

DIREITO PENAL/DIREITO PROCESSUAL PENAL

CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Hugo Nigro Mazzilli

Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo,
Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus,
Procurador de Justiça aposentado e Advogado.

1. Questão interessante, que já tem surgido nos foros, consiste na possibilidade de utilizar-se analogicamente o art. 28 do Cód. de Processo Penal, quando o Juiz de Direito discorde da promoção do Promotor de Justiça que, em vez de dar denúncia, pretenda a volta dos autos à autoridade policial para diligências que considere imprescindíveis.

Com efeito, vindo os autos do inquérito policial a juízo, pode ocorrer que o Promotor de Justiça da Comarca entenda que os elementos até então coligidos ainda são insuficientes para formar sua *opinio delictis*; conseqüentemente, sustenta estarem faltando algumas diligências que, a seu ver, deveriam ser antes empreendidas para esclarecimento de todas as circunstâncias do caso criminoso e sua autoria, como juntada de laudos, oitiva de testemunhas e outras informações, que passa a requisitar.

Recebendo os autos do inquérito com a manifestação ministerial, pode ocorrer, entretanto, que o Juiz de Direito dela discorde e, diante da recusa do Promotor em dar imediata denúncia, enquanto o magistrado manda a autoridade policial proceder a diligências complementares em apartado, fez simultaneamente remeter os autos do inquérito policial ao Procurador-Geral de Justiça, para revisão do ato ministerial, invocando, por analogia, o art. 28 do Cód. de Processo Penal.

Nessas condições, poderia o Procurador-Geral de Justiça, com fulcro no art. 16 do Cód. de Processo Penal, entender que o Promotor

estaria insistindo na realização de diligências investigatórias *dispensáveis* ao oferecimento da denúncia, e, porque teria violado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, seu ato seria passível de revisão, motivo pelo qual designaria outro membro do Ministério Público para imediato oferecimento de denúncia?

Essa a *questio juris* que nos propomos ora discutir.

2. Erigido pelo art. 129, I, da Constituição Federal a titular constitucional privativo da ação penal pública, o Ministério Público tem o poder-dever de oferecer denúncia contra o autor do fato delituoso.

Ao exercitar a ação penal pública, submete-se o Ministério Público ao princípio da obrigatoriedade, ou seja, se seu órgão se apercebe de que foi violada a lei, não lhe é consentido que se abstenha de acionar ou de intervir para fazer com que a lei se restabeleça¹. Em outras palavras, *identificando o órgão do Ministério Público hipótese em que a lei lhe imponha a ação, não se admite sua recusa ou omissão no dever de agir.*

Daí não se conclua, porém, que o Ministério Público sempre seja obrigado a agir. Há hipóteses estritas em que, mesmo recusando-se a propor a ação penal pública, o membro do Ministério Público não violará o princípio da obrigatoriedade. A primeira delas ocorre quando não haja justa causa para propor a ação penal pública – por isso que os arts. 43 e 648, I, do Cód. de Processo Penal inadmitem o recebimento da denúncia (e, portanto, tornam incabível seu próprio oferecimento), quando falte *justa causa, pressuposto processual* ou *condição da ação*. A segunda hipótese, em que se justifica não dê denúncia o órgão do Ministério Público, ocorre quando ainda não esteja de posse de todas as informações necessárias para decidir-se sobre se ajuíza ou não a ação penal pública. Neste caso, se tiver recebido para exame um inquérito policial a que faltem diligências imprescindíveis, deverá requerer ao Juiz a devolução dos autos à autoridade policial, para cumprimento das diligências que requisitar (CPP, art. 16); ou então, se já não tiver sido instaurado o inquérito policial, poderá requisitar diretamente sua instauração (CF, art. 129, VIII, e CPP, art. 5º, II), ou, em qualquer caso, poderá requisitar a realização de diligências policiais investigatórias (CPP, art. 13), ou até mesmo promover ou requisitar diretamente as diligências investigatórias que entenda necessárias (CF, art. 129, VI, e CPP, art. 47). E a terceira hipótese ocorre quando de transações penais

1. Nesse sentido, v. Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. 2, p. 469, § 126, 2ª ed., CEDAM, Pádua, 1943.

nas infrações de menor potencial ofensivo, pois aqui a lei mitiga o dever de agir ministerial (CF, art. 98, I; Lei n. 9.099/95, arts. 76 e 89).

