UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

FACULDADE DE DIREITO – FD

**JÚLIA PEREIRA FESTAS**

# O CONTROLE JUDICIAL DO ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

**Brasília**

**2019**

JÚLIA PEREIRA FESTAS

# O CONTROLE JUDICIAL DO ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz

Brasília

2019

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito - FD

Júlia Pereira Festas

# O CONTROLE JUDICIAL DO ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

_____

Paulo de Souza Queiroz - Orientador

_____

- Examinador: Bruno Freire de Carvalho Calabrich

_____

- Examinador: Vallisney de Souza Oliveira

Brasília

2019

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, devo agradecer a Deus, por todas as graças e bênçãos concedidas durante a minha caminhada.

Agradeço também ao meu pai João, à minha mãe Maristela, aos meus irmãos Mateus e Joana, por desde sempre me ensinarem o significado do amor, da perseverança, da força e da união. Tudo que conquistei até aqui (e que ainda conquistarei) devo a eles. Não há palavras que possam expressar toda a minha gratidão.

Gostaria também de agradecer a toda a minha família, em especial meus avós (Antônio e Felicidade, Leda e Evandro), que sempre nos ensinaram a trilhar o caminho do amor e da humildade. Agradeço também a todos os meus amigos que fizeram a trajetória ser mais leve e agradável.

Por fim, e não menos importante, gostaria de agradecer ao meu namorado Wesley, que é meu companheiro de vida e de estudos e sem dúvida foi uma das pessoas mais importantes da minha caminhada. Sempre me lembrarei de suas sábias palavras: “O caminho é árduo, mas a vitória é certa.”. Obrigada por todo apoio. Serei eternamente grata.

# RESUMO

Na doutrina do Direito Processual Penal e na jurisprudência, discute-se se seria ou não compatível com o sistema acusatório o controle judicial do arquivamento do inquérito policial. Com efeito, há autores que defendem que há a necessidade de um controle judicial, para dar efetividade ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Por outro lado, parte da doutrina sustenta que o controle judicial é indevido e não se coaduna com os princípios do sistema acusatório. Nesse contexto, o presente trabalho tem como escopo avaliar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, se, de fato, há (ou não) compatibilidade entre o controle judicial do arquivamento do inquérito policial e o sistema acusatório constitucionalmente adotado. A análise dessa (in)compatibilidade será feita por meio do estudo dos argumentos apontados pela doutrina e pela jurisprudência e, ao final, será apresentada a conclusão a que esta autora chegou.



**Palavras Chave**: processo penal; sistema acusatório; controle judicial; arquivamento; inquérito policial.

## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO** ..... **8**
**1 O SISTEMA ACUSATÓRIO** ..... **10**
1.1 Sistemas processuais penais: acusatório, inquisitório e misto ..... 10
1.2 O sistema acusatório e a garantia da imparcialidade do magistrado ..... 14
1.3 O sistema acusatório no Brasil ..... 17
**2 O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL** ..... **22**
2.1 Hipóteses autorizadoras da promoção de arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público ..... 22
2.2 Procedimentos de arquivamento do inquérito policial e o controle pelo Poder Judiciário ..... 24
2.3 O arquivamento do inquérito policial e a coisa julgada ..... 27
**3 O CONTROLE JUDICIAL DO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL, À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO** ..... **33**
3.1 A incompatibilidade entre o controle judicial do arquivamento do inquérito policial e o sistema acusatório ..... 33
3.2 Possíveis soluções para o impasse ..... 39
**CONCLUSÃO** ..... **43**
**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS** ..... **45**

# INTRODUÇÃO

O presente trabalho, cuja discussão permeia principalmente os ramos do Direito Processual Penal e do Direito Constitucional, terá como objetivo analisar a participação do juiz no arquivamento do inquérito policial, tendo como base a legislação processual penal brasileira e o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988.

A escolha do tema é resultado da análise de um intenso debate doutrinário e jurisprudencial e diz respeito à legitimidade (ou não) do controle do Poder Judiciário sobre os pedidos de arquivamento de inquérito policial e peças de informação formulados pelo Ministério Público e, ainda, de que forma isso compromete a imparcialidade do magistrado no julgamento da causa.

Busca-se, no presente trabalho, responder aos seguintes questionamentos: é legítimo que o Poder Judiciário negue pedido de arquivamento de inquérito policial e peças de informação formulado pelo Ministério Público, a exemplo do que prevê o artigo 28 do Código de Processo Penal? Em que medida a interferência do magistrado no procedimento de arquivamento compromete sua imparcialidade para o julgamento da causa? A participação do magistrado no procedimento de arquivamento do inquérito policial e de peças de informação viola o sistema acusatório?

Em uma primeira análise, parece que não é dado ao magistrado negar pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, uma vez que o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, atribui ao parquet a função de promover privativamente a ação penal pública. Sendo assim, não caberia ao magistrado atuar no sentido de ver ajuizada a ação penal.

Além disso, a negativa do magistrado em arquivar o inquérito policial parece comprometer sua imparcialidade, pois o mesmo magistrado (que negou o pedido de arquivamento) será o responsável pelo julgamento da causa.

Como se sabe, a principal característica do sistema acusatório é a separação rígida entre as funções de defender, julgar e acusar. Ao se permitir que o Poder Judiciário participe ativamente do arquivamento do inquérito policial (interferindo diretamente na propositura da ação penal), estar-se-á mitigando a separação das funções de acusar e julgar.

O processo penal procedimentaliza a imposição de uma sanção penal que, na maioria dos casos, leva ao cerceamento da liberdade de um indivíduo. Assim, a discussão a respeito da participação do juiz no sentido de ver ajuizada uma ação penal que, muito provavelmente, levará a um decreto condenatório (já que o juiz, de antemão, estaria externalizando sua posição de existência de autoria e materialidade), é de extrema relevância.

O trabalho será estruturado em três capítulos. Em um primeiro momento, serão analisados os sistemas processuais penais, notadamente suas características mais marcantes, e será feita a delimitação do sistema adotado constitucionalmente pelo Brasil. Posteriormente, serão abordados os procedimentos de arquivamento do inquérito policial, como se dá o controle judicial desse arquivamento e também se discutirá a natureza jurídica da decisão que arquiva o inquérito. Por fim, conjugando todos os elementos anteriormente expostos, será analisada a legitimidade do controle judicial do arquivamento do inquérito policial à luz do sistema processual penal acusatório.

Ao final, após uma apreciação crítica e ponderada das informações obtidas, será formulada uma conclusão que mais se aproxime do modelo constitucional adotado pelo Brasil.

# 1 O SISTEMA ACUSATÓRIO

As relações processuais penais passaram por muitas mudanças no decorrer da história. Tais alterações têm íntima relação com as próprias mudanças do direito penal e de seu sistema de garantias[1].

Nesse contexto, a doutrina identifica três sistemas processuais penais: o inquisitório, o acusatório e o misto.[2]

## 1.1 Sistemas processuais penais: acusatório, inquisitório e misto

O sistema acusatório tem origem na Idade Antiga (notadamente na Grécia e na República de Roma) e constrói um processo penal que tem como pilares, basicamente: a publicidade, a imparcialidade do juiz, a distribuição das funções de acusar, defender e julgar para diferentes órgãos equidistantes (sendo assegurada a paridade de armas entre a acusação e a defesa) [3] e o ônus probatório atribuído ao acusador.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli[4]:

> Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. (...) É pacífico que o processo penal da Antigüidade, tal como se configura na Grécia e na Roma republicana, tem uma estrutura essencialmente acusatória por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da conseqüente natureza arbitral tanto do juiz como do juízo. (...) É precisamente desta natureza privada ou polar - e, seja como for, voluntária - da ação penal que derivam, no processo romano ordinário, as características clássicas do sistema acusatório: a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, a atribuição a estas de toda atividade probatória e até mesmo da disponibilidade das provas, as conexas publicidade e

---

[1] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63.
[2] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 51
[3] LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais.** Disponível em: < http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 09 fev. 2019.
[4] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 452/453.

> oralidade do debate, o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz, tanto mais quanto maior for sua origem popular.

A rigidez na separação entre as funções de acusar e julgar tende a assegurar um processo isento, já que aquele que formará a decisão acerca da inocência ou não do acusado (o juiz) estará longe da gestão probatória e da própria iniciativa da propositura da ação penal, que é inerente ao órgão acusador[5].

De igual modo, a paridade e a equidistância das partes processuais asseguram àquele que está sendo acusado os instrumentos necessários e suficientes para defender-se em condição de igualdade com àquele que o acusa. Nesse cenário, tanto a defesa quanto a acusação têm o poder de, igualmente, influenciar o juiz a formar sua convicção.

A característica da publicidade, também inerente a este sistema, juntamente com a paridade de armas, permite que as partes tenham amplo acesso ao que é produzido no processo, bem como lhes dá a oportunidade de manifestação.

Nesse contexto, a garantia de direitos e liberdades fundamentais ao acusado, principalmente no que tange ao contraditório e à ampla defesa bem como aos princípios da presunção de inocência e da legalidade, passa a ser elemento central do sistema, visto que só assim é que poder-se-ia cogitar em um processo justo e isento.

