

A (in)validade do modelo de arquivamento de inquérito policial militar perante a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal no Pacote Anticrime

Rodrigo Santana de Souza e Silva

Pós-graduado *lato sensu* em Direito Militar pela Faculdade Verbo Educacional, em 2021. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau, em 2009. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, em 2006. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – 2017-2023. Técnico Judiciário da Justiça Militar da União – 2005-2017.
E-mail: rsfdr@yahoo.com.br

Revisores: Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz (e-mail: claudia.luz@mpm.mp.br)

Wilson José Figueiredo Alves Junior (CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3086855952130531>; e-mail: wilsonfigueiredo@mpf.mp.br)

Data de recebimento: 28/09/2023

Data de aceitação: 17/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10078806

RESUMO: Com a publicação do Pacote Anticrime e seu recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, passa-se à análise se o modelo de arquivamento do Código de Processo Penal Militar possui o mesmo lastro constitucional diante do modelo aplicado ao Código de Processo Penal comum, considerando os movimentos doutrinários de aplicá-lo em detrimento ao Códex de Processo Castrense. Concluiu-se que não há

barreiras a aplicação do artigo 28 do CPP à legislação castrense nos termos do estabelecido no Pacote Anticrime, restando aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal. O principal é garantir a autonomia do Promotor Natural e aperfeiçoar o sistema acusatório.

PALAVRAS-CHAVE: pacote anticrime; penal; militar; jurisprudência STF; ADI; inquérito policial.

ENGLISH

TITLE: The (in)validity of the model for archiving a military police investigation in light of the most recent jurisprudence of the Federal Supreme Court in the Anti-Crime Package.

ABSTRACT: With the publication of the Anti-Crime Package and its recent judgment by the Federal Supreme Court in Direct Actions of Unconstitutionality 6298, 6299, 6300 and 6305, the analysis begins as to whether the archiving model of the Military Criminal Procedure Code has the same constitutional basis in relation to the model applied to the common Criminal Procedure Code, considering the doctrinal movements of applying it to the detriment of the Military Procedure Codex. It was concluded that there are no barriers to the application of article 28 of the Code of Criminal Procedure to military legislation in accordance with the provisions of the Anti-Crime Package, and we must await the decision of the Federal Supreme Court. The main thing is to guarantee the autonomy of the Natural Prosecutor and improve the accusatory system.

KEYWORDS: anti-crime package; criminal; military; STF jurisprudence; ADI; police investigation.

SUMÁRIO

1 Introdução – 1.1 Conceito de IPM, natureza jurídica e características – 2
Estruturas de arquivamentos de IP/IPM e demais desdobramentos – 2.1
Procedimento de arquivamento de inquérito pelo CPPM/CPP – 2.2
Procedimento de arquivamento de IP do CPP após o Pacote Anticrime – 2.3
Procedimento de arquivamento do CPP após julgamento do STF do instituto do Juiz das Garantias – 3 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O inquérito policial militar não é um fim em si mesmo, mas um instrumento à disposição do *Parquet* Militar, no qual o encarregado do inquérito, em sua autoridade originária ou delegada, conforme dispõe o artigo 7º do Código de Processo Penal Militar (CPPM)¹, investiga crimes militares, realizando um apanhado de elementos de convicção acerca da autoria e materialidade delitiva, os quais são apresentados ao Ministério Público Militar, titular da ação penal militar². Este fará denúncia perante a autoridade

¹ Art. 7º A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições:

- a) pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo o território nacional e fora dele, em relação às forças e órgãos que constituem seus Ministérios, bem como a militares que, neste caráter, desempenhem missão oficial, permanente ou transitória, em país estrangeiro;
- b) pelo chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, em relação a entidades que, por disposição legal, estejam sob sua jurisdição;
- c) pelos chefes de Estado-Maior e pelo secretário-geral da Marinha, nos órgãos, forças e unidades que lhes são subordinados;
- d) pelos comandantes de Exército e pelo comandante-chefe da Esquadra, nos órgãos, forças e unidades compreendidos no âmbito da respectiva ação de comando;
- e) pelos comandantes de Região Militar, Distrito Naval ou Zona Aérea, nos órgãos e unidades dos respectivos territórios;
- f) pelo secretário do Ministério do Exército e pelo chefe de Gabinete do Ministério da Aeronáutica, nos órgãos e serviços que lhes são subordinados;
- g) pelos diretores e chefes de órgãos, repartições, estabelecimentos ou serviços previstos nas leis de organização básica da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;
- h) pelos comandantes de forças, unidades ou navios;

§ 1º Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado.

§ 2º Em se tratando de delegação para instauração de inquérito policial militar, deverá aquela recair em oficial de posto superior ao do indiciado, seja este oficial da ativa, da reserva, remunerada ou não, ou reformado.

§ 3º Não sendo possível a designação de oficial de posto superior ao do indiciado, poderá ser feita a de oficial do mesmo posto, desde que mais antigo.

§ 4º Se o indiciado é oficial da reserva ou reformado, não prevalece, para a delegação, a antiguidade de posto. § 5º Se o posto e a antiguidade de oficial da ativa excluírem, de modo absoluto, a existência de outro oficial da ativa nas condições do § 3º, caberá ao ministro competente a designação de oficial da reserva de posto mais elevado para a instauração do inquérito policial militar; e, se este estiver iniciado, avocá-lo, para tomar essa providência.

² Art. 29. A ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar.

judicial competente, seja monocrática³ (Juiz Militar Federal) ou colegiada⁴ (Conselho Permanente ou Especial de Justiça), consoante Lei de Organização da Justiça Militar da União.

Outrossim, não menos importante é o desfecho da inquisição no caso de arquivamento das investigações, havendo necessidade de um controle de legalidade e mérito da atuação do Promotor Natural responsável pelo inquérito policial/ inquérito policial militar (IP/IPM) a fim, de perquirir se o caminho trilhado na investigação se mostra completo e esgotado, mas sem ferir a independência do membro ministerial.

Daí a necessidade do presente artigo, que fará uma rápida digressão sobre a natureza jurídica do inquérito e suas características, passando pelos modelos e tipos de arquivamento do Código de Processo Penal comum e militar e efeitos; e, principalmente, findará com a análise sobre a quem cabe realmente proceder ao fim do inquérito e qual é o melhor modelo apresentado atualmente, diante da necessidade de garantir a independência do *Parquet* Militar.

1.1 Conceito de IPM, natureza jurídica e características

O inquérito policial militar encontra-se disciplinado nos artigos 9º a 28 do CPPM, sendo um procedimento administrativo ou peça informativa (natureza jurídica) que visa apurar elementos de informação, ressaltando exames, perícias e avaliações que são provas instrutórias, sobre a

³ Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente: (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018) (...)

I-B - processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)

⁴ Art. 27. Compete aos conselhos:

I - Especial de Justiça, processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, nos delitos previstos na legislação penal militar,

materialidade e autoria de um crime militar, lastreando uma possível denúncia a ser apresentada pelo Ministério Público Militar.

