia.

Nas decisões que concernem às medidas investigativas restritivas de direitos fundamentais do investigado, cabe ao juiz das garantias: controlar as prisões em flagrante na audiência de custódia (CPP, art. 3º -B, caput, inciso II); decretar prisão preventiva e medidas cautelares (inciso V). O art. 3º B, inciso XI, elenca um rol de diligências qualificadas pela reserva de jurisdição.

---

<sup>50</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de garantias no Brasil e no Chile: breve olhar comparativo.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 28, n. 168, p. 93-123, 2020.

<sup>51</sup> MESQUITA, Paulo Dá. **Direcção do inquérito penal e garantia judiciária.** Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

Evidentemente, esse rol é meramente exemplificativo, como indica a alínea e. Isto porque, todas as diligências investigativas que, por lei, requerem reserva de jurisdição serão da competência do juiz das garantias. Essa cláusula final exemplificativa não impõe uma exigência genérica de reserva de jurisdição; ela apenas remete às existentes na legislação e jurisprudência.

Outra reforma que acompanha a introdução do juiz das garantias é a proibição de que este seja o responsável pela concessão de medidas cautelares criminais, quer seja na fase da investigação, quer seja em juízo (CPP, art. 282, § 2º). Todavia, mantém-se a possibilidade de a autoridade policial requerer tais medidas cautelares na fase investigativa - situação que deve ser analisada como um órgão auxiliar do titular da persecução penal.<sup>52</sup>

A mudança legal passa a considerar o art. 310, caput, do Código de Processo Penal (CPP) para a realização da audiência de custódia. Antes determinada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 2015) e regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da Resolução nº 213/2015 - com fundamento em norma da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (artigo 7.5), a audiência de custódia será realizada pelo juiz das garantias. Embora não haja impedimentos para que os Tribunais criem um regime centralizado para essas audiências, o magistrado designado - por regras objetivas - sempre desempenhará a função processual de juiz das garantias.

A nova ordem processual penal de investigação criminal, formada pela conjugação dos artigos 3º-A e 282, § 2º do Código de Processo Penal, não permitirá que o juiz das garantias decida a prisão preventiva por iniciativa própria na audiência de custódia. Sendo imprescindível um requerimento pelo Ministério Público ou uma representação da autoridade policial. O simples auto de prisão em flagrante não é uma representação policial para a decretação da prisão preventiva, visto que a polícia não tem discricionariedade para não fazer a prisão.

Abriu-se a possibilidade de a autoridade policial, ao lavrar o flagrante, solicitar (ou não), concomitantemente, a prisão preventiva, porém, sempre deverá notificar a prisão em flagrante ao juiz e apresentar-lhe o acusado, sem prejuízo do posicionamento do *parquet* na audiência de custódia. A completa incorporação do

---

<sup>52</sup> ÁVILA, Thiago Pierobom de. Op. cit., 2016a.

sistema acusatório à fase preliminar deveria possibilitar maior defesa para a decisão sobre a necessidade da decretação da prisão preventiva.

Em vários países, é assegurado que o investigado preso seja interrogado pelo juiz pela primeira vez na audiência de custódia, como um mecanismo para evitar ilegalidades e maximizar o direito de defesa. O interrogatório numa fase investigativa não tem como objetivo principal atuar na investigação, mas sim proporcionar uma oportunidade de defesa num ambiente livre de pressões externas.<sup>53</sup>

Na atualidade, as audiências de custódia são objeto de críticas, visto que o magistrado deve decidir sobre os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, porém, não se admite ao preso falar a respeito dos fatos que servirão de subsídios para a respectiva tomada de decisão. O art. 3º B, IV, do Código de Processo Penal estabelece que o juiz das garantias deverá ser comunicado sobre a instauração de investigação criminal.

Tal comunicação tem caráter apenas administrativo, com o objetivo de controlar a existência de investigações criminais. Trata-se de uma garantia contra investigações em segredo, salvo nos casos em que os atos investigatórios ainda não foram realizados (CPP, art. 3º-B, inciso XV). Não é necessário que o juiz das garantias autorize o início ou a continuidade da investigação; basta que seja notificado da sua instauração pela autoridade competente.

A legislação não autoriza o juiz das garantias a prorrogar o prazo para a continuidade das investigações de um investigado solto, sendo este tema completamente alheio ao quadro sistemático das funções do juiz na fase investigativa. O controle da eficiência da investigação, ou seja, dos prazos das diligências, é prerrogativa exclusiva do Ministério Público (CF/1988, art. 129, inciso VIII, e LC nº 75/1993, art. 7º, inciso II, c/c art. 8º, § 5º). Somente nos casos de prorrogação do prazo do inquérito quanto ao investigado preso é que será necessária uma autorização judicial prévia, justamente pelo fato de acarretar numa restrição dos direitos do investigado, em virtude da continuidade da sua custódia (CPP, art. 3º-B, inciso VIII).

Logo, entendemos que a reforma revogou, de maneira implícita, os §§ 1º e 3º do art. 10 do CPP, que dispunham sobre o sistema de tramitação triangular do inquérito policial, via Judiciário. Noutros termos, o destinatário do material investigativo levantado pela polícia é o Ministério Público e não o juiz das garantias, isto porque, é

---

<sup>53</sup> ÁVILA, Thiago Pierobom de. Op. Cit., 2016b.

o *parquet* o responsável por decidir sobre o destino da investigação criminal, com sua decisão de promoção da ação penal, acordo ou arquivamento.<sup>54</sup>

É possível que, se o investigado for libertado, a apuração não requeira restrições de direitos fundamentais e o Ministério Público archive o caso posteriormente. Nesse cenário, o juiz das garantias pode nunca ser acionado ou só ser notificado quando a denúncia for oferecida.

A reforma nem ao menos requer que o inquérito seja instaurado e distribuído a um juiz das garantias no início da investigação, do mesmo modo que o Procedimento Investigatório Criminal – PIC conduzido diretamente pelo Ministério Público não tramita por meio do Judiciário (Resolução nº 181/2017 – CNMP). Quando ocorre arquivamento do inquérito, o magistrado das garantias nem sequer é notificado (CPP, art. 28, caput), o que reforça a ideia de que o inquérito não tramita via Poder Judiciário.

A fase investigativa não requer mais declínio de competência judicial, apenas de atribuições perante aos órgãos do Ministério Público. Entende-se que o ofendido pode contestar essa desclassificação, semelhante a um arquivamento parcial, por meio do uso analógico do novo sistema do artigo 28 do CPP. O juiz das garantias também tem uma função de fiscalização da legalidade da investigação criminal.

A fiscalização desempenhada pelo juiz das garantias é somente para os casos de potenciais limitações dos direitos do investigado, isto é, pode determinar o encerramento de uma investigação criminal quando não houver justificativa (exemplo, por fato claramente atípico, já prescrito ou sem condições de procedibilidade), a negativa de acesso dos autos da investigação ao advogado do investigado, o julgamento de *habeas corpus* ou ainda atividades para assegurar que não haja divulgação abusiva da imagem do preso (CPP, art. 3º-B, incisos IX, XII e XV, e art. 3º-F).