Por outro lado (diametralmente oposto), o sistema inquisitório adota um modelo em que as funções de acusar e julgar encontram-se em um único órgão, geralmente um juiz, chamado “inquisidor”. Nesse sistema, as garantias do acusado são mitigadas (ou até mesmo inexistentes), denotando seu caráter nitidamente arbitrário e conservador[6].

Tal sistema, próprio de regimes absolutistas, surge no Império Romano, sendo adotado com maior rigor na Inquisição a partir do século XIII, que dominou a Europa Ocidental em grande parte da Idade Média, em que o Estado viu a necessidade de transformar o processo penal privado em público, ao argumento de eliminar a impunidade (e, no caso da Idade Média, de eliminar a heresia e o desrespeito à Deus). Nesse cenário, os fins justificavam os meios e, então, a prática

---

[5] RAYOL, Rafael Ribeiro. **Desafios contemporâneos do Sistema Acusatório.** Brasília: ANPR, 2018. p. 84/85.

[6] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado.** 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 9.

de tortura para se obter a confissão ou para contraditar testemunhas era completamente válido (e inclusive considerado necessário)[7].

Ademais, diferentemente do que vimos quanto ao sistema acusatório, o juiz inquisidor era dotado de amplos poderes instrutórios, tanto na fase processual quanto na fase investigativa, justamente em busca da verdade real, que era um objetivo tido como alcançável. Conforme anota Renato Brasileiro[8]:

> A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípuo do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade

Sendo assim, verifica-se que a defesa no processo penal do sistema inquisitório padece de condições mínimas de existência, mormente pelo fato de estarem ausentes as garantias e princípios fundamentais que, em tese, garantiriam um processo isento. Além disso, há a presença de um juiz que se envolve com a causa e está sempre em busca de elementos para a condenação (a qualquer custo).

Há de se ressaltar ainda que o ônus da prova é invertido no sistema inquisitório, em que o acusado é quem deve provar sua inocência, a despeito de não lhe serem garantidos meios para tanto, além de o processo ser, via de regra, sigiloso e escrito, o que dificulta ainda mais o acesso e a defesa do acusado ao que é produzido.

A autora Ada Pellegrini (seguida pela doutrina mais tradicional) faz interessante diferenciação entre o sistema inquisitório e o inquisitorial. Segundo sua concepção, o sistema inquisitório se contrapõe ao sistema acusatório, enquanto o sistema inquisitorial (originado no sistema continental europeu) se contrapõe ao sistema adversarial (originado no direito anglo-saxão), sendo estes os norteadores no que se refere à aproximação do juiz com a gestão probatória. O adversarial seria aquele em que o processo se desenvolve por disposição unicamente das partes, enquanto no inquisitorial teria, uma vez proposta a ação, um desenvolvimento oficial.

---

[7] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. CAMARGO, Margarida Lacombe. **Sistemas processuais penais à luz da Constituição.** *Revista De Direito Costitucional e Internacional.* São Paulo, v. 97. set./out. 2016.
[8] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 72.

Sendo assim, haveria a possibilidade de existência de um processo acusatório de caráter inquisitorial, o que, inclusive, é defendido pela autora. Em suas palavras[9]:

> O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir as deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova. (...) Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível.

Entretanto, há de se ponderar se esse contato do juiz com a produção probatória realmente não interfere em sua imparcialidade e, assim, garante um sistema efetivamente acusatório. Isso porque no ordenamento jurídico que preza pelas garantias fundamentais do acusado, como a presunção de inocência, a dúvida advoga pela absolvição do réu e o juiz que busca provas para um maior "esclarecimento" do fato, acaba por assumir (em regra) o lado da acusação[10].

Por fim, cumpre destacar ainda o surgimento de um terceiro sistema processual penal, chamado de sistema misto (ou francês), que nasceu na França no século XIX e se apresenta como uma mistura entre os dois sistemas já anteriormente expostos (inquisitório e acusatório). Nesse sistema, aduz Eugênio Pacelli[11]:

> (...) a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução –, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.

---

[9] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade real e verdade formal? Um falso problema.** *Verdade e prova no Processo Penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo.* Coordenador: Flávio Cardoso Pereira. 1 ed. Brasília:Gazeta Jurídica, 2016. p. 5.

[10] MARTELETO FILHO, Wagner. **Sistema Acusatório e garantismo: uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código de Processo Penal.** De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 12, p. 193-217, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28044>. Acesso em: 09 fev. 2019.

[11] PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 22 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 10.

Há, portanto, um processo dividido em duas fases, sendo que a primeira se caracteriza como um sistema inquisitório, com um juiz (chamado juiz instrutor) com amplo poder probatório e investigatório, estando ausentes direitos fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa. Na segunda fase, por sua vez, a acusação e a gestão de provas fica a cargo das partes. Vale ressaltar que ambas as fases nesse sistema são complementares, podendo as provas da primeira fase serem utilizadas para a formação da convicção do juiz a segunda fase.[12]

Pelo exposto, pode-se concluir que o ponto nevrálgico que separa o sistema acusatório do sistema inquisitório é justamente o rigor da separação das funções de acusar e julgar, cabendo ao órgão acusador, que será diferente do órgão julgador, a iniciativa exclusiva de propor a ação penal. Mas, conforme aduz Aury Lopes Junior, somente a presença desta característica não é suficiente para a formação de um processo acusatório, "se não vier aliada a outras (como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades etc.)"[13].

## 1.2 O sistema acusatório e a garantia da imparcialidade do magistrado

Como se verificou, um dos elementos característicos do sistema acusatório é a presença de um juiz equidistante das partes e imparcial. A característica da imparcialidade é crucial para a garantia de um processo isento e justo.

Inevitavelmente, em um processo que se desenvolve com características inquisitoriais o juiz tende a ser parcial, haja vista estarem concentrados nele os papéis de acusador e julgador. Nesse sentido, aduz o professor Renato Brasileiro que "o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo as objetividade e imparcialidade no julgamento"[14].

Sendo assim, no sistema acusatório, a preocupação é justamente a de que o processo se desenvolva regularmente, com a produção probatória nas mãos das partes, tendo um órgão acusador diferente do órgão julgador e sendo este imparcial.

---

[12] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. CAMARGO, Margarida Lacombe. **Sistemas processuais penais à luz da Constituição.** *Revista De Direito Costitucional e Internacional.* São Paulo, v. 97. set./out. 2016.

[13] LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[14] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 38.

A imparcialidade do magistrado, apesar de ser de difícil conceituação, pode ser compreendida como a ausência de vínculo subjetivo deste com a causa a ser julgada, ou ainda, a ausência de uma convicção preestabelecida[15].

Conforme aponta Gustavo Henrique Badaró a partir da análise de um julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Piersack vs. Bélgica), a imparcialidade deve ser tanto subjetiva quanto objetiva, sendo aquela verificada quando o juiz se abstém de fazer um pré-julgamento da causa e esta quando o juiz não oferece, perante a sociedade, dúvidas quanto à sua imparcialidade[16].

A fim de evitar a parcialidade do magistrado, o ordenamento jurídico deve limitar a sua atuação. Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988 assegura o princípio do juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LIII), proibindo a formação de um tribunal de exceção e proibindo que alguém seja julgado por uma autoridade que não seja a competente, ou seja, a legislação deve prever normas de competência previamente fixadas para o julgamento de uma causa, a fim de evitar que o magistrado seja de qualquer forma escolhido para atuar em um processo específico. Conforme aponta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “O princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto da imparcialidade”[17] .

Ademais, há previsão no Código de Processo Penal brasileiro[18] das causas de suspeição e impedimento (artigos 252 a 254), que preveem situações em que o magistrado, mesmo que seja o juiz natural da causa de acordo com as normas de competência, não poderá presidir o julgamento por encontrar-se vinculado com a causa, por possuir algum interesse no resultado final da demanda. Tais causas podem (e devem) inclusive ser arguidas de ofício pelo próprio magistrado.

Há ainda as garantias conferidas ao juiz para que não haja qualquer interferência ou influência externa em sua atuação imparcial, quais sejam, a vitaliciedade (adquirida após dois anos de exercício e que impede que o juiz seja

---

[15] THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dramologia, garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 260.
[16] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 49.
[17] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito UFPR. Curitiba. 1998. Disponível em: < https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em: 13 fev. 2019.
[18] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

destituído do cargo por mero interesse político ou particular de qualquer natureza, somente perdendo o cargo por sentença judicial transitada em julgado – artigo 95, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), a inamovibilidade (impossibilidade de o magistrado ser removido do local em que está lotado, salvo por decisão da maioria absoluta dos membros do respectivo Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça e desde que haja efetivo interesse público, assegurada a ampla defesa – artigos 93, VIII e 95, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e a irredutibilidade de subsídio (igualmente para evitar quaisquer tipos de retaliações e coações envolvendo a remuneração pelo trabalho desempenhado pelo magistrado – artigo 95, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).[19]

No caso de Portugal, que expressamente adotou o sistema acusatório em sua Constituição (art. 32, nº5: "O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório"[20]), não é possível a participação do mesmo magistrado na investigação e no processo judicial, visto que haveria uma violação da imparcialidade por ter sido ele, de alguma forma, ativo na busca de elementos de informação que servem para embasar a propositura da ação penal.[21]

Sendo assim, haveria uma vinculação subjetiva do juiz com a causa, antes mesmo de ela ter se formado, e isso denotaria já um pré-julgamento que refletiria em sua convicção final (em regra pela condenação). Com base nesse entendimento, houve inclusive a declaração de inconstitucionalidade de um artigo do Código de Processo Penal português pela Corte Constitucional, o qual "permitia a participação do juiz da instrução (fase investigatória anterior à acusação – inquérito) no julgamento da causa"[22].