Abrindo um parêntese nesse conceito de inquérito, Brasileiro (2020, p. 176-177) distingue elemento de convicção de prova, tendo como norte a existência do contraditório e da ampla defesa, conforme transcrição abaixo:

a) elementos informativos: são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em acusados em geral na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de não serem produzidos sob o manto do contraditório e da ampla defesa, tais elementos são de vital importância para a persecução penal, pois, além de auxiliar na formação da opinião delicti do órgão da acusação, podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou fundamentar uma decisão de absolvição sumária (CPP, art. 397);

b) prova: a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas. A participação do acusador, do acusado e de seu advogado é condição *sine qua non* para a escorreita produção da prova, assim como também o é a direta e constante supervisão do órgão julgador, sendo que, com a inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal, o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença (CPP, art. 399, § 2º). Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, só podem ser considerados como tal, portanto, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação dialética das partes.

407

Por consequência, mesmo que em sede de inquérito, sempre que possível, deve ser oportunizada vista dos autos da inquisição à Defesa para quesitos nos casos de perícias, exames e avaliação, as quais são marcadas, via de regra, por um contraditório diferido ou postergado para a fase processual⁵.

⁵ O parêntese em questão encontra guarida no artigo 9º do CPPM, que assim dispõe: Art. 9º O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime

O IPM/IP tem como principais características ser:

(a) um procedimento administrativo instrutivo – decorrente de sua própria natureza administrativa representando um passo anterior à fase processual e base da peça acusatória;

(b) escrito – conforme redação do artigo 21 do CPPM⁶, fato plenamente contextualizado pelo processo digital (e-proc);

(c) inquisitivo – considerando que apenas no processo será estabelecido o contraditório e a ampla defesa, observando que o dispõe o inciso XXI do artigo 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)⁷ representa um direito de assistência do advogado ao seu indiciado/investigado e de petição, sob pena de desnaturar o caráter investigativo administrativo do inquérito;

(d) sigiloso – considerando que há provas protegidas por um sigilo interno e externo, sendo o primeiro oponível ao advogado/investigado buscando resguardar a produção probatória frutífera; e o segundo visa proteger a imagem do indiciado/investigado perante a sociedade, conforme entendimento de Foureaux, citado por Neves (2021, p. 374-375):

Há provas (ou meio de provas) que, por óbvias razões, não podem ser conhecidas pela defesa antes ou durante a sua produção. Trata-se daquelas em que a interferência da defesa tornaria o resultado inócuo, infrutífero, para a revelação da verdade real. São elas, acompanhando mais uma vez a construção de Rodrigo Foureaux, dotados de sigilo interno, de interesse da investigação, não oponível apenas à

militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar **elementos necessários** à propositura da ação penal.

Parágrafo único. São, porém, efetivamente **instrutórios da ação penal os exames, perícias e avaliações** realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades previstas neste Código. (negritos nossos)

⁶ Art. 21. Todas as peças do inquérito serão, por ordem cronológica, reunidas num só processado e datilografadas, em espaço dois, com as folhas numeradas e rubricadas, pelo escrivão.

⁷ XXI - **assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações**, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

a) **apresentar razões e quesitos**; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

b) **(VETADO)**. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016) (negritos nossos).

autoridade policial (de polícia judiciária militar), ao membro do Ministério Público e à autoridade judiciária com atribuição e competência para o caso.

(...)

Já no outro grupo de meio de prova, dotados apenas de sigilo externo que tutela a imagem do investigado, não há óbices para o acompanhamento, sendo até importante para a verdade real que o advogado participe da produção de provas.

Importante frisar que o entendimento supra se mostra harmônico com Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

(e) oficialidade – somente a polícia judiciária militar pode dar andamento ao inquérito policial militar, no caso a Marinha, Exército e Aeronáutica;

(f) oficiosidade – desde a instauração da inquisição, não há necessidade de provocação de terceiros, cabendo à própria autoridade policial militar dar andamento ao IPM até o término das investigações;

(g) indisponibilidade – não pode autoridade militar dispor sobre o fim ou não inquérito, conforme preceitua o artigo 24 do CPPM⁸;

(h) dispensável – decorrente sua própria natureza administrativa, outros elementos podem subsidiar o Parquet Militar no oferecimento da denúncia, segundo redação do artigo 28 do CPPM⁹

⁸ Art. 24. A autoridade militar não poderá mandar arquivar autos de inquérito, embora conclusivo da inexistência de crime ou de inimizabilidade do indiciado.

⁹ Art. 28. O inquérito poderá ser dispensado, sem prejuízo de diligência requisitada pelo Ministério Público: a) quando o fato e sua autoria já estiverem esclarecidos por documentos ou outras provas materiais; b) nos crimes contra a honra, quando decorrerem de escrito ou publicação, cujo autor esteja identificado; c) nos crimes previstos nos arts. 341 e 349 do Código Penal Militar.

2 ESTRUTURAS DE ARQUIVAMENTOS DO IP/IPM E DEMAIS DESDOBRAMENTOS

Neste tópico a construção será feita por etapas, comparando no tempo os dois Códigos de Processo no que toca aos artigos 28 do CPP e 397 do CPPM.

2.1 Procedimento de arquivamento de inquérito pelo CPPM/ CPP

Antes da reforma do CPP pelo Pacote Anticrime, percebe-se que não há distinção entre os dispositivos do 28 do CPP e 397 do CPPM, conforme quadro abaixo:

Código de Processo Penal	Código de Processo Penal Militar
Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.	Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n° I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.

Do quadro acima se destaca o controle judicial sobre o arquivamento, havendo, em caso de discordância pela autoridade judicial sobre os fundamentos invocados pelo *Parquet* de piso, a remessa dos autos para o Procurador-Geral (de Justiça e Geral da Justiça Militar, respectivamente pelos dispositivos acima), que terá a última palavra sobre o tema, observando-se ainda na seara federal militar a manifestação de caráter

opinativo da Câmara de Coordenação e Revisão, consoante o inciso IV, do artigo 136, da Lei Complementar 70/93¹⁰.

A base para esse controle judicial repousa, segunda a doutrina, no princípio da devolução, por meio do qual caberá ao Chefe da Instituição dar a última palavra sobre o arquivamento ou não da inquisição por provocação da autoridade judicial, e na função anômala, exercida pelo Juiz, da fiscalização do princípio da obrigatoriedade.

Nesse sentido são as palavras de Brasileiro (2020, p. 238):

Ao fazê-lo, o magistrado estaria acobertado por aquilo que a doutrina convencionou chamar de princípio da devolução, por força do qual o juiz devolveria a apreciação da controvérsia ao chefe do Ministério Público (ou às CCR's), a quem caberia a decisão final sobre o oferecimento (ou não da denúncia). Neste caso, ao juiz incumbia o exercício de uma inusitada função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade, algo que certamente levantaria dúvidas acerca da sua imparcialidade na eventualidade de o órgão superior ministerial deliberar pelo oferecimento da denúncia nos autos daquele procedimento investigatório, já que aquele mesmo magistrado responsável pelo indeferimento da promoção de arquivamento seria, na sequência, o juiz competente para o processo e julgamento da demanda.

411

Importante ressaltar que o arquivamento exercido pelo juiz tem a natureza de decisão judicial, pois adentra no mérito da questão trazida no inquérito, encerrando a investigação antes que se torne uma lide processual (ganha-se celeridade na prestação jurisdicional) e tem os efeitos da coisa julgada.