Fora dessas hipóteses, violará, pois, o dever de agir o órgão ministerial que deixe de promover a ação penal pública, quando presentes os elementos de fato e de direito que justifiquem e imponham sua iniciativa.

3. Sabendo-se, pois, que existe o dever de agir ministerial, resta indagar: mas como se controla o exercício desse dever de agir do órgão do Ministério Público? Como aferir se está ele cumprindo corretamente as normas constitucionais e legais que lhe impõem o dever de agir, ou, ao contrário, se está a omitir-se indevidamente, e, portanto, está a violar o princípio da obrigatoriedade e a negar a promoção da ação penal pública fora das hipóteses em que a própria lei autorize sua regular recusa?

A ordem jurídica estabelece três mecanismos de controle dessa decisão ministerial.

a) O primeiro é o controle da inércia do órgão do Ministério Público.

Antes de mais nada, cumpre conceituar o que seja inércia ministerial: por inércia deve-se entender a falta de manifestação do membro do Ministério Público dentro do prazo da lei, ou seja, o órgão ministerial omite-se, ao deixar simultaneamente de dar denúncia, de requisitar novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, ou de requerer, fundamentadamente, o arquivamento do inquérito policial. Configurada a inércia ministerial, passa de plano a caber a ação penal privada subsidiária, a ser movida pelo ofendido (CF, art. 5º, LIX; CPP, art. 29), ou, em casos mais específicos — e muito pouco conhecidos e menos ainda utilizados —, passa a caber ação penal privada subsidiária a ser movida por entidade legitimada ao ajuizamento de ações coletivas (Lei n. 8.078/90, art. 80).

Uma outra forma de inércia ministerial também ocorre quando, mesmo tendo o órgão do Ministério Público proposto a ação penal pública dentro do prazo da lei, nela não faz incluir todos os réus ou todas as imputações que seriam exigíveis, nem fundamenta sua opção que restrinja o âmbito subjetivo e objetivo da denúncia, e, assim, também viola o princípio da obrigatoriedade que deveria iluminar sua atuação. Nesse caso, passa a caber igualmente a ação penal subsidiária

por iniciativa do ofendido, sem prejuízo do controle do arquivamento implícito, a ser exercido pelo Juiz e pelo Procurador-Geral, sob aplicação analógica do art. 28 do Cód. de Processo Penal².

b) O segundo mecanismo de controle sobre o Ministério Público não se volta contra sua inércia; aqui, longe de permanecer apenas inerte, o membro do Ministério Público agora age, mas o faz em sentido expressamente contrário à promoção da ação penal, ou seja, requer ao Juiz, dentro do prazo da lei, o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação.

Com efeito, pode ocorrer que o Promotor de Justiça entenda não haver base para a denúncia e, longe de ser inerte, requeira ao Juiz de Direito, em tempo oportuno, o arquivamento das investigações pré-processuais. Se o Juiz discordar do pedido de arquivamento, fará remeter os autos ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro membro do Ministério Público para que o faça, ou insistirá na promoção de arquivamento, que será agora de atendimento obrigatório pelo Juiz (art. 28 do CPP). Embora não o diga o próprio art. 28 da lei processual penal, uma outra alternativa tem o Procurador-Geral: poderá apontar novas diligências, que considere imprescindíveis, seja para fundamentar futuro e eventual oferecimento da denúncia, seja para embasar futura e definitiva promoção de arquivamento (art. 16 do CPP), que então será de acolhida obrigatória por parte do Juiz (art. 28 do CPP).

c) O terceiro mecanismo de controle incide quando o órgão do Ministério Público, deixando de dar denúncia ou de requerer o arquivamento, requeira ao Juiz a volta dos autos do inquérito policial à polícia, para novas diligências. Nesse caso, tratando-se de inquérito já relatado pela autoridade policial, a lei só permite o retorno dos autos para a prática de diligências *imprescindíveis ao oferecimento da denúncia* (art. 16 do CPP).

Aqui está o fulcro da questão, objeto deste nosso estudo.