---

[19] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume 1. 32 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63

[20] PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976.** Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art32. Acesso em 19 fev. 2019.

[21] THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dramologia, garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 236

[22] Ibidem.

No que tange à participação do juiz na fase investigatória e o princípio da imparcialidade, leciona Geraldo Prado[23]:

> Com efeito, não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da opinio delicti. 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.

Sendo assim, verifica-se que para se garantir a imparcialidade do magistrado não basta haver uma limitação à sua atuação apenas na fase processual, mas também nas fases preparatórias que servem de base para a propositura da ação penal (como é o caso do inquérito policial).

Por fim, é imperioso ressaltar que não há como se esperar que um magistrado atue com completa neutralidade – até porque são seres humanos e cresceram em um meio social que os influenciou[24] – porém, há que se ater à noção de imparcialidade como o comportamento necessário do juiz para decidir a causa como pessoa estranha às partes e aos interesses nela discutidos[25].

### 1.3 O sistema acusatório no Brasil

Para que se entenda o sistema processual penal adotado no Brasil, é necessário fazer uma breve exposição histórica, principalmente no que tange à entrada em vigor do Código de Processo Penal e à promulgação da Constituição Federal de 1988.

O atual Código de Processo Penal brasileiro entrou em vigor em 3 de outubro de 1941, momento em que o Brasil vivia uma ditadura implantada por Getúlio Vargas (conhecido como Estado Novo) e regida pela autoritária Constituição de 1937.

Nesse cenário, inspirado no direito processual penal italiano durante o regime fascista, o Código de Processo Penal, em sua redação originária. possuía

---

[23] PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 175

[24] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 48-49.

[25] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 463-464.

características marcadamente inquisitórias, entre elas: a prisão, a depender do crime, era a regra; diversas práticas eram legitimadas para se chegar a “verdade real”, inclusive o amplo e livre poder probatório do juiz; o silencio do réu ou sua ausência no interrogatório eram interpretados em seu desfavor, sendo o interrogatório apenas um meio de prova (e não um meio de defesa), entre outras.[26]

Há de ser ressaltado, inclusive, que havia a possibilidade de instauração de ação penal de ofício pelo juiz no caso de contravenções penais (art. 531 do CPP) e nos casos de crimes de lesão corporal ou homicídio culposos, nos termos da Lei n. 4.611/65[27]. Aqui claramente se observa uma confusão entre as funções de acusar e julgar, que são próprias do sistema inquisitório.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (que vigora atualmente), que simbolizou e materializou a redemocratização no Brasil (após a implantação da ditadura militar em 1964), há uma preocupação em explicitar os princípios norteadores do processo penal, expressando as garantias que devem ser respeitadas a fim de que este se adeque a um Estado Democrático de Direito. como exemplos dessas garantias podemos mencionar a presença do contraditório e da ampla defesa, a presunção de não culpabilidade, a vedação de provas ilícitas, entre outras.

A fim de se adequar à nova sistemática constitucional, o Código de Processo Penal passou por reformas significativas, principalmente em 2008 e 2011. Como exemplos dessas reformas, podemos mencionar a mudança na ordem da audiência, em que o interrogatório do réu passa a ser o último ato, justamente por ser um meio de defesa (o que só pode ocorrer após a oitiva das demais partes), bem como a revogação do artigo 393, que estabelecia a prisão como regra após a sentença condenatória recorrível.

Outra reforma igualmente importante foi a impossibilidade de o juiz condenar o réu com base unicamente nos elementos de informação colhidos na fase

---

[26] PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal.** 22 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 7-8.

[27] DIAS, Clara. **Princípios norteadores do processo penal brasileiro.** Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13566-13567-1-PB.pdf>. Acesso em 20 fev. 2019.

investigatória (artigo 155 do Código de Processo Penal), visto que, em regra, não há a presença do contraditório e da ampla defesa nessa fase.

Cumpre destacar que a Constituição Federal de 1988 expressamente estabeleceu, em seu artigo 129, inciso I, que incumbe ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública, impedindo que o juiz o substitua na função de órgão acusador[28].

Levando em consideração essa atribuição constitucional exclusiva do Ministério Público para propor a ação penal, além de todas as garantias que a Carta Maior confere aos acusados em geral, parte da doutrina e da jurisprudência consideram que o sistema processual penal adotado pelo Brasil é o acusatório, a despeito de, ao contrário de Portugal, não haver uma disposição expressa nesse sentido.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em diversas oportunidades no sentido de que o sistema processual penal adotado no Brasil é o acusatório. Em suas palavras[29]:

> A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.

Há corrente doutrinária, entretanto, que argumenta que não se pode afirmar que o Brasil adota um sistema acusatório puro e, por vezes, inclusive, afirma que o Brasil adota um sistema misto ou inquisitório garantista[30]. Isso porque o Código de Processo Penal brasileiro, promulgado na década de 1940, ainda possui diversos dispositivos que remontam a essa época ditatorial e possuem feição inquisitorial, mesmo após as já mencionadas reformas ocorridas.

São diversos dispositivos do Código de Processo Penal que indicam uma inclinação ao sistema inquisitório, justamente por conferirem ao juiz certa

---

[28] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 40

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5104 MC/DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 out. 2014. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552009>. Acesso em: 20 fev. 2019.

[30] NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 54

possibilidade de gestão probatória, como é o caso da requisição de abertura de inquérito policial, da decretação de ofício da prisão preventiva, da requisição de produção antecipada de provas e realização de diligências antes de proferir a sentença[31], além da possibilidade de oposição ao pedido de arquivamento do inquérito policial promovido pelo Ministério Público (que é o objeto do presente trabalho), entre outros.

Feitas tais considerações, cumpre ressaltar que não é simples a conclusão de que o Brasil adotou o sistema acusatório, principalmente diante de um Código de Processo Penal com nítidas características inquisitórias. Mas, mesmo assim, parece mais acertada a corrente que conclui pela adoção do sistema acusatório pelo Brasil.

Não se pode olvidar que, no ordenamento jurídico, a Constituição tem posição de supremacia e funciona como fundamento de validade para todas as demais normas, que por sua vez não poderão subsistir se forem com ela incompatíveis[32].

Diante desse cenário, em que de um lado a Constituição adota expressamente princípios e institutos do sistema acusatório e do outro a legislação infraconstitucional que ainda possui resquícios de sistema inquisitório, Norberto Avena assevera que[33]:

> Neste contexto, duas soluções se apresentam: ou se consideram inconstitucionais, por violação do sistema acusatório, os dispositivos infraconstitucionais que consagrem procedimento incompatível com as regras desse modelo; ou se busca conferir a tais previsões legislativas interpretação conforme a Constituição Federal. O que não se pode é cogitar de uma terceira possibilidade, qual seja, a da coexistência do *sistema inquisitivo* previsto em dispositivos de legislação infraconstitucional juntamente com o *sistema acusatório* assegurado em normas constitucionais, pois isto, a nosso ver, implica negar vigência à Constituição Federal enquanto Lei Maior.

Sendo assim, há que se resolver o impasse gerado pela incompatibilidade entre a norma e a Constituição, seja extirpando a norma do ordenamento jurídico, seja conformando sua interpretação segundo os ditames acusatórios constitucionalmente

---

[31] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1.** 35 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118

[32] SILVA, José Afonso da. apud. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 18 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

[33] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 54

delineados[34]. O que não se pode conceber é que se conclua que o Brasil não adotou o sistema acusatório por existir legislação infraconstitucional que não é compatível com o espírito da Constituição.

[34] LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 49.

# 2 O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial é um procedimento administrativo destinado à apuração de infrações penais a partir da colheita de elementos de autoria e materialidade aptos a embasar uma denúncia ou queixa-crime. A Constituição Federal atribui a atividade investigatória do inquérito policial à polícia judiciária (polícias federal e civil), consoante artigo 144, §§ 1º e 4º, sendo toda a atividade presidida pela autoridade policial (delegado de polícia)[35].

O inquérito policial é regulado pelo Código de Processo Penal em seus artigos 4º e seguintes.

Nos casos de apuração de crimes de ação penal pública, após a conclusão do inquérito policial, os autos são remetidos ao Ministério Público, órgão responsável pela propositura da ação penal pública. Ao receber os autos, ao *parquet* restará, basicamente, quatro alternativas: oferecer denúncia, requisitar outras diligências (artigo 129, VI, da Constituição Federal de 1988), declinar a atribuição (ou requerer o declínio de competência caso o juiz tenha atuado na fase investigatória) e, por fim, poderá promover o arquivamento dos autos de inquérito[36].

No que tange ao arquivamento do inquérito policial, importantes destaques hão de ser feitos.