Por este motivo, a atribuição de requisitar documentos acerca do andamento da investigação à autoridade policial (3º-B, inciso X), deve ser vislumbrada dentro dos limites estabelecidos por lei, isto é, se houver uma impugnação de ilegalidade por parte da defesa do investigado, o juiz poderá solicitar informações para tomar uma decisão.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> ÁVILA, Thiago Pierobom de. Op. Cit., 2016a.

<sup>55</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

Esse requerimento não tem como objetivo fiscalizar o êxito da apuração criminal ou seu rumo, incumbências que são exclusivas do Ministério Público, detentor da persecução penal e organismo de fiscalização externa das atividades policiais (CF/1988, art. 129, incisos I e VII).

Por fim, o trancamento do inquérito será permitido quando não houver justificativa plausível para sua instauração ou continuidade (art. 3º-B, inciso IX); havendo um indício razoável da materialidade de um crime a ação correta será proceder com as investigações, exatamente para poder confirmar ou rebater as eventuais hipóteses explicativas da *notitia criminis*.

Nesse caso, o sistema acusatório não admite que o magistrado se antecipe ao Ministério Público na formulação da *opinio delicti*, determinando certa margem de investigações para coletar provas do evento que, em tese, o Ministério Público acredita ter ocorrido.<sup>56</sup>

A competência do juiz das garantias termina com o recebimento da denúncia ou queixa (CPP, art. 3º-C, caput). Após esse momento, a responsabilidade de manter ou rever as medidas cautelares em curso será do juiz da instrução e do julgamento. Os autos encaminhados ao julgador da instrução e do julgamento serão os oriundos da investigação criminal com a denúncia e seu recebimento, tendo em vista que os demais procedimentos de competência do magistrado ficarão arquivados na respectiva secretaria, com exceção dos documentos que se relacionem com provas irrepetíveis, medidas para a obtenção de provas ou antecipação de provas (art. 3º-C, § 3º), que serão anexados aos autos principais.

Aparentemente, as eventuais impugnações feitas pela defesa, tais como *habeas corpus* ou solicitações de acesso aos autos, assim como as diligências investigativas requeridas pelo Ministério Público e indeferidas pelo juiz não serão encaminhadas.

Contudo, em casos de prisão preventiva, dado que o juiz da instrução e do julgamento terá que rever a necessidade de manter a custódia dentro do prazo de 10 dias (art. 3º-C, § 2º), acredita-se ser crucial que os autos do requerimento de prisão sejam também transmitidos ao magistrado da instrução e do julgamento, para que este possa ter acesso às informações e às argumentações das duas partes sobre a necessidade ou não de se manter as medidas cautelares.

---

<sup>56</sup> ÁVILA, Thiago Pierobom de. Op. Cit., 2016a.

A regra de não encaminhamento dos autos de matérias de competência do juiz das garantias ao juiz da instrução não significa que os autos do inquérito não serão encaminhados a este último, como ocorre no sistema italiano de *doppio fascicolo*.<sup>57</sup>

A norma do artigo 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal se refere aos processos que são de competência do juiz das garantias, e a condução regular da investigação criminal não depende de qualquer intervenção do juiz das garantias, somente as hipóteses de limitações de direitos apontadas no artigo 3º-B do CPP.

Os artigos 12 e 155 do CPP não foram revogados. Isso significa que o juiz da instrução deverá fazer um despacho saneador depois da resposta à acusação (CPP, art. 397) e, para essa decisão, necessitará obrigatoriamente rever as informações preliminares que servem de sustentação à acusação. Além disso, por ser o juiz das garantias responsável pela decisão de recebimento da denúncia, torna ainda mais importante o despacho saneador pelo juiz da instrução e do julgamento, haja vista que agora este será o primeiro momento em que este magistrado irá apreciar as condições da ação.

### **3.5 Papel do Ministério Público no sistema acusatório**

Nos Estados, há um órgão que se ocupa da ação penal, impedindo que particulares sejam os responsáveis por processar criminalmente um cidadão. Normalmente, essa função é executada por promotores, mas já houve casos em que a polícia foi incumbida de apresentar matérias penais para os tribunais em algumas democracias. Além de poderem escolher os casos que serão julgados pelo Poder Judiciário e negociar penas com réus, os responsáveis pela ação penal também participam do processo de construção da sentença por intermédio da decisão das acusações do indiciamento, tipo de julgamento, etc.

Embora o Ministério Público e o Poder Judiciário integrem o sistema de justiça, em alguns casos fazendo formalmente parte do mesmo Poder Estatal, suas atribuições não se confundem. A mera transposição da prescrição normativa da necessidade de independência dos magistrados para os promotores, como se identifica frequentemente nos debates jurídicos, é equivocada. Atividades distintas (investigar, julgar, acusar etc.) requerem diferentes níveis de independência, embora

---

<sup>57</sup> Ibidem.

o paradoxo independência-que pode ser atribuído a uma boa parte dos órgãos públicos - esteja presente também para o Ministério Público.<sup>58</sup>

Ao contrário do Poder Judiciário, o Ministério Público não é inerte, sendo os promotores os principais protagonistas para acionar os juízes, por terem a prerrogativa de escolherem as questões que serão levadas à justiça. Esse protagonismo na seleção e priorização é característica da atividade executiva. O trabalho da promotoria envolve prioridades e alocação de recursos limitados de maneira a maximizar objetivos públicos ou políticas públicas. Ou seja, a determinação de se prosseguir judicialmente não é exclusivamente judicial, mas também envolve questões executivas. Isso significa que ela não decorre somente da percepção de culpa ou inocência do acusado, mas também considera a relevância relativa para atingir o controle da criminalidade buscando uma acusação em particular em detrimento de outras. Entretanto, a atuação dos promotores assegura a passividade do Poder Judiciário, ou seja, sua falta de iniciativa, permitindo que o cenário político regule, em certa medida, as demandas para que o Judiciário atue.<sup>59</sup>

O Ministério Público é o braço acusador do Estado, aquele que apresenta as ações penais públicas, bem como defende os interesses individuais e coletivos da população. No Brasil, é seguido o sistema processual acusatório, onde a promotoria é responsável pela acusação e o poder judiciário tem a função de analisar as provas e tomar as decisões finais, dentro do sistema.

No entanto, como visto anteriormente, alguns especialistas na área pontuam que nosso sistema é atenuado, pois o julgador pode determinar uma gama de ações como decretar a prisão do acusado sem a necessidade de contraditório e da ampla defesa, já que o inquérito é inquisitório.

De acordo com a Carta Constitucional, cabe ao Ministério Público selecionar as circunstâncias da infração e provas que considera importantes, e, de acordo com sua convicção, buscar promover ou não uma ação penal. O princípio da obrigatoriedade é seguido de forma relativa - isto é, mitigado. Um exemplo pode ser verificado na lei dos juizados especiais: caso o acusado atenda determinados requisitos, será possível realizar uma transação penal.

---

<sup>58</sup> KERCHÉ, Fábio. **Independência, poder judiciário e ministério público**. 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ccrh/a/kSYHDwYPgDZPZ7S7TZbRwfy/?lang=pt>>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>59</sup> Ibidem.

