

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CONSTITUIÇÃO**

**NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO**

**PAULO CESAR CORREA BORGES**

**CARLOS ALBERTO MENEZES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização  
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar  
Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-045-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de  
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.  
Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju,  
SE).

CDU: 34



## XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

### DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

---

#### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

**A INDEVIDA SUBMISSÃO AO CONTROLE JUDICIAL DO PEDIDO DE  
ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL**

**THE IMPROPER SUBMISSION TO JUDICIAL CONTROL OF THE POLICE  
INVESTIGATION FILING OF APPLICATION**

**Antonio José Franco de Souza Pêcego  
Sebastião Sérgio Da Silveira**

**Resumo**

O processo penal ao longo da história se digladia com dois dos sistemas processuais, de um lado temos o inquisito e de outro o acusatório. No primeiro a figura do julgador se mescla à do acusador, atuando aquele de ofício na produção de provas. No segundo, condizente com a democracia, a figura do julgador é distinta à das partes a quem cabe com exclusividade a produção das provas, assegurando-se assim o exercício das garantias constitucionais da magistratura, em especial da imparcialidade, que são, na essência, as do jurisdicionado. Esse quadro se verifica no Brasil, em especial, após a Constituição Federal de 1988 que nos trouxe um processo penal democrático e garantista em plena vigência de um Código de Processo Penal de 1941 que tem fortes resquícios inquisitoriais. Dessa forma, é de se ressaltar que o Ministério Público obteve importantes conquistas democráticas com o advento da Constituição Federal vigente, dentre as quais, destacamos como a mais importante o fato de que lhe cabe, privativamente, promover a ação penal pública. Esse poder conquistado confere inegavelmente ao Ministério Público o controle da obrigatoriedade da ação penal, sendo indevido o exercício desse controle administrativo por parte do judiciário quando do requerimento do arquivamento do inquérito policial, como preconiza o art. 28 do Código de Processo Penal, problemática que pretendemos enfrentar nesse pequeno ensaio visando apresentar, ao final, soluções possíveis que viabilizem a sua aproximação de um sistema processual puro dentro de um processo penal democrático.

**Palavras-chave:** Inquérito policial, Arquivamento, Controle judicial, Ministério público.

**Abstract/Resumen/Résumé**

The criminal proceedings throughout history it wrestles with two procedural systems on the one hand we have the inquisito and other accusatory. At first the judge figure merges with the accuser, that acting craft in the production of evidence. In the second, consistent with democracy, judgmental figure is distinct to the parties to whom it is exclusively the production of evidence, thus ensuring the exercise of the constitutional guarantees of the judiciary, in particular impartiality, which are, in essence, of the claimants. This framework is found in Brazil, in particular, after the Federal Constitution of 1988 brought us a democratic and garantista criminal proceedings in full force of a Code of Criminal Procedure, 1941 which has strong remnants inquisitorial. Thus, it is to emphasize that prosecutors

obtained important democratic gains with the advent of the Federal Constitution in force, among which we highlight as the most important the fact that it is up to you, privately, promote public prosecution. This power gives won undeniably the Public Ministry the control of mandatory prosecution and improper exercise of administrative control by the judiciary when filing the request of the police investigation, as called for in art. 28 of the Criminal Procedure Code, an issue that we intend to address in this short essay in order to present, the end, possible solutions that enable their approach of a pure procedural system within a democratic criminal proceedings.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Police investigation, Archiving judicial control, Prosecutors.

## INTRODUÇÃO

O nosso Código de Processo Penal de 1941 não acompanhou a evolução da sociedade que se expressa atualmente por meio da Constituição Federal de 1988, uma vez que o Estatuto Adjetivo Penal teve forte influência fascista oriundos da Constituição de 1937 e até hoje apresenta resquícios inquisitórios em pleno Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 nos trouxe um sistema acusatório puro em que os sujeitos processuais estão colocados nos seus devidos lugares, configurando juntamente com os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana o denominado processo penal democrático e garantista.