## 2.1 Hipóteses autorizadoras da promoção de arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público

Após a remessa nos autos do inquérito policial conclusos ao Ministério Público, órgão detentor da *opinio delicti* e com atribuição privativa para a propositura da ação penal pública, pode ser que este conclua pelo não-oferecimento da denúncia, mesmo que o membro do parquet tenha atribuição para tanto e tendo sido esgotadas as possíveis diligências. Nesse caso, o órgão acusatório promoverá o arquivamento dos autos do inquérito policial.

---

[35] PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal.** 22 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 63.
[36] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

Não há um dispositivo legal expresso acerca das hipóteses autorizadoras da promoção de arquivamento do inquérito pelo Ministério Público. Entretanto, a doutrina aponta como causas autorizadoras aquelas que ensejam o não-recebimento da denúncia (artigo 395 do Código de Processo Penal) ou que ensejam a absolvição sumária do acusado (artigo 397 do citado Código). Isso porque, como são causas que impedem de plano o prosseguimento da ação penal já no seu início, não há razão para movimentar a máquina estatal para atingir um fim inevitável [37].

O artigo 395 do Código de Processo Penal dispõe que a denúncia deve ser rejeitada quando for manifestamente inepta, quando faltar pressuposto processual, condição da ação ou justa causa para o exercício da ação penal. A inépcia da denúncia, por óbvio, não será causa de arquivamento do inquérito, haja vista que ainda não há sequer a formulação da peça acusatória. Já no que tange às demais causas, estas veiculam, basicamente, a ausência dos elementos necessários a uma regular formação da relação processual e do processo, sendo a principal delas a ausência de justa causa[38].

A justa causa na ação penal pode ser entendida como a presença de indícios mínimos de autoria e materialidade[39]. Nesse sentido, caso não sejam colhidos elementos mínimos suficientes que façam concluir pela existência do crime e/ou de sua autoria, o *parquet* deve promover o arquivamento do inquérito, até porque é dever da acusação descrever, na exordial acusatória, o fato delituoso com todas as suas circunstâncias (artigo 41 do Código de Processo Civil).

Conforme leciona Maria Thereza de Assis Moura[40]:

> 1.3 Compreendida sob o ângulo negativo, é a falta desses elementos, que torna impossível submeter alguém ao processo criminal, porque nem sequer haveria probabilidade de condenação.
> 1.4 Como consequência, é sem justa causa a denúncia ou queixa formulada sem que haja mínima probabilidade de condenação.
> 1.5 Patenteia-se como corolário desta última conclusão, que a acusação formulada sem que exista probabilidade potencial de condenação é ilegal, e, além disso, iníqua, e, sobretudo, imoral.

---

[37] LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal.** 8 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 145.
[38] NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 206.
[39] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 252
[40] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: Doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 291.

Cumpre ressaltar que a análise da autoria e da materialidade neste momento não é feita de forma profunda, até porque uma conclusão definitiva acerca da sua existência somente ocorrerá durante um eventual processo, com a devida instrução e garantindo-se o exercício da ampla defesa e do contraditório. Na fase investigatória é necessário apenas a existência de indícios mínimos, ou seja, a partir de uma análise superficial dos elementos coligidos, deve-se poder concluir pela existência da justa causa[41].

Já no artigo 397 do Código de Processo Penal, estão elencadas como causas de absolvição sumária do acusado: a presença manifesta de causas excludentes de tipicidade (fato evidentemente não constitui crime), ilicitude ou culpabilidade (esta salvo se for a inimputabilidade) e, ainda, a existência manifesta de causa de extinção de punibilidade do agente (*v.g.* prescrição e decadência).

Portanto, se após as investigações no inquérito policial for verificado que se encontram ausentes de forma evidente quaisquer elementos do crime (que, segundo a teoria analítica, compõe-se de tipicidade, iliticitude e culpabilidade) ou, ainda, caso esteja presente causa extintiva de punibilidade (cujo rol não taxativo está previsto no art. 107 do Código Penal), o Ministério Público deverá promover o arquivamento dos autos do inquérito.

## 2.2 Procedimentos de arquivamento do inquérito policial e o controle pelo Poder Judiciário

Como foi visto, incumbe ao Ministério Público, após a conclusão do inquérito policial, promover o seu arquivamento quando presentes as hipóteses para tanto. O Ministério Público, a despeito de dar a última palavra sobre o arquivamento ou não dos autos do inquérito, não será o órgão responsável pelo arquivamento em si, sendo este ato de competência do magistrado.

O Código de Processo Penal regula em seu artigo 28 o procedimento do arquivamento na Justiça Estadual, dispondo *in verbis:*

> 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

[41] JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. **Direito processual penal: estudos e pareceres.** 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 356.

> 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.

Tal dispositivo se aplica aos processos que tramitam perante a Justiça Estadual. Porém, a aplicação é semelhante no que tange à Justiça Federal e a do Distrito Federal, em que o juiz federal ou o juiz de direito do Distrito Federal poderá discordar do pedido de arquivamento, momento em que serão remetidos os autos à Câmara de Coordenação e Revisão dos respectivos Ministérios Públicos (MPF e MPDFT), que se manifestará acerca do pedido de arquivamento, competindo, porém, ao chefe do órgão a decisão final.[42]

Há ainda outros procedimentos de arquivamento de inquérito policial peculiares e que merecem destaque. É o caso do arquivamento de inquérito no âmbito dos crimes contra a economia popular ou a saúde pública, previstos na Lei nº 1.521/51.

Em regra, a decisão que acolhe o pedido de arquivamento é irrecorrível. Porém, a Lei nº 1.521/51, em seu artigo 7º, determina que "Os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial". Tal disposição confere um duplo controle pelo Poder Judiciário, visto que se está diante de uma remessa oficial que conferirá ao Tribunal *ad quem* a competência para apreciar novamente o pedido de arquivamento.

Esse duplo controle judicial sobre o arquivamento do inquérito policial era também realizado no âmbito da Justiça Militar da União, que, mesmo no caso em que o Juiz-Auditor concordasse com o pedido de arquivamento, havia a possibilidade de o Juiz-Auditor Corregedor (outro magistrado) analisasse novamente o pedido de arquivamento, ocasião em que poderia proceder a correição caso entendesse pela existência de autoria e materialidade (artigo 14, inciso I, alínea "c", da Lei 8.457/92). Tramita, inclusive, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, impugnando o comando legal[43].

---

[42] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 167.

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4153/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator atual: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642477>. Acesso em: 3 de maio 2018.

O dispositivo (artigo 14, inciso I, alínea “c”, da Lei 8.457/92), entretanto, foi revogado recentemente pela Lei nº 13.774, em 19 de dezembro de 2018.

Outro procedimento que igualmente excepciona a regra da irrecorribilidade da decisão de arquivamento é a prevista para a contravenção penal relacionada ao jogo do bicho, no artigo 6º do Decreto-Lei nº 1.598/1951, que dispõe ser cabível recurso em sentido estrito do arquivamento da representação formulada ao *parquet*[44].

No que tange ao procedimento de arquivamento realizado nos feitos originários do Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, em que o pedido de arquivamento é formulado desde já pela autoridade máxima do Ministério Público (Procurador-Geral de Justiça no âmbito do TJ local e Procurador-Geral da República no âmbito do STJ e do STF), uma vez que ela é quem detém a atribuição para a propositura da ação penal.

Nesses casos, a despeito de a lei ser silente, o entendimento é que o magistrado é obrigado a acatar desde logo o pedido de arquivamento, não havendo que falar em aplicação do artigo 28 do CPP[45]. No que se refere ao arquivamento requerido originariamente pelo Procurador-Geral de Justiça, há previsão de recurso para o Colégio de Procuradores na Lei nº 8.625/93, em seu artigo 12, inciso XI (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Por fim, é imperioso destacar o entendimento inusitado do Supremo Tribunal Federal, como é o caso do Inquérito 4153/DF (e de muitos outros), em que, por maioria, determinou-se o arquivamento do inquérito policial de ofício (portanto, sem requerimento do Ministério Público). Naquela assentada, rejeitou-se o pedido, nos autos do inquérito, de declinação de competência para a primeira instância pela perda de foro do investigado, ao argumento de que o inquérito já teria sido prorrogado muitas vezes e ainda não tinham sido obtidos elementos suficientes para a propositura da ação penal, caso em que deveria ser arquivado desde logo, consoante a dicção do artigo 231, §4º, alínea “e”, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal[46].

---

[44] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 217.
[45] Ibidem. p. 218.
[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **INQ. 4420.** Relator atual: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149782>. Acesso em: 7 mar. 2019.

Percebe-se, portanto, que o Supremo vai além, pois não apenas realiza o controle do inquérito policial ou da obrigatoriedade da ação penal por parte do Ministério Público, mas sim se substitui na condição de órgão acusador e determina por si só o arquivamento dos autos do inquérito.

## 2.3 O arquivamento do inquérito policial e a coisa julgada

De acordo com o exposto alhures, verifica-se que o juiz, ao receber o requerimento de arquivamento do inquérito policial feito pelo Ministério Público, tem duas opções: acatar o pedido e arquivar o inquérito ou, caso entenda que são improcedentes as razões lançadas pelo órgão acusatório, remeter os autos à autoridade superior do Ministério Público para que este decida acerca do oferecimento ou não da denúncia de modo definitivo.