## 4 ARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A alteração da Lei nº 13.964/2019 trouxe mudanças significativas para o sistema processual penal brasileiro. Entre as inúmeras alterações, a reforma introduziu um novo sistema de arquivamento de investigações criminais, rompendo com o antigo método de controle anômalo da obrigatoriedade da ação penal por meio da supressão da homologação judicial sobre o arquivamento. Nesse contexto, o capítulo em tela tem como objetivo examinar quais as consequências jurídicas em se permitir o arquivamento de investigações criminais diretamente pelo Ministério Público.

### 4.1 Estrutura do arquivamento

No Brasil, um sistema processual penal é dividido em duas fases: a primeira administrativa e a segunda jurisdicional. Sendo assim, o tema concernente ao arquivamento e desarquivamento do inquérito policial torna-se relevante.

O objetivo principal da primeira fase da persecução penal, geralmente realizada por meio de um inquérito policial, é obter os elementos necessários (conhecimento) para que as condições da ação sejam preenchidas, permitindo que ela (a ação) seja exercida pela acusação. Seja o Ministério Público nas ações públicas, seja o ofendido ou seu representante legal nas ações de iniciativa privada, sempre visando um juízo de admissibilidade positivo.

Portanto, a questão do arquivamento e desarquivamento do inquérito policial está atrelada às condições da ação e ao conhecimento (que explicita o crime) produzido no procedimento preliminar. Uma vez finalizado o inquérito policial, a autoridade, após elaborar relatório, encaminha os autos para o juízo competente (art. 10, § 1º, do CPP).<sup>60</sup>

Logo de início, é preciso notar que "a autoridade policial não terá como arquivar autos de inquérito", segundo o art. 17 do CPP. Essa é uma ação que, no sistema do CPP, compete apenas ao juiz, após a manifestação do Ministério Público.

Após o inquérito policial chegar ao juízo, nos crimes de ação penal pública, é determinado pelo juiz que sejam enviados ao Ministério Público - responsável pela ação -, podendo este escolher entre três opções: a) para oferecer uma denúncia, o

---

<sup>60</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2018.

promotor deve primeiro entender que as condições para a ação estão preenchidas; b) se entender que a prova do inquérito policial não é suficiente, poderá requerer que os autos sejam baixados e retornem à autoridade policial para novas diligências. No entanto, este requerimento só será aceito se as novas diligências forem realmente necessárias para a denúncia (artigo 16 do CPP); c) compreender que não estão presentes as condições para a ação e, sendo inalcançáveis por ora, com novas diligências, solicitar o arquivamento do inquérito policial.

Cumpra salientar que as condições da ação no processo penal nacional ocupam uma posição específica - embora haja uma grande controvérsia na doutrina -, devido às regras do antigo artigo 436 do CPP (revogado sem que nada se tenha inserido no lugar pela reforma de 2008, segundo a Lei 11.719/08), e art. 188 do CPP.<sup>61</sup>

Dessa forma, o motivo pelo qual o Ministério Público pede o arquivamento e o juiz determina-o está atrelado à ausência, ao menos aparente, de adequação típica do fato objeto de reconstrução no inquérito policial (antigo art. 43, I, do CPP); ou à falta de justa causa (art. 43, III, 2ª parte e art. 18, ambos do CPP), ou seja, prova insuficiente do fato (materialidade do delito) e indícios de autoria.<sup>62</sup>

Embora a legitimidade para agir seja uma das condições necessárias para que haja uma ação penal, ela não é um motivo para o arquivamento de um inquérito policial. Se o juiz rejeitar a denúncia ou a queixa por falta desta condição, ele não determinará o arquivamento, mas sim que a parte legítima se manifeste (Ministério Público) ou aguarde a manifestação da parte legítima (art. 19 do CPP), inclusive quando o Ministério Público oferece indevidamente a denúncia na hipótese de ação penal de iniciativa privada.<sup>63</sup>

Em relação ao arquivamento do inquérito policial, a ação penal de iniciativa privada tem características próprias, pelo modo com que é imposta. A matéria é regulada pelo artigo 19 do CPP, traçando as diretrizes básicas: “nos crimes em que não couber a ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado”.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 04 set. 2022.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> Ibidem.

Diante dos autos presentes e das condições da ação, a parte ofendida ou seu representante legal poderá apresentar uma queixa. Se não o fizer, (é importante lembrar aqui do princípio da oportunidade), haverá uma decisão sobre a questão após o decorrer do prazo. Essa acontecerá por conta da ausência de punibilidade real (antigo artigo 43, II, do CPP), uma vez que, neste tipo de ação, o prazo para seu exercício é de seis meses (artigo 107, IV, do CP), contado desde o dia em que a vítima ou seu representante legal tiverem ciência de quem cometeu o crime (artigo 38, do CPP).<sup>6566</sup>

Observe, no entanto, que a ordem de arquivamento, neste caso, é subsequente a uma decisão de mérito, ou seja, aquela que declara extinta a punibilidade. Também pode a vítima ou seu representante legal pedir o arquivamento, mas tal requerimento equivale à renúncia e leva o juiz a declarar a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107 V do CP.<sup>67</sup>

Nesse caso, haverá uma decisão de mérito, após a qual se seguirá a determinação do arquivamento. Logo, é coerente também referir-se a isso quando o assunto for uma ação penal pública que esteja extinta a punibilidade por prescrição ou outra razão.

Nessa situação, o Ministério Público não pede exatamente o arquivamento da investigação policial, mas sim a declaração da extinção da punibilidade, que o magistrado, se for o caso, declarará com uma decisão de mérito.<sup>68</sup> Ou seja, existem duas situações diferentes: a decisão de arquivamento e a decisão de mérito seguida da ordem de arquivamento, ou seja, apenas um ato burocrático de conservação dos processos que já terminaram.

Nos casos de ação penal de iniciativa privada, o arquivamento pode aparecer somente nas hipóteses em que o querelante percebe, relativo à queixa interposta, um juízo de admissibilidade negativo, seja por ausência da condição da ação que diga respeito à tipicidade aparente, seja por falta de justa causa (materialidade do crime e indícios de autoria).

Sendo assim, quando o juiz julga improcedente a ação e determina o arquivamento do processo (art. 581, I, do CPP), este consolida-se se não houver

---

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> BRASIL. **Decreto- Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 04 set. 2022.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Millenium, 2009.

recurso. Todavia, isto não impede que a ação seja renovada caso surjam novas provas capazes de punir o réu, desde que esteja presente a punibilidade concreta.<sup>69</sup>

Enfim, a decisão de arquivamento afeta tanto os casos de ação penal pública quanto os casos de ação penal privada, mas, na verdade, só aparecerá nas hipóteses indicadas devido à falta de provas da tipicidade aparente e à falta de justa causa. É preciso checar, portanto, a sistemática adotada pelo CPP para os casos em que o inquérito policial é arquivado.

## 4.2 Sistema do arquivamento

O legislador de 1941, ao regular o arquivamento do inquérito policial, adotou um sistema híbrido de controle da legalidade, como se percebe pela norma do art. 28 do CPP.<sup>70</sup>

Dessa forma, o primeiro controle é feito pelo juiz responsável pelo caso. Na hipótese de discordância do Ministério Público, não pode obrigá-lo a agir pois não existe qualquer vínculo hierárquico entre os órgãos e, ademais, porque o órgão do Ministério Público que requer o arquivamento tem pleno respeito à sua opinião acerca da questão criminal.