Esse é o entendimento de Pacelli (2020, p.111):

Ora, se é verdade que o Código de Processo Penal trata como despacho a decisão que determina o arquivamento do inquérito (art. 67, I), deve-se observar que o mesmo Código atribui efeitos idênticos à decisão (e não despacho!) que impronuncia o réu nos procedimentos do Tribunal do Júri (art. 414, parágrafo único,

¹⁰ Art. 136. Compete à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar: (...IV - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial militar, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral;

CPP, com redação dada pela Lei nº 11.689/08). Então, se o que é relevante é a constatação de existência de prova nova tanto para a reabertura da investigação (do inquérito) quanto para a instauração de nova ação penal contra o réu (nos procedimentos do Júri), não vemos por que não se atribuir os mesmos efeitos a uma e outro, decisão ou despacho.

De se ver, então, que o arquivamento do inquérito gera direito subjetivo ao investigado, em face da Administração Pública, na medida em que a reabertura das investigações está condicionada ou subordinada à existência de determinado fato e/ou situação concreta (art. 18, CPP). E, se assim é, referido ato do Judiciário não deixa de ser uma decisão, com efeitos jurídicos sobremaneira relevantes. E mais: caracteriza-se também como decisão dado que, ao juiz, em tese, caberia providência

diversa, ou seja, discordar do requerimento de arquivamento (art. 28, CPP) e submeter a questão ao exame da chefia da instituição do Ministério Público. Não se trata, pois, de mero despacho de impulso ou de movimentação. Por outro lado, a Lei nº 11.719/08 inovou em tema de decisões judiciais. Assim, não se prevê mais a simples extinção da punibilidade, mas a absolvição sumária do réu, após a apresentação de defesa escrita (art. 397, IV, CPP). Um problema: estando convencido o Ministério Público acerca da presença de causa extintiva da punibilidade, deveria ele oferecer denúncia, com o fim de possibilitar a absolvição sumária?

Obviamente que não.

Em tais situações, deverá ele requerer o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, evitando-se uma imputação que jamais chegará a resultado algum. E aqui há mesmo mudança, já que, antes, o Ministério Público não requeria o arquivamento, mas o reconhecimento expresso, por decisão judicial, da extinção da punibilidade (art. 61, CPP).

A solução do requerimento de arquivamento nos parece a alternativa mais racional, até porque, nos termos do novo rito, o juiz, antes da absolvição sumária, deve mandar citar o acusado (art. 396, CPP) para a apresentação de defesa escrita, o que tornaria o procedimento muito mais oneroso (incluindo a necessidade de indicação de defensor). Nesse caso, o arquivamento, então, do mesmo modo que ocorre com o reconhecimento antecipado da atipicidade, gerará eficácia preclusiva de coisa julgada material.

Tomando por base a questão dos efeitos do arquivamento do IP/IPM, ela pode ser uma coisa julgada formal (não impedindo a propositura de um novo inquérito lastreado em provas novas) e material (situação que

impede reabertura de qualquer investigação posterior ao encerramento da inquisição).

Tal efeito depende da base probatória na qual foi feito o arquivamento da inquisição, sendo ele:

a) ausência de pressupostos processuais ou condições para o exercício da ação penal (coisa julgada formal) – tomando-se por base o inciso II, artigo 395 do CPP, c/c a alínea “c” do artigo 78 do CPPM (tudo *a contrario sensu*) – sendo os pressupostos processuais (com base na teoria restritiva: a existência do processo. demanda regularmente proposta, capacidade de ser parte em juízo e a investidura do órgão jurisdicional que recebe a demanda) e as condições da ação (legitimidade *ad causam* e interesse de agir) se fazem presentes no processo penal militar, sendo a primeira (legitimidade), por exemplo, no caso de uma ação penal militar iniciada pelo particular por queixa-crime, sem haver qualquer inércia do *Parquet* Militar, ferindo-se assim o disposto no artigo 29 do CPPM¹¹; e a segunda (interesse) dentro de binômio necessidade/adequação, podendo-se pensar na aplicação do acordo de não persecução penal militar satisfeitos requisitos previstos na Resolução 101 do Conselho Superior do Ministério Público Militar, não havendo naquele primeiro momento a necessidade de uma ação penal militar;

b) ausência de justa causa (coisa julgada formal) – tomando-se por base o inciso III do artigo 395 do CPP *a contrario sensu* – numa resposta restrita é a ausência de lastro probatório mínimo para o oferecimento da ausência acusatória (falta de autoria e/ou materialidade). Neves (2021, p.499), em sentido amplo, relata que:

(...) o escudo da falta de justa causa abriga outras várias situações, de acordo com a concepção de quem analisa. No

¹¹ Art. 29. A ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar.

Superior Tribunal de Justiça, como enumera Guilherme Madeira Dezem, há o reconhecimento da falta de justa causa em casos de atipicidade da conduta, presença de causa extintiva de punibilidade e ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade. No Supremo Tribunal Federal há similar entendimento.

c) atipicidade da conduta ou fato narrado evidentemente não constitui crime (coisa julgada material) – tomando por base o inciso III do artigo 397 do CPP a *contrario sensu* –, situação autoexplicativa que conduz a coisa julgada material, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal abaixo:

Não se revela cabível a reabertura das investigações penais, quando o arquivamento do respectivo inquérito policial tenha sido determinado por magistrado competente, a pedido do Ministério Público, em virtude da atipicidade penal do fato sob apuração, hipótese em que a decisão judicial - porque definitiva - revestir-se-á de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da 'persecutio criminis', mesmo que a peça acusatória busque apoiar-se em novos elementos probatórios. Inaplicabilidade, em tal situação, do art. 18 do CPP e da Súmula 524/STF. Doutrina. Precedentes. (HC 84156, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 26.10.2004, DJ de 11.2.2005)

d) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato e a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (coisa formal ou material(?)) – tomando-se por base os incisos I e II do artigo 397 do CPP – o tópico unifica causas que atingem a antijuridicidade e a culpabilidade, importante relatar que o Promotor deve ter um juízo de certeza quanto a essa causa de arquivamento da inquisição, devendo, na dúvida, oferecer a denúncia com base no primado *in dubio pro societate* e no caso de inimputabilidade denunciar pugnando pela absolvição imprópria do acusado. A jurisprudência vacila quanto à formação da coisa julgada material ou formal com essa fundamentação de arquivamento

havendo, no Superior Tribunal de Justiça, julgados no primeiro sentido¹² e no Supremo Tribunal Federal com o segundo entendimento¹³;

e) extinta a punibilidade do agente ou do fato (coisa julgada material) – tomando-se por base o inciso IV do artigo 397 do CPP e alínea “c”, do artigo 78 do CPPM (ambos a *contrario sensu*) e 25 do CPPM – havendo o reconhecimento nessa situação da ausência do interesse de agir do Estado, diante da morte do agente (salvo nesse caso se a certidão óbito for falsa¹⁴), por exemplo, causas previstas no artigo 123 do CPM¹⁵ e demais causas previstas na legislação comum, aplicáveis por analogia.

2.2 Procedimento de arquivamento de IP do CPP após o Pacote Anticrime

Após a reforma do CPP pelo Pacote Anticrime, percebe-se que há distinção entre os dispositivos do 28 do CPP e 397 do CPPM, conforme quadro abaixo:

415

Código de Processo Penal	Código de Processo Penal Militar
Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao	Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n° I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos

¹² REsp 791.471/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014.

¹³ HC 95211, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-160 DIVULG 19-08-2011 PUBLIC 22-08-2011 EMENT VOL-02570-01 PP-00169; HC 125101, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 10-09-2015 PUBLIC 11-09-2015.