Essa nova perspectiva processual penal tem acarretado ao longo de mais de duas décadas de existência, constantes alterações ou reformas pontuais no Código de Processo Penal vigente, tornando-o um boneco de retalhos em que sistemas processuais se mesclam, razão pela qual a melhor exegese de muitos de seus dispositivos reclama que seja feita a partir da Constituição Federal de 1988 e não ao contrário.

No caso, o artigo 28 do Código de Processo Penal em vigor surgiu, conforme consta da exposição de motivos, com o intuito de não se deixarem dúvidas que costumavam surgir quando o Ministério Público se recusava a oferecer denúncia, deixando nas mãos do judiciário essa atividade administrativa anômala de controle da atividade ministerial oriunda de um tempo em que se atribuía o caráter absoluto ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que no pós 1988 com a mudança de paradigmas processuais penais tem suscitado questionamentos de parte da doutrina de sua prática ser a melhor ou não a ser observada.

Neste pequeno ensaio pretendemos, tendo como referencial teórico Afrânio Silva Jardim, trabalhar esse objeto por meio do método hipotético-dedutivo como principal, e o histórico-evolutivo como auxiliar de forma a possibilitar um melhor enfrentamento da problemática.

## 1 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

### 1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Este nosso trabalho reclama uma abordagem restritiva do princípio da obrigatoriedade a que está vinculado o Ministério Público, uma vez que trataremos da sua incidência apenas no âmbito da ação penal pública.

SILVA JARDIM (2001, p. 50) assinala que grande parte da doutrina adota o princípio da legalidade e da obrigatoriedade como sinônimas do dever ministerial de propor a ação penal condenatória, mas deixa claro que entende que esse dever decorre do próprio princípio da legalidade.<sup>1</sup>

Há processualistas que sustentam de que o princípio da obrigatoriedade vem sendo mitigado ao longo do tempo, apontando como causa o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais que instituiu a transação penal, a suspensão condicional do processo e tornou em ação penal pública condicionada à representação o delito de lesões corporais leves, sendo que alguns, como bem assinala SILVA JARDIM (2001, p. 55), incluem nesse rol o pedido de arquivamento do inquérito policial que reclama fundamentação, tema que deixaremos para abordar especificamente mais a frente.

Quando se concretiza a transação penal, o *sursis* processual ou se passa legalmente a se exigir representação para legitimar o Ministério Público como titular de certa ação penal pública, não se está mitigando, *prima facie*, o princípio da obrigatoriedade que é inerente ao seu atuar, até porque não vemos como mitigá-lo sem o desestruturar, mas sim que o Estado está, este sim, exercendo com parcimônia nos casos previstos em lei o seu direito de punir (*ius puniendi*) ao selecionar aqueles que entende ter mais ou menos prioridade/interesse em materializar o seu direito de punir, tanto que essa questão, ao longo do tempo, vem se alterando conforme a evolução da sociedade.

### 1.2 O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

---

<sup>1</sup> Entendemos que na verdade se traduz num poder-dever do Ministério Público ingressar com a ação penal pública, oferecendo a denúncia, obviamente, presentes as condições da ação com suporte probatório mínimo (CPP; art. 395). Dessa forma, para nós, o princípio da legalidade está intrínseco em todos os atos ministeriais que antecedam ou não o oferecimento da denúncia, no caso, impulsiona a atuação ministerial. No tópico próprio iremos abordar essa questão com maior amplitude que ela merece, visando aclarar dúvidas que possam ter surgido.