A solução prescrita pela lei, portanto, é o envio dos autos ao procurador-geral de cada estado da federação ou, se for necessário, ao procurador-geral da república, para que a Câmara de Coordenação e Revisão (Criminal) decida conforme o artigo 62, IV, da Lei Complementar 75/93.

Agora, o controle por parte do procurador-geral é hierárquico. Se entender que o caso merece a apresentação de uma denúncia, poderá fazê-lo ou – como acontece frequentemente – designar outro órgão do Ministério Público para exercer a ação penal. Esse, conseqüentemente, estará obrigado a fazê-lo, afinal atua em nome e sob ordem do procurador-geral, portanto atua conforme o vínculo hierárquico.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 04 set. 2022.

<sup>70</sup> 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 a remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 04 set. 2022.

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Todavia, não poderá ser o órgão que requereu o arquivamento, uma vez que, nesta situação também, deve ter sua opinião respeitada. A hipótese em que o procurador-geral entende que o caso é passível de arquivamento merece particular atenção. Neste caso, ele insiste no pedido anteriormente formulado pelo órgão do Ministério Público de primeira instância e o magistrado estará obrigado a determinar o arquivamento.

A referida situação gera um grande debate. De fato, o sistema legal, baseado em um controle duplo, aparenta ser extremamente eficaz, mas na realidade é apenas uma aparência. Refletindo a privatividade da ação penal pública nas mãos do Ministério Público, o ordenamento entra em contradição com o sistema processual no que diz respeito à obrigatoriedade da ação penal pública, uma vez que pode competir ao procurador-geral tomar a decisão final sobre se deve ou não propor uma ação.

Neste ponto, é preciso fazer uma explicação complementar. De fato, em nenhum momento o legislador brasileiro estabeleceu por lei o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Ele é uma invenção da doutrina e da jurisprudência que tem como objetivo proteger a independência do Ministério Público - especialmente- contra interferências estranhas, sobretudo de natureza política.

É possível perceber, a partir da análise do artigo 28 do Código de Processo Penal, que se trata de um princípio retórico. Basta ter em mente que o procurador-geral era, na base da Constituição Federal de 1969, selecionado pelo governador do Estado, da mesma forma que o procurador-geral da república em relação ao presidente, e eram – e são – titulares privativos da ação penal pública originária, de cujo processo seguirá um procedimento por prerrogativa de função, frente aos tribunais de justiça ou, no âmbito federal, perante os tribunais regionais, STJ e STF.

Além do infinito esforço da doutrina em encontrar a obrigatoriedade da ação penal também nessas situações, não há fundamentação legal, levando a jurisprudência a se manifestar de forma contraditória quanto à obrigatoriedade da ação.

O artigo 28 do Código de Processo Penal, dessa forma, possibilita a aplicação do princípio da oportunidade à ação penal pública e, conseqüentemente, seria desejável uma nova perspectiva deste princípio na doutrina brasileira, que o discute como requisito inexorável.

Uma vez que é sabido que não tem sentido defender um princípio sem base legal ou, pelo menos, que pode ser manipulado até o ponto de se tornar irreconhecível,

assim, é melhor a lei o reconhecer expressamente e regulamentar detalhadamente, nos termos apresentados ou outros similares, a margem de liberdade que deseja conceder às entidades responsáveis por perseguir as infrações do que continuar erroneamente a preconizar um princípio de legalidade acima de tudo e sem exceção que, como se vê, na prática simplesmente não pode ser cumprido.<sup>72</sup>

A possibilidade de manipulação do arquivamento de um inquérito policial é, sem dúvida, mais importante que a regra do artigo 28 do Código de Processo Penal. Embora seja difícil imaginar uma hipótese em que isso aconteça no atual estágio das instituições (Magistratura e Ministério Público), é possível conceber uma situação em que o órgão do Ministério Público colabore com o órgão jurisdicional para arquivar inquéritos policiais nos quais foram apurados determinados delitos, ou, mais significativamente, crimes cometidos por algumas pessoas privilegiadas.

Com a possibilidade de controle correcional muito remota (pelos corregedores do Ministério Público e da magistratura), o simples pensamento da hipótese faz com que todo o sistema de arquivamento estremeça, com reflexos em todo o sistema processual, começando pelos princípios da isonomia e legalidade.

A nível mundial, vale ressaltar que existem três principais sistemas de controle de legitimidade: 1º) o conhecido como sistema jurisdicional, em geral presente na Itália (art. 74 do CPP-30; atualmente, no CPP/88, apesar da estrutura ser diferente, o sistema permanece semelhante, cf. art. 409); 2º) o sistema hierárquico, a que segue como exemplo a legislação portuguesa (arts. 277 e 278 do CPP-87); e 3º) o chamado sistema misto, sendo referência a legislação mexicana atual (arts. 254 e 258 do CPP-14).<sup>73</sup>

Um sistema hierárquico seria uma verdadeira evolução para uma estrutura processual penal como a brasileira, notabilizando a independência do Ministério Público e oferecendo à vítima a possibilidade de participar do debate acerca do arquivamento, que atualmente não tem, uma vez que, consoante jurisprudência dominante, o ofendido não dispõe de meios de impugnação da manifestação do Ministério Público pelo arquivamento de inquérito policial quando o pleito é acolhido pelo Juízo natural da causa (STJ, AgRg na Rcl 32.510, 28.9.16, DJ 5.10.16).

Nesse sentido, Machado explica que:

---

<sup>72</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millenium, 2009.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

[...] no sistema hierárquico, o controle sobre a decisão de arquivamento da investigação preliminar fica circunscrito ao próprio Ministério Público, sem qualquer interferência deliberativa do Poder Judiciário. A situação é resolvida por mecanismos de controle administrativo interno do MP com o estabelecimento de uma instância revisora, a qual, inclusive, pode ser acessada mediante recurso da vítima, tudo, por óbvio, conforme expressa disciplina legal. É o caso, por exemplo, do modelo português. Após o arquivamento do inquérito, por “despacho” fundamentado (artigo 97, n<sup>os</sup> 3 e 5, do CPP) do órgão ministerial (artigo 277 do CPP), caberá “intervenção hierárquica” (artigo 278 do CPP).<sup>74</sup>

É sabido que, em um sistema hierárquico, o órgão jurisdicional não tem controle sobre a legitimidade. Se o órgão do Ministério Público responsável por exercer a ação penal entender que é caso para arquivamento, ele irá determiná-lo, mas geralmente recorre administrativamente para o Conselho Superior do Ministério Público, um órgão colegiado que não está vinculado politicamente (como acontecia no regime constitucional anterior com o procurador-geral) e, além disso, é o órgão máximo da instituição. Ademais, o órgão recorrente procederá à notificação do ofendido para que, se desejar, participe da discussão da causa perante o Conselho Superior, que decidirá se acolherá ou não o arquivamento.