¹⁴ (HC 84525, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 16/11/2004, DJ 03-12-2004 PP- 00050 EMENT VOL-02175-02 PP-00285 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 405-409).

¹⁵ Art. 123. Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição; V - pela reabilitação; VI - pelo ressarcimento do dano, no peculato culposo (art. 303, § 4º).

<p>investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.</p> <p>§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.</p> <p>2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.</p>	<p>indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.</p>
--	--

416

Percebe-se pela simples leitura, que não há mais a presença da autoridade judicial no processo de homologação de arquivamento da inquisição, representando isto importante reconhecimento na independência do *Parquet*, em face da titularidade da ação penal e destinatário das provas colhidas da autoridade policial.

Nesse sentido leciona Brasileiro (2020. p. 238):

Da mesma forma que a função de dirimir os conflitos sociais foi trazida para o Estado, que se desincumbe desse mister por exercício da jurisdição, a necessidade de se impedir a vingança privada também fez com que a formulação da acusação ficasse a cargo do Poder Público nos crimes de ação penal pública, porém nas mãos de órgão diverso que o Poder Judiciário, o Ministério Público. Surge, então, a figura do *Parquet*, cuja origem, segundo a atual configuração, remonta ao século XVIII, na França, como órgão do Estado sobre o qual recaí a atribuição de promover a persecução penal, exercendo papel fundamental no modelo acusatório, visto que retira do juiz quaisquer funções de natureza pré-processual (ou investigatórias), preservando, assim, o que lhe é mais caro, sua imparcialidade.

Por isso, sempre causou enorme estranheza para a doutrina o fato de o controle do arquivamento de inquéritos policiais (ou

de outra peça de informação) ser feito pelo Judiciário, e não pelo Ministério Público, como seria de se imaginar, já que é ele o titular da ação penal pública (CF, art. 129, I).”

Em lado oposto, temos a lição de Rangel (2021, p.375), que ainda reconhece a necessidade de pronunciamento judicial para fins de arquivamento do inquérito mesmo com a nova redação do artigo 28 do CPP, com a seguinte justificativa:

Entendemos que a legitimidade para determinar o arquivamento dos autos do inquérito é do Ministério Público e não do juiz, não obstante a redação do art. 28 acima citado. Pois, diante da nova ordem constitucional, com a adoção do sistema acusatório, o *dominus lictis* é o Ministério Público (cf. item 2.4.5, supra). Entretanto, ser dono da ação penal não significa ser dono do mundo. Não. O Ministério Público recebe fiscalização do órgão judiciário na formulação de sua pretensão de arquivamento. É o sistema de freios e contrapesos a que nos referimos no Capítulo II supra. O arquivamento é determinado pelo titular da ação penal pública, porém submetendo-o ao juiz para que exerça a fiscalização sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

417

Na seara do Direito Processual Penal Castrense, Neves (2021, p.409) posiciona-se pela aplicação da nova redação do artigo 28 do CPP em substituição ao regramento do artigo 397 do CPPM, sob a alegação de não haver sentido o Direito Castrense ficar de fora dessa dinâmica e devendo o dispositivo que trata do arquivamento ser declarado inconstitucional à luz do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal¹⁶:

Mas há que se avaliar se a nova redação do artigo 28 do CPP, trazida pelo “Pacote Anticrime” (Lei n. 13.964/2019) há também que alcançar o processo penal militar tema sobre o qual não nos posicionamos”.

Entendemos que a resposta deve ser em sentido afirmativo, ou seja, o arquivamento de inquérito na Justiça Militar deve conhecer tratamento igual dinâmica, claro, isto se novel artigo conhecer sua plena eficácia. Não há razão para se considerar consentâneo com o sistema acusatório a plena

¹⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

titularidade do Ministério Público na ação penal pública no processo penal comum e não considerar no processo penal militar. Notadamente, a função institucional do *Parquet* de titularizar essa ação penal, a reboque, novas concepções que comandam o abandono de estruturas e postulados antigos. Nesse sentido, somos pela aplicação do artigo 28 do CPP, por analogia, considerando o artigo 397 inconstitucional em face do já mencionado inciso I do art. 129. Quando o titular da ação penal não enxergar elementos mínimos para sua propositura, o juiz imparcial deve ser, não tem espaço para discordar dessa convicção, sob pena de ferir a inércia da jurisdição, ponto central dessa imparcialidade. Natural, portanto, que a instância de controle do membro do *Parquet* seja no bojo da própria instituição.

No procedimento em si, primeiramente, os órgãos revisionais do arquivamento proposto pelo Promotor de piso nesse novo texto do artigo 28 CPP serão os mesmos de sua antiga redação, ou seja, o Procurador-Geral de Justiça (âmbito estadual) e Procurador-Geral de Justiça Militar, com o parecer opinativo da Câmara de Coordenação e Revisão (âmbito federal), contudo nada impede que outros órgãos sejam chamados a ocupar ou compor essa posição, conforme leciona Avena (2023, p 434):

Logo, estes órgãos poderão funcionar como as instâncias revisionais a que se refere o art. 28, caput, do CPP. Não se descarta, contudo, a possibilidade de ser estabelecida, por ato interno no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, a fixação dessa atribuição revisional a outros órgãos da Administração Superior, notadamente ao Conselho Superior do Ministério Público, até mesmo por analogia ao regramento do art. 9º, § 4º, da Lei 7.347/1985 (a denominada “lei da ação civil pública”) em relação ao arquivamento do inquérito civil, arquivamento este cujo procedimento é similar ao agora estabelecido para o arquivamento do inquérito policial.

Dessa remessa necessária aos órgãos suprarreferidos, há uma comunicação à vítima, ao investigado e à autoridade policial sobre o arquivamento do inquérito.

Nesse ponto, sem se afastar de sua posição de independência de atuação do *Parquet*, Brasileiro (2020, p. 240) justifica a comunicação também ao Juiz das Garantias sobre o arquivamento da inquisição sob o

argumento de tutela de liberdade do investigado provisoriamente preso ou com bens sequestrados diante de um inquérito em vias de arquivamento:

Noutro giro, embora a lei nada fale nesse sentido, o Ministério Público também deverá dar ciência do arquivamento ao juiz das garantias, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 3º-B, inciso IV, do CPP, o qual deverá, então, dar baixa na distribuição ou nos registros, determinar a restituição de bens ao investigado, à vítima ou a terceiros de boa-fé,¹³¹ bem como proceder à revogação de eventuais medidas cautelares em curso.

Em segundo lugar, nessa remessa necessária da inquisição aos órgãos revisionais, os §§1º e 2º do artigo 28 do CPP relatam que caberá à vítima ou aos representantes jurídicos dos entes federativos manifestar seu inconformismo, podendo-se ver aí um verdadeiro direito de petição, nos exatos termos do art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, pois o inquérito seguirá para as instâncias de revisão com ou sem as manifestações referidas.