Em se tratando de pedido de arquivamento de inquérito policial, igualmente entendemos que não há mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, simplesmente porque ele está sempre presente apenas quando há suporte probatório mínimo (justa causa) e demais condições da ação que autorizam a persecução criminal na fase judicial que tem como pilares num processo penal democrático e garantista os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

Sem embargo há entendimentos em contrário sobre a obrigatoriedade da ação penal, sendo que recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu com base em precedente daquela Corte:

Embora a ação penal pública seja pautada, como regra, pelo princípio da obrigatoriedade, “o Ministério Público, sob pena de abuso no exercício da prerrogativa extraordinária de acusar, não pode ser constrangido, diante da insuficiência dos elementos probatórios existentes, a denunciar pessoa contra quem não haja qualquer prova segura e idônea de haver cometido determinada infração” (HC 71429, Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ 25-08-1995).<sup>2</sup>

O Ministério Público, como sabemos, é o titular exclusivo da ação penal pública desde 05 de outubro de 1988, atuando como *longa manus* do Estado que como órgão inerte, lança mão daquele que o constituinte originário constituiu para que possa, em seu nome, viabilizar a concretização do seu direito abstrato de punir sobre todo aquele que pratica uma infração penal e/ou que ignora norma de conduta do contrato social, causando desequilíbrio à paz social que deve reinar no convívio em sociedade.

Para isso, sustentamos que atrelado ao princípio da obrigatoriedade está o da oportunidade, daí entendermos que há um poder-dever (positivo ou negativo) do Ministério Público exercitar a ação penal, sempre vinculado ao princípio da legalidade e não à discricionariedade, sob pena de dar azo à arbitrariedade.

O poder-dever *positivo* decorre do fato de que a *oportunidade* surge com a prática da infração penal, e a *obrigatoriedade* de exercitar a ação penal pública decorre da presença das condições da ação com suporte probatório mínimo, enquanto o *negativo* pode surgir de haver

---

<sup>2</sup>STF-HC 117589/SP.2ª Turma, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, v.u., j. 12/11/2013, DJe 25/11/2013.

a *oportunidade* na fase inquisitorial, mas não a obrigatoriedade, ausentes os requisitos que autorizam exercitar a ação penal com justa causa.

Assim, o poder-dever *negativo* de exercitar a ação penal pública decorre de quando o Promotor de Justiça requer o arquivamento do inquérito policial e, assim, promove a justiça ao neutralizar a intervenção penal estatal que julga descabida por não estarem presentes os requisitos legais e/ou não haver justa causa para a ação penal, afinal mesmo quando atua como parte, nunca deixa de ser fiscal da lei (*custos legis*).

Nesse sentido, entendemos que a forma *positiva* de exercer esse poder-dever é a que caracteriza o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Não estamos dizendo com isso que há discricionariedade e obrigatoriedade da ação penal, até porque são princípios antagônicos, mas sim que há *oportunidade* quando da prática de uma infração penal e que há *obrigatoriedade* da ação penal a ser ofertada quando presentes os requisitos legais, até porque, forçosamente, no momento que antecede o oferecimento da denúncia, não há como desvincular a discricionariedade que exerce o titular da ação penal pública quando aprecia se há suporte probatório mínimo para o seu ajuizamento, ou até mesmo se houve a prática de um fato típico, ilícito e culpável, assim considerado pela teoria tripartida do delito, ou mesmo se houve para os que adotam a teoria bipartida, a prática de um fato típico e ilícito, o que não tem nada haver com a obrigatoriedade de intentar a ação penal.

Com fundamentos próprios, pontua cirurgicamente SILVA JARDIM (2001, p. 56-57):

O que ocorre, na verdade, é que o dever de exercitar a ação penal pública somente surge diante de determinada situação fática, diante da presença de determinadas condições previstas pelo próprio legislador. [...]. Já afirmamos que o arquivamento e a propositura da ação penal são as duas faces da mesma moeda. Se a hipótese é de denúncia, o arquivamento não deve ser requerido; se é caso de arquivamento, a denúncia não deve ser apresentada. É intuitivo. [...].