O artigo 18 do Código de Processo Penal dispõe que “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”.

Em complemento ao dispositivo legal, sedimentou-se o enunciado de súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”. A súmula diverge do comando legal unicamente em razão de que este dispõe que basta haver notícia de prova para a reabertura do inquérito, ao passo que aquela atribui a necessidade de efetiva prova nova para a propositura da ação[47].

Nesse contexto, surgem os seguintes questionamentos: qual a natureza jurídica do pronunciamento do juiz que arquiva o inquérito policial (seja acatando o pedido inicial do Ministério Público ou atendendo a decisão definitiva do órgão superior do *parquet*) e quais são os efeitos decorrentes dele? Em qualquer caso será possível a reabertura do inquérito e a propositura da ação penal? O tema é bastante controvertido.

---

[47] NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 210-211.

Para Guilherme Nucci, o fundamento do arquivamento é que dita a sua natureza jurídica e seus efeitos. Segundo ele, o arquivamento baseado em insuficiência de provas (ausência de justa causa) para oferecer a denúncia tem natureza administrativa e, a ele, aplica-se o retro mencionado artigo 18 do CPP. Já o arquivamento baseado na excludente de tipicidade ou de ilicitude da conduta teria natureza jurisdicional, uma vez que o magistrado teria acatado as razões expostas pelo Ministério Público e declarado a atipicidade ou licitude da conduta investigada e, assim sendo, há a formação de coisa julgada material, sem possibilidade de abertura do inquérito por provas novas[48].

Nessa mesma linha é o posicionamento de Renato Brasileiro, que afirma fazer coisa julgada formal a decisão de arquivamento com base nas causas de rejeição da denúncia (artigo 395 do CPP – principalmente com base na ausência de justa causa) e coisa julgada material aquela com base nas causas de absolvição sumária (artigo 397 do CPP), visto que nesta estar-se-á adentrando no mérito da causa[49].

Seguindo tal raciocínio, verifica-se que somente é possível a aplicação do artigo 18 do CPP e da Súmula 524 do STF nas hipóteses de arquivamento por insuficiência dos elementos de informação (ausência de justa causa para a ação penal), não sendo aceita nos demais casos[50].

Eugênio Pacceli e Douglas Fischer coadunam, em parte, com esse entendimento, apenas divergindo em relação às causas de excludente de ilicitude e de culpabilidade, ao argumento de que estas hipóteses demandariam uma necessária instrução probatória e o arquivamento com base nelas não faz coisa julgada material[51].

O Supremo Tribunal Federal também já se posicionou no sentido de que o arquivamento que tenha por base a atipicidade do fato faz coisa julgada material, mas já fez ressalvas no que tange à existência de excludente de ilicitude (tendo permitido o oferecimento da denúncia no caso em que se teve provas novas de que o agente

---

[48] NUCCI, Guillherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado.** 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 137.
[49] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
[50] QUEIROZ, Paulo. **Direito processual penal: por um sistema integrado de direito, processo e execução penal.** Salvador: JusPodivm, 2018. p. 157.
[51] PACELLI, Eugêncio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

não teria agido em estrito cumprimento do dever legal) e até mesmo de causa extintiva de punibilidade (no caso de apresentação de certidão de óbito falsa que culminou na extinção de punibilidade do agente pela morte)[52].

Pode-se concluir que, como ponto comum, os mencionados autores e o Supremo Tribunal Federal admitem a possibilidade de que o pronunciamento do juiz que determina o arquivamento do inquérito policial faça coisa julgada, sendo revestida, nesses casos, de natureza jurisdicional definitiva.

Entretanto, esta posição está longe de ser unânime.

Rogério Schietti entende que o pronunciamento do juiz que arquiva o inquérito não tem natureza jurisdicional, visto que a decisão do arquivamento cabe, em última análise, ao órgão acusador com atribuição para promover a ação penal e, nesse caso, não há jurisdição (cujo significado é “dizer o direito”), mas apenas um acatamento pelo juiz da posição adotada pelo Ministério Público.

Em suas palavras, a decisão de arquivamento é judicial, mas não jurisdicional, visto que é proferida por um juiz, mas despido do exercício de jurisdição e, assim sendo, não há que falar em formação de coisa julgada material. E ainda complementa, afirmando que[53]:

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

Ainda no entendimento esposado por Schietti, nem mesmo a existência de causa extintiva de punibilidade, como é o caso da prescrição, pode levar à formação de coisa julgada. Isso porque, como não há processo ou jurisdição, a possível ocorrência da prescrição é apenas o motivo do arquivamento (já que não há imputação feita pelo órgão acusatório que dê certeza de sua existência), não havendo uma

---

[52] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
[53] CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A Proibição De Dupla Persecução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.205.

efetiva declaração de extinção de punibilidade. Sendo assim, caso surjam provas novas no sentido de que não houve a extinção de punibilidade, desconstituindo o motivo do arquivamento (como no exemplo dado de que surgem novas provas que qualificam o crime e, por conseguinte, modificam a pena máxima cominada), seria plenamente possível a retomada da investigação e a propositura da ação penal.[54]

De igual modo, Afrânio Silva Jardim e Pierre Amorim apontam que não há formação de coisa julgada da decisão que arquiva o inquérito, uma vez que esta possui natureza administrativa, mas que por ser prolatada por órgão do Poder Judiciário, é judicial[55].

Paulo Queiroz, seguindo o mesmo entendimento, aduz que a decisão do juiz que determina o arquivamento do inquérito policial é provisória e não faz coisa julgada material, independentemente do fundamento utilizado, "seja porque tem natureza administrativa, seja porque só a sentença de mérito faz coisa julgada material, conforme dispõe o art. 502 do CPC"[56]. Ele ainda vai além, fazendo uma ponderação em relação à mutabilidade da decisão que arquiva o inquérito e defendendo uma imposição de lapso temporal e condições para o arquivamento ou desarquivamento, tudo isso em prol da segurança jurídica do investigado.

Portanto, pode-se extrair que de acordo com estes entendimentos não há a possibilidade de formação de coisa julgada material da decisão que arquiva o inquérito, sendo ela sempre *rebus sic standibus*. Sendo assim, seria possível o desarquivamento dos autos e eventual propositura de ação penal, seja qual for o fundamento que tenha servido de base para o arquivamento, desde que efetivamente haja prova nova apta a desconstituir o motivo que deu causa a ele.

Verifica-se que o tema é bastante controvertido, tendo desdobramentos até mesmo dentro de uma mesma corrente (como é o caso daqueles que defendem a formação de coisa julgada a depender do fundamento do arquivamento).

Entretanto, parece mais acertada a tese de que a decisão que arquiva o inquérito não faz coisa julgada. Primeiramente porque não há exceções feitas pelo

---

[54] Ibidem. p. 210.
[55] JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. **Direito processual penal: estudos e pareceres.** 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 194-195.
[56] QUEIROZ, Paulo. **Direito processual penal: por um sistema integrado de direito, processo e execução penal.** Salvador: JusPodivm, 2018. p. 159.

artigo 18 do CPP no que tange à possibilidade de novas investigações, ou seja, não se condicionou o desarquivamento à existência de tal ou qual fundamentação do arquivamento.

Ademais, não se vislumbra a impossibilidade de surgirem novas provas que levem a conclusão distinta daquela exposta como motivo do arquivamento, mesmo em se tratando de atipicidade do fato, de existência de causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, ou até mesmo de extinção de punibilidade. Não é impossível imaginar um caso em que se arquivou o inquérito pela incidência do princípio da insignificância no crime de furto (atipicidade), porém se descobre posteriormente, por meio de prova idônea que antes não existia, que houve violência ou grave ameaça. Ou ainda no caso em que houve a extinção de punibilidade pela prescrição e posteriormente se descobre que a data do crime foi extraída de documento falso (cuja falsidade foi atestada depois do arquivamento).

Da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal mitigou a existência de coisa julgada do arquivamento no caso em que era falsa a certidão de óbito que culminou na extinção de punibilidade ou no caso em que tinham sido queimadas as provas de incriminação e que levaram à conclusão de uma excludente de ilicitude, o mesmo pode ser aplicado a qualquer caso de arquivamento.

Ademais, cumpre ainda ressaltar que nesta fase pré-processual vige o princípio *in dubio pro societate* e justamente por se tratar de uma fase investigativa em que não há prolação de qualquer juízo de certeza (sendo este adstrito ao processo)[57], não se vislumbra a possibilidade de existência da coisa julgada.

Por fim, é imperioso destacar que, justamente por não haver previsão legal das causas em que se forma a coisa julgada material, a sua determinação fica ao total arbítrio do Poder Judiciário, criando e fazendo exceções dessas causas a todo o tempo, como já visto. Não há, portanto, a garantia da segurança jurídica que muitos defendem existir.