Noberto Avena (2023, p.441) roteiriza o procedimento da seguinte forma:

Para ilustrar a sequência dos acontecimentos que envolvem o arquivamento do inquérito policial à luz das duas possibilidades aventadas, apresentamos o seguinte roteiro: 1) Entendendo ser hipótese que justifica o arquivamento, impõe-se ao Promotor de Justiça, em manifestação escrita e fundamentada, apresentar as razões pelas quais assim entende. 2) A seguir, deverá comunicar o arquivamento levado a efeito à vítima (regra que não se aplica, por óbvio, aos crimes vagos, assim entendidos aqueles que não possuem um ofendido determinado, a exemplo do tráfico de drogas, do porte ilegal de arma de fogo etc.), à pessoa investigada e ao delegado de polícia. Como a lei confere ao ofendido a possibilidade de insurgir-se em relação ao arquivamento, tal faculdade deverá constar na comunicação que lhe for dirigida, com a indicação, inclusive, do órgão a que deve ser endereçado o inconformismo. 3) Efetuadas estas comunicações, surgem duas possibilidades, cabendo, como dissemos, a cada Ministério Público, mediante norma interna, definir qual delas será seguida: I. Primeira: o membro do Ministério Público aguarda o decurso do prazo de trinta dias contados da ciência da vítima quanto ao arquivamento. Decorrido esse prazo, havendo ou não insurgência do ofendido, o inquérito ou outros elementos informativos são

encaminhados à instância revisional com atribuições para homologação. Reputamos adequada a adoção deste procedimento, até mesmo para facilitar à vítima protocolar a manifestação de seu inconformismo, o que, neste caso, ocorrerá junto à própria promotoria que analisou o inquérito e deliberou pelo seu arquivamento. II. Segunda: o membro do Ministério Público, tão logo efetuadas as comunicações, encaminha o inquérito ou outras peças de informação à instância revisional competente para homologação. Tendo em vista a possibilidade de a vítima insurgir-se quanto ao arquivamento, a análise a respeito pela instância revisional apenas poderá ser realizada após o decurso do prazo de trinta dias contados da ciência ao ofendido quanto ao arquivamento efetuado. 4) Na sequência, a referida instância revisional deliberará sobre a homologação ou não do arquivamento. I. Homologado o arquivamento, encerra-se a tramitação do inquérito em nível administrativo. II. Se não homologado, cabe verificar a razão dessa recusa pelo órgão revisor: a) Necessidade de outras diligências: o inquérito policial é restituído ao membro do Ministério Público que o arquivou, para cumprimento das diligências determinadas pela instância revisional. b) Possibilidade de oferecimento de denúncia: segue-se a designação de outro membro do Ministério Público para fazê-lo e prosseguir nos atos do processo criminal agora instaurado.

420

Ainda na parte de manifestações de inconformismo, cabe observar a posição de Brasileiro (2020, p 246), que justifica que o investigado também peticione nos autos do inquérito, justificando que ele tem interesse no arquivamento da inquisição:

Por fim, apesar de o art. 28, §1º, do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, fazer referência apenas à possibilidade da vítima (ou de seu representante legal) submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, queremos crer que o dispositivo sob comento pode – e deve – ser objeto de interpretação extensiva para também se admitir a apresentação de arrazoados por parte do investigado. Primeiro, porque é patente o interesse que ele tem na homologação do arquivamento determinado pelo Promotor Natural, o que é evidenciado pelo próprio caput do art. 28 do CPP, o qual prevê que o investigado deve ser comunicado do arquivamento determinado pelo órgão ministerial. Segundo, porque o Estatuto da OAB assegura aos advogados o direito de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI, alínea “a”). Por fim, se a jurisprudência é firme no sentido de assegurar ao acusado a possibilidade de contrarrazoar eventual recurso interposto pela acusação

contra a rejeição da peça acusatória – súmula n. 707 do STF–, por que não aplicarmos a mesma lógica à decisão de arquivamento? Outrossim, a apresentação de razões pelo investigado – como também da vítima – há de ser considerada uma mera faculdade, o que significa dizer que o não exercício dessa prerrogativa não terá o condão de acarretar qualquer vício de ilegalidade.

Fechando o roteiro, caso haja concordância com o Promotor de Piso, o Órgão Revisor determinará o arquivamento da inquisição ou, caso discorde, designará outro membro do Ministério Público para oferecer a denúncia por delegação.

Nesse ponto Rangel (2021, p. 380-382), baseando-se no garantismo penal, adverte que isso representa uma afronta ao primado da independência funcional do Promotor a sua designação pelo Procurador-Geral para oferecer a exordial acusatória, conforme percebe no seguinte trecho:

Destarte, o garantismo penal visa a utilização de um sistema normativo constitucional, criando barreiras limitadoras e punitivas dos abusos aos direitos fundamentais e do exercício arbitrário do poder, estabelecendo um âmbito dentro do qual as liberdades públicas do indivíduo, enquanto ser livre, possam ser tuteladas eficazmente. Assim, o fundamento e o fim do garantismo penal é a tutela da liberdade do indivíduo frente às várias formas de exercício arbitrário do poder político. Há uma perfeita simbiose entre o Estado Constitucional Democrático de Direito e a Teoria do Garantismo Penal, pois somente se houver respeito ao princípio da legalidade, com a submissão do poder público (Legislativo, Executivo e Judiciário) ao império da lei e seu efetivo compromisso com as garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos, é que poderemos ter a irradiação da Constituição na vida social, fazendo com que a Constituição ideal seja a real e vice-versa. Não há espaço, em um Estado de Direito, para exercício de poder sem limite e ato de poder que não seja objeto de controle jurisdicional. O garantismo é uma forma de se dar ao cidadão mecanismos para pleno exercício de direitos fundamentais violados através de atos de império, a fim de que se possa restabelecer a ordem jurídica violada. O princípio da legalidade exige que o exercício de qualquer poder tenha, na lei justa, sua fonte formal de legitimidade. Ora, de que adianta a Constituição Federal estabelecer como guardião da ordem jurídica o Ministério Público (cf. art. 127, caput, da CRFB) se, quando e sempre que a ordem jurídica for violada, não puder o mesmo adotar as providências de seu

mister dentro e com respeito ao devido processo legal? De que adianta dar ao cidadão a certeza de que terá um Ministério Público forte e independente funcionalmente se, quando for adotada uma providência em favor do mesmo pelo Ministério Público, tal decisão puder ser revista pelo Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP, inclusive obrigando o promotor de justiça delegado a fazer o que não foi feito por se entender que não deveria sê-lo?

422 É inegável a importância do garantismo penal num Estado Democrático de Direito, dentro da dualidade saber/poder e conhecimento/autoridade, que é em essência tornar todos nós garantistas, contudo o pensamento acima proposto parte de uma premissa equivocada, pois inicialmente a independência funcional do Promotor que apresentou o arquivamento rejeitado foi respeitada, haja vista que ele não foi obrigado a ofertar uma denúncia contra sua vontade, mas sim outro colega de Instituição. Esse colega de Instituição não é o Promotor Natural do caso, mas sim o próprio Procurador-Geral, que delega tal função em razão do acúmulo de suas atribuições, tanto que no âmbito estadual existe o Promotor do 28, que, na explicação Brasileiro (2020, pp.242/3), “é uma equipe de assessores especiais, composta por membros do Ministério Público ocupando cargos de confiança, por ele designados para atuar nas hipóteses do art. 28 do CPP, seguindo sua orientação”.