Ressalte-se, finalmente, que esta pequena dose de discricionariedade não recai sobre o exercício ou não da ação penal, segundo critérios de oportunidade ou conveniência, mas recai apenas sobre a presença ou não do dever legal de propor a ação condenatória (existência de prova mínima). São situações diferentes.

Lado outro, os casos que eventualmente autorizem o reconhecimento do princípio da insignificância devem ser resolvidos sob o escopo penal e não processual penal, daí não se pode ter como presente a *oportunidade* de oferecer ou não denúncia quando diante de uma

situação fática insignificante ou de bagatela, mas sim o poder-dever *negativo* da *obrigatoriedade* por restar materialmente atípica a conduta do agente de forma que não autoriza na fase judicial a *persecutio criminis* por meio da ação penal cabível.

## **2 O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL NUMA PERSPECTIVA ATUAL E FUTURA**

Desde que está em vigor o CPP, por força do seu art. 28, se o Ministério Público ao invés oferecer denúncia, requer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer outras peças de informação, cabe ao Juiz competente arquivar, como já bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Embora seja a **ação penal** pública regida pelos **princípios da obrigatoriedade** e da indisponibilidade, pode o Promotor, de forma arrazoada, pedir o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, restando ao Juiz, caso assim não concorde, utilizar-se do disposto no art. 28, do Código de Processo **Penal**.<sup>3</sup>

Do contrário, se entender que estão presentes os requisitos legais e há suporte probatório mínimo, determina a remessa do que foi objeto do requerimento ministerial ao procurador-geral para análise, podendo este, entendendo acertada a posição judicial, denunciar ou designar outro órgão ministerial para fazê-lo, ou então, discordando, insistirá no arquivamento das peças, no que estará o Juiz obrigado a atender, ou seja, como bem registra BONFIM (2006, p. 127), “trata-se do princípio da devolução, que estabelece a função anormal do magistrado, no sentido de devolver ao Chefe do *Parquet* a decisão acerca do arquivamento ou não do inquérito”.

De uma forma ou de outra, acatando o requerimento ministerial de arquivamento, ou discordando, mas insistindo o Ministério Público por meio de seu procurador-geral que é o caso de arquivamento, o Juiz apenas estará chancelando administrativamente, por meio de ato anômalo à atividade judicial, o que o titular do *dominus litis* entende e requer sem ter alternativa que não seja atender essa deliberação.

O Superior Tribunal de Justiça acompanhando posição do Supremo Tribunal Federal já se manifestou

---

<sup>3</sup> STJ-HC 47536/BA. 5ª Turma, Rel.ª Min. LAURITA VAZ, v.u., j. 19/10/2006, DJe 20/11/2006, p. 345.

Deveras, a jurisprudência do E. STF é uníssona no sentido de que o monopólio da ação penal pública, incondicionada ou condicionada, pertence ao Ministério Público. Trata-se de função institucional que lhe foi conferida, com exclusividade, pela Constituição Federal de 1988. É incontestável o poder jurídico-processual do Chefe do Ministério Público que requer, na condição de 'dominus litis', o arquivamento judicial de qualquer inquérito ou peça de informação. Inexistindo, a critério do Procurador-Geral elementos que justifiquem o oferecimento da denúncia, não pode o Tribunal, ante a declarada ausência de formação da 'opinio delicti', contrariar o pedido de arquivamento deduzido pelo Chefe do Ministério Público. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Inquérito nº 510 – DF, publicado DJ de 19 de abril de 1.991).<sup>4</sup>

Esse controle administrativo-judicial do princípio da obrigatoriedade da ação penal, não mais se justifica a partir da Constituição Federal de 1988. O objeto de pesquisa que repousa no referido art. 28 do CPP, conforme consta da exposição de motivos de 1941, surgiu, repita-se, sob o fundamento de não dar azo há dúvidas que costumavam surgir no caso do Promotor de Justiça se recusar a oferecer denúncia, contudo há de se fazer uma releitura desse dispositivo com esteio no que preconiza um processo penal constitucional e democrático.

