



UNICEPLAC
CENTRO UNIVERSITÁRIO

Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso

**Divergências quanto a aplicação do artigo 28 do CPP em sua
negativa de arquivamento do inquérito policial pelo
magistrado**

Gama-DF
2023

PABLO CAUÃ SIMÕES CUSTÓDIO

**Divergências quanto a aplicação do artigo 28 do CPP em sua
negativa de arquivamento do inquérito policial pelo
magistrado**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Direito do Centro
Universitário do Planalto Central Aparecido
dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof. Me. João de Deus Alves de
Lima

Coorientador: Me. Caroline Lima Ferraz

Gama-DF
2023

C987d

Custódio, Pablo Cauã Simões.

Divergências quanto a aplicação do artigo 28 do CPP em sua negativa de arquivamento do inquérito policial pelo magistrado / Pablo Cauã Simões Custódio. – 2023.

49 p.

Orientador: Prof. Me. João de Deus Alves de Lima.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC, Curso de Direito, Gama-DF, 2023.

1. Artigo 28. 2. Imparcialidade. 3. Sistema processual penal. I. Título.

CDU: 347.9

PABLO CAUÃ SIMÕES CUSTÓDIO

Divergências quanto a aplicação do artigo 28 do CPP em sua negativa de arquivamento do inquérito policial pelo magistrado

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof. Me. João de Deus Alves de Lima

Gama, 11 de novembro de 2023.

Banca Examinadora

Prof. Me. João de Deus Alves de Lima
Orientador

Profa. Me. Risoleide de Souza Nascimento
Examinador

Profa. Me Caroline Lima Ferraz
Examinador

Dedico este trabalho aos meus amados e falecidos pai e avô, que me moldaram em minha vida até onde puderam e que estariam orgulhosos de minha realização.

Dedico este trabalho também a todos que me prestaram apoio durante essa jornada de aprendizado que foi a graduação em Direito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e seu filho o Senhor Jesus Cristo por ter me dado a vitalidade e inteligência suficientes para produzir este trabalho; A minha família por todo o apoio prestado desde a infância até a entrega do presente trabalho, em especial a minha mãe e avó; A minha namorada por todo o apoio psicológico e por ter sido meu “porto seguro” em muitos momentos; Aos professores João de Deus Alves de Lima e Caroline Lima Ferraz como orientador e coorientador respectivamente, pela paciência, eficiência e prestatividade em realizarem suas funções acadêmicas e além; Aos meus amigos e colegas da Defensoria Pública do Distrito Federal, em especial a colaboradora Letícia Lima e aos Defensores Públicos: Leonardo Olivera Costa, Daniela Cobucci C. R. Marrazzo, Túlio Max Freire e Fabrício Neves; Ao excelente profissional médico Dr. Wallace Marrazzo, que me prestou toda assistência necessária e realizou minha cirurgia com excelência e proatividade em um momento tão difícil para minha saúde física.

RESUMO

O presente trabalho concentra-se na análise dos princípios inerentes ao artigo 28 do Código de Processo Penal, a qual sistema penal sua determinação se enquadra e discorrer sobre as mudanças que o julgamento da ADI nº 6.305-DF trará ao referido dispositivo legal. No contexto dos princípios, o “Princípio do Promotor Natural” é examinado, realçando a importância da atribuição de um promotor específico para conduzir cada caso, garantindo sua imparcialidade e a independência funcional. Juntamente com isso, aborda-se o “Princípio do Juiz Natural”, que destaca a necessidade de que os juízes sejam designados de maneira regular e imparcial, sem influências externas, para garantir a integridade do processo judicial. A discussão sobre o “Princípio da Presunção de Não Culpabilidade” ganha destaque, enfatizando a premissa fundamental de que o acusado deve ser considerado inocente durante toda a persecução penal e não somente no momento de julgar. Nesse sentido, são examinados os antagônicos princípios “In Dubio Pro Reo”, que estabelece que, em situações de incerteza, a decisão deve favorecer o réu, e o princípio “In Dubio Pro Societati”, que considera a possibilidade de favorecer a sociedade em casos de dúvida. A passarmos sobre o “Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal”, exploram-se as responsabilidades do Ministério Público de promover a ação penal diante de provas substanciais e do magistrado em não interferir nesse momento pré-processual sob pena de ofender a *opinio delicti* do órgão acusador. Além disso, o trabalho também realiza uma comparação entre o “Sistema Inquisitivo” e o “Sistema Acusatório” de justiça criminal, evidenciando as principais distinções entre esses sistemas e suas implicações para o processo legal. Por fim, o estudo investiga as possíveis mudanças ocorridas no artigo 28 do CPP após uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.305-DF, contextualizando as implicações práticas dessa decisão para o sistema de justiça processual penal.

Palavras-chave: Artigo 28; princípios; imparcialidade; sistema processual penal.

ABSTRACT

This paper focuses on analyzing the principles inherent in article 28 of the Code of Criminal Procedure, which penal system its determination falls under and discusses the changes that the judgment of ADI No. 6.305-DF will bring to this legal provision. In the context of principles, the "Principle of the Natural Prosecutor" is examined, highlighting the importance of assigning a specific prosecutor to conduct each case, guaranteeing their impartiality and functional independence. Alongside this, the "Principle of the Natural Judge" is addressed, which highlights the need for judges to be appointed in a regular and impartial manner, without external influences, in order to guarantee the integrity of the judicial process. The discussion on the "Principle of the Presumption of Non-Culpability" is highlighted, emphasizing the fundamental premise that the accused must be considered innocent throughout the criminal prosecution and not only at the time of judgment. In this sense, the antagonistic "*In Dubio Pro Reo*" principle is examined, which establishes that, in situations of uncertainty, the decision should favor the defendant, and the "*In Dubio Pro Societati*" principle, which considers the possibility of favoring society in cases of doubt. As we move on to the "Principle of Compulsory Prosecution", we explore the responsibilities of the Public Prosecutor's Office to promote criminal action in the face of substantial evidence and of the magistrate not to interfere in this pre-procedural moment, under penalty of offending the *opinio delicti* of the prosecuting body. The paper also compares the "Inquisitive System" and the "Accusatory System" of criminal justice, highlighting the main distinctions between these systems and their implications for the legal process. Finally, the study investigates the possible changes to Article 28 of the CPP following a decision handed down by the Federal Supreme Court in ADI No. 6.305-DF, contextualizing the practical implications of this decision for the criminal procedural justice system.

Keywords: Article 28; principles; impartiality; criminal procedural system.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	PRINCÍPIOS INERENTES AO ARTIGO 28 DO CPP	16
2.1	Princípio do promotor natural	16
2.2	Princípio do juiz natural	18
2.3	Princípio da presunção de não culpabilidade	20
2.3.1	<i>In dubio pro reo</i>	22
2.3.2	<i>In dubio pro societati</i>	23
2.4	Princípio da obrigatoriedade da ação penal	25
3	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	29
3.1	Aparato Histórico	30
3.2	O Sistema Inquisitivo (Inquisitório)	32
3.3	O Sistema Acusatório	35
3.4	O Sistema Misto	37
4	MUDANÇAS NO ARTIGO 28 APÓS A DECISÃO DO SUPREMO NA ADI nº 6.305-DF	40
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
	REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

Desde sua entrada em vigor o Decreto-Lei Nº 3.689 – Código de Processo Penal, o artigo 28, *caput*, do referido diploma legal dispunha a seguinte redação: “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”. (BRASIL, 1941)

Segundo a redação original, após a determinação de arquivamento do inquérito policial pelo promotor, caberia ao juiz a verificar se o arquivamento era fundamental e se a documentação acostada aos autos estava em ordem. Não concordando com a determinação do *parquet* o juiz encaminhará o caso ao órgão superior do Ministério Público. A disposição do referido artigo, ao longo dos anos, foi objeto de discussões no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual foi o ponto de partida para a transição e substituição do nosso sistema de processo penal inquisitivo, para um processo penal acusatório. (MELO, 2016)

Segundo a doutrina majoritária, a redação antiga violava diretamente o sistema acusatório adotado em nosso ordenamento jurídico penal e processual penal, porque permitia que o Poder Judiciário adotasse uma posição identificada com a acusação, representada pelo Ministério Público, ao acompanhar o Procurador-Geral no caso de não concordar com a decisão de arquivamento do inquérito policial.

Em 2020, imaginava-se que tais discussões estivessem por ser superadas com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a qual revogou a redação antiga do artigo 28 do CPP e adicionou a sua nova redação aos parágrafos 1º e 2º, deixando a redação do artigo 28 do Código de Processo Penal da seguinte maneira: “Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à

autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.”.

Note-se que com a alteração feita pela Lei 13.964/19, mesmo que o juiz verifique justa causa para o não arquivamento do inquérito policial, este não tem mais o poder de encaminhar os autos à instância superior do Ministério Público para que, conforme avaliado, mantenha-se o arquivamento ou dá-se prosseguimento a ação penal. Deste modo, cabe ao membro do MP de primeiro grau determinar o arquivamento do inquérito e, *ex officio*, encaminhar o caso à instância de revisão ministerial e cientificar a vítima, o investigado e à autoridade policial.

Demonstradas as redações do artigo 28 do CPP desde sua modificação em 2011, passemos a suspensão da eficácia da redação dada pela Lei 13.964/2019 (redação atual). No começo de 2020, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 6.305-DF, com pedido de medida cautelar, a fim de suspender a eficácia do artigo 28, alegando que o Congresso Nacional desconsiderou a dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais e ofensa ao artigo 127 da Constituição Federal.

A liminar foi concedida juntamente com a medida cautelar da ADI 6.299-DF (que trará substancialmente do juiz de garantias) para suspender a eficácia, por tempo indeterminado, até que o Plenário se pronuncie quanto à nova redação do art. 28, caput, do CPP. Dessa forma, até que o plenário do Supremo Tribunal Federal se manifeste, aplica-se o artigo 28 em sua redação antiga, salvo os recursos da vítima e dos órgãos representativos da União, dos Estados e dos Municípios, que serão dirigidos ao Procurador-Geral de Justiça.