Por fim, seria ilógico esperar que a delegação ficasse condicionada em alcançar um membro que concordasse em oferecer a denúncia, sob pena de ofender a razoável duração do processo, que deve ser vista dentro da persecução penal em sentido lato (inquérito + processo) e da proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais tanto do investigado como da vítima, sendo que o primeiro não pode ficar sob o temor eterno de um inquérito policial inconclusivo; e a segunda, sem uma resposta estatal efetiva aos seus direitos violados, partindo-se para um garantismo penal integral que se mostra mais abrangente e dinâmico.

As duas grandes interrogações desse novo procedimento dizem respeito à sua natureza e aos efeitos da decisão das instâncias de revisão sobre a instauração de novos inquéritos.

Inicialmente, diferentemente da sistemática anterior, não havia discussão sobre homologação judicial representar uma decisão judicial que formava um ato complexo dentro do procedimento de arquivamento, seja concordando ou não com o pedido de arquivamento do MP, havendo ainda a decisão de Procurador que tinha a última palavra sobre o tema.

Como já explicado anteriormente, tal decisão judicial traria os contornos da coisa julgada formal e material, sendo na última hipótese um entrave permanente ao desarquivamento da inquisa.

Pois bem, tanto antes como agora, o ato de arquivamento continuará sendo complexo, só que, sem a presença da autoridade judicial, tal ausência pode trazer a natureza de decisão administrativa sob a nova sistemática do artigo 28 do CPP, como nos casos de atribuição originária do Procurador-Geral da República e Procurador-Geral de Justiça perante o Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Justiça respectivamente.

Nesse sentido são as palavras de Brasileiro (2020, p. 251):

A propósito, nos casos de atribuição originária do Procurador-Geral da República (ou Procurador-Geral de Justiça), onde sempre se entendeu que a decisão de arquivamento era de natureza administrativa, sem a necessidade de homologação do Poder Judiciário, assemelhando-se, assim, à nova sistemática implantada no art. 28, caput, do CPP, pela Lei n. 13.964/19, há diversos precedentes dos Tribunais Superiores no sentido de que, em tais hipóteses, uma vez promovido o arquivamento, não seria possível que um novo Procurador-Geral oferecesse denúncia, ressalvada a hipótese de surgimento de provas novas, capazes de alterar o contexto probatório dentro do qual fora proferida a decisão de arquivamento. A título de exemplo, apreciando o Inquérito nº 2.028/BA, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a manifestação formulada pelo Procurador-Geral da República, no sentido do arquivamento de inquérito policial, seria dotada de caráter irrevogável, não sendo passível de reconsideração ou revisão, salvo diante do surgimento de provas novas.

Essa ausência de decisão judicial afasta a ideia de coisa julgada formal e material formada no inquérito policial comum ou militar. Brasileiro (2020, p.251), a seu turno, defende a concepção de coisa julgada administrativa, mas reconhece que o conceito é frágil do conceito diante da intangibilidade da coisa julgada judicial e, por fim, defende a mesma sistemática do artigo 28 CPP no que toca a seus efeitos:

Ante a nova redação conferida pelo Pacote Anticrime ao art. 28, caput, do CPP, como a decisão de arquivamento estará sujeita exclusivamente ao controle do Ministério Público, órgão de natureza administrativa, poder-se-ia, então, pensar em coisa julgada administrativa, a qual implica para a Administração a definitividade dos efeitos de uma decisão que haja tomado, quando, em face dessa, não há mais a possibilidade de recurso, impedindo de retratar-se dela na esfera administrativa. Esta expressão, todavia, é duramente criticada pela doutrina, eis que, por se tratar de mera decisão administrativa, jamais teria o condão de produzir a verdadeira intangibilidade jurídica, atributo este de exclusividade de decisões judiciais.

Sem embargo do equívoco em se falar em coisa julgada administrativa, queremos crer que, em fiel observância a princípios como segurança jurídica, lealdade e boa-fé na esfera administrativa, não se pode admitir que uma decisão de arquivamento determinada pelo Promotor Natural, subsequentemente chancelada pela instância de revisão ministerial, seja modificada livremente sem qualquer mudança da matéria de fato ou de direito. Enfim, por mais que a decisão de arquivamento não mais esteja sujeita ao controle jurisdicional, há de ser mantida a mesma sistemática vigente no momento anterior à vigência da Lei n. 13.964/19. Logo, naqueles casos em que tiver havido análise do mérito (v.g., atipicidade, excludentes da ilicitude, etc.) por ambas as instâncias ministeriais, o arquivamento deve continuar demandando respeito absoluto. Por outro lado, naqueles casos em que só se falava em coisa julgada formal (v.g., ausência de lastro probatório), subsiste a possibilidade de desarquivamento diante do surgimento da notícia de provas novas.

Norberto Avena (2023, p. 449) apresenta duas correntes doutrinárias sobre o tema, a primeira similar à defendida por Brasileiro; e uma segunda reconhecendo o fato de que não há coisa julgada no inquérito

por essa nova sistemática, fato que pode ensejar a reabertura do inquérito a qualquer tempo:

Em síntese, questiona-se: sendo o arquivamento do inquérito policial ordenado pelo Promotor de Justiça a partir, como ilustramos, da afirmação de que está comprovada a inexistência do fato e sendo este arquivamento homologado pela instância revisional competente no âmbito interno do Ministério Público, tal inquérito poderá ser reaberto na hipótese do surgimento de novas provas? Duas soluções apresentam-se aqui: Primeira: persiste, neste caso, a impossibilidade de ser reaberto o inquérito, ainda que não tenha ocorrido análise judicial acerca do mérito do arquivamento. A situação, enfim, assemelha-se ao que ocorria na redação anterior do art. 28 do CPP, na hipótese em que o juiz deixava de homologar o arquivamento do inquérito promovido pelo Promotor de Justiça e remetia o caso à análise do Procurador-Geral de Justiça. Nesta situação, insistindo o Procurador-Geral no arquivamento, nada restava ao juiz fazer a não ser atender o pleito e arquivar o inquérito. Em tal hipótese, como se vê, assim como hoje é regrado pelo art. 28 na redação dada pela Lei 13.964/2019, também não inexistia referendo judicial aos termos do arquivamento promovido pelo Promotor, mas simples vinculação da atuação jurisdicional ao entendimento do Procurador-Geral. Sem embargo, residindo a justificativa do arquivamento na afirmação de aspectos de mérito que conduziam à elisão da responsabilidade penal do investigado, entendia-se ocorrente coisa julgada material, impedindo-se, daí, o reavivamento da investigação. Pois bem, segundo a linha de pensamento em exame, o mesmo raciocínio deve ser empregado ao arquivamento promovido pelo promotor na atual disciplina do art. 28 do CPP. Segunda: Não sendo mais o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outro expediente de investigação da mesma natureza sujeito à apreciação judicial, tal deliberação não se submete aos efeitos da coisa julgada formal ou material, podendo, então, a autoridade policial retomar as investigações diante da notícia de novas provas, independentemente do motivo que fundamentou o arquivamento antes promovido.

425

Neves (2021, p. 414), ao comentar sobre o desarquivamento de IPM, não abraça a segunda corrente, mas reconhece não haver coisa julgada e que um inquérito novamente instaurado à revelia dos Órgãos Revisionais pode ser trancado por meio de *habeas corpus* pela autoridade judicial:

Com a implantação da nova dinâmica do art. 28 do CPP, entretanto, a concepção do “desarquivamento” deverá mudar

sensivelmente. Em não havendo arquivamento por autoridade judiciária, por exemplo, não há que se falar em formação de coisa julgada, mas, ainda assim entendemos que, após a chancela do órgão de revisão do Ministério Público sobre o arquivamento, apenas fatos novos poderão fazer com que a persecução seja retomada, diante de um ato jurídico perfeito. Eventual inobservância dessa regra, ensejará impetração de *habeas corpus* para, aí sim, sepultar a persecução por decisão judicial.