4. Diversamente do que ocorre no controle da inércia do Ministério Público ou no controle sobre a promoção de arquivamento do inquérito policial, sobre os quais o Código de Processo Penal traçou

2. Nesse sentido, v. artigo de Álvaro Busana e Ludgero Henrique Perdizes, *A admissibilidade do arquivamento implícito*, RBCC, 5/160.

disciplina expressa, já quando se trate do retorno dos autos à autoridade policial para novas diligências, a legislação vigente não indica por expreso os critérios e os meios de controle, razão pela qual se costuma, sem maiores distinções, aplicar analogicamente o próprio art. 28 do Cód. de Processo Penal.

Entretanto, embora a nosso ver seja mesmo cabível essa aplicação analógica, aqui é preciso fazer algumas distinções fundamentais. Em primeiro lugar, se a diligência pretendida pelo órgão do Ministério Público é *imprescindível* para o oferecimento da denúncia, não a pode indeferir o Juiz, nem a pode dispensar o próprio Procurador-Geral de Justiça, sob pena de proferir o primeiro decisão passível de interposição de correção parcial, ou cometer o segundo invasão de atribuições do promotor a quem a lei cometeu a tomada dessa decisão. Em caso contrário, se a diligência é *prescindível*, deve-a indeferir o Juiz, e, agora sim com fundamento analógico no art. 28 do Cód. de Processo Penal, o Procurador-Geral decidirá se dará denúncia, ou designará quem o faça, ou até mesmo propenderá de plano pelo arquivamento do inquérito policial, pois, se a diligência não é imprescindível mas também não é caso de oferecimento de denúncia, a solução jurídica não pode ser outra senão o arquivamento das investigações.

5. Agora surgem, entretanto, outros problemas. As novas etapas do raciocínio passam a ser estas: mas o que são diligências imprescindíveis? E quem decide o que é imprescindível? O Ministério Público ou o Poder Judiciário? E, supondo caiba essa decisão ao Ministério Público, quem proclama a imprescindibilidade da diligência: o Promotor de Justiça que atua no feito ou o chefe do Ministério Público?

A questão inicial, à primeira vista, é de aparente simplicidade: imprescindível é aquilo que, mais do que útil, é absolutamente necessário, ou seja, é algo sem o qual o Ministério Público não está em condições de formar sua *opinio delictis*, e, assim, não pode promover a própria acusação penal pública. Apenas a título de exemplo, suponhamos esteja faltando a representação do ofendido ou de seu representante legal em crime de ação penal pública condicionada; a volta dos autos à autoridade policial, para colher a eventual representação ainda dentro do prazo de decadência, visará a satisfazer uma diligência sem dúvida imprescindível ao oferecimento da denúncia.

Dissemos, porém, tratar-se de questão de *aparente simplicidade*, porque, se há casos em que ninguém controverteria sobre a

imprescindibilidade da diligência (como no exemplo acima invocado), casos outros há em que pode surgir controvérsia fundada entre o Promotor de Justiça e o Juiz, ou até mesmo entre os próprios membros do Ministério Público, sobre se a diligência é ou não imprescindível (como sobre a necessidade de uma acareação, uma perícia, a coleta de um depoimento).

6. Assim, passa a ser importante examinar agora a indagação seguinte: quem decide o que é imprescindível?

Essa questão deve ser respondida no sentido de que a imprescindibilidade da diligência é decidida pelo Ministério Público, pois a valoração do interesse que lhe incumbe defender cabe ao próprio Ministério Público. Afinal, se é este o titular privativo da ação penal pública (CF, art. 129, I), não teria sentido coubesse ao Poder Judiciário dizer que é dispensável uma diligência, tida pelo Ministério Público como imprescindível para formar sua convicção sobre a pretensão punitiva. Se o Ministério Público goza de parcela da soberania estatal para dizer a palavra final sobre se é ou não caso de promover a ação penal pública, consectário disso é que estabeleça quando e em que medida as informações indiciárias o satisfazem para formar sua *opinio delictis*.