Explicado o histórico do referido artigo e sua situação jurídica atual, nos prestaremos a avaliar até que ponto a utilização do artigo 28 do CPP pode interferir no julgamento do mérito da ação penal e listar quais princípios o referido dispositivo ofende. De maneira mais específica pretendemos, analisar as consequências da utilização do artigo 28 do CPP pelos magistrados, de modo a ensejar um julgamento de mérito; Conceituar o princípio do promotor natural e explicar como a o artigo 28 do CPP pode ofender esse e outros princípios constitucionais; Pesquisar e estudar quais as razões que

motivaram mudanças no teor do caput do artigo, advindas do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), e quais são os fundamentos para que tal mudança seja considerada inconstitucional em meio a ADI 6305.

Em suma, o problema em destaque seria a seguinte pergunta: “de que maneira a utilização do artigo 28 do CPP pelo magistrado, pode ser considerado um juízo antecipado de mérito?”. E dentre as hipóteses que procuramos atestar, podemos dividi-las em duas vertentes, a primeira em que a utilização do artigo 28 pelo magistrado é considerada um juízo antecipado de mérito e a segunda em que não é considerada.

Ante o demonstrado, verifica-se a aplicabilidade das conclusões encontradas ao final da pesquisa para com a sociedade e os ramos do direito penal e processual brasileiro.

2 PRINCÍPIOS INERENTES AO ARTIGO 28 DO CPP

O presente tópico se destina a analisar os princípios incidentes ao artigo 28 do CPP, demonstrando as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes de maneira crítica à disposição do referido artigo.

2.1 Princípio do promotor natural

Para Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 1332), o princípio do promotor natural estabelece que cada pessoa (física ou jurídica) só pode ser processada pelo órgão de execução do Ministério Público cujas atribuições estejam previamente definidas por lei; consiste em uma garantia do devido processo legal, que protege tanto o membro do Ministério Público, garantindo o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a coletividade, que tem o direito de ver atuando apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados estabelecidos em lei.

Segundo Nucci (2023, p. 15), o princípio do promotor natural em suma significa que uma pessoa deve ser acusada por um órgão imparcial do Estado, previamente designado por lei, não sendo permitido indicar um acusador específico para atuar em casos específicos. Na visão do doutrinador, embora esse princípio não esteja expressamente previsto na Constituição, suas raízes podem ser encontradas na combinação de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse sentido é o entendimento de Fernando Capez (2022, p. 35), no qual afirma que este princípio também é derivado da regra do artigo 5º, inciso LIII, da Constituição, que estabelece que ninguém será processado senão pelo órgão do Ministério Público, o qual possui amplas garantias pessoais e institucionais, independência e liberdade de convicção, e suas atribuições são previamente fixadas e conhecidas.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 1332), dado que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIII, estabelece que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, infere-se que o princípio do juiz natural e o princípio do promotor natural são derivados da expressão “processado pela autoridade competente”. Segundo o escritor, em outras palavras, o princípio do promotor

natural é um desdobramento do princípio do juiz natural e tem a mesma preocupação: limitar o arbítrio estatal no desenvolvimento do processo, nesse caso objetivo é evitar a designação de um acusador de exceção.

Em resumo ao entendimento acima, utilizaremos as palavras de Andreucci (2015, p. 24), “Esse princípio (juiz natural) se estende também ao promotor natural, que é aquele que deve atuar no processo, zelando pelo interesse público e desenvolvendo suas funções imparcialmente, de maneira técnica e jurídica, de acordo com suas prerrogativas e atribuições legais previamente fixadas.” Assim, conforme exposto, o princípio do promotor natural é um princípio implícito à norma constitucional e pode ser resumido como a garantia que qualquer pessoa tem de que será julgada pelo órgão acusador competente, no exercício de suas atribuições previamente determinadas em lei.

Nesse pensamento, utilizaremos as palavras de Paulo Rangel (2016, p. 31), o qual afirma que a perseguição penal realizada pelo Ministério Público é uma exigência constitucional para garantir o pleno exercício dos direitos e das garantias fundamentais, com o objetivo de coibir abusos por parte daqueles que desrespeitam a ordem jurídica. Dessa forma, o cidadão tem conhecimento de que se for alvo de uma pretensão acusatória por parte do Estado, essa ação deverá ocorrer dentro dos limites da Constituição, garantindo, por exemplo, a independência funcional do órgão responsável por essa tarefa (garantia inerente ao princípio do promotor natural).

Em relação ao tema de pesquisa, entendemos que quando o Juiz utiliza o artigo 28 do Código de Processo Penal para encaminhar o processo ao Procurador-Geral de Justiça, ocorre uma violação à independência funcional do promotor e do princípio do promotor natural. É importante salientar que, a questão do princípio do promotor natural não é pacífica. Existem aqueles que defendem a inexistência desse princípio, baseando-se na unidade e na indivisibilidade do Ministério Público, para essas pessoas, quando um promotor se manifesta, quem o faz é a instituição como um todo, independentemente de qual membro esteja atuando (NUCCI, 2023, p. 15).

O Supremo Tribunal Federal não possui uma posição clara e definida sobre esse assunto. Houve época em que o tribunal sustentou a existência do promotor natural, mas atualmente existem julgados defendendo sua inaplicabilidade.

2.2 Princípio do Juiz Natural

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2023, p. 75), o princípio do juiz natural tem previsão na Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LIII, o qual dispõe que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Ensina o doutrinador que, o princípio do juiz natural estabelece ao réu o direito de ser julgado por um juiz previamente determinado por lei e pelas normas constitucionais, por conseguinte, assegurando um julgamento imparcial, na visão do doutrinador, meta que o referido princípio busca fundamentalmente alcançar.

Para o professor Aury Lopes Jr. (2019, p. 123), o princípio do juiz natural é um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito, que visa garantir a imparcialidade e a independência do juiz, bem como a segurança jurídica dos litigantes. Assegurando que o indivíduo seja julgado por um juiz imparcial, devidamente investido no cargo e com procedimento previamente estabelecido por lei. Na visão de Fernando Capez (2022, p. 34), o princípio do juiz natural é a garantia constitucional que tutela o direito de ser submetido a julgamento somente por órgão do Poder Judiciário, dotado de todas as garantias institucionais e pessoais que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade, previstas no texto constitucional.

Diante do apresentado, percebemos que o princípio do juiz natural é mais do que um princípio orientador do processo penal; trata-se de uma garantia constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988. Não se limitando a assegurar a competência adequada (competência em razão da matéria, territorial, etc.), mas também garante constitucionalmente que o acusado seja submetido a um processo e a um julgamento por um órgão do Poder Judiciário que tenha sido previamente testado e que seja imparcial.

Antes de adentrarmos na imparcialidade do juiz, vejamos as palavras de Gustavo Badaró:

A garantia do juiz natural, enquanto juiz pré-constituído e definido segundo critérios legais de competência, é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um tribunal específico, escolhendo o julgador. (BADARÓ, 2003, p. 33)

Desta forma, entende-se que o princípio do juiz natural pode ser entendido como um meio para alcançar a imparcialidade do juiz, de modo a garantir um estado democrático de direito.

Quanto ao juiz imparcial, Nucci (2023, p. 75) afirma que este ingressa em nosso ordenamento jurídico pela porta do Artigo 5º, §2º da CF, sendo fruto do Pacto de San José da Costa Rica, firmado pelo Brasil e em vigor desde 1992, em seu artigo 8º, item 1. Ao tratar da imparcialidade do juiz, Nucci (2023, p. 76) exemplifica a restrição de atuação do juiz, por meio do artigo 2º do CPC: “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”, e explica que no âmbito processual penal, não existem exceções, afirmando que o juiz não atua de ofício para inaugurar ação penal e nem a conduz sob impulso oficial, mesmo diante do desdém de quaisquer das partes, cabendo ao titular da ação penal - Ministério Público (artigo 129, I, CF) essa providência.

Sobre a imparcialidade do juiz, Fernando Capez (2022, p. 29) entende que, em qualquer tipo de processo, seja ele criminal ou civil, o juiz ocupa uma posição superior e substitutiva em relação às partes envolvidas na ação. É fundamental que o juiz mantenha sua imparcialidade, uma vez que ele não representa a si próprio e não possui conflitos de interesse com as partes. A imparcialidade do órgão jurisdicional é um dos requisitos necessários para estabelecer uma relação processual válida.

De maneira mais incisiva, Aury Lopes Jr. (2020, p. 91) descreve a imparcialidade do julgador como princípio supremo do processo, e afirma que essa somente será resguardada em um sistema acusatório, do contrário inexistem condições para que o juiz seja imparcial.

Mas tudo isso cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo. (LOPES JR., 2020, p. 90).

Tratando-se da imparcialidade do juiz, percebe-se alguns pontos em comum entre os doutrinadores apresentados, dentre eles a posição de superioridade que o juiz

mantém em relação às partes (tanto a defesa quanto a acusação) e seu dever de não tomar iniciativa (Nucci) e nem conduzir a investigação (Lopes) sem a prévia manifestação das partes, sendo-lhe vedado entrar em conflito de interesses com qualquer dessas, sob pena de ser reconhecida sua imparcialidade.

Nesse sentido, entendemos que ao invocar o artigo 28 do Código de Processo Penal para remeter os autos ao órgão superior do Ministério Público, o magistrado fere sua própria imparcialidade, pois interfere na decisão de acusar ou não acusar, que é privativa do órgão ministerial.

2.3 Princípio da presunção de não culpabilidade

Nas palavras de NUCCI (2023, p. 70), o princípio da presunção de não culpabilidade ou inocência, também conhecido como princípio do estado de inocência, encontra sua previsão legal no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, e pode ser resumido a premissa de que todo acusado é inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado. Segundo o autor, as pessoas nascem inocentes em seu estado natural, e caso necessário, para quebrar tal regra, é indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpabilidade do réu.

Nesse ponto, cabe demonstrar a divergência existente em relação à nomenclatura deste princípio e o porquê adotamos a terminologia de presunção de não culpabilidade. Para tanto, utilizamos o entendimento de Paulo Rangel (2023, p. 49), o qual afirma que o termo presunção de inocência não sustenta em uma análise superficial, pois, se o acusado não pode ser tratado como culpado até que a sentença penal condenatória seja definitiva, também não pode ser presumidamente inocente. Nesse sentido, leciona o referido doutrinador:

A Constituição não presume a inocência, mas afirma que ninguém será tido como culpado até que a sentença penal condenatória seja irreversível (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem distinta, é a presunção da culpa. Ou, se quiserem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.