A única observação a ser feita é a de que o desarquivamento do inquérito (que também constitui um gravame para quem está sendo investigado)

---

[57] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 101.978/RR.** Relator: Min. Felix Fischer. Publicação: 22 out. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802099307&dt_publicacao=22/10/2018>. Acesso em: 28 fev. 2018

deveria ser também condicionado à efetiva existência de prova nova que seja capaz de desconstituir a motivação do arquivamento (aplicando o entendimento da Súmula 524 do STF), e não apenas à existência de notícia de que ela exista. Se assim fosse, a segurança jurídica restaria satisfeita (pelo menos mais garantida do que nos moldes em que ocorre hoje).

# 3 O CONTROLE JUDICIAL DO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL, À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Após essas breves considerações, já se pode entrar na discussão propriamente dita da presente pesquisa, qual seja: a participação do magistrado no arquivamento do inquérito policial – notadamente quando ele rejeita o pedido de arquivamento e o outro órgão do *parquet* oferece denúncia – ofende o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988?

## 3.1 A incompatibilidade entre o controle judicial do arquivamento do inquérito policial e o sistema acusatório

É interessante notar que muito se discute acerca do controle realizado pelo magistrado do arquivamento do inquérito policial e sua conformidade com o sistema acusatório.

Partindo da premissa de que o Brasil adotou constitucionalmente o sistema acusatório (conforme já explanado alhures), indaga-se: o magistrado que discorda do pedido de arquivamento, atuando no sentido de ver ajuizada a ação penal, e posteriormente preside e julga o processo (caso ela realmente venha a ser ajuizada pelo órgão acusatório) tem preservada a sua imparcialidade? O artigo 28 do Código de Processo Penal e os procedimentos correlatos de arquivamento foram integralmente recepcionados pela Constituição Federal de 1988? Sendo a imparcialidade do juiz e a rígida separação das funções de acusar e julgar corolários do sistema acusatório, tal controle seria com ele compatível?

Para Guilherme de Souza Nucci, haveria uma necessidade de o Poder Judiciário exercer um controle sobre a atuação do Ministério Público, especialmente no que tange à propositura da ação penal. Isso porque, segundo ele, vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal e o controle judicial daria efetividade ao princípio.[58]

Comungando deste mesmo entendimento, Tourinho Filho assevera que[59]:

> Se o Juiz devesse acatar o pedido de arquivamento mesmo entendendo que nenhuma razão assistisse ao Promotor para formular tal pedido, estaria sancionado o arbítrio deste, que, de órgão da lei e

[58] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
[59] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1.** 35 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

> fiscal da sua execução, passaria a ser fiscal das suas conveniências pessoais. Por sentimentalismo piegas ou por injunções políticas, o Promotor pediria o arquivamento e... *tollitur quaestio*, ruiria por terra o princípio da obrigatoriedade da ação penal, vale dizer, o princípio da legalidade, ficando, o que é mais grave, a repressão ao crime na dependência do Promotor. O absurdo é manifesto. Por outro lado, dissentindo da apreciação feita pelo Promotor, que se recusa a apresentar denúncia, não pode o Juiz obrigá-lo a apresentá-la, sob pena de violai; como lembra Tornaghi, ainda que por via oblíqua, o princípio do *ne procedat judex ex officio*, dogma do sistema acusatório. Assim, para fugir àquele inconveniente e para evitar a lesão ao princípio que proíbe ao Juiz o procedimento *ex officio*, a lei concedeu-lhe "uma função anormal, qual a de velar e fiscalizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública"

Sendo assim, para este autor, seria necessário o controle judicial do arquivamento a fim de evitar a atuação arbitrária e discricionária do órgão acusador.

Entretanto, ao analisar a questão em um panorama geral, levando em consideração o sistema processual penal adotado constitucionalmente, bem como todos os princípios que o regem, não parece ser essa a melhor resposta.

Conforme já explicitado, no sistema acusatório as funções de acusar e julgar devem ser separadas, cada qual com seu papel. A Constituição Federal de 1988 foi clara ao delegar ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública. Nesse sentido, é o *parquet* quem detém a *opinio delicti*, ou seja, é ele quem diz se há ou não a existência de infração penal e se a ação deve ser intentada. E, seguindo o mesmo raciocínio, é a ele, portanto, que compete decidir quando não será o caso de promover a ação penal[60].

É por isso que é absurdo se cogitar constitucional a atuação do Poder Judiciário que arquiva de ofício o inquérito policial, ou seja, arquiva sem nenhum requerimento do Ministério Público (a quem compete privativamente iniciar a ação penal), como já visto que ocorre no Supremo Tribunal Federal. Nas sábias e didáticas palavras do Ministro Celso de Mello no Inquérito 4.420/DF, que surpreendentemente ficou vencido no caso[61]:

> Na realidade, não compete ao Poder Judiciário, em anômala substituição ao órgão estatal de acusação, avaliar se os elementos de informação já produzidos no âmbito de uma dada investigação criminal

---

[60] SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O novo processo penal à luz da Constituição, vol. 2.** Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[61] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **INQ. 4420.** Relator atual: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149782>. Acesso em: 14 mar. 2019.

> revelam-se suficientes, ou não , para justificar a formação da “opinio delicti” e para autorizar, em consequência, o oferecimento de denúncia, eis que “O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação da ‘opinio delicti’, separando a função de acusar daquela de julgar” (RHC 120.379/RO, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei). (...) Em consequência do monopólio constitucional do poder de agir outorgado ao Ministério Público em sede de infrações delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, somente ao “Parquet” – e ao “Parquet” apenas – compete a prerrogativa de propor o arquivamento de quaisquer peças de informação ou de inquérito policial, sempre que inviável a formação da “opinio delicti”.

Nesse sentido, não é dado ao Judiciário o poder de iniciar (ou não) a ação penal, sob pena de usurpação da função constitucional atribuída exclusivamente ao Ministério Público e sob pena de violação do sistema acusatório, pois, caso contrário, estar-se-ia concentrando nas mãos do magistrado também a função de acusar (própria do sistema inquisitório).

Conforme leciona Renato Brasileiro, “o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento”[62].

Portanto, não parece correta a manifestação do magistrado na fase pré-processual no sentido de discordar do pedido de arquivamento e de ver ajuizada a ação penal (formando, de certa forma, a *opinio delicti* que é exclusiva da acusação), mesmo que seja sob o manto de controlar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, justamente porque no sistema processual brasileiro será esse mesmo magistrado quem julgará a futura ação penal, caso o órgão superior do *parquet* com ele concorde.

O que se esperar de um magistrado que já concluiu de forma expressa pela ausência de causas de rejeição da denúncia ou de absolvição sumária antes mesmo de iniciada a ação penal?

Conforme aponta Wagner Marteleto Filho, ao exemplificar um caso de arquivamento fundamentado na atipicidade do fato, “esta não poderá ser uma tese

---

[62] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p.38.

desenvolvida pela defesa de forma eficiente, já que o julgador proferiu decisão de mérito sobre a matéria, a qual dificilmente se modificará por ocasião da sentença" [63].

Inevitavelmente, a imparcialidade tende a ser questionada nesses casos. A emissão de um juízo de valor pelo magistrado acerca dos elementos do inquérito pode claramente ser entendido como o estabelecimento de uma pré-convicção e que, fatalmente, interferirá no julgamento final.[64].

Nas palavras de Geraldo Prado[65]:

> Acaso atendido o pleito judicial, manifestado pela discordância quanto ao pedido de arquivamento nos autos da investigação criminal, pedido este formulado pelo Promotor de Justiça, não há dúvida de que o acusado tem a temer pela tendenciosidade precocemente demonstrada pelo juiz, antes mesmo da dedução da ação penal.

Além disso, o magistrado que discorda das razões expostas pelo Ministério Público faz claro pronunciamento de fato ou de direito dos elementos do inquérito e, esse mesmo juiz, "será chamado a processar e julgar, ferindo, no cerne, a sua imparcialidade. De certa forma, não seria absurdo afirmar que estaria, por caminhos ínvios, promovendo ação penal ex officio"[66].

O argumento de que deve haver um controle maior do princípio da obrigatoriedade da ação penal não justifica a intervenção do Poder Judiciário, até porque quem dará a última palavra no final das contas será o Ministério Público. Sendo assim, a intervenção do juiz que discorda do procedimento do arquivamento do inquérito policial é desnecessária e indevida, não se coadunando com os pilares do sistema acusatório.

Vale dizer ainda que a intervenção judicial para "opinar" acerca do trabalho que, na concepção do juiz, deveria ter sido realizado pelo Ministério Público, acaba por desprestigiar a própria instituição do Ministério Público, que foi elevada na

---

[63] MARTELETO FILHO, Wagner. **Sistema Acusatório e garantismo: uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código de Processo Penal**. De Jure (Belo Horizonte) , 2009.
[64] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 54
[65] PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 179
[66] HAMILTON, Sérgio Demoro. **Alguns pespontos do art. 28 do Código de Processo Penal**. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012.

Constituição Federal de 1988 à instituição permanente e essencial a função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe, precipuamente, a defesa da ordem jurídica[67].

Diferentemente no que ocorre nos casos em que o magistrado é chamado a atuar na fase investigatória por estarem a ele constitucionalmente reservados certos atos que impliquem na limitação de direitos fundamentais (como é o caso da autorização da interceptação telefônica, prevista no artigo 5º, inciso XII, da CF/88, que implica na mitigação do direito à inviolabilidade dos sigilos telefônicos), no caso do pedido de arquivamento há uma atuação meramente "parecerista" do magistrado, que, por certo, invade o âmbito da atuação exclusiva do Ministério Público.