Curiosamente, é por isso que o primeiro rascunho do projeto de José Frederico Marques para o novo Código de Processo Penal brasileiro (confirmado pela comissão criada em 1981 pelo ex-ministro da justiça para reavaliá-lo) previa a implementação do sistema hierárquico (arts. 234-235 do texto da supracitada comissão), mas foi alterado quando apresentado o Projeto de Lei 1.655, de 1983, retornando ao sistema misto que ainda hoje regula essa área (arts. 227 e 228). Este sistema mantém uma postura desprestigiada e desgastada, resultado de uma legislação ditatorial que possivelmente pretendia manter um espaço para manipulações, sobretudo políticas.<sup>75</sup>

O que é mais significativo a respeito do tema é que, no Anteprojeto de Reforma Global (mais tarde PLS 156/09), houve a inserção de um controle hierárquico e participação do ofendido ou seu representante legal (arts. 37 e 38). Já no Senado, infelizmente, essa posição foi superada, para que se retornasse ao sistema misto (art. 38 do projeto encaminhado à Câmara dos Deputados).<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> MACHADO, Leonardo Marcondes. **Arquivamento do inquérito policial e controle ministerial, uma antiga proposta**. 2020. p. 01 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-04/academia-policia-arquivamento-inquerito-policial-controle-ministerial>>. Acesso em: 05 set. 2022.

<sup>75</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>76</sup> Ibidem.

Novamente, tratava-se de um grave retrocesso. Como se percebe, o tema é de grande relevância. Mas há outro motivo pelo qual ainda é debatido pelo Poder Legislativo: no andamento do Projeto de Lei 8.045/10, foi proposta a aprovação da emenda modificativa 62/2016, com o objetivo de adotar o sistema hierárquico de controle da legitimidade do arquivamento do inquérito policial - sem, todavia, dar ao ofendido a chance de participar da discussão, o que não parece acertado.

### 4.3 Arquivamento judicial e administrativo

Conforme abordado no decorrer desse trabalho, uma das mais relevantes alterações ocorreu com a forma de arquivamento do inquérito. Antes, o juiz e o promotor tinham controle sobre o arquivamento do inquérito policial. O promotor solicitava o arquivamento do inquérito e os autos eram enviados ao magistrado. Se o julgador concordasse, os autos eram arquivados; se discordasse, de acordo com a antiga redação do artigo 28, os autos seriam encaminhados ao Procurador-Geral.

A doutrina criticava esse sistema. De acordo com o entendimento mais acertado, o artigo 28, na sua redação original, violava o sistema acusatório. Não fazia sentido permitir que o magistrado discordasse do órgão acusador quanto à necessidade ou não de oferecimento de denúncia. Logo, o legislador se amoldou ao modelo constitucional acusatório e retirou o julgador da participação desse ato, assim como permitiu uma maior participação da vítima.<sup>77</sup>

A atribuição exclusiva de arquivar o inquérito policial, atualmente, é do promotor, que deve notificar tal decisão ao ofendido, ao investigado e à autoridade policial. Além disso, é necessário encaminhar os autos para a instância competente para fins de homologação, nos moldes da lei. Notificada a vítima, ela dispõe de 30 dias para interpor recurso. Cabe salientar que, em termos operacionais, essa notificação deverá ser realizada pelos servidores pertencentes aos quadros do Ministério Público, e não do Judiciário.

---

<sup>77</sup> DEZEM, Guilherme; SOUZA, Luciano. **3. Alterações no Código de Processo Penal (Art. 3º) Na Lei de Normas Procedimentais Perante STF e Stj (Art. 16) E no Código de Processo Penal Militar (Art. 18)** In: DEZEM, Guilherme; SOUZA, Luciano. **Comentários ao Pacote Anticrime - Ed. 2020**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1197103237/comentarios-ao-pacote-anticrime-ed-2020>. Acesso em: 4 de setembro de 2022.

Todavia, é notório que em muitas circunscrições judiciárias as promotorias carecem de estrutura para que sejam feitas essas intimações dentro de um prazo aceitável, o que até mesmo pode inviabilizar determinadas promotorias. Tal circunstância irá exigir das Procuradorias especial cuidado para essas promotorias na designação de funcionários.

O arquivamento do inquérito policial, via de regra, não produz coisa julgada material. Se surgirem novas provas e a punibilidade não estiver extinta, o inquérito policial poderá ser desarquivado (artigo 18 do CPP c/c Súmula 524 do STF). Existiam exceções criadas pela doutrina e jurisprudência, como a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial com base na atipicidade da conduta. Fazia sentido falar de formação de coisa julgada material uma vez que ocorreria a análise judicial do ato.

Todavia, não há mais a análise judicial do arquivamento. Não se fala sequer em requerimento de arquivamento, mas sim em determinação de arquivamento. Assim, entende-se que não é mais possível reconhecer a formação de coisa julgada, independentemente do motivo que leve ao arquivamento do inquérito policial, visto que não há mais intervenção judicial nestes casos.<sup>78</sup>

Em relação ao direito intertemporal, é relevante observar que os inquéritos que ainda não tiveram uma manifestação final do promotor deverão se submeter à nova regra imediatamente. Qualquer arquivamento deverá ser realizado pelo promotor.

Se houver um requerimento de arquivamento aguardando julgamento pelo magistrado, haverá duas opiniões. A primeira é que o ato de arquivar é uma ação complexa e, portanto, tendo sido iniciada pelo promotor, apenas poderia ser encerrada com a decisão do juiz. A segunda no sentido de que não se trata de ato complexo, assim, como o julgador ainda não se manifestou acerca do pedido de arquivamento ele deve devolver os autos ao Ministério Público para que atue conforme as disposições do artigo 28 do CPP, sendo o posicionamento mais adequado.

Na hipótese de pendência de apreciação pelo Procurador-Geral nos moldes do então art. 28 do CPP, caso este entenda pela manutenção do pedido de arquivamento, deverá devolver os autos ao magistrado. Nessa situação específica, deve ser mantida a antiga redação do art. 28 do CPP.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> Ibidem.

#### 4.4 Análise crítica da alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 no art. 28 do CPP e da ADI 6305

A determinação ministerial de arquivar tem cunho administrativo e não jurisdicional no âmbito do pacote anticrime, mantendo a fase pré-processual da persecução, ou seja, a fase do inquérito, no âmbito administrativo. Alguns motivos para o arquivamento do inquérito policial: ausência de elementos caracterizadores da infração; falta de justa causa; excludentes de ilicitude; excludente da culpabilidade, ressalvada inimputabilidade por doença mental; causa extintiva da punibilidade e no caso de ação privada, basta o requerente solicitar à autoridade judicial o arquivamento.

Guilherme de Sousa Nucci (2019, p.253) apresenta seu posicionamento acerca desse tema:

Cabe ao representante do Ministério Público oferecer as razões suficientes para sustentar o seu pedido de arquivamento. Sem elas, devem os autos retornar ao promotor, a mando do juiz, para que haja a regularização. O mesmo procedimento deve ser adotado, quando há vários indiciados e o órgão acusatório oferece denúncia contra alguns, silenciando no tocante aos outros. Não existe, tecnicamente, pedido de arquivamento implícito ou tácito. É indispensável que o promotor se manifeste claramente a respeito de cada um dos indiciados, fazendo o mesmo no tocante a cada um dos delitos imputados a eles durante o inquérito. Assim, não pode, igualmente, denunciar um por crime e calar quanto a outro ou outros. Recusando-se a oferecer suas razões, devem os autos ser remetidos ao Procurador-Geral, para as medidas administrativas cabíveis, pois o Promotor não estaria cumprindo, com zelo, a sua função.<sup>80</sup>

Logo, o novo artigo 28 traz ganhos que favorecem o sistema acusatório, uma vez que o promotor decide se propõe a ação penal ou não, sem existência de um requerimento de arquivamento perante a autoridade judiciária, limitando assim a participação desta. Assim, o Inquérito Policial é de natureza administrativa, porquanto é instaurado e conduzido pela autoridade policial, além de ser um procedimento pré-processual, não produzindo, portanto, nulidade no processo.