O juiz, ao julgar um processo e verificar, pelas provas apresentadas, que a condenação é a aplicação adequada e justa da lei, faz um raciocínio mental, concluindo pela culpa do acusado e, por isso, condena-o.

Ao contrário, se achasse, pela análise do processo, que a Lei só seria aplicada corretamente se o acusado fosse absolvido, a presunção seria de inocência. Portanto, estamos no âmbito da presunção (raciocínio mental que liga um fato a outro) e, assim, de um fato indicado em função das provas que foram trazidas para o processo. (RANGEL, 2023, p. 49)

Em contraponto ao apresentado, tem-se a posição crítica de parte da doutrina, a qual declara incorreta a afirmação de que o sistema brasileiro adotou a presunção de não culpabilidade e não a presunção de inocência. Essa é uma ideia superada que ignora o que está no art. 8.2 da CADH e faz uma interpretação muito limitada do art. 5º, LVII, da CF. (LOPES Jr. 2020, p. 901)

De maneira distinta Gustavo Henrique Badaró (2021, p. 92) afirma que, as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” são equivalentes e têm o mesmo conteúdo. As palavras “inocente” e “não culpável” são apenas variações semânticas de um mesmo conceito. Não faz sentido nem é produtivo tentar separar essas ideias – se é que isso é possível –, devendo-se reconhecer a igualdade dessas fórmulas. Buscar diferenciá-las é um esforço inútil do ponto de vista processual.

Retornando as implicações do princípio em foco, para Aury Lopes Jr. (2020, p. 143) a presunção de inocência emana sua eficácia em três dimensões, sendo elas: norma de tratamento a qual a presunção de inocência impõe um dever de tratamento para com o réu (tratá-lo como inocente até que se prove o contrário); norma probatória de onde inadmite-se a “inversão do ônus probatório” ao acusado; e a norma de julgamento atuando diretamente no nível de exigência de suficiência probatória para se proferir uma sentença condenatória. A presunção de inocência é uma norma de julgamento que se aplica não apenas no momento do “julgamento” propriamente dito, mas durante todo o processo criminal, desde a fase de inquérito até a decisão final do processo (trânsito em julgado).

No entendimento de Gustavo Henrique Badaró (2021, p. 95), o processo penal é um espelho da cultura e da política de uma sociedade, só havendo Estado de Direito com um processo penal que seja acusatório e que siga o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é a base do processo acusatório é essencial para um modelo processual penal que respeite a dignidade e os direitos humanos. A presunção de inocência tem um

valor ideológico e está ligada ao objetivo do processo penal: um processo que seja necessário para verificar se houve um crime e quem o cometeu.

De modo a complementar o raciocínio de Badaró, reparemos nos dizeres de Renato Brasileiro:

[...] o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Historicamente, tem como suas características a oralidade e a publicidade, nele se aplicando o princípio da presunção de inocência. (LIMA, 2022, p. 43)

Ante o exposto, entendemos que o artigo 28 do CPP ofende o princípio da não culpabilidade, visto que, conforme dito por Aury Lopes Jr., o referido princípio não deve ser aplicado apenas no momento do julgamento precisamente, mas durante toda a persecução penal, implicando atrito com o referido princípio a manifestação do magistrado em verificar autoria e materialidade do indiciado sem sequer ter sido iniciada a fase instrutória. No mais, em detrimento das falas de Badaró e Renato Brasileiro, verifica-se que o princípio da presunção de não culpabilidade é notoriamente alinhado com o sistema processual penal acusatório que, como veremos mais a frente, é manifestamente incompatível com o referido artigo.

No ponto em que a presunção de não culpabilidade se relaciona com a inversão do ônus da prova e com a “suficiência probatória”, é que ela começa a se ramificar para o princípio do *favor rei* ou *in dubio pro reo*.

2.3.1 *In dubio pro reo*

Aury Lopes Jr. (2020, p. 566 - 577) diz que o princípio *in dubio pro reo* é um subprincípio da presunção de não culpabilidade e vale como critério para julgar as provas e para orientar o juiz. Afirma ainda que, só se pode condenar alguém se houver prova muito boa, confiável, de qualidade indiscutível, que mostre uma grande probabilidade (ou certeza, para quem aceita essa ideia no processo) de que o crime aconteceu e quem o fez. Essa prova tem que eliminar qualquer dúvida fundada sobre pontos importantes do caso penal, pois só assim ela passa pelo critério do “acima da dúvida razoável”.

Sobre o princípio do *in dubio pro reo*, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2023, p. 71), sendo um princípio consequência da presunção de inocência, o princípio da prevalência do interesse do réu determina que, em caso de conflito entre a inocência do réu e o poder-dever do Estado de punir, deve o juiz decidir em favor daquele. Havendo razoável dúvida do julgador, deve prevalecer de maneira imperativa o interesse do indivíduo (réu), em detrimento da sociedade, conforme exemplificado no artigo 386, inciso VII do CPP.

Nesse sentido, o doutrinador Paulo Rangel (2010, p. 53), ensina que dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, o princípio do favor rei é uma expressão máxima. Esse princípio impõe ao operador do direito a obrigação de escolher a interpretação que favorece a liberdade do acusado, quando confrontado com normas que apresentam interpretações diferentes. No processo penal, essa regra exige que o juiz siga a tese mais favorável ao acusado, sempre que a acusação não tenha conseguido produzir prova suficiente para obter a aparência. O princípio do favor rei se relaciona diretamente com a presunção de inocência, que inverte o ônus da prova. De acordo com essa presunção, é uma acusação que tem a obrigação de apresentar provas da culpa e demonstrar a culpabilidade do acusado, que é presumido inocente.

Por fim, o professor Renato Brasileiro de Lima ensina que, o princípio do *in dubio pro reo* vai além de uma mera norma de julgamento das provas. Na realidade, ele deve ser aplicado na hora de atribuir valor às provas: se houver dúvida, a decisão deve beneficiar o acusado, pois ele não tem o dever de demonstrar que é inocente. Em suma, não se admite, sem base probatória consistente, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre fundamentar-se – para que seja um ato dotado de validade ético-jurídica – em elementos de certeza.

Após as explicações acima, entendemos que o *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de culpabilidade estão intimamente interligados, sendo aquele um subproduto deste, utilizado durante toda a persecução penal, porém, sobretudo no momento do veredicto.

2.3.2 *In dubio pro societati*

De modo a explicar o antagonismo entre o *in dubio pro reo* e o *in dubio pro societati*, usaremos as palavras de Renato Brasileiro (2022, p. 678), o qual leciona que o princípio da presunção de inocência implica que o réu só pode ser condenado se houver provas suficientes contra ele, essa é a regra do *in dubio pro reo*, que significa na dúvida, a favor do réu. O contrário seria o *in dubio pro societate* ou *in dubio contra reum*, que favoreceria a sociedade ou a acusação em caso de dúvida. Porém, como o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental e uma cláusula pétrea da Constituição, nenhuma lei pode inverter o ônus da prova no processo penal, pois isso seria inconstitucional.

O referido doutrinador também discorre sobre a aplicação do princípio *in dubio pro societati* na cognição sumária do juiz, após a resposta à acusação: “Vigora, então, no momento da absolvição sumária, o princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, havendo dúvida acerca da presença de uma das hipóteses do art. 397 do CPP, incumbe ao juiz rejeitar o pedido de absolvição sumária”. (LIMA, 2022, p. 1423)

Acerca do referido princípio, no entendimento de Paulo Rangel (2023, p. 684), se o Ministério Público não conseguiu provar a culpa do acusado na denúncia que apresentou, deixando dúvidas sobre quem cometeu o crime e como ele ocorreu. Isso não pode prejudicar o acusado, que tem o direito de ser inocente até prova em contrário. O autor ainda afirma que:

[...] o chamado princípio do *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus. (...) [sic] O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal. (RANGEL, 2002, p. 79)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Jr. (2020, p. 596) declara que não há nenhum fundamento constitucional para o *in dubio pro societate*, sendo este contrário à estrutura das provas definida pela presunção de inocência. Em harmonia com posicionamento doutrinário, no corpo do acórdão do ARE 1.067.392 (BRASIL, 2019), o Min. Lewandowski ressaltou a distinção feita pelo Min. Celso de Mello de que a presunção de inocência tem assento constitucional enquanto o princípio *in dubio pro societate* seria, no máximo, um adágio forense.

O recente entendimento adotado pela Sexta Turma do STJ, firmado com observância da atual orientação do Supremo Tribunal Federal, é de que não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório produzido em juízo, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial (BRASIL, 2021). Nesse sentido, entende-se que a mesma regra deve ser aplicada a negativa de arquivamento do inquérito pelo magistrado, pois, assim como no acórdão supracitado, a decisão que nega o arquivamento do inquérito não pode ser admitida, tendo em vista não ter ocorrido qualquer lastro probatório produzido em juízo, impossibilitando a imparcialidade do juízo preliminar exercido pelo juiz ao proferir a predita decisão.

2.4 Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal

Decorrente da junção entre o princípio da legalidade e os preceitos constitucionais que conferem com exclusividade a titularidade da ação penal ao Ministério Público, e excepcionalmente ao ofendido. Em vez de ter a opção de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, o órgão acusatório e o encarregado da investigação têm a obrigação de fazê-lo, esse é o significado do princípio da obrigatoriedade da ação penal (NUCCI, 2023, p. 15).

Nas palavras de Nucci (2023, p. 15), quando um crime que exige ação penal pública incondicionada for cometido, a autoridade policial deve apurar os fatos e, depois de encontrar elementos (prova do fato e de quem o praticou e indícios suficientes da autoria), o representante do Ministério Público tem a obrigação de oferecer denúncia.

Para o professor Aury Lopes Jr. (2020, p. 351), a obrigatoriedade, embora não consagrada expressamente, mas deduzida na interpretação do artigo 24 do CPP com seu caráter imperativo, encontra nos princípios da oportunidade e conveniência sua antítese, em que competiria ao Ministério Público avaliar e determinar a partir de critérios inerentes à política criminal com ampla discricionariedade, o arquivamento do inquérito policial. Ainda segundo o doutrinador, o MP não está obrigado somente a denunciar ou pedir/ordenar o arquivamento quando for o caso, mas uma vez iniciado o processo, também está impedido de dispor sobre a ação penal.