Por fim a jurisprudência do Superior Tribunal Militar ainda não segue a nova sistemática do artigo 28 do CPP em homenagem ao princípio da especialidade e em razão de decisão liminar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) nº 6298, 6299, 6300 e 6305:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DEFESA. ART. 397 DO CPPM. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO IPM. REMESSA DOS AUTOS À PGJM. AFRONTA AO SISTEMA ACUSATÓRIO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. A teor do art. 397 do CPPM, quando o Órgão de Acusação requerer o arquivamento, total ou parcial, do IPM, e o Juiz considerar improcedentes as razões invocadas, os autos devem ser remetidos ao Procurador-Geral da Justiça Militar, que poderá designar outro membro do Ministério Público Militar para promover a ação penal militar, ou em caso contrário, se entender que não há elementos para a propositura da demanda, mandará arquivar o processo. **Não se aplica o novo art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, no âmbito desta Justiça Especializada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal suspendeu sua eficácia, liminarmente, nos autos da ADI nº 6.305/DF. Ademais, mostra-se imperiosa a aplicação do art. 397 do CPPM que está em perfeita vigência no ordenamento jurídico pátrio, em homenagem ao princípio da especialidade.** Ordem denegada. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. HABEAS CORPUS nº 7000520-13.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 09/09/2021, Data de Publicação: 21/09/2021) (negritos nossos)

2.3 Procedimento de arquivamento do CPP após julgamento do STF do instituto do Juiz das Garantias

Após longos 3 (três) anos de suspensão da nova redação do artigo 28 do CPP e demais normas do juiz das garantias por meio de liminar nas ADI

nº 6298, 6299, 6300 e 6305, eis que o conjunto de processos é julgado em 24/08/2023 e lá ficou estabelecido que cabe a autoridade judicial também participar do processo de arquivamento do IP junto às instâncias de revisão do *Parquet*, conforme trecho que segue:

Decisão: O Tribunal, **nos termos do voto do Relator**, julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, para:(...) **20. Por maioria**, atribuir interpretação conforme ao *caput* do art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses; (...) Redigirá o acórdão o Relator. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 24.8.2023.

427

Aqui a natureza da sentença de controle de constitucionalidade se parece com uma sentença aditiva ou manipulativa de efeito aditivo, na qual, conforme Mendes (2017, p. 1193): “o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição”.

Ora, se na redação do dispositivo pelo Pacote Anticrime e anterior ao julgado não se previa a presença do juiz na sistemática de arquivamento de inquéritos e sua revisão pelos Órgãos Superiores do *Parquet* e agora fica determinado que, “ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente”, fica evidente tal modificação.

Parece que se saiu, na visão da Suprema Corte, da constitucionalidade da titularidade privativa da ação penal pública pelo

Ministério Público, prevista no artigo 129, inciso I, da CF, para o entendimento mais amplo, defendido por Rangel (2021, p. 375), por exemplo, para o sistema de freios e contrapesos, na qual a presença do juiz se faz necessária dentro da garantia do princípio da obrigatoriedade.

Contudo, tal sistemática adotada pela Suprema Corte pode ser protegida de outras formas, como a exemplo, do remédio constitucional do *habeas corpus*, em que a Defesa pode solicitar à autoridade judicial o trancamento de um inquérito lastreado em atipicidade formal/material ou numa causa extintiva de punibilidade, por exemplo, situações já seriam objeto de revisão das Instâncias Superiores do Ministério Público, fato que não demandaria o acionamento da já sobrecarregada máquina do Poder Judiciário.

Outrossim, é importante resgatar que, dentro a hermenêutica constitucional, o princípio da concordância prática ou harmonização sempre nos lembra que os bens constitucionais devem coexistir de maneira harmoniosa sem sacrifício total de um diante de outro, fato que não pode ser aceitável diante do afastamento da independência funcional do Ministério Público.

No campo doutrinário, ainda há uns primeiros passos na análise do presente julgado em razão da recente publicação do resultado e no aguardo da disponibilização do inteiro teor do acórdão.

Desponta nesse cenário inicial um encontro virtual¹⁷ realizado entre os professores Rogério Sanches Cunha, promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo; Douglas Fischer, procurador Regional da República na 4ª Região; Renee do Ó Souza, promotor de Justiça do

17

https://www.youtube.com/watch?v=6214xzA1dkg&ab_channel=Rog%C3%A9rioSanchesCunha, acessado no dia 20/09/2023, às 14h25.

Ministério Público do Estado do Mato Grosso; e a professora Graciela de Rezende Henriquez, juíza de Direito do Estado do Espírito Santo.

Nesse encontro, em linhas gerais, foi reconhecido que a nova estrutura do artigo 28 do CPP representou uma tentativa de apagar uma nota de inquisitividade do Código de Processo Penal, legislação dos anos 40, dando a ele um tom mais de sistema acusatório.

A interpretação do artigo 28 do CPP, a partir desse julgado, ainda que apenas com base no extrato de julgamento e tendo ciência de que o Supremo Tribunal Federal precisará esclarecer esse ponto no inteiro teor do acórdão, deve ser no sentido de que o Promotor deve apenas comunicar ao Juiz a sua intenção de arquivar inquérito e não o submeter a uma homologação judicial como nos moldes do antigo artigo 28, considerando que o termo “submeter” é impreciso, principalmente se em contraste ao 3-A do CPP¹⁸, pois se nesse dispositivo é vedado ao juiz qualquer iniciativa na fase investigativa, e o magistrado somente pode realizar diligências para dirimir dúvidas pontuais na fase processual, não cabendo falar em análise de mérito do pronunciamento de arquivamento proposto pelo Promotor por parte da autoridade judicial.

Observou-se ainda que, se antiga estrutura do artigo 28 for combinada com a remessa obrigatória a Instância Revisional do MP, tal fato representaria uma insegurança jurídica ao próprio sistema de arquivamento, pois, em caso de divergência entre o Magistrado que homologou o encerramento do inquérito e a estrutura superior do MP, não haverá uma solução aparente no sistema para tal conflito.

Isso sem falar da vítima, que deve ser intimada pelo MP antes do ato de remessa do inquérito ao juiz, caso esse pensamento prevaleça no Supremo, pois faltará a ela interesse no caso de homologação do inquérito pelo juiz.

¹⁸ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Pontuou-se que há distinção entre controle de legalidade e mérito: no primeiro caso (falta de provas), o sistema de controle interno do *Parquet*, com apenas a comunicação ao juiz, é mais que suficiente para resolver o fim do inquérito; no segundo caso, divergiu-se entre a necessidade de um controle judicial, trazendo-se o manto da segurança jurídica da coisa julgada ao arquivamento do IP e a manutenção da comunicação pura e simples do arquivamento da inquisição à autoridade judicial, pois, no caso de arquivamento por atipicidade (caso de coisa julgada material), o juiz pode rejeitar uma denúncia, com base no entendimento do órgão revisor do próprio Ministério Público, mantendo-se a segurança e a interpretação uniforme do artigo 28 do CPP.