Com efeito, é sabido que o *ius puniendi* pertence com exclusividade ao Estado-administração que procura concretizá-lo quando alguém causa um desequilíbrio na convivência social, quebrando as regras do contrato social existentes nesse âmbito. Assim, o Estado mediante sua intervenção visa restabelecer o equilíbrio necessário à pacificação social para o bem-estar de todos, punindo, se for o caso, aquele que se tem como infrator, na esperança que os efeitos da pena se concretizem.

O Estado-Administração lança mão da Polícia Judiciária para apurar as infrações penais e determinar a sua autoria, e do Ministério Público para, como atual titular exclusivo da ação penal pública, denunciar ou não aquele tido como autor de um fato-crime, visando, se então for o caso, ao final, que haja a concretização do *ius puniendi* estatal que se dará, agora, por mãos do Estado-Juiz.

Ora, verifica-se assim que não mais cabe ao judiciário exercer o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal por parte do Ministério Público, aplicando o art. 28 do CPP quando julgar necessário, uma vez que atualmente descabe a outrem, que não seja o órgão do

---

<sup>4</sup> STJ-AgRg na Sd 148/RJ. Corte Especial, Rel. Min. LUIZ FUX, v.u., j. 16/04/2008, DJe 04/08/2008.

Ministério Público, privativamente promover a ação penal pública, na forma da lei (CF; art. 129, I), não havendo mais a nefasta figura do Promotor *ad hoc* de outrora, ou mesmo do procedimento judicial *ex officio* com relação às contravenções penais, como consta da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941.

MUCCIO (2011, p. 230) embora entenda que razões de ordem prática justificam a disposição atual do art. 28 do CPP, razões teóricas, se assim podemos dizer, fazem com que entenda diversamente para sustentar que o arquivamento do inquérito policial deveria ficar restrito ao Ministério Público, sem qualquer participação judicial, consignando ainda:

Se o órgão do Ministério Público é o senhor da ação penal, se a ele compete a *opinio delicti*, se ele é o *dominus litis*, por que admitir a intromissão do juiz, conferindo-lhe a tarefa de fiscal da observância do princípio da legalidade? Esse controle não poderia ser feito *interna corporis*, pelos órgãos superiores do Ministério Público, ou até mesmo pelo procurador-geral, com exclusividade? Mesmo consagrada a interferência jurisdicional (CPP, art. 28), o juiz não está obrigado a atender ao pedido de arquivamento, se o procurador-geral nele insistir? Se é o Ministério Público que dá a última palavra em matéria de arquivamento de inquérito, por que conferir aquela função anômala ao juiz?

PACELLI e FISCHER (2013, p. 73-74) vêm se manifestando nesse sentido que descabe ao judiciário esse controle, ao pontuar estes:

Pensamos que o controle da atuação ministerial, isto é, no sentido de avaliar a correção do juízo negativo de propositura da ação penal (materializado no pedido de arquivamento), não deveria ser da competência do juiz, até mesmo de maneira a preservar, o quanto e ao máximo possível, a imparcialidade do julgador, evitando-se o seu pronunciamento antecipado sobre o caráter *aparentemente* ilícito do fato. Talvez, melhor seria se o citado controle coubesse ao próprio Ministério Público, *de officio*, ou por provocação do ofendido.<sup>5</sup> (**grifo do autor**)

MOREIRA (2006) também já se posicionou no mesmo sentido sobre essa questão, tendo assinalado:

**De lege lata**, no entanto, permite-se ao Juiz exercer este controle, ainda que se trate verdadeiramente de uma atividade anômala.

Porém, tratando-se de uma peça informativa cuja posterior competência para o julgamento seja originária de Tribunal (e a atribuição, por conseguinte, recaia sobre o chefe do **parquet**), evidentemente que não se faz necessária a remessa de pedido de arquivamento para o respectivo Tribunal, sendo perfeitamente possível realizar-se administrativamente, no âmbito do Ministério Público.