Nesse sentido, tem-se o pensamento de Fernando Capez, o qual ao lecionar sobre os dois princípios antagônicos diz:

Identificada a hipótese de atuação, não pode o Ministério Público recusar-se a dar início à ação penal. Há, quanto à propositura desta, dois sistemas diariamente opostos: o da legalidade (ou obrigatoriedade), segundo o qual o titular da ação está obrigado a propô-la sempre que presentes os requisitos necessários, e o da oportunidade, que confere a quem cabe promovê-la certa parcela de liberdade para apreciar a oportunidade e a conveniência de fazê-lo. No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora a o [sic] princípio da legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social. (CAPEZ, 2022, p. 70)

Complementarmente, Renato Brasileiro (2020, p. 324) afirma que, quando se toma conhecimento de um crime, assim como as autoridades policiais devem investigar o fato criminoso, o órgão do Ministério Público tem a obrigação de apresentar denúncia caso haja indícios do fato criminoso e de justa causa para deflagrar o processo criminal.

Conforme se extrai dos ensinamentos acima, no campo do direito processual penal brasileiro, adotou-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual, determina que uma vez verificados os requisitos exigidos para a propositura da ação penal (indícios suficientes de autoria materialidade do delito e justa causa), o órgão acusatório está obrigado oferecer a inicial acusatória, excetuando-se os casos em que a ação penal depende de representação do ofendido.

Nada obstante as conceituações acima, para melhor elucidar quais seriam os indícios suficientes de autoria e materialidade do fato típico, Afrânio Silva Jardim (2002, p. 97) ensina que, a primeira condição essencial para o prosseguimento da ação penal é a existência de um mínimo de evidência que sustente a acusação, evitando que ela seja infundada ou irresponsável. Esse mínimo de evidência se refere aos sinais de quem praticou o ato e, à materialidade de uma conduta que se enquadre na lei penal e alguma prova de que ela foi contrária ao direito e à moral. Segundo o póstumo professor, somente com base nesse conjunto de evidências é que se aplica o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

No tocante à conceituação de justa causa, o professor Renato Brasileiro de Lima ensina que:

O Código de Processo Penal Militar possui dispositivo expresso impondo que a denúncia contenha as razões de convicção ou presunção de delinquência

(CPPM, art. 77, “f”). Apesar do silêncio do CPP, pensamos que tal requisito também deve ser observado no processo penal comum. Considerando os gravames produzidos pelo mero oferecimento de uma peça acusatória, não se pode admitir que uma denúncia ou queixa sejam oferecidas desprovidas de lastro probatório que confirme o fato delituoso imputado ao acusado.

Essas razões de convicção consistem, pois, na indicação do lastro probatório da peça acusatória, apontando-se os depoimentos colhidos em sede investigatória, os laudos periciais realizados, assim como outros elementos de informação, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis que tenham servido à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal. A título de exemplo, ao invés de se limitar a dizer que “o acusado desferiu dois tiros contra a vítima”, deverá o Ministério Público narrar que “o acusado desferiu dois tiros contra a vítima, de acordo com as declarações do ofendido (fls. 45/47) e da testemunha Fulano de tal (fls. 58/60), produzindo as lesões corporais descritas no laudo pericial de fls. 78/80”.

A necessidade de se fazer menção às razões de convicção ou presunção da delinquência é confirmada pela própria reforma processual de 2008. De fato, o próprio CPP passou a prever, dentre as hipóteses de rejeição da peça acusatória, a falta de justa causa para o exercício da ação penal (CPP, art. 395, III). Portanto, essa demonstração das razões de convicção ou presunção da delinquência tem por escopo formar a convicção do órgão julgador no sentido do recebimento da peça acusatória, apontando a existência de elementos de informação em grau suficiente para permitir um juízo de verossimilhança em torno da veracidade dos fatos narrados na exordial acusatória. (LIMA, 2020, p. 383)

Noutro giro, Aury Lopes Jr. (2020, p. 350) descreve que, o Ministério Público tem o dever de oferecer denúncia sempre que presentes as condições da ação, sendo elas a prática de fato aparentemente criminoso (*fumus commissi delicti*), a punibilidade concreta e a justa causa, não existindo tais condições, é dever do promotor, requerer o arquivamento, enquanto estiver vigendo a redação antiga do artigo do CPP, ou ordenar o arquivamento conforme determina a nova redação do artigo do CPP.

Diante da citação das mudanças na redação do artigo 28 do CPP e de suas implicações ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, Gustavo Henrique Badaró (2021, p. 1218) entende que, após a edição do artigo 28, o juiz não mais poderá interferir no controle da obrigatoriedade da ação penal, que passará ser exercido exclusivamente pelo MP.

Nesse sentido, Fernando Capez (2022, p. 70) discorre, ao determinar que o Ministério Público deve apresentar as motivações do seu parecer quando solicitar o arquivamento dos autos do inquérito policial, o art. 28 do Código de Processo Penal, confirma a opção implícita do sistema nacional de escolher o princípio da legalidade (obrigatoriedade), verificado inicialmente pelo juiz, que atua, nessa situação, de forma atípica, e depois pelo procurador-geral de justiça.

Na mesma linha Vinícius Assumpção (2020, p. 69) afirma que, seguindo a lógica acusatória do processo penal, o art. 28 do CPP ganha uma nova redação completa, ao mesmo tempo, elimina-se a capacidade do juiz de supervisionar a atuação do MP na ação penal (conhecido como “mecanismo de controle do princípio da obrigatoriedade”) e estabelece-se uma obrigação de informar a vítima, que antes era excluída dessa etapa de formação da *opinio delicti*. Ante o exposto, conclui-se que o poder exercido pelo magistrado sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal, resguardado pela redação antiga e atualmente aplicada do artigo 28 do CPP, além de ferir sua imparcialidade objetiva, fere ainda a autonomia constitucional conferida ao Ministério Público.

Nesse diapasão, afirmam Pacelli e Fisher:

Pensamos que o controle da atuação ministerial, isto é, no sentido de avaliar a correção do juízo negativo de propositura da ação penal (materializando no pedido de arquivamento), não deveria ser da competência do juiz, até mesmo de maneira a preservar, o quanto e o máximo possível, imparcialidade do julgador, evitando-se o seu pronunciamento antecipado sobre o caráter aparente ilícito do fato, Talvez melhor seria se o citado controle coubesse ao próprio Ministério Público, de ofício, ou por provocação do ofendido. (PACELLI, FISHER, 2012, p. 72)

Na mesma linha, o professor Geraldo Prado (2006, p. 55 – 56) entende que, o juiz que atua na fase pré-processual, está comprometido pelo juízo prévio acerca dos indícios de autoria da infração, estando, portanto, esse comprometimento, além de seu controle pessoal.

Dessa forma, conclui-se logicamente que se a atuação do juiz na fase pré-processual (deferimento de interceptação telefônica por exemplo) o compromete, de igual modo estará contaminado em sua cognição o magistrado que utilizando-se do controle da obrigatoriedade remete a revisão do órgão superior do MP os autos que se ensejar uma ação penal, serão novamente remetidos a sua jurisdição.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Neste capítulo discorreremos sobre os sistemas do processo penal, passando por sua evolução histórica, quais os tipos existentes e por fim qual dos modelos melhor se adequa a ordem processual penal brasileira. Nos é pertinente, elucidar preliminarmente qual o motivo de se existir um processo penal, antes de discorrer sobre quais são as modalidades existentes.

O Estado tem o direito de criar leis penais e punir quem as desobedece, mas esse direito é apenas teórico e geral. Quando alguém comete um crime, o Estado passa a ter o direito de punir esse indivíduo em particular, e surge a pretensão punitiva, que é o poder de exigir que o criminoso se submeta à pena. Porém, essa pretensão não pode ser satisfeita sem um processo judicial, que garanta o respeito à lei e aos direitos do acusado. O Estado não pode impor a pena diretamente, nem o criminoso pode aceitá-la voluntariamente, cabendo somente ao juiz a aplicação da pena e somente após um julgamento justo (LIMA, 2020, p. 41).

De maneira sucinta, caso fosse possível resumir o ensinamento acima em uma frase que em toda sua estrutura abarcasse o conceito e a necessidade do processo penal, essa frase seria: “O processo surge com a pena exatamente por ele ser o caminho necessário para chegar a ela - *nulla poena sine iudicio*” (LOPES Jr., 2022, p. 771). Demonstrada importância e o conceito de processo penal, precedentemente a análise do histórico dos sistemas penais, devemos primeiramente entender o que é um sistema processual penal.

Nas palavras de Paulo Rangel (2016, p. 146), o sistema processual penal é a forma como o Estado aplica o direito penal aos casos específicos, seguindo os princípios e as normas que são definidos pela Constituição e pelas leis processuais penais, conforme o tipo de governo de cada país. Para fazer valer as regras e os valores básicos do direito penal, o Estado precisa usar um método que, em geral, pode ser de dois tipos: o inquisitivo e o acusatório.

Em sua obra o autor ressalta que, os sistemas acusatório e inquisitório têm de ser analisados conjuntamente ao regime político adotado em cada país, devendo também, levar em conta que estes foram naturalmente sujeitos, ao longo do tempo, a um processo

de erosão ou de adaptação, a ponto de se modelar, na sua evolução respectiva, de forma mais ou menos diferente do esquema original, tendo ainda de aceitar um conjunto de derrogações capazes de adaptar o esquema puro de cada um deles a situações particulares (RANGEL, 2016, p. 146).

3.1 Aparato Histórico

Partindo do preceito de que os sistemas processuais penais se alternam e adaptam de acordo com o regime político adotado e seu momento histórico, nos vale fazer um apanhado dos sistemas processuais penais aplicados ao longo do tempo. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2023, p. 23), historicamente, existem três sistemas regentes do processo penal, o sistema inquisitivo, o acusatório e o misto.

A evolução histórica do direito processual penal demonstra que, inicialmente, o modelo que prevalecia era o de acusação privada, isto é, cabia ao próprio ofendido ou a qualquer cidadão apresentar, em público, a denúncia contra quem violava a lei penal. O Estado não se envolvia na disputa entre as partes, deixando para o ofendido a responsabilidade de fazer a acusação (RANGEL, 2016, p. 148).