Sendo o Ministério Público o destinatário dos elementos colhidos na fase investigatória, justamente pelo fato de que somente é o órgão especializado e que decide (dentro dos limites legais e da indisponibilidade da ação penal pública) pela propositura da ação penal, o controle judicial se mostra descabido[68].

Até mesmo sob o ponto de vista do magistrado, a sua intervenção no arquivamento do inquérito não é boa. Isso porque, após exercer o seu controle e discordar das razões do MP para o arquivamento, está o magistrado obrigado a acatar a decisão tomada pelo órgão revisor do *parquet* caso haja insistência no arquivamento[69]. Ora, porque insistir em uma atuação "anômala" do juiz, se na verdade é o Ministério Público quem dará a última palavra?

Ademais, caso se entenda que a decisão de arquivamento faz coisa julgada, também se está usurpando a função exclusiva do juiz, pois estar-se-á conferindo à decisão do *parquet* (visto que, por mais que tenha a interferência do magistrado, é aquele que decidirá definitivamente) um *status* que somente aquele que detém função jurisdicional poderia dar. Imagine um caso em que o magistrado discorda do arquivamento fundamentado na atipicidade do fato (que é considerado hoje pela jurisprudência como situação em que há formação de coisa julgada material) e o órgão superior do Ministério Público insiste no arquivamento, concordando com as razões expostas pelo Promotor/Procurador. Nessa hipótese, mesmo tendo

---

[67] Ibidem.
[68] SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. **Manual de direito processual penal acusatório: doutrina e jurisprudêncnia**. Curitiba: Juruá, 2013.
[69] Ibidem.

discordado do arquivamento, a decisão faria coisa julgada e estar-se-ia conferindo ao Ministério Público a função jurisdicional, que é privativa do Poder Judiciário.

Conclui-se, portanto, que a atuação do magistrado nessa fase investigatória somente confere a possibilidade de acarretar a usurpação de funções tanto por parte do magistrado (que invade os limites da acusação nos casos em que é intentada a ação penal após sua discordância com o pedido de arquivamento), quanto por parte do Ministério Público (quando lhe é conferida a função jurisdicional nos casos de insistência do arquivamento em que se considera a formação de coisa julgada).

Sendo assim, deve ser reconhecido que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os dispositivos legais que atribuem ao magistrado a função de controlar o arquivamento do inquérito policial, a exemplo dos já mencionados arts. 28 do CPP, 7º da Lei nº 1.521/51 e 6º do Decreto-Lei nº 1.598/1951 (estes últimos, inclusive, dispõem sobre um duplo controle judicial).

Isso não implica em dizer que não deve haver qualquer tipo de controle, mas apenas que este pode ser exercido internamente, já que, ao fim e ao cabo, é a própria instituição do Ministério Público (órgão especializado e detentor da *opinio delicti)* quem decidirá de forma definitiva.

É assim que é o procedimento de arquivamento do inquérito no processo penal português (lembrando que Portugal adotou expressamente o sistema acusatório em sua Constituição), em que o próprio Ministério Público é que decide e arquiva os autos do inquérito policial, podendo sofrer o controle pelo superior hierárquico pelo prazo de 20 dias. Caso seja ultrapassado o prazo, somente poderá haver o desarquivamento pela existência de prova nova que invalide o fundamento utilizado para o arquivamento (artigos 277 a 279 do Código de Processo Penal português)[70]. Ou seja, não há intervenção do Poder Judiciário nesta fase, bem como não há formação de coisa julgada do arquivamento.

Conforme observado por Paulo Queiroz[71]:

---

[70] CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A Proibição De Dupla Persecução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.205

[71] QUEIROZ, Paulo. **Direito processual penal: por um sistema integrado de direito, processo e execução penal.** Salvador: JusPodivm, 2018. p. 159.

> Naturalmente, assim como o inquérito deve tramitar diretamente entre a polícia e o Ministério Público, sem intervenção judicial, o mesmo haveria de ocorrer com o arquivamento, que deveria ser promovido pelo MP, com o controle interno da própria instituição, à semelhança do que se passa com os PICs (Procedimento de Investigação Criminal) instaurados pelo MP

Não há razão, portanto, para preocupação no que tange à uma possibilidade de arbítrio do promotor/procurador, porquanto será realizado o controle e a revisão do pedido de arquivamento, entretanto dentro da própria instituição do Ministério Público que, dentre outros, consagra como princípio institucional a independência funcional[72].

## 3.2 Possíveis soluções para o impasse

Com todo o exposto, depreende-se que o controle judicial do arquivamento do inquérito policial não se coaduna com o sistema acusatório, visto que permite ao juiz substituir-se na função exclusiva do órgão acusatório.

Sendo assim, para que se tenha um processo penal livre de vícios, é necessário modificar o procedimento de arquivamento para evitar a intervenção do magistrado.

O Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 156/2009), em sua redação originária, previa o arquivamento interno no Ministério Público, dando à vítima a possibilidade de recurso para a instância revisora do órgão em caso de discordância (artigos 37 e 38 do PL 156/09). Verificou-se, portanto, o empenho em retirar do Judiciário a função controladora do arquivamento do inquérito. Na exposição de motivos do anteprojeto a mudança foi justificada nos seguintes termos:

> A regra do atual Código de Processo Penal não guarda qualquer pertinência com um modelo processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. Não há razão alguma para o controle judicial da investigação, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso. (...) Do mesmo modo,

---

[72] MUCCIO, Hidejalma. **Inquérito Policial: teoria e prática.** 2 ed. rev., ampl. e atual. Imprenta: Jaú, HM Ed, 2006. p. 256

> retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. No particular, merece ser registrado que a modificação reconduz o juiz à sua independência, na medida em que se afasta a possibilidade de o Ministério Público, na aplicação do art. 28 do atual Código, exercer juízo de superioridade hierárquica em relação ao magistrado. O controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento.

Em relação ao papel da vítima de controlar o arquivamento do inquérito, podemos esbarrar em um grave problema, qual seja, a sua falta de compreensão quanto ao seu direito de controle e até mesmo quanto à matéria fático-jurídica debatida nos autos. O ônus delegado à vítima certamente seria negativo, em virtude da responsabilidade do controle inteiramente delegado a ela e da disposição financeira necessária, haja vista a maior parte das vítimas não deterem o conhecimento jurídico, sendo necessário a contratação de um advogado para tanto[73].

Nesse sentido, afirma Jacinto Nelson, um dos juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto analisado, que o ideal e melhor sistema de controle seria o hierárquico, com a previsão de um recurso necessário a partir da decisão de arquivamento para um órgão superior revisor (como o Conselho Superior do Ministério Público), como ocorre em Portugal. Afirma ainda que cogitou-se a possibilidade dessa previsão no Anteprojeto, porém não se poderia afirmar “se teria condições materiais para tanto”, mas que mesmo assim, com a possibilidade de controle pela vítima, esta estaria sendo homenageada e não esquecida (como ocorre nos dias atuais) [74].

Entretanto, após emenda aprovada durante a tramitação na Câmara de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, retomou-se o controle judicial do arquivamento do inquérito previsto no atual código, só que agora a cargo do chamado Juiz das Garantias, que será o juiz designado para a atuação exclusivamente na fase pré-processual, ou seja, não será o mesmo que presidirá eventual processo.

---

[73] SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O novo processo penal à luz da Constituição, vol. 2.** Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

[74] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O novo processo penal à luz da Constituição, vol. 2.** Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23.

Esse procedimento adotado pelo Anteprojeto (após a emenda) é uma espécie de “descontaminação do julgado”, expressão que diz respeito ao afastamento do juiz que teve acesso a provas ilícitas e que, por tal razão, “não teria isenção de animo suficiente para apreciar o caso concreto com a imparcialidade que dele se espera”[75]. Optou-se pela substituição do juiz que atuou na fase pré-processual, uma vez que estaria ele “contaminado” por ter discordado do pedido de arquivamento ou por ter participado da colheita dos elementos de informação, o que comprometeria sua imparcialidade.

Conforme leciona Napoleão Nunes Maia Filho[76]:

> Com efeito, é quase uma obviedade dizer-se que o Juiz do Crime exercer atividades cumulativas, na fase pré-processual e na jurisdicional que lhe é subsequente, o faz perder a isenção para criticar e controlar a denúncia que depois se formule com base nos elementos cuja produção se realizou sob o seu controle na primeira etapa da persecução, bem como – principalmente – para emitir julgamento sobre o mérito da lide penal. (...) se há algo a lamentar quanto à implantação do Juízo de Garantias no Processo Penal brasileiro, será certamente que tenha demorado tanto a sua explicitação, pois desde 1988, ano da promulgação da Carta Constitucional vigente, que se poderia ter iniciado a alteração do CPP no objetivo de o instrumentar no nível da legislação sub-constitucional.