3 CONCLUSÕES

Deve-se aguardar a publicação do acórdão com o inteiro teor do julgamento das ADI's nº 6298, 6299, 6300 e 6305, no qual ficará esclarecido qual o real papel do juiz na nova sistemática do artigo 28 do Código de Processo Penal. Sendo importante sua aplicação em substituição ao artigo 397 do CPPM em prol de um processo penal constitucional (englobando o processo penal comum e militar) e mais ligado ao sistema acusatório, declarando-se a não recepção do artigo 397 no sistema constitucional com base no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

Esse processo penal constitucional é defendido por Neves (2021, p. 76), o qual esclarece que:

Dito isso, como o Código de Processo Penal Militar é datado de 1969, imprescindível, para sua aplicação hodierna, que se faça um cotejo de seus dispositivos com a ordem constitucional, inaugurada em 05 de outubro de 1988 – fruto do constitucionalismo que favoreceu a formação do Estado Democrático de Direito – valendo dizer que aquelas normas incompatíveis – mormente tendo a dignidade da pessoa humana como mote principal de interpretação –, em face da

supremacia da Constituição Federal, não foram recepcionadas, devendo ser afastada a sua aplicação no processo penal militar

Por sua vez, Pacelli (2020, p.39), seguindo na mesma linha sobre a estrutura do sistema acusatório, esclarece que:

Nesse particular, pensamos que somente uma leitura constitucional do processo penal poderá afastar ou diminuir tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade. Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do art. 156, II, do CPP, trazida pela Lei nº 11.690/08.

Dessa forma, considerando que a não recepção do artigo 397 do CPPM criou uma omissão na legislação processual militar, é cabível a aplicação do artigo 28 do CPP com base no artigo 3º, alínea “a”, do CPPM¹⁹, a exemplo do que ocorre da aplicação de dosimetria do crime continuado do Código Penal (CP), mesmo existindo dispositivo legal semelhante no CPM:

EMENTA: FURTO NOTURNO. ART. 240. § 4º, DO CPM. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MINORANTE INOMINADA. INOCORRÊNCIA FÁTICA DE EXCEPCIONALIDADE A JUSTIFICAR A DIMINUIÇÃO DA PENA IMPOSTA NA ORIGEM. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. ADOÇÃO DA TEORIA OBJETIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 71 DO CP COMUM. SUBSTITUIÇÃO DA DOSIMETRIA E ALTERAÇÃO DO QUANTUM DA PENA. APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA. Viola a norma inserta no § 4º do art. 240 do CPM o agente que subtrai para si smartphones, no interior de Organização Militar, durante o período noturno, assim considerado como aquele destituído completamente de luminosidade natural (critério físico-

¹⁹ Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar.

astronômico). A jurisprudência desta Corte somente admite a aplicação da denominada "minorante inominada" quando o contexto fático demonstre a ocorrência de situações excepcionais, verificadas nos casos em que a fixação da reprimenda imposta revela-se desproporcional para restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica abalada pelo cometimento do injusto. À mingua de tais circunstâncias, não há que se cogitar de sua aplicação, cabendo ao Julgador apenas adotar a solução jurídica abstratamente idealizada pelo legislador. Caracteriza-se o crime continuado quando, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, há o cometimento de dois ou mais crimes de mesma espécie, descabendo, para tanto, perquirir, sobre o elemento anímico do agente, ante a ausência de previsão legal para tal. **Demonstrado, pois, no contexto fático, a ocorrência de crime continuado, deve-se aplicar, por analogia, o art. 71 do CP, eis que o referido regramento é o que melhor atende à política criminal a que visa o aludido instituto, de evitar e impedir o excessivo rigor punitivo ao criminoso de ocasião, sendo inaplicável, nesses casos, o art. 80 do CPM.** Apelo parcialmente provido. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000737-56.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CLÁUDIO PORTUGAL DE VIVEIROS. Data de Julgamento: 07/04/2022, Data de Publicação: 25/05/2022) (negrito nossos)

432

Importante observar que, quando se pensa em direito processual castrense, imagina-se sempre o princípio da especialidade como principal barreira para aplicação do CPP no CPPM, conforme julgado do STM apresentado sobre o tema, o qual se assenta na ideia de prevalência da índole do processo penal militar, como consta na própria redação do artigo 3º do CPPM. Assis (2020, p. 24) explica que esta expressão está ligada essencialmente aos valores de hierarquia e disciplina que devem nortear os direitos dos acusados no processo penal militar:

Fazem parte da índole do Processo Penal Militar as prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retratam já na definição do juízo natural do acusado militar (Conselho Especial ou Permanente); na obrigação do acusado militar prestar os sinais de respeito aos membros do Conselho de Justiça; a conservação, pelo militar da reserva ou reformado, das prerrogativas do posto ou graduação, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar (CPM, art. 13); a

prestação do compromisso legal pelos juízes militares (CPPM, art. 400) etc.

Tais valores não são desrespeitados no arquivamento do inquérito, pois se está num momento anterior ao processo e mesmo nessa etapa os primados na hierarquia e disciplina são mantidos, pois o encarregado do inquérito sempre será ao menos mais antigo que o próprio indiciado, e há medidas para garantia disso, caso se descubra que um novo indiciado que esteja acima do posto do responsável pelas diligências, conforme consta nos artigos 7º, §§1º ao 5º, e 10, §5º, ambos do CPPM²⁰.

Dessa maneira não há barreiras à aplicação do artigo 28 do CPP à legislação castrense nos termos do estabelecido no Pacote Anticrime, restando aguardar que o Supremo Tribunal Federal não desnature o referido dispositivo legal quando da publicação do inteiro teor do acórdão das ADIs nº 6298, 6299, 6300 e 6305. A principal ideia é garantir a autonomia do Promotor Natural e aperfeiçoar o sistema acusatório.

433

²⁰ Art. 7º A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições:(...)

§ 1º Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado.

§ 2º Em se tratando de delegação para instauração de inquérito policial militar, deverá aquela recair em oficial de posto superior ao do indiciado, seja este oficial da ativa, da reserva, remunerada ou não, ou reformado.

§ 3º Não sendo possível a designação de oficial de posto superior ao do indiciado, poderá ser feita a de oficial do mesmo posto, desde que mais antigo.

§ 4º Se o indiciado é oficial da reserva ou reformado, não prevalece, para a delegação, a antiguidade de posto. § 5º Se o pôsto e a antiguidade de oficial da ativa excluírem, de modo absoluto, a existência de outro oficial da ativa nas condições do § 3º, caberá ao ministro competente a designação de oficial da reserva de pôsto mais elevado para a instauração do inquérito policial militar; e, se este estiver iniciado, avocá-lo, para tomar essa providência.

Art 10 (...)

§ 5º Se, no curso do inquérito, o seu encarregado verificar a existência de indícios contra oficial de posto superior ao seu, ou mais antigo, tomará as providências necessárias para que as suas funções sejam delegadas a outro oficial, nos termos do § 2º do art. 7º.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Código de processo penal militar anotado* – 1. v. (arts. 1º 383). 5. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

AVENA, Noberto. *Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

NEVES, Cicero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar – Volume Único*. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed., rev., ampl. e reform. São Paulo: Atlas. 2020.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 29. ed., rev., ampl. e atual. Barueri (SP): Atlas. 2021.