---

<sup>80</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 16. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 253.

Parece haver uma prioridade por justiça penal negociada a permitir que as partes sejam protagonistas do processo, sem qualquer tipo de ativismo do juiz. Essa é a mudança promovida no artigo 28 do CPP.<sup>81</sup>

Já na sua redação original, o presente artigo traz uma significativa alteração positiva que direciona a competência para ordenar o arquivamento do inquérito policial para o titular da ação penal pública (condicionada ou incondicionada), isto é, para o Ministério Público, retirando qualquer influência do Poder Judiciário, contrariamente à sua redação anterior.

Por consequência, conforme já pontuado, o arquivamento do Inquérito Policial deixou de ser efetuado pelo magistrado e passou a ser feito pelo Ministério Público, reforçando, desta forma, o Sistema Acusatório. Isso acontece porque esse último é titular da ação penal e submete-se agora a uma instância de revisão, em vez do magistrado. Contudo, como visto anteriormente, essa medida permanece ineficaz quanto a esse aspecto, devido à decisão liminar do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em seu artigo 28, o CPP prevê que, após a promulgação do Pacote Anticrime, o Ministério Público deve comunicar o ofendido, o investigado e a polícia casos de arquivamento de inquérito policial e enviar os autos para a instância ministerial de revisão. Fux considera que essa medida ia contra aos impactos financeiros negativos para o Ministério Público.

No entanto, é importante frisar que, se esta medida tivesse eficácia plena, aplicabilidade direta, integral e imediata, ela seria capaz de produzir todos os seus efeitos sem a necessidade de uma norma ordinária integrativa no momento da sua entrada em vigor, conforme pontua Pedro Lenza.<sup>82</sup>

Dessa forma, teríamos um procedimento exclusivamente administrativo, e não mais jurisdicional, pois não seria mais necessária uma decisão emitida pelo Poder Judiciário para arquivar o Inquérito Policial.

---

<sup>81</sup> ARENHART, Bianca Georgia Cruz. **Uma leitura constitucional do novo modelo de arquivamento do inquérito policial**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-02/arenhart-modelo-arquivamento-inquerito-policial#:~:text=Uma%20leitura%20constitucional%20do%20novo%20modelo%20de%20arquivamento%20do%20inquerito%20policial&text=Com%20a%20entrada%20em%20vigor,o%20conte%20do%20processo%20penal>>. Acesso em: 06 set. 2022.

<sup>82</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*/Pedro Lenza. 25. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2021.

Além disso, quando um processo se encontra na esfera administrativa, este tem início pela vontade de uma das partes (órgão público) e termina com a decisão dentro do próprio órgão. Noutras palavras, o Ministério Público teria a função de instaurar e arquivar a ação.

Assim, com a nova regra, o Poder Judiciário não pode mais exercer qualquer tipo de controle. A solução legislativa criou a figura de um reexame necessário administrativo das promoções de arquivamento do inquérito policial. Algo tanto atípico quanto inédito no Direito brasileiro. Ademais, há a possibilidade do recurso da vítima em caso de impugnação da manifestação do responsável pela ação penal, por via de regra, de iniciativa estatal (artigo 129, I, CF).

De acordo com Arenhart, se há eventual inconstitucionalidade de algum artigo da nova lei, essa seria a mais óbvia, com a criação de um reexame obrigatório em violação clara ao princípio da presunção de inocência. Logo, na opinião da autora, se houve uma apuração, tendo o representante do Ministério Público justificadamente proposto o arquivamento, a revisão de sua decisão somente ocorreria com base na discricionariedade técnica fundada na falta de condições para o exercício da ação penal, e não mediante homologação por iniciativa própria ou recurso hierárquico administrativo.

Assim, a autora em comento defende a manutenção da sistemática anterior, que submetia o arquivamento a um julgamento judicial, com a possibilidade de encaminhamento ao órgão superior do Ministério Público para uma análise técnica (ou seja, presença ou não das condições da ação).<sup>83</sup>

Para esse entendimento, a criação do reexame administrativo em questão torna-se uma prorrogação de uma investigação preliminar, talvez injusta ou até sem fundamentos técnicos, o que causaria, em tese, um evidente sofrimento ao investigado que, provavelmente, teria que aguardar passivamente a revisão (homologatória) de um procedimento contra si instaurado.

Segundo Arenhart, é mais vantajoso que o juiz local possa discordar do arquivamento dos autos, neste caso remetendo-os à instância superior do Ministério Público. É importante lembrar que isso poderá ser feito pelo juiz das garantias, de acordo com a nova sistemática legal (artigo 3º-B, IV, V e IX, do CPP), de forma que não se poderia questionar sua parcialidade para ulterior julgamento do processo.

---

<sup>83</sup> ARENHART, Bianca Georgia Cruz. Op. cit.

Não há dúvidas de que a intenção essencial seja aproximar o sistema processual penal brasileiro do sistema acusatório, impedindo que o Poder Judiciário execute o controle da promoção de arquivamento do inquérito, visto que esse será feito, exclusivamente, pela instância ministerial de revisão.

A aludida autora defende que a procura por um magistrado ligado ao princípio dispositivo não pode, no entanto, distanciar o sistema processual brasileiro da atuação de um julgador equânime e democrático, que exerça sua função constitucional de defensor dos direitos individuais e inafastabilidade da tutela dos cidadãos.<sup>84</sup>

A ideia aqui apresentada é que, face à redação dos incisos IV, V e IX do artigo 3º-B da Lei 13.964/2019 e à nova regra do artigo 28, CPP, implementada pelo mesmo diploma legal, o melhor entendimento sob o prisma constitucional para os dispositivos em tela esteja na possibilidade de o juiz das garantias determinar o arquivamento do inquérito policial ou remeter o inquérito à instância superior, seja por iniciativa do ofendido, seja por discordar do posicionamento do Ministério Público.

A supracitada autora explica que a decisão administrativa de não acusar, agora instaurada, não é inviável. Nem defende que a autonomia institucional do titular da ação penal seja alvo de interferências institucionais. Ao revés, quando se argumenta que ela deveria prevalecer, sem a necessidade de reexame administrativo por autoridades superiores, o que se pretenderia seria preservar a vontade já expressada pelo *dominus litis* da ação penal.

Arenhart conclui que é certo que a inovação legislativa não pode ignorar princípios constitucionais fundamentais, dentre os quais a presunção de inocência e a indisponibilidade da tutela jurisdicional.<sup>85</sup>

Contudo, em nosso sentir, diversamente daquilo que seria esperado pelo direcionamento principiológico e constitucional, levando em conta os contornos do nosso sistema penal, a decisão do Ministro Luiz Fux do STF de suspender cautelarmente *sine die* a eficácia do caput do artigo 28 do CPP é questionável. O mesmo raciocínio é aplicável a outros itens presentes na Lei 13.964/2019, como sendo um total e absoluto atentado ao sistema acusatório e às garantias processuais que vêm da Constituição e das leis penais brasileiras.