A despeito de esse procedimento resolver um dos problemas do controle judicial do arquivamento do inquérito policial, ao passo que tenta preservar a imparcialidade do magistrado que atuará no futuro processo, certamente não resolve todos. Isso porque a inconstitucionalidade na participação do juiz no arquivamento do inquérito policial não diz respeito apenas à preservação de sua imparcialidade, mas também à preservação da divisão de funções constitucionalmente delegadas a órgãos distintos.

Foi destinada ao Ministério Público, e exclusivamente a ele, a função de propor a ação penal e isso inclui a função de decidir se esta será efetivamente proposta ou não. Não cabe ao Judiciário, portanto, realizar esse papel e, por vias transversas, propor a ação penal.

---

[75] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p.629.

[76] MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Breves estudos de processo penal: Decisão de pronúncia; Investigação pré-processual; Controle judicial da denúncia; Juízo de Garantias.** Fortaleza: Imprece, 2010. p. 87.

O debate acerca da formação de coisa julgada, por tudo que já foi aqui exposto, deveria ser dirimido e concluído no sentido de que não há razão para sua existência, além, como já foi dito, de esbarrar na problemática de atribuir ao Ministério público a função jurisdicional que é própria do Poder Judiciário. Entretanto, sem olvidar que a jurisprudência pátria hoje admite a coisa julgada material em alguns casos da decisão de arquivamento do inquérito policial (nunca sabendo quando serão abertas novas exceções para as regras atuais), talvez a melhor solução seria a de remeter os autos ao magistrado após o órgão revisor já ter dado seu parecer pela permanência do arquivamento, ocasião em que aquele será obrigado a aceitar e homologar.

Por tudo o que já foi dito, a melhor opção, sem dúvida, é a tramitação direta do pedido de arquivamento entre o promotor/procurador e o órgão revisor do Ministério Público, sem a interferência do magistrado, assim como ocorre em Portugal. Ademais, o arquivamento deve ser feito no próprio órgão do Ministério Público, a fim de evitar a usurpação mútua de funções entre o Ministério Público e o Poder Judiciário, como já explicitado, sendo possível o desarquivamento apenas diante de prova nova.

No que tange à viabilidade dessa solução, como bem sopesou Jacinto Coutinho, acredita-se que ela é viável, pelo menos no âmbito do Ministério Público Federal. Isso porque há uma orientação conjunta (nº 01/2015)[77] do Ministério Público Federal para que:

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

Assim, haveria uma tramitação direta entre órgãos do Ministério Público, preservando a imparcialidade do juiz e os postulados do sistema acusatório constitucionalmente adotado.

---

[77] BRASIL. Ministério Público Federal. Orientação Conjunta nº 01/2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/Orientacao%20Conjunta%201.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

# CONCLUSÃO

O trabalho teve como objetivo analisar a compatibilidade do controle judicial do arquivamento do inquérito policial com o sistema acusatório, a fim de responder aos seguintes questionamentos: o magistrado que discorda do pedido de arquivamento, atuando no sentido de ver ajuizada a ação penal, e posteriormente preside e julga o processo (caso ela realmente venha a ser ajuizada pelo órgão acusatório) tem preservada a sua imparcialidade? O artigo 28 do Código de Processo Penal e os procedimentos correlatos de arquivamento foram integralmente recepcionados pela Constituição Federal de 1988? Sendo a imparcialidade do juiz e a rígida separação das funções de acusar e julgar corolários do sistema acusatório, tal controle seria com ele compatível?

A partir dos elementos coligidos, pode-se perceber que a questão principal e seus desdobramentos não tem posição uníssona na doutrina e jurisprudência nacionais. Duas posições tiveram destaque: uma que defende o controle judicial do arquivamento do inquérito policial, seja para dar efetividade ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, seja para conferir caráter de definitividade ao pronunciamento de arquivamento; e outra que rechaça a tese, por não se coadunar com os princípios básicos do sistema acusatório adotado pela Constituição.

Confirmando a hipótese inicialmente lançada, após uma apreciação crítica e ponderada das informações obtidas, foi possível concluir que a tese mais coerente é a de incompatibilidade do controle judicial do arquivamento do inquérito policial com o sistema acusatório.

Em um sistema processual penal acusatório, não podem estar presentes procedimentos que atentem contra a separação rígida entre as funções de acusar e julgar e contra a imparcialidade do julgador. De fato, a atuação do magistrado que controla e discorda do arquivamento do inquérito policial, “opinando” pelo ajuizamento da ação, além de ter violada sua imparcialidade, invade a esfera de atribuição exclusiva do órgão acusatório.

Portanto, não se trata somente de afastar o magistrado que atuou na fase pré-processual da fase processual. É inegável que, por vias transversas, o controle

judicial do arquivamento do inquérito policial nada mais é do que a delegação ao magistrado da *opinio delicti* e, até mesmo, do próprio ajuizamento da ação penal.

Não há nada que impeça que o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal seja feito pelo próprio órgão acusatório (órgão especializado para decidir pela propositura da ação penal), em um sistema revisor hierárquico interno.

Ademais, se a última palavra, em todo caso, é dada pelo Ministério Público, o argumento de que deve ser conferida definitividade à decisão de arquivamento do inquérito (formando coisa julgada material), também padece de inconstitucionalidade. Isso porque, além de não trazer a segurança jurídica esperada – já que as hipóteses de formação da coisa julgada e suas exceções ficam ao arbítrio do Judiciário -, confere ao Ministério Público função jurisdicional, que é exclusiva do Poder Judiciário.

Sendo assim, a atuação do magistrado no arquivamento do inquérito policial, além de desnecessária, é indevida.

Não se pode olvidar que o procedimento de controle judicial do arquivamento do inquérito previsto no Código de Processo Penal tem nítidas influências inquisitórias, mormente quando se considera a época em que foi elaborado (o atual Código de Processo Penal remonta à década de 1940).

Entretanto, em um ordenamento jurídico escalonado, as normas infraconstitucionais têm a Constituição Federal como fundamento de validade. Sendo assim, considerando que a Constituição Federal brasileira adotou o sistema processual penal acusatório, não se pode conceber a preservação e aplicação de normas que são com ele incompatíveis, como é o caso daquelas que permitem o controle judicial do arquivamento do inquérito policial.

Portanto, diante de todo o exposto, conclui-se que o melhor procedimento a ser adotado, a fim de dar efetividade ao espírito acusatório previsto da Constituição Federal, é o de controle do arquivamento do inquérito policial no âmbito do próprio Ministério Público, órgão exclusivamente responsável pela propositura da ação penal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. **Lei nº 1.508, de 19 de dezembro de 1951**. Regula o Processo das Contravenções definidas nos artigos 58 e 60 do Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944. Rio de Janeiro, 1951. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1508.htm>.

BRASIL. **Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Lei que altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Rio de Janeiro, 1951. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm>.

BRASIL. **Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992**. Lei que Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Brasília, 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

BRASIL. Ministério Público Federal. Orientação Conjunta nº 01/2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/Orientacao%20Conjunta%201.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 101.978/RR.** Relator: Min. Felix Fischer. Publicação: 22 out. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802099307&dt_publicacao=22/10/2018>. Acesso em: 28 fev. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4153/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator atual: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642477>. Acesso em: 3 de maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **INQ. 4420.** Relator atual: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149782>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 5104 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 out. 2014. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552009>. Acesso em: 20 fev. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito UFPR. Curitiba. 1998. Disponível em: < https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em: 13 fev. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O novo processo penal à luz da Constituição, vol. 2.** Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A Proibição De Dupla Persecução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

DIAS, Clara. **Princípios norteadores do processo penal brasileiro.** Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13566-13567-1-PB.pdf>. Acesso em 20 fev. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade real e verdade formal? Um falso problema.** *Verdade e prova no Processo Penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo.* Coordenador: Flávio Cardoso Pereira. 1 ed. Brasília:Gazeta Jurídica, 2016.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **Alguns pespontos do art. 28 do Código de Processo Penal**. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. **Direito processual penal: estudos e pareceres.** 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais.** Disponível em: < http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal.** 8 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Breves estudos de processo penal: Decisão de pronúncia; Investigação pré-processual; Controle judicial da denúncia; Juízo de Garantias.** Fortaleza: Imprece, 2010.

MARTELETO FILHO, Wagner. **Sistema Acusatório e garantismo: uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código de Processo Penal.** De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte,

n. 12, p. 193-217, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28044>. Acesso em: 09 fev. 2019.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. CAMARGO, Margarida Lacombe. **Sistemas processuais penais à luz da Constituição.** *Revista De Direito Costitucional e Internacional.* São Paulo, v. 97. set./out. 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: Doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 291.

MUCCIO, Hidejalma. **Inquérito Policial: teoria e prática.** 2 ed. rev., ampl. e atual. Imprenta: Jaú, HM Ed, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guillherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado.** 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

PACELLI, Eugêncio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 22 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976.** Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art32.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Direito processual penal: por um sistema integrado de direito, processo e execução penal.** Salvador: JusPodivm, 2018.

RAYOL, Rafael Ribeiro. **Desafios contemporâneos do Sistema Acusatório.** Brasília: ANPR, 2018.

SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. **Manual de direito processual penal acusatório: doutrina e jurisprudêncnia**. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, José Afonso da. apud. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 18 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O novo processo penal à luz da Constituição, vol. 2.** Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dramologia, garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. 32 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1.** 35 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.