Não fosse assim, chegaríamos facilmente ao paradoxo: o Ministério Público entende indispensável uma diligência, ainda que de caráter meramente probatório; o Juiz discorda e entende haver base mais do que suficiente para ser dada e ser recebida a denúncia. Assim, o Juiz aplicaria por analogia o art. 28 do Cód. de Processo Penal e remeteria os autos ao Procurador-Geral, que insistiria no pedido de remessa do inquérito à polícia, para realizar-se a diligência desejada. O que restaria ao Poder Judiciário fazer, se não existe pretensão ajuizada, e se hoje — com tardança, aliás — não mais pode o Juiz exercitar o teratológico procedimento penal de ofício?! Teremos, forçosamente, de concluir que, assim como é do Ministério Público a última palavra sobre o não-oferecimento da denúncia, por via de consequência também é desta instituição o juízo sobre a imprescindibilidade de uma diligência que visa, tão-somente, a formar a convicção do próprio órgão ministerial sobre a existência de base para a imputação em matéria de ação penal pública, decisão esta para a qual o Ministério Público tem legitimação constitucional privativa.

Ressalvadas hipóteses estritas, como falta de competência, ilegalidade, desvio de poder ou finalidade — casos em que poderá haver controle jurisdicional sobre as requisições ministeriais, e das quais cuidaremos mais adiante —, no mais a avaliação sobre a imprescindibilidade da diligência é apenas afeta ao Ministério Público.

7. Mas, admitindo-se caiba ao Ministério Público dizer a palavra final sobre a imprescindibilidade da diligência, a qual órgão do Ministério Público estará afeta essa manifestação? Ao Promotor de Justiça, a quem por lei incumbe naturalmente officiar no feito, ou ao Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público?

Novamente estamos diante de questão de aparente simplicidade: se o Procurador-Geral de Justiça é o chefe do Ministério Público, a este deve caber a decisão. Afinal, é a própria Constituição Federal que institui os princípios da unidade e indivisibilidade e comete a chefia da instituição ao Procurador-Geral (arts. 127, § 1º, e 128, §§ 1º e 3º).

Entretanto, *est modus in rebus*. É verdade que a Constituição brasileira — seguindo inspiração do *Parquet* francês — institui a regra da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, e através destes princípios alguns doutrinadores procuram ver o princípio hierárquico. Entretanto, diversamente do modelo estrangeiro, o Brasil não é Estado unitário, de forma que a rigor nem mesmo há unidade real entre as instituições ministeriais³. Depois, *unidade* significa apenas que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; *indivisibilidade* significa que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, mas segundo a forma estabelecida na lei. Nesse sentido, não há unidade ou indivisibilidade entre membros de Ministérios Públicos diversos; só há, dentro de cada Ministério Público, e assim mesmo dentro dos limites da lei. Por fim, ao mesmo tempo em que fala em unidade e indivisibilidade da atuação ministerial, a própria Constituição estabelece seus limites, ao assentar entre nós, ao contrário do que ocorre no Ministério Público francês, em

3. Mesmo na França — Estado unitário, onde o princípio hierárquico no Ministério Público alcança extensão sem paralelo no Brasil, Estado federado —, a complexa organização hierárquica do *Parquet* não permite aplicação simplista do princípio da unidade e da indivisibilidade, pois esta regra merece ser “sainement entendue”, bem o demonstra Michèle-Laure Rassat, em *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, p. 81-4, Paris, 1967. A mesma observação também é válida para o Ministério Público da Itália — que, como a França, é Estado unitário —, assim o atesta Giovanni Leone, em *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, p. 435, Nápoles, 1961.

vez do princípio hierárquico, o princípio da independência funcional (CF, art. 127, § 1º)⁴.

Em face da nova ordem constitucional, não mais conservam atualidade os entendimentos que procuravam extrair o princípio hierárquico funcional da própria unidade e indivisibilidade da instituição, insistindo no velho e irrestrito poder avocatório do Procurador-Geral, segundo o qual, seria impossível um conflito de atribuições entre o Procurador-Geral e qualquer outro membro da instituição ministerial⁵. Hoje, se o Procurador-Geral avocar uma manifestação de membro do Ministério Público ou efetuar designação fora dos casos previstos na lei, estará violando o *princípio do promotor natural*, sendo seu ato passível de controle jurisdicional. Assim, diante do atual ordenamento jurídico brasileiro, se bem que não raro a última palavra dentro do Ministério Público deva, mesmo, ser dada pelo Procurador-Geral, temos que essa regra não é, nem pode ser absoluta.