---

<sup>5</sup> Em sentido contrário Guilherme de Sousa Nucci ao sustentar que esse controle é feito pelo judiciário justamente para prestigiar e homenagear o princípio da obrigatoriedade da ação penal, embora reconheça ser uma atuação anormal por ser administrativa e não jurisdicional. (2003, p. 27).

Ora, se a última palavra é a do Procurador-Geral, qual o sentido de submetê-la ao órgão judiciário que nada mais poderá fazer senão arquivar? Não é possível ao Judiciário impor ao Ministério Público o oferecimento de uma denúncia, até mesmo porque o art. 129, I da Constituição Federal estabelece ser privativa do **parquet** a titularidade da ação penal pública. Afinal de contas **nemojudexsineactore...**

Num processo penal constitucional, garantista e democrático, como aquele previsto na nossa Constituição Federal de 1988, vigora o sistema penal acusatório puro que gera uma dicotomia permanente com o aquele ainda em vigor no Estatuto Adjetivo Penal, este que guarda resquícios de uma cultura inquisitiva que gradativamente, diria, a passos de cágados, vem sendo minimizada, em que pese há forte resistência do movimento lei e ordem por meio político e de comunicação de massas que, podemos dizer, vem ganhando cada vez mais força após a hedionda Lei n. 8.072/1990.

Salienta com propriedade AURY LOPES Jr.(2013, p. 316), em sintonia com o constante do Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, quando diz que

a sistemática do art. 28 está ultrapassada. Não cabe ao juiz esse tipo de atividade, quase recursal, como a prevista no art. 28. O ideal seria instituir uma fase intermediária, com uma estrutura dialética, onde os possíveis interessados (sujeito passivo do IP e vítima) se manifestassem sobre o pedido de arquivamento e dispusessem de uma via recursal adequada para impugnar a decisão oriunda desse pedido.

Com isso, o princípio *ne procedat judex ex officio* ganha a amplitude e solidez desejada num sistema penal acusatório puro, para não só alcançar a completa separação entre o Juiz e o Órgão de Acusação, como previa a exposição de motivos do CPP de 1941, mas sim a ambas às partes e à produção de provas, assegurando a não contaminação da garantia constitucional da imparcialidade judicial, em que pese, como já afirmado, os resquícios inquisitórios ainda existentes no referido código, mesmo depois da reforma pontual promovida pela Lei n. 11.719/2008.

Entendimento em contrário acerca da contaminação da imparcialidade quando da atuação judicial no controle da obrigatoriedade da ação penal, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já firmou que:

Não existe qualquer antecipação de julgamento no ato do juízo que, discordando das razões invocadas pelo Parquet para o arquivamento do inquérito policial, remete o

procedimento investigatório ao Procurador-Geral de Justiça, em perfeita observância ao disposto no art. 28, do Código de Processo Penal.<sup>6</sup>

A doutrina processual penal mais contemporânea há tempos reclamava mudanças do art. 28 do CPP, sendo que a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Penal, que teve como relator o Prof. Dr. Eugênio Pacelli e, dentre outros, como integrante o Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, numa perspectiva garantista e democrática, ao tratar do tema na exposição de motivos assim consignou:

Do mesmo modo, 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. O critério escolhido segue alógica constitucional do controle de ação penal pública, consoante o disposto no art. 5º, LIX, relativamente à inércia ou omissão do Ministério Público no ajuizamento tempestivo da pretensão penal. Decerto que não se trata do mesmo critério, mas é de se notar a distinção de situações: a) no arquivamento, quando no prazo, não há omissão ou morosidade do órgão público, daí porque, cabendo ao Ministério Público a titularidade da ação penal, deve o juízo acusatório, em última instância, permanecer em suas mãos; b) na ação penal subsidiária, de iniciativa privada, a legitimidade da vítima repousa na inércia do órgão ministerial, a autorizar a fiscalização por meio da submissão do caso ao Judiciário. (BRASIL, 2009, p. 17-18)

Os artigos pertinentes, assim preceituavam no citado anteprojeto:

Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

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

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

§2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (BRASIL, 2009, p. 33)

---

<sup>6</sup> STJ-HC 44.434/PE. 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, j. 20/10/2005, DJ 05/12/2005, p. 346.