Nesta esteira, é relevante trazer à baila as considerações de Gomes:

---

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Ibidem.

Não merece florescer a crença por parte dos pessimistas fincada na falsa premissa de que o novo modelo é inconstitucional porque evidente violação ao princípio da presunção de inocência. O que acontece não é isso. O "efeito prodromico" transcorre quando um ato administrativo depende de duas manifestações de vontade, e havendo a primeira, gera a necessidade da segunda, é isso que se verifica no agora ato composto de arquivamento do inquérito, porque sobrevirá situação de pendência enquanto o segundo ato não for proferido. Ilustrando. A autoridade X do Ministério Público edita um ato de arquivamento do inquérito. Apesar disso, para esse ato produzir seus efeitos, é necessário que a autoridade Y o controle. Por consequência, a autoridade Y emitirá um ato que funciona como idêntico raciocínio a condição de eficácia do ato emitido pela autoridade X. Nesse interregno, subsiste uma situação de pendência enquanto a análise do primeiro ato não é efetuada, e tal conjuntura é denominada de efeito prodromico. [...] Perceba que o funcionamento da abertura do inquérito funciona numa organização interna, exclusivamente administrativa, havendo um meio para controlar e corrigir ações internamente. Fica evidenciado, portanto, o fortalecimento da natureza administrativa do inquérito quando se considera que se o procedimento destina a munir o Ministério Público (que é o titular da ação penal), só a ele pertence *pedir o seu arquivamento*.<sup>86</sup>

A decisão, fruto de uma medida cautelar deferida na ADI 6305 por iniciativa da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, evidencia um alarmante desconhecimento penal em sua respectiva sentença.<sup>87</sup>

Assim, o combate ao sistema inquisitório - que por sua vez gera um descompasso com o sistema acusatório - resta intensamente afetado e precisa de uma análise imediata e rápida pelos ministros do STF para recolocar as discussões em dia e, finalmente, decidir pelo bem de um sistema que há muito tempo clama por mais equilíbrio entre as partes do processo.

Nesse contexto, Silva pontua que:

Tal alteração implica em relevante avanço para o sistema processual brasileiro, o que contribuirá para maior celeridade, evitando assim a participação desnecessária do juiz, pois, sendo o MP aquele que detém o "poder" de promover a ação penal pública, nada mais justo que ele também decida de maneira autônoma pelo arquivamento ou não da peça informativa que na maioria das vezes é utilizada como subsídio para o oferecimento da denúncia. Ainda é necessário muito para que realmente haja a tão sonhada justiça no cenário mundial, todavia, grandes mudanças começam por

---

<sup>86</sup> GOMES, Richard. **O 'efeito prodromico' no arquivamento do inquérito com o pacote 'anticrime'**. 2021. p.01. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-01/gomes-efeito-prodromico-arquivamento-inquerito>>. Acesso em: 05 set. 2022.

<sup>87</sup> GARCIA, Emerson. **O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal**. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Emerson\\_Garcia.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Emerson_Garcia.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2022.

pequenos detalhes. Alguns concordam, outros não, com tais mudanças como a exposta neste breve artigo, mas fato é que a história é construída assim, com eventos que terão seus prós e contras, mas no final contribuirão para que a evolução aconteça. Leis claras e objetivas, que facilitem a compreensão por parte da população seria o caminho ideal para a justiça de acordo com Beccaria, contudo, não sendo possível, é pelo menos necessário que aqueles que operam leis complexas o façam com o senso de um bem maior, zelando pela sociedade, tanto na elaboração, quanto na aplicação das mesmas.<sup>88</sup>

A mudança operada pela Lei nº 13.964/2019 no artigo 28 do Código de Processo Penal reforça o sistema acusatório e a isenção do Poder Judiciário, merecendo elogios. Os enormes desafios enfrentados pelos Ministérios Públicos dos Estados estão na necessidade de desenvolver um modelo de revisão dos arquivamentos que seja não só eficaz, permitindo uma ampla e profunda análise das razões adotadas pelos órgãos de execução, como viável sob a perspectiva operacional.<sup>89</sup>

Após a vigência da nova redação do art. 28 do CPP, não será mais necessária a intervenção do Poder Judiciário para os arquivamentos, que deverão ser homologados pelo órgão revisor, o Procurador-Geral de Justiça, até que seja alterada a lei orgânica estadual que deslocará essa função para outro órgão.

A fim de que o grande número de demandas não reduza a efetividade do controle interno, seria interessante adotar um modelo escalonado, de caráter difuso-concentrado, no qual a análise preliminar seria feita pelos Procuradores de Justiça, enviando-se à Chefia Institucional somente os casos em que houvesse a recusa da homologação.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> SILVA, Matheus Basilio da. **Arquivamento de inquérito policial pós Pacote Anticrime**. 2020. p.01. Disponível em: <<http://iccs.com.br/arquivamento-de-inquerito-policial-pos-pacote-anticrime-matheus-basilio-da-silva/>>. Acesso em: 06 set. 2022.

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> Ibidem.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promulgação da Lei 13.964/2019, foi um importante passo para aumentar a visibilidade do sistema acusatório no processo penal brasileiro, pois de modo explícito, este sistema foi escolhido como o sistema processual brasileiro.

O sistema acusatório, além do juiz de garantias, apresenta uma característica fundamental que é a separação das funções dentro do processo penal. Isto significa que há um agente acusador que provoca o poder judiciário e retira-o da inércia. Posteriormente, um réu e, finalmente, um juiz isento de parcialidade, na figura do magistrado. A imparcialidade é um postulado primordial do processo para o pleno funcionamento da autoridade jurisdicional. A imparcialidade é a sustentação para todo o processo democrático e constitucional no sistema acusatório.

Neste regime, o juiz não pode se pronunciar por iniciativa própria, logo, é necessária a vontade das partes. Na sequência, na etapa investigatória, o juiz permanece sem ter autonomia para agir de ofício, mas na fase de instrução processual, o juiz pode tomar ações por conta própria e requerer a apresentação de provas, tal como no intuito de obter materialidade para julgar o mérito da maneira esperada.

Conforme o artigo 28 do Código de Processo Penal, antes da instituição da Lei 13.964-2019, se o Ministério Público não vislumbrasse justa causa ou fundamentação plausível para apresentar denúncia penal contra o indiciado e, conseqüentemente, ordenasse o arquivamento do inquérito policial, tal decisão teria que ser submetida ao juízo competente para confirmação.

De maneira análoga, se houvesse uma discordância por parte da autoridade judicial quanto a esse entendimento do Ministério Público, o inquérito policial seria enviado para o procurador-geral, que poderia concordar com a opinião do juízo e nomear outro representante para oferecer denúncia de crime ou confirmar a ordem de arquivamento. A única obrigação do poder judiciário neste momento seria acatar e homologar tal posicionamento do *parquet*.

É importante frisar, dentro deste contexto, que para se ter um sistema penal e processual penal equilibrado é preciso que exista um judiciário imparcial, isento de qualquer pré-julgamento e que receba as provas apresentadas pelas partes, possibilitando desta forma uma prolação de sentença desprendida de quaisquer influências subjetivas e que provenha de interpretação e convencimento próprios, com

base nos princípios basilares da Persuasão Racional e do Livre Convencimento Motivado.