No antigo direito romano (Alta República), existiam dois tipos de processo penal: *cognitio* e *accusatio*. Na *cognitio*, os magistrados do Estado tinham a responsabilidade de investigar e julgar os crimes. Eles tinham ampla liberdade para conduzir o processo da maneira que achassem melhor. O condenado, se fosse cidadão e homem, podia recorrer ao povo (*provocatio*) para tentar anular a sentença. Nesse caso, o magistrado tinha que apresentar ao povo as provas e os argumentos para a nova decisão. Esse procedimento foi perdendo credibilidade nos últimos séculos da República, pois era visto como injusto, especialmente para as mulheres e para os que não eram cidadãos (que não podiam recorrer) e acabou sendo usado como instrumento político pelos magistrados (LOPES Jr., 2022).

Na *accusatio*, a acusação (parte ativa) era feita por um cidadão comum, que se oferecia voluntariamente para representar a sociedade. Esse tipo de processo surgiu no último século da República e representou uma grande mudança no direito processual romano. Nos casos de *delicta publica*, a persecução e o exercício da ação penal eram

confiados a um órgão diferente do juiz, que não era do Estado, mas sim um representante voluntário da coletividade (*accusator*). Esse método também dava aos cidadãos com aspirações políticas uma chance de aprimorar a arte de falar em público, podendo mostrar aos eleitores sua capacidade para os cargos públicos (LOPES Jr., 2022).

O sistema adotado nessa época deixava muito a desejar à persecução penal, pois o ofendido muitas vezes não tinha estrutura suficiente para realizar todos os atos inerentes à acusação penal e a impunidade reinava; ou, ainda, a vingança acabava movendo as pessoas a promover a ação penal não se preocupando tanto com a justiça (RANGEL, 2016). Durante o Império, o sistema de acusação privada não atendia mais às demandas de combate aos crimes, além de permitir muitas vezes que a perseguição fosse motivada por sentimentos e intenções de vingança. Por meio dos funcionários públicos que faziam a função de investigação (os chamados *curiosi*, *nunciatores*, *stationarii* etc.), os juízes recebiam os resultados obtidos (LOPES Jr., 2022, p. 795).

A insatisfação com o sistema de acusação privada fez com que os juízes assumissem cada vez mais as funções dos acusadores privados, resultando na união, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar. O Estado decidiu intervir na luta contra o crime, dando ao juiz o poder de fazer a acusação penal e buscar as provas. Surgiu o sistema inquisitório, que acabou com o princípio do *actum trium personarum* e prejudicou seriamente a imparcialidade do julgador, com sérios prejuízos para o direito de defesa, pois o acusado era visto como um simples alvo de investigação e não como um portador de direitos (RANGEL, 2016).

Ao analisar o referido período do império romano, o professor Aury Lopes Jr. (2022, p. 795) entende que o novo regime político autoritário e centralizador dos Imperadores levou a uma retomada da concepção inquisitória, mais adequada ao projeto de poder. E se no início havia a publicidade dos atos processuais, isso foi sendo gradativamente substituído pelos processos em segredo. As sentenças, que na época Republicana eram lidas oralmente desde o alto do tribunal, no Império passam a ter a forma escrita e passam a ser lidas na audiência. Nesse momento, recuperam-se as características de um sistema: o inquisitório.

Após o decurso de séculos, para reforçar o poder dos reis e da Igreja, foi criada, por volta do século XII, a inquisição, que usava o método inquisitivo para julgar os

acusados de heresia. No começo, esse método era usado apenas em casos especiais – *cognitio extra ordinem* – mas depois se tornou mais comum com as leis de Frederico II, que deram mais autoridade ao juiz, tanto para investigar e obter as provas – até mesmo usando a tortura – quanto para condenar. Dando início então, ao movimento conhecido como inquisição (e conseqüentemente o sistema inquisitivo em sua forma mais pura), que mais tarde se espalhou pela Europa Continental (PRADO, 2006, p. 77).

Com o passar do tempo, os avanços na percepção dos direitos sociais e o progresso no âmbito dos direitos e das garantias fundamentais, demandaram uma nova atitude do Estado, que deveria separar o juiz da persecução penal, garantindo ao acusado todos os direitos e garantias necessários para o pleno exercício de sua defesa, principalmente a imparcialidade do julgador. O Estado mantinha a titularidade da persecução penal, mas nas mãos de um novo órgão criado para essa função: o Ministério Público. Agora, a acusação continuava sendo feita pelo Estado, mas por um órgão diferente do que iria julgar (acusatório público), restabelecendo-se, assim, o *actum trium personarum* (RANGEL, 2016, p. 148).

De maneira paralela, no século XVIII, após a Revolução Francesa, com o código napoleônico – *Code d’Instruction Criminelle* – e suas novas ideologias e valoração do homem, criou-se um terceiro sistema somando características do sistema inquisitivo e acusatório, o qual ficou conhecido como sistema misto ou formal. É chamado de misto por possuir duas fases distintas, sendo a primeira inquisitorial, desprovida de ampla defesa, contraditório e publicidade; e a segunda fase acusatória, com um órgão acusador, publicidade dos atos, contraditório e ampla defesa (LIMA, 2020, p. 45).

Demonstrada a evolução histórica dos sistemas processuais penais, e como estes foram aplicados ao longo do tempo, nos tópicos seguintes veremos os sistemas supramencionados em suas peculiaridades.

3.2 Sistema Inquisitivo (Inquisitório)

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2023, p. 27), o sistema inquisitório é um modelo de processo penal em que o juiz concentra as funções de acusar, julgar e defender. O réu é considerado um objeto do processo e a confissão é

considerada a prova mais importante, os debates orais são raros e os procedimentos são sigilosos. A defesa do réu é, muitas vezes, meramente decorativa.

Igualmente, Aury Lopes Jr. (2020, p. 56) leciona que, no sistema inquisitório, o juiz acumula várias funções e tem poderes para conduzir a instrução do processo, sendo o único responsável pelo andamento e pelo resultado. Assim, não há um debate entre as partes e nem a possibilidade de contestação. O juiz não é neutro, pois ele decide com base na prova que ele mesmo produziu.

O sistema inquisitorial é um sistema severo, sigiloso, que usa a tortura sem limites como forma de esclarecer os fatos e alcançar o objetivo do processo penal. Nele, não existe contraditório, pois o juiz inquisidor acumula as funções de acusar, defender e julgar, tratando o acusado como um simples objeto do processo, sem direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era ao mesmo tempo acusador e juiz, tendo amplos poderes de investigação e de produção de provas, tanto na fase investigatória quanto na fase processual (LIMA, 2020, p. 43).

Demonstrada a essência do sistema inquisitivo, de modo a entendermos melhor como este modelo funciona na prática, nas palavras do jurista italiano Luigi Ferrajoli (2002, p. 45), no sistema inquisitivo o juiz tem o dever de buscar a verdade. Ele tem uma visão essencialista ou ontológica do crime, que julga a pessoa como má, e não o ato. A forma de conhecimento inquisitiva é contrária às garantias, e por isso não se adequa ao processo jurídico de um Estado democrático.

Segundo Geraldo Prado, citando Franco Cordero e James Goldschmidt, o que diferencia o processo inquisitivo do acusatório são as regras do jogo (PRADO, 2006, p. 104). No inquisitivo, o que vale é o resultado, pois o foco é a aplicação do direito material. No acusatório, o que vale são as regras do jogo, pois o foco é a proteção dos direitos fundamentais do réu contra o abuso do poder de punir. Por isso, o sistema inquisitivo é muito eficaz como meio de controle social.

Foucault revela com clareza o caráter político do sistema inquisitivo, ao afirmar que a verdade é um poder exclusivo dos soberanos, representados pelos juízes, e que o procedimento é uma verdadeira máquina de produzir a verdade. Em termos de relações de poder, o sistema representa a derrota do indivíduo diante do Estado. Nas palavras de Foucault (apud PRADO, 2006, p. 81): “O inquérito na Europa Medieval é sobretudo um

processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer”.

Para que possamos ter um relance de como seria um processo penal orientado pelo modelo inquisitivo, utilizaremos o trecho em que Paulo Rangel registra em sua obra a transcrição de um trecho do processo instaurado contra Joana D’Arc, na época da inquisição religiosa:

Para que o leitor possa ter uma ideia do que significava um processo regido pelo sistema inquisitivo na época da inquisição religiosa, transcrevemos um trecho do processo contra Joana D’Arc, instaurado em 21 de fevereiro de 1431, na França. Feita a acusação pelo Bispo francês Cauchon, que exercia a função de juiz, foi dada a Joana a oportunidade de escolher seus defensores entre os próprios acusadores.

Os autores Natale Benazzi e Matteo D’Amico transcrevem a solução encontrada: Agora só resta a Joana a possibilidade de apelar à benevolência dos juízes. O texto da acusação está pronto e será lido e rebatido durante longos dias. A donzela só pode ter como defensores os seus próprios acusadores: a pior situação para qualquer acusado. Ela decide defender-se sozinha (grifo nosso – O livro negro da inquisição: a reconstituição dos grandes processos. Lisboa: Âncora, 2001. p. 65). (apud RANGEL, 2023, p. 68)

Embora tenhamos demonstrado exemplos do modelo inquisitorial em outros países, nos faz pertinente lembrar que o modelo processual penal brasileiro tem um caráter inquisitorial que se adapta à ideologia da época em que foi criado. O CPP foi elaborado durante a ditadura do Estado Novo, com forte influência do Código Rocco italiano, de origem fascista. As características desse caráter inquisitorial se manifestaram na legislação ordinária, na doutrina, na jurisprudência, no ensino jurídico e na política criminal (GIACOMOLLI, 2015). Entre essas características estão a primeira fase da persecução penal, segundo Hélio Tornaghi, comumente representada pelo inquérito policial, apresentar-se de maneira essencialmente inquisitiva, destituída de publicidade e do contraditório, posicionando o indiciado como mero objeto da investigação (apud MOUGENOT, 2019, p. 29).

Por fim, sobre o modelo inquisitivo, aproveitaremos das palavras de Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 42) para dizer que, o juiz que acumula poderes de acusador perde a neutralidade, pois se envolve emocionalmente com o resultado do processo, julgando sem objetividade e imparcialidade. Nesse sistema, não existe um confronto

entre acusação e defesa, pois o contraditório é inviável. Além disso, o acusado costuma ficar preso preventivamente e sem comunicação.