Entretanto, na redação final do PL 156/2009 que se deu por meio do Parecer 1636, de 07 de dezembro de 2010, agora da denominada Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, retrocedeu-se ao modelo de controle administrativo anômalo do atual art. 28 do CPP, mas deixou nas mãos do denominado Juiz de Garantias essa tarefa.

Em assim agindo, preocupou-se acertadamente com a imparcialidade judicial, evitando-se que o Juiz do processo de conhecimento pudesse ser contaminado prematuramente pelas provas pré-cautelares, contudo mitigou o espírito democrático anteriormente previsto do processo penal.

Se antes, intimada da decisão, a vítima ou seu representante legal podia, não concordando com a mesma, requerer revisão da decisão à instância ministerial competente, agora, com a alteração constante do artigo 39 do relatório final, apenas será comunicada da decisão que determinou o arquivamento, sem qualquer direito de manifestar seu inconformismo.

Igualmente deixou ao relento a exclusividade do controle da obrigação da ação penal por parte do Ministério Público, apesar do apropriado fundamento acima exposto da exposição de motivos da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.

Todavia, com o encaminhamento pelo Senado à Câmara de Deputados do PLS 156/2009, o mesmo foi incorporado ao Projeto de Lei n. 7987/2010 do Deputado Miro Teixeira e restabelecido por meio dos artigos 35 e 36 o controle privativo da obrigatoriedade da ação penal por parte do Ministério Público, bem como a possibilidade democrática da vítima inconformada com a decisão de arquivamento recorrer à instância ministerial competente para que seja feita uma revisão do que foi decidido como já previa o anteprojeto inicialmente em 2009. (BRASIL, 2010)

Ao Juiz de Direito cabe a missão constitucional de atuar como guardião das liberdades públicas e dos direitos humanos fundamentais, sendo que no curso do devido processo penal, ao final, se for o caso, concretizar o direito abstrato de punir que pertence ao Estado-Administração, mas não exercer controle anômalo do que atualmente lhe descabe, no caso, da

observância pelo Ministério Público do princípio da obrigatoriedade da ação penal, sob pena de ter comprometida a tão necessária garantia constitucional do jurisdicionado à imparcialidade judicial.

Dessa forma, cabe com exclusividade ao Ministério Público, já que privativamente lhe é assegurado constitucionalmente promover a ação penal, o controle sobre esse princípio da obrigatoriedade, sendo que, de *lege leferenda*, seja competente o seu conselho superior, órgão colegiado ou mesmo instância superior a ser definida por lei orgânica para apreciar e deliberar sobre o pedido de arquivamento do inquérito policial feito pelos órgãos ministeriais em atuação, o que inclusive permitiria um melhor controle *interna corporis* da atuação dos órgãos oficiantes nos juízos.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que abordamos se extrai que não há mais espaço perante um processo penal democrático que se permita resquícios inquisitórios se sobrepondo ao sistema acusatório puro que o nosso atual Estado Democrático de Direito consagrou.

Para tal, necessário se faz desenvolver uma exegese dos dispositivos processuais infraconstitucionais que atenda às inspirações constitucionais.

Não se pode mais admitir a ingerência judicial em esfera administrativa que não lhe compete atuar, uma vez que o controle do princípio da obrigação da ação penal pública deve se dar pelas mãos de quem detém legitimidade para fazê-lo, ou seja, daquele que detém a titularidade da ação penal por meio de seus próprios pares em instância superior.