Ao limitar o arquivamento ao âmbito do Ministério Público, retira-se o caráter judicial do pronunciamento, tornando-o inteiramente um ato administrativo, sem nenhum vestígio de jurisdição, mesmo que voluntária. Nesse sentido, não há uma identidade mínima de razões entre a decisão de arquivamento do Parquet e o pronunciamento jurisdicional de não recebimento ou rejeição da queixa ou denúncia para permitir a analogia.

Além de integrarem Poderes da República diferentes, magistrados e Ministério Público ocupam, ainda, papéis bem distintos, para melhor funcionamento do sistema acusatório, na persecução penal: ao primeiro compete primar pela imparcialidade, ao segundo, a promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I, da CF).

Dessa forma, as manifestações de arquivamento não terão mais força de coisa julgada, seja material, seja formal, pois provêm de órgão não jurisdicional, incumbido de função igualmente não jurisdicional, ao contrário, por exemplo, dos juízos e Tribunais arbitrais.

Assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se sustenta. Além disso, justamente por não ter jurisdição, cabe ao Ministério Público, no arquivamento, constatar a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou excludentes da ilicitude ou da culpabilidade. Esses elementos podem até ser citados, mas como argumentos reveladores da ausência de justa causa ou do interesse de agir, sem considerações assertivas, concernentes somente ao juízo.

Cabe salientar que o ministro Luiz Fux, em 22 de janeiro de 2020, no seu papel como relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, proferiu uma decisão liminar para suspender por tempo indeterminado a modificação do procedimento de arquivamento do inquérito policial. Dessa forma, o novo sistema ainda não se encontra vigente, permanecendo o sistema da redação revogada do artigo 28 enquanto durar tal medida cautelar.

Sendo assim, o controle de arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público é uma importante mudança para fortalecer um sistema processual penal acusatório. Antes, envolvia-se dois órgãos diferentes para este arquivamento: o Poder Judiciário, por meio da autoridade judicial, e o Ministério Público. Além disso, caso o juiz achasse pertinente, poderia: concordar com o pedido do Ministério Público e arquivar o caso; discordar do requerimento e remeter o caso para a chefia do

Ministério Público. A Lei 13.964/2019, assim, trouxe diversos benefícios, dentre eles uma maior celeridade no arquivamento do Inquérito Policial, visto que não há mais a necessidade de envolvimento dos órgãos mencionados anteriormente.

Por fim, cumpre pontuar que a recente reforma no sistema de justiça penal trouxe consigo diversas mudanças, dentre elas a criação do juiz das garantias. Com isso, as relações entre o Ministério Público e o novo juiz terão que ser drasticamente reorganizadas, tendo em vista que muitas das consequências dessa reforma ainda não foram disciplinadas. Apesar disso, é esperado que o Plenário do STF faça uma interpretação sistemática da lei para suprir as lacunas deixadas pela reforma.

## REFERÊNCIAS

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

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

ARENHART, Bianca Georgia Cruz. **Uma leitura constitucional do novo modelo de arquivamento do inquérito policial**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-02/arenhart-modelo-arquivamento-inquerito-policial#:~:text=Uma%20leitura%20constitucional%20do%20novo%20modelo%20de%20arquivamento%20do%20inqu%C3%A9rito%20policial&text=Com%20a%20entrada%20em%20vigor,o%20conte%C3%BAdo%20do%20processo%20penal>>. Acesso em: 06 set. 2022.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. **Investigação criminal: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público**. Curitiba: Juruá, 2016.

BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. **O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a Lei Anticrime**. 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/>>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. **Decreto- Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 04 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 92.893/ES**. Rel. Min Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 2 out. 2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=HC+92893>. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de garantias no Brasil e no Chile: breve olhar comparativo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 28, n. 168, p. 93-123, 2020.

CATTANI, Frederico. **Pacote Anticrime: Lei n. 13.964/2019**. Porto Alegre: PLUS/Simplíssimo, 2021.

DEZEM, Guilherme; SOUZA, Luciano. **Alterações no Código de Processo Penal (Art. 3º) Na Lei de Normas Procedimentais Perante STF e Stj (Art. 16) E no Código de Processo Penal Militar (Art. 18)**. In: DEZEM, Guilherme; SOUZA, Luciano. Comentários ao Pacote Anticrime - Ed. 2020. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1197103237/comentarios-ao-pacote-anticrime-ed-2020>. Acesso em: 4 de Setembro de 2022.

KERCHE, Fábio. **Independência, poder judiciário e ministério público**. 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ccrh/a/kSYHDwYPgDZPZ7S7TZbRwfy/?lang=pt>>. Acesso em: 26 set. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GARCIA, Emerson. **O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal**. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Emerson\\_Garcia.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Emerson_Garcia.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2022.

GOMES, L. F.; GAZOTO, L. W. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.

GOMES, Richard. **O 'efeito prodrômico' no arquivamento do inquerito com o pacote 'anticrime'**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-01/gomes-efeito-prodrômico-arquivamento-inquerito>>. Acesso em: 05 set. 2022.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado/Pedro Lenza**. 25. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSAS, Alexandre Morais da. **Pacote anticrime: um ano depois - análise da (in) eficácia das principais medidas penais e processuais penais implantadas pela Lei n. 13.964/2019**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Arquivamento do inquérito policial e controle ministerial, uma antiga proposta**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-04/academia-policia-arquivamento-inquerito-policial-controle-ministerial>>. Acesso em: 05 set. 2022.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millenium, 2009.

MELO, Marcos Túlio de Melo. **O Pacote Anticrime Comentado**. São Paulo: Dialética: 2020.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

MESQUITA, Paulo Dá. **Direcção do inquérito penal e garantia judiciária**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

METZKER, David. **Lei Anticrime (Lei 13.964/2019)**: Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento. Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Investigação criminal, sistema acusatório e ministério público similitudes e diferenças entre os Códigos de Processo Penal Português e Brasileiro**. 2017, p. 137. Disponível em: <<https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/7/6>>. Acesso em: 05 set. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2018.

PINHEIRO NETO, Luiz Felipe. **Pacote anticrime [recurso eletrônico]: comentários à Lei 13.964/2019**. Belo Horizonte: 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório- A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1999.

SALVADOR NETTO, et. al. **Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

SILVA, Matheus Basilio da. **Arquivamento de inquérito policial pós Pacote Anticrime**. 2020. Disponível em: <<http://iccs.com.br/arquivamento-de-inquerito-policial-pos-pacote-anticrime-matheus-basilio-da-silva/>>. Acesso em: 06 set. 2022.

SIQUEIRA, Eduardo Francisco de. **O Pacote Anticrime e o art. 3º-A do CPP: a posição do juiz no sistema acusatório, o movimento de reforma (ainda que parcial) e a contrarreforma.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, V. 18, 2020.

STF. **ADI 6298.** Disponível em: <Supremo Tribunal Federal STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 6298 DF 0035984-92.2019.1.00.0000 (jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 20 ago. 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2013.

VELOSO, Roberto Carvalho; NOGUEIRA, André. **O Pacote Anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos tribunais.** Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição | e-ISSN: 2526-0200 | Encontro Virtual |v. 7 | n. 2 | p. 102 – 120 | Jul/Dez. 2021.