3.3 Sistema Acusatório

Conforme relatado na evolução histórica dos sistemas processuais penais, com o avançar dos direitos sociais e a ampliação dos direitos e garantias fundamentais, a maioria dos Estados democráticos pelo mundo, passou a adotar o sistema acusatório público. Segundo Paulo Rangel (2016, p. 149) o sistema acusatório público é aquele em que a acusação penal é feita por um órgão diferente do juiz, geralmente o Ministério Público, formando, assim, um *actum trium personarum*, reconhecendo ao acusado o status de sujeito de direitos com exercício da ampla defesa e do contraditório e não o tratando como um simples objeto de investigação.

Um sistema penal acusatório se define pela nítida distinção entre juiz e partes, que devem permanecer separados durante todo o processo para assegurar a imparcialidade e o contraditório. O órgão que acusa e o que julga são claramente separados; há direito de acusar para o ofendido e qualquer cidadão; a defesa é livre e igual às partes no processo; o procedimento é público; há contraditório; pode-se recusar o julgador; as provas são produzidas livremente; há mais participação popular na justiça penal e a regra é a liberdade do réu (LOPES Jr., 2022, p. 59) (NUCCI, 2023, p. 27).

Revisita-se então, o pensamento de que o regime político do Estado influencia no sistema processual penal que será adotado, pois, quanto mais democrático e liberal for, maiores serão as oportunidades de defesa do acusado e da sociedade. Ou, ao contrário, quanto maior for a concentração de poder nas mãos de uma pessoa ou de um órgão, menores serão os direitos e garantias individuais (RANGEL, 2016, p. 147).

Complementarmente, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 44) afirma que não basta apenas separar quem acusa de quem julga para definir um sistema acusatório, pois o juiz precisa ser alheio à investigação e à instrução. De fato, não faz sentido ter pessoas diferentes nas funções de magistrado e de acusador estatal se, na prática, o primeiro assume as tarefas do segundo, de forma explícita ou implícita, como acontece quando o juiz pede a abertura de um inquérito policial, inicia um processo penal sem pedido das

partes (processo judicialiforme), produz provas e decreta prisões preventivas sem solicitação das partes, entre outras medidas incompatíveis com o modelo acusatório.

Segundo Paulo Rangel (2023, p. 69), atualmente, no direito brasileiro, prevalece o sistema acusatório, pois só um órgão diferente pode acusar: o Ministério Público, e, em situações excepcionais, o particular. Não existe o juiz instrutor, pois antes da ação penal há uma fase preliminar e informativa que é o inquérito policial e este é dirigido pela autoridade policial. No inquérito policial, há sigilo e inquisitividade, mas, depois da ação penal iniciada, o processo é público, contraditório, e são garantidos aos acusados todos os direitos constitucionais.

Igualmente, entende Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 44) que o modelo acusatório foi adotado explicitamente pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 129, inciso I, que deu ao Ministério Público a exclusividade da ação penal pública, o processo só começa quando alguém encarregado de pedir a punição provoca o juiz (o juiz não age por conta própria), e, embora não impeça o juiz de gerir o processo com o poder de impulso processual, proíbe que o juiz faça coisas que não sejam neutras em relação ao interesse das partes. O juiz deve, então, ficar fora dos atos de ofício na investigação e no processo, tarefa que deve ser das autoridades policiais, do Ministério Público e, na instrução do processo penal, das partes.

Inclusive, o art. 3º-A do CPP, colocado pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), que dispõe que “o processo penal terá estrutura acusatória, proibidas a iniciativa do juiz na investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Não obstante o posicionamento doutrinário explicitado acima, o Supremo Tribunal Federal reiteradas vezes se posicionou no sentido de que o sistema processual penal adotado pelo Brasil é o acusatório, conforme se pode extrair dos julgamentos da ADI 1570 (BRASIL, 2004) e do AgR RHC 144615 (BRASIL, 2020), tendo sido este último publicado com a seguinte ementa:

Penal e Processual Penal. Imparcialidade judicial e sistema acusatório. Postura ativa e abusiva do julgador no momento de interrogatório de réus colaboradores. Atuação em reforço da tese acusatória, e não limitada ao controle de homologação do acordo. As circunstâncias particulares do presente caso demonstram que o juiz se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório. Imparcialidade judicial como base fundamental do processo. Sistema acusatório e separação das funções de investigar, acusar e julgar. Pressuposto para imparcialidade e contraditório efetivos. Precedente: ADI 4.414, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.5.2012. Agravo

regimental parcialmente provido para declarar a nulidade da sentença condenatória proferida por violação à imparcialidade do julgador.

(RHC 144615 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020)

De maneira incisivamente crítica, Aury Lopes Jr. (2020) se posiciona no sentido de que enquanto o artigo 3-A do CPP estivesse suspenso pela concessão da medida cautelar na ADIn que trata do juiz de garantias (em sua obra não havia ocorrido o julgamento do tema pelo Supremo), o processo penal brasileiro seguiria com uma estrutura inquisitória em evidente conflito com a previsão acusatória presente na Constituição Federal e no artigo 3-A suspenso até então. Ao final, o autor chega a nomear o sistema brasileiro como neoinquisitório e afirma que somente se chegará a ter uma estrutura acusatória de fato com a garantia da imparcialidade, resguardada além da separação de funções de julgar e acusar, pelo afastamento do juiz da atividade instrutória/investigatória.

Ao final, é preciso destaca a posição de Ricardo Antônio Andreucci (2015, p. 18), de que o sistema acusatório brasileiro tem características que o fazem único. É um sistema acusatório mitigado, pois o juiz, sem prejudicar sua imparcialidade, pode ordenar, durante a instrução, a realização de diligências para esclarecer dúvida sobre ponto importante, ou ordenar, por conta própria, a realização de diligências indispensáveis, ou ainda completar a inquirição das testemunhas sobre pontos não elucidados.

3.4 Sistema Misto

Nas palavras de Paulo Rangel (2023, p. 71), segundo o qual, o Brasil segue um sistema acusatório que, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitividade, tratando o indiciado como objeto de investigação, faz parte dos autos do processo. Segundo Gilberto Lozzi, na verdade, não há um processo acusatório puro ou um processo inquisitivo puro, mas apenas um processo misto, onde se pode notar a predominância do sistema acusatório ou do inquisitivo (Lezioni di procedura penale, p. 5). Sendo essa a realidade da maioria dos sistemas jurídicos do mundo atual (apud NUCCI, 2023, p. 29).

Se observarmos as características de cada sistema, veremos que elas estão presentes, ainda que com diferentes intensidades e momentos, nos dois sistemas que “tradicionalmente” se contrapõem, ou seja, o chamado inquisitivo e o acusatório. Em outras palavras: os dois sistemas têm em menor ou maior grau as mesmas características que geralmente são atribuídas a sistemas diferentes. Assim, esses princípios ou características não definem um ou outro sistema pretendido, de forma a poder distingui-los claramente com base nelas, daí a inexistência de um sistema que seja sempre absolutamente puro, que se encaixe em um conjunto predeterminado de características. (BOMFIM, 2019).

Explicado o posicionamento de que, na atualidade, não existem sistemas processuais penais puros e que estes acompanham o contexto histórico e político em que se encontram, passaremos ainda assim a conceituação do que seria o modelo misto em sua essência. Nessa linha, Nucci (2023, p. 29) escreve que, originado depois da Revolução Francesa, o referido sistema combinou as qualidades dos dois anteriores, distinguindo-se pela separação do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Numa primeira etapa, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, na segunda, estão presentes a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a participação de juízes populares e a livre avaliação das provas.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2020), o sistema misto recebe essa denominação porque envolve duas fases processuais diferentes: a primeira fase é tipicamente inquisitiva, sem publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob a direção do juiz, são feitas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, buscando-se verificar a materialidade e a autoria do fato criminoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, valendo, em geral, a publicidade, a oralidade, a igualdade processual e o direito de se manifestar a defesa depois da acusação.

No âmbito nacional, quando o Código de Processo Penal começou a valer, entendia-se que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal,

marcada pelo inquérito policial, era inquisitiva e depois de iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Mas, com o surgimento da Constituição Federal, que estabelece de forma clara a separação das funções de acusar, defender e julgar, garantindo o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de inocência, nos deparamos com um sistema acusatório. É verdade que não se trata de um sistema acusatório puro, de fato, é preciso lembrar que o Código de Processo Penal tem forte inspiração no modelo fascista italiano. Fez-se necessário, portanto, que a legislação infraconstitucional fosse reinterpretada diante da nova ordem constitucional (LIMA, 2020, p. 45).

Segundo alguns autores, a persecução penal brasileira é mista, pois se divide em dois momentos ou fases. Uma primeira fase, do inquérito policial, seria basicamente inquisitiva, secreta e sem contraditório, tratando a pessoa do suspeito ou indiciado como simples objeto da investigação. Uma segunda fase, depois do fim do inquérito, com a apresentação da denúncia ou queixa e com o começo do processo, quando passariam a valer as garantias constitucionais das partes e, especialmente, do acusado. (BONFIM, 2019, p. 29)

Por fim, ao tratarmos do sistema misto, deve-se citar que novamente o professor Aury Lopes Jr. (2020) apresenta sua tese de maneira crítica a doutrina majoritária, ao afirmar que a ideia de um sistema misto é, primeiramente, reducionista tendo em vista que nenhum sistema é propriamente puro, exceto os modelos históricos. E que, justamente por ser de natureza mista, deve-se analisar em seu cerne qual o modelo predominante para que se defina se tem estrutura acusatória ou inquisitória.

4 MUDANÇAS NO ARTIGO 28 APÓS A DECISÃO DO SUPREMO NA ADI nº 6.305-DF

Em consonância ao título do presente capítulo, este se destina a analisar as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a proferir a decisão que julgou parcialmente procedente a ADI nº 6.305-DF, para atribuir interpretação conforme a constituição de modo a modificar última redação do artigo 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019. Juntamente com a análise da modalidade de decisão utilizada, suas implicações e críticas pontuais a toda a maneira como se transcorreu a prolação da referida decisão.

Conforme explicado anteriormente, no corpo desta monografia, o artigo 28 do Código de Processo Penal (CPP) trata do arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público (MP). A redação original desse artigo, que vigorou desde 1941 até 2019, previa que o juiz poderia discordar do pedido de arquivamento feito pelo MP e remeter o caso ao procurador-geral, que poderia oferecer a denúncia, designar outro promotor para fazê-lo ou insistir no arquivamento. Essa redação foi alvo de críticas por parte da doutrina e da jurisprudência, que a consideravam contrária ao princípio do sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, pois permitia uma interferência indevida do Poder Judiciário na função acusatória do MP.