Descabe, assim, na atualidade o controle administrativo-judicial anômalo da obrigatoriedade da ação penal, sob pena de restar contaminada a sua imparcialidade, garantia de todo jurisdicionado perante um processo penal garantista e democrático.

Esse controle deve ser exercido com exclusividade pelo próprio órgão do Ministério Público que é o *domino litis* e detém privativamente a *opinio delicti*, mas não por aquele atuante neste ou naquele juízo e sim por uma instância superior, singular ou colegiada, da própria instituição.

Adotando essa linha temos em curso o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal que atualmente se encontra na Câmara dos Deputados por meio do Projeto de Lei n. 7987/2010, no que esperamos que não venha a sofrer alterações nesta parte até a sua aprovação, sanção, promulgação e publicação, do contrário continuaremos a conviver com um sistema processual penal anacrônico em pleno Estado Democrático de Direito, cabendo ao judiciário, enquanto não se opera essa alteração, ter como *ultima ratio* a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal com remessa ao procurador-geral, para análise e deliberação, do inquérito policial e requerimento ministerial pelo arquivamento.

## REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 117.589/SP da 2ª Turma, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, v.u., j. 12/11/2013, DJe 25/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28A%C7%C3O+PENAL+E+OBRIGATORIEDADE%29&pagina=1&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lquesxf>>. Acesso em: 25 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental na Sindicância 148/RJ. Corte Especial, Rel. Min. LUIZ FUX, v.u., j. 16/04/2008, DJe 04/08/2008. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&data=%40DTE+%3E%3D+20080416&livre=%28monop%F3lio+e+a%E7%E3o+penal+e+p%FAblica+e+a+rquivamento%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTE+%3E%3D+20080416&livre=%28monop%F3lio+e+a%E7%E3o+penal+e+p%FAblica+e+a+rquivamento%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 25 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. *Habeas Corpus* nº 44.434/PE. 5ª Turma, Rel.ª Min. LAURITA VAZ, j. 20/10/2005. DJ 05/12/2005. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&data=%40DTE+%3E%3D+20051020&livre=%28%28HC+44434%29+E+%28%22LAURITA+VAZ%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&processo=44434&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTE+%3E%3D+20051020&livre=%28%28HC+44434%29+E+%28%22LAURITA+VAZ%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&processo=44434&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 25 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. *Habeas Corpus* nº 47536/BA. 5ª Turma, Rel.ª Min. LAURITA VAZ, v.u., j. 19/10/2006, DJe 20/11/2006, p. 345. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=a%E7%E3o+penal+e+obrigatoriedade+e+princ%EDpios&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=21](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=a%E7%E3o+penal+e+obrigatoriedade+e+princ%EDpios&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=21)>. Acesso em: 16 de mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Anteprojeto da Reforma do Código de Processo Penal**, 2009. Disponível em: <<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Ant%C3%B4nio%20Pecego/Meus%20documentos>>

s/Downloads/10\_11\_51\_880\_anteprojeto\_do\_cpp\_\_\_senado\_federal%20(1).pdf>. Acesso em: 25 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Redação Final do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009:** Parecer 1636/2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 25 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 7987/2010. Institui o Código de Processo Penal. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <[file:///C:/Documents%20and%20Settings/Ant%C3%B4nio%20Pecego/Meus%20documentos/Downloads/PPP.Tramitacao-PL%207987-2010%20\(1\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/Ant%C3%B4nio%20Pecego/Meus%20documentos/Downloads/PPP.Tramitacao-PL%207987-2010%20(1).pdf)>. Acesso em: 25 dez. 2014.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública:** princípio da obrigatoriedade. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. [O Supremo Tribunal Federal e o arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação em caso de atribuição originária do Procurador-Geral](#). **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 11, n. 1020, 17 abr. 2006](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8239>>. Acesso em: 25 dez. 2014.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.