Em 2019, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, o artigo 28 do CPP foi alterado, retirando-se a possibilidade de o juiz discordar do arquivamento e atribuindo-se ao MP a responsabilidade de encaminhar o caso à instância de revisão ministerial para fins de homologação. Com essa mudança, buscou-se respeitar a autonomia do MP e a separação entre as funções de acusar e julgar. No entanto, a nova redação também gerou controvérsias, principalmente em relação aos seus impactos sistêmicos e financeiros para o funcionamento dos órgãos ministeriais.

Em 2020, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal (STF), pedindo a suspensão da eficácia da nova redação do artigo 28 do CPP, sob o argumento de que ela violava o artigo 127 da Constituição Federal, que dispõe sobre a organização e as atribuições do MP. A liminar foi concedida pelo relator da ADI, juntamente com outra liminar referente ao juiz de garantias, também instituído pelo

Pacote Anticrime. Assim, até que o plenário do STF se manifestasse sobre o mérito das ADIs, vale a redação antiga do artigo 28 do CPP, exceto nos casos em que houver recurso da vítima ou dos entes federativos.

Recentemente, no dia 24.08.2023, foi publicada no diário de justiça eletrônico a decisão proferida pelo tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal, a qual julgou parcialmente procedente as ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, atribuindo interpretação conforme a constituição ao *caput* do artigo 28 do CPP e seu §1º, de modo a decidir que na “nova” dinâmica o Ministério Público irá se manifestar pelo arquivamento e quem irá decidir pelo arquivamento ou não, é o juiz, retomando a sistemática antiga do artigo 28 na qual o juiz é quem assume o controle do arquivamento. Tendo, na prática, como única novidade, a comunicação à vítima sobre o pedido de arquivamento e a prerrogativa desta, caso não concorde com o arquivamento (neste ponto já homologado com a concordância do juiz), submeter a matéria ao órgão revisional do Ministério Público (LOPES JR, 2023).

Na visão de Aury Lopes Jr. (2023), foi infeliz a decisão do Supremo em ressuscitar a lógica do antigo artigo 28 do CPP, onde o juiz pode exercer o controle jurisdicional do princípio da obrigatoriedade da ação penal, quando verificar um caso de flagrante ilegalidade ou teratologia. Ainda, segundo o doutrinador, tal acontecimento representa um atraso ao ordenamento processual penal brasileiro, na medida em que estabelece eventual teratologia como fundamento para a invocação do artigo 28 pelo magistrado, que por ser um termo tão generalista, daria ao juiz o poder de invocar o artigo 28 quando este bem entender.

Passemos a verificar então, a motivação do voto vencedor que ensejou a referida decisão, ao fundamentar seu voto, o E. Ministro Luiz Fux reiterou os fundamentos utilizados no deferimento da medida cautelar que havia suspenso a eficácia do “novo” artigo 28, tais como a desconsideração da dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais, e a inexistência de tempo hábil para que os Ministérios Públicos possam se adaptar a estruturalmente para atender à nova competência a estes estabelecida.

O membro da Suprema Corte, de modo a encorpar seu voto ainda chegou a ressaltar, que a *vacatio legis* do referido dispositivo transcorreu integralmente durante o

período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu que os Ministérios Públicos pudessem se mobilizar pela propositura de eventuais projetos de lei que possibilitassem a adequada implementação dessa nova sistemática. Deu especial destaque também, a um levantamento do MP-SP apresentado pela CONAMP em sua exordial, de que no ano de 2019 um acervo de 829 inquéritos policiais foram objetos de aplicação do artigo 28 do CPP, o que daria uma média mensal de 70 procedimentos investigatórios a serem apreciados pelo Procurador-Geral de Justiça, e que partir da ampliação instituída pelo “novo” artigo 28, o número apresentado de arquivamentos no ano de 2019 seria 174.822, o que daria uma média mensal de 14.500 procedimentos a serem analisados.

Não obstante os fundamentos acima, acredita-se que o Min. Luiz Fux se precipitou ao entender que o *caput* do artigo 28 do CPP não resolvia questões operacionais simples, como definir qual seria o órgão competente para funcionar como a instância de revisão ministerial a qual homologará ou não o arquivamento. Ressalta-se neste ponto, que tanto é verdade a precipitação do Min. Luiz Fux, que durante a leitura de seu voto, foi interrompido por seu companheiro de corte, o Min. Alexandre de Moraes, que o instruiu da informação de que a referida instância de revisão ministerial já existia, sendo o Procurador-Geral nos MP’s estaduais e as Câmaras no Ministério Público Federal.

De maneira informal, o Min. Alexandre de Moraes chegou a citar que o Ministério Público enquanto instituição, sempre defendeu que o controle do arquivamento do inquérito policial fosse algo interno, independentemente do controle jurisdicional. Ressaltou a incapacidade funcional dos Ministérios Públicos em gerir sem preparo prévio à nova demanda que lhe foi atribuída e ao final sugeriu que em determinadas hipóteses houvesse revisão automática dos arquivamentos de maneira interna no órgão acusatório.

Decorrido este e outros votos, o Tribunal, nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação diretas de inconstitucionalidade, atribuindo interpretação conforme a constituição ao *caput* do artigo 28 do CPP para, por maioria, 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.

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal também atribuiu interpretação conforme a Constituição ao §1º do artigo 28 do CPP, para assentar que, além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento. Nesse sentido, lembra-se que as duas interpretações já foram alvo de críticas, supra posicionadas, proferidas pelo professor Aury Lopes Jr.

Nesse ponto, nos faz pertinente demonstrar que, embora o STF não se limite aos fundamentos jurídicos na análise da constitucionalidade das normas impugnadas, por conta do princípio da *causa petendi* aberta, conforme decidido no julgamento da ADI 2.728/AM (MENDES, 2020, p. 1357), o pedido formulado pela CONAMP ao ingressar com a ADI 6.305-DF não era no sentido de retornar o controle do arquivamento do inquérito policial a esfera judicial, mas tão somente a suspensão da eficácia do “novo” artigo 28 do CPP até que os Ministério Públicos conseguissem se reestruturar para a atender sua nova atribuição.

Nesse diapasão, ao decidir o mérito da ação julgando-a parcialmente procedente e dando interpretação conforme ao *caput* e §1º do Código de Processo Penal, o Tribunal proferiu uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva em matéria processual penal. Segundo a teoria italiana, é uma decisão manipulativa aquela em que o órgão de controle constitucional altera ou acrescenta normas que estão sob seu exame, para que elas saiam do julgamento constitucional com efeito normativo ou sentido diferente do inicial, mas de acordo com a Constituição (MENDES, 2020, p. 1501).

Segundo o professor e decano do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes (2020, p. 1504), embora se expresse de modo diferente em cada sistema de controle constitucional, o uso crescente das decisões manipulativas de efeitos aditivos atende a demandas comuns. Nessa direção, em ensino perfeitamente aplicável ao direito nacional, Augusto Martín de La Vega destacou que é possível entender a multiplicação das decisões manipulativas de efeitos aditivos, considerando-se três fatores: a) a existência de uma Constituição política de caráter fortemente programático e voltada a

desenvolvimento progressivo; b) a persistência de um ordenamento jurídico-positivo com evidentes traços autoritários; e c) a inaptidão do Legislativo para atender, em prazo adequado, às necessidades de atuação da Constituição e à adequação do ordenamento anterior ao novo regime constitucional.

Considerando os fatores apresentados acima, sobretudo os pontos “a” e “b”, indaga-se qual deles o Supremo Tribunal Federal utilizou como parâmetro para proferir a decisão que modificou o texto do artigo 28 do CPP, alterado pela Lei 13.964/2019, por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição. Visto que, conforme demonstrado ao longo do capítulo do anterior, a doutrina – não apenas a brasileira – majoritariamente entende que a Constituição brasileira institui um modelo processual penal acusatório, assim como a disposição expressa do artigo 3-A do Código de Processo Penal.

Acerca do artigo 3-A do CPP, nos é oportuno discorrer um pouco sobre a interpretação conforme atribuída pelo STF ao referido dispositivo, uma vez que, não obstante ainda dispor expressamente que o processo penal terá estrutura acusatória, agora o juiz não mais será vedado de tomar iniciativa nas fases de investigação e durante a dilação probatória na fase instrutória. Segundo o entendimento da Suprema Corte, o processo penal brasileiro terá sua estrutura acusatória, porém, o juiz, pontualmente, poderá determinar a realização de diligências suplementares, para fim de dirimir eventual dúvida sobre questão relevante ao julgamento do mérito.

A doutrina, porém, muito antes da decisão do Supremo, já não concordava com a posição que foi adotada pelo Tribunal, a exemplo disso tem-se o comentário do professor Aury Lopes Jr. (2020, p. 65-66) sobre o até então recentemente criado artigo 3-A do CPP: “Agora, a estrutura acusatória está expressamente consagrada no CPP e não há mais espaço para o juiz-ator-inquisidor, que atue de ofício violando o *ne procedat iudex ex officio*, ou que produza prova de ofício, pilares do modelo acusatório”. Igualmente, leciona o doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

“Para a estruturação de um sistema verdadeiramente acusatório, não basta a separação das funções de acusar, defender e julgar. Para além disso, é de todo relevante que o juiz não seja o gestor da prova, cuja, produção deve ficar a cargo das partes. Afinal, enquanto o juiz não se mantiver estranho à atividade investigatória e instrutória como um mero observador, tendo liberdade para produzir atos investigativos e probatórios de ofício a qualquer momento da persecução penal, não há falar em um magistrado verdadeiramente imparcial, é

dizer, um terceiro desinteressado em relação às partes. A chave para a compreensão dos sistemas acusatório e inquisitório recai, portanto, sobre a gestão da prova e sobre os princípios dispositivo (iniciativa probatória exclusiva das partes) e inquisitivo (atividade probatória de caráter do magistrado), que lhes são, respectivamente, regentes”. (LIMA, 2020, p. 90-91)

Seguindo essa linha, após a publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal, o doutrinador Aury Lopes Jr. (2023), por meio de vídeo, resumiu o acontecido ao artigo 3-A do CPP dizendo que, o sistema será o acusatório, mas com a permissão para que o juiz possa pontualmente determinar diligências suplementares. Quando na verdade, a regra é muito clara, tem prova condena, não tem absorve, e se estiver na dúvida deve-se julgar in *dúbio pro reo*. Ao final, o doutrinador informa que não concorda com essa decisão, pois, o Supremo permite que o juiz que está na dúvida ao invés de absolver o réu determine diligências suplementares, e isso compromete a imparcialidade do mesmo.

Acerca da imparcialidade do juiz, a contrário *sensu* do apresentado e de todo o acervo acadêmico e doutrinário, o Ministro Luiz Fux declarou em seu voto que discorda, que o juiz que toma conhecimento dos autos na fase inquisitória e que participa ativamente da produção de provas estaria contaminado para julgar esta mesma ação. Discordou ainda, do impedimento das garantias já existente na atuação do juiz do inquérito e da atuação dos tribunais, sob o pretexto de que em nosso ordenamento jurídico já dispõe de diversos instrumentos voltados a controlar a imparcialidade do julgador, chegando a citar em outros momentos, o artigo 8º do Código de Ética da Magistratura como fundamento.

Nessa linha, nos cabe primeiramente explicar o que dispõe o artigo 8º do Código de Ética da Magistratura, segundo o referido dispositivo: “O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.”.

No entanto, ao utilizar o dispositivo citado como fundamento para a não contaminação do juiz ao buscar nas provas a verdade dos fatos (busca da verdade real), o Min. Luiz Fux cometeu um aparente erro de interpretação, pois, ao contrário do defendido pelo membro da Suprema Corte, o referido dispositivo não afirma que o juiz será imparcial mesmo que requeira a produção de provas por sua própria vontade, mas

somente que deverá buscar nas provas que lhe forem apresentadas (pela acusação) com uma distância equivalente, objetividade e fundamento a verdade formal dos fatos.

Ademais, também ao utilizar o artigo 8º do Código de Ética da Magistratura para fundamentar sua discordância na contaminação e imparcialidade prévias e inerentes ao juiz, o Min. Luiz Fux incorreu em uma certa contradição em seus argumentos, na medida em que o próprio dispositivo utilizado afirma que o juiz deve manter uma distância equidistante entre as partes ao analisar as provas, justamente para evitar todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito por parte do julgador para com uma das partes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, buscou-se avaliar até que ponto a utilização do artigo 28 do CPP pode interferir no julgamento do mérito da ação penal e listar quais princípios o referido dispositivo ofende. Para tanto, utilizou-se como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica cumulada com o método indutivo. A partir da análise dos dados teóricos analisados, foi possível atestar que ao manter a atribuição do julgador de controlar judicialmente o arquivamento do inquérito policial, o Supremo Tribunal Federal ofendeu não somente os princípios constitucionais da imparcialidade e do juiz natural, mas também a evolução do modelo acusatório do processo penal brasileiro.

Uma das principais contribuições deste estudo foi avaliar as mudanças ocorridas no artigo 28 do CPP após uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.305-DF, contextualizando as implicações práticas dessa decisão para o sistema de justiça processual penal. Além disso, verificou-se quais princípios são afetados pela dinâmica do artigo 28 e tivemos um aparato conciso, porém completo sobre histórico dos sistemas processuais penais ao longo do tempo e sobre o que as melhores doutrinas têm a ensinar e pontuar sobre estes.

É importante ressaltar que este trabalho também enfrentou algumas limitações e desafios em relação a encontrar tópicos específicos destinados ao artigo 28 do CPP nas doutrinas utilizadas e, diante da contemporaneidade do presente trabalho com o julgamento da ADI 6.305-DF, em encontrar pareceres e opiniões recentes da doutrina em relação a decisão proferida. Essas limitações e desafios podem servir como base para futuras pesquisas e estudos na área, indicando possíveis caminhos e questões a serem explorados.

Além disso, este trabalho evidenciou a importância que a utilização do artigo 28 do CPP pelos magistrados têm na busca por um processo penal justo, imparcial e alinhado ao *in dubio pro reo* na sistemática do modelo processual penal acusatório. Esses resultados serão úteis para estudantes e profissionais do direito que queiram se aprofundar mais em um tema pouco discutido na grande mídia jurídica e nos manuais de processo penal, aos pesquisadores e legisladores que tenham interesse em avançar na proteção dos direitos e garantias do réu perante o Estado, e a todos cidadãos que

queiram abranger os conhecimentos de seus direitos e de como funciona a persecução penal.

Em suma, este trabalho contribuiu para o conhecimento na área do processo penal brasileiro ao demonstrar como a decisão da Suprema Corte brasileira seguiu em contramão ao posicionamento majoritário das doutrinas nacionais e internacionais em defesa daqueles que se sujeitam ao dever de punir do Estado. Apesar dos desafios enfrentados durante o processo de pesquisa, os benefícios alcançados são evidentes. A pesquisa e a análise realizadas forneceram uma base sólida para estudos futuros e enfatizaram a importância de continuar a investigação sobre imparcialidade do magistrado e a dinâmica do arquivamento do inquérito.

Espera-se que as conclusões deste trabalho inspirem outros acadêmicos e profissionais a explorar novas possibilidades e aprofundar seu conhecimento sobre o artigo 28 e a imparcialidade objetiva e subjetiva do juiz. A conclusão deste trabalho representa não somente o término deste projeto, mas também o início de um diálogo contínuo e a evolução do conhecimento na área do processo penal brasileiro. Este estudo é uma contribuição valiosa para a comunidade acadêmica e para aqueles que buscam insights importantes sobre o arquivamento do inquérito policial, a imparcialidade do juiz e as implicações práticas do julgamento da ADI 6.305-DF.

Agradeço a todos que colaboraram para este trabalho, fornecendo apoio, orientação e inspiração ao longo dessa jornada de pesquisa. Com isso, finalizo este trabalho, na esperança de que ele continue a inspirar a busca pelo conhecimento e pela excelência acadêmica.

REFERÊNCIAS

AO VIVO: STF retoma discussão sobre juiz de garantias. Brasília: Poder 360, 2023. (224 min.), Ao vivo, son., color. Legendado. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=NMP8mP6P8J0&ab_channel=Poder360. Acesso em: 27 out. 2023.

AO VIVO: STF retoma discussão sobre juiz de garantias. Brasília: Poder 360, 2023. (255 min.), Ao vivo, son., color. Legendado. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=IQN3ILkNo3M&t=12221s&ab_channel=Poder360. Acesso em: 27 out. 2023.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote Anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019.** São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555591514. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591514/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. E-book. Acesso em: 04 de jun. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** São Paulo: Thomson Reuters, 2021. E-book. ISBN 978-65-5991-919-2. Acesso em: 18 de jul. 2023

BONFIM, Edilson M. **Curso de processo penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553610624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610624/>. Acesso em: 16 de set. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 de set. 2023

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, **ADI nº 1570/DF**, Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Requerido: Congresso Nacional. Data de Julgamento: 12/02/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95346/false>. Acesso em: 18 de jul. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo em Recurso Extraordinário, **ARE nº 1.067.392/CE**, Segunda Turma. Recorrente: José Reginaldo da Silva Cordeiro. Recorrente: Cleiton Cavalcante. Recorrido: Ministério Público do Estado Do Ceará. Data de Julgamento: 26/03/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5242573>. Acesso em: 18 de jul. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus, **AgR RHC nº 144.615/PR**, Segunda Turma. Agravante: Paulo Roberto Krug. Agravado: Ministério Público Federal. Data de Julgamento: 25/08/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435485/false>. Acesso em: 15 de set. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, **REsp n. 1.932.774/AM**, Sexta Turma. Recorrente: Divino Macario Romaina. Recorrido: Ministério Público do Estado Do Amazonas. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de Julgamento 24/08/2021. Disponível em:
[https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.class.+e+@num=%271932774%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271932774%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.class.+e+@num=%271932774%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271932774%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 12 de jun. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620704. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620704/>. Acesso em: 18 abr. 2023.

CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL, Conselho Nacional de Justiça - CNJ, DJ, 18. Set. 2008, pp. 1 e 2. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 27 out. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. E-book. Acesso em: 15 de set. 2023.

FIGUEIREDO, Patrícia V.; JUNQUEIRA, Gustavo O D.; FULLER, Paulo H. A.; e outros. **Lei Anticrime Comentada: Artigo por Artigo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555595512. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595512/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 30. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006. E-book. Acesso em: 15 de set. 2023.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em:
<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em: 15 de set. 2023.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. E-book. Acesso em: 20 de jul. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. E-book. Acesso em: 22 abr. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. E-book. Acesso em: 27 de jul. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: Comentários à Lei 13.964/19 – Artigo por Artigo / Renato Brasileiro de Lima. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. E-book. ISBN 9786556800219. Acesso em: 27 de out. 2023.

LOPES JR., Aury.; **Fundamentos do Processo Penal** Introdução Crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620582. Acesso em: 18 abr. 2023.

LOPES JR., Aury.; **Direito Processual Penal**. 17. ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9788553619030. Acesso em: 18 abr. 2023.

LOPES JR., Aury.; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Moraes da. **Pacote Anticrime**: um ano depois. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9788553618453. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618453/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

Melo, André Luís Alves de. **A inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública**: releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em face da não recepção pela Constituição de 1988. 2016. 433 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/19768>. Acesso em: 17 jun. 2021.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. **Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9788553618088. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/>. Acesso em: 28 out. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643691. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643691/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. E-book. Acesso em 20 de jul. 2023.

PRADO, Geraldo. **Limites às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2^o ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. E-book. Disponível em: https://www.academia.edu/13312897/Limite_%C3%A0s_intercepta%C3%A7%C3%B5es_telef%C3%B4nicas_e_a_Jurisprud%C3%Aancia_do_Superior_Tribunal_de_Justi%C3%A7a. Acesso em: 20 de jul. 2023.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. E-book. Acesso em: 15 de set. 2023.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. E-book. Acesso em: 22 abr. 2023.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6^o ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público - Visão Crítica**, 5^a edição. São Paulo: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788597008647. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008647/>. Acesso em: 04 jun. 2023.

STF e o Juiz das Garantias. Direção de Aury Lopes Jr.. [S.l.]: Aury Lopes Jr, 2023. Online, son., color. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=oW59c_A3RxU&ab_channel=AuryLopesJr. Acesso em: 27 out. 2023.