8. Ora, em que consiste o aludido princípio do *promotor natural*?

Como já temos destacado em diversos trabalhos, *promotor natural* é aquele órgão que, em nome do Ministério Público, está investido, pela Constituição e pelas leis, no poder de tomar as decisões originárias que cabem à instituição⁶. Importa notar que o Supremo Tribunal Federal, superando as controvérsias a respeito, em memorável decisão plenária, já proclamou a existência em nosso Direito do chamado *princípio do promotor natural*, instituído pela nova ordem constitucional de 1988 (HC n. 67.759-2-RJ, j. 6-8-1992, JSTF, 180/255, RTJ, 146/794 e RT, 705/412).

Sem dúvida, nos casos previstos em lei, o Procurador-Geral pode designar membro do Ministério Público para atos específicos — o

4. Convém registrar que, nos trabalhos da Constituinte de 1988, foi expressamente recusada a regra de que os princípios ministeriais seriam “a unidade, a indivisibilidade e a hierarquia”; antes, foi consagrada a regra oposta, da “unidade, indivisibilidade e independência funcional” (art. 127, § 1º).

5. RT, 553/428; RTJ, 101/571; *Justitia*, 107/141 e 145.

6. V. nosso artigo *O Ministério Público no processo penal*, RT, 494/269, 500/426, 559/269, e *Justitia*, 95/175 e 245; e nossos livros *Manual do Promotor de Justiça*, p. 48 e s., 2ª ed., Saraiva, 1991; *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 83, 3ª ed., Saraiva, 1996; *Introdução ao Ministério Público*, p. 28, 2ª ed., Saraiva, 1998. V., também, de Jaques de Camargo Penteado, *O princípio do promotor natural*, *Justitia*, 129/114 e RT, 619:407; e, do mesmo autor e de Clóvis A. Vidal de Uzeda, artigo homônimo, em *Justitia*, 131/146; e, ainda, de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *O Ministério Público no processo civil e penal — promotor natural — atribuição e conflito*, 4ª ed., Forense, 1992.

próprio art. 28 do Cód. de Processo Penal é eloqüente exemplo disso, e outros mais exemplos arrolaremos adiante. O que não se admite, porém, é que, a pretexto de designar um membro do Ministério Público ou avocar uma manifestação, se afaste de forma ilegítima o Promotor a quem incumba officiar no caso, segundo as regras normais de competência ou atribuição, ou seja, o *promotor natural*.

O *promotor natural* é, pois, o reverso do *promotor de encomenda* (de livre escolha do procurador-geral de Justiça, que os designaria e afastaria *ad nutum*). A *inamovibilidade* dos membros do Ministério Público – predicamento consagrado na própria Constituição Federal – não teria sentido se dissesse respeito apenas à impossibilidade de se afastar o Promotor do cargo: é mister agregar-lhe *as respectivas funções* – esse o escopo da garantia constitucional⁷.

As designações do Procurador-Geral só se podem admitir quando decorram de taxativa hipótese legal, pois, se não, sob a roupagem de mera portaria de designação, poder-se-ia burlar indiretamente a inamovibilidade. Deixando-se o Promotor na Comarca ou na Promotoria, mas suprimindo-lhe, senão todas, mas suas principais funções, estar-se-ia facilmente elidindo a garantia constitucional de inamovibilidade, que se refere ao cargo mas visa substancialmente a proteger a própria função.

Insistindo, pois, só podem ocorrer designações se houver prévia hipótese legal, como, por exemplo: *a)* na recusa de arquivamento do inquérito policial ou do inquérito civil⁸; *b)* quando tenha o próprio Procurador-Geral atribuições originárias para officiar, porque, sempre que originariamente lhe caiba agir, naturalmente poderá avocar a prática do ato ou designar quem aja por ele⁹; *c)* nos casos de impedimento, suspeição, conflito de atribuições entre membros do Ministério Público; *d)* nas hipóteses excepcionais de afastamento compulsório¹⁰; *e)* quando

7. Foi isso o que já sustentávamos, de forma pioneira e com sucesso, desde 1976, em tese aprovada pelo IV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo (RT, 494:269, 500:426 e 559:269; *Justitia*, 95:175 e 245 e s.). Cf., ainda, o art. 128, § 5º, I, *b*, da Constituição Federal.

8. Cf. art. 28 do Cód. de Processo Penal, art. 9º, § 4º, da Lei n. 7.347/85, e art. 6º, § 2º, da Lei n. 7.853/89.

9. Como nas ações penais originárias, cuja iniciativa é do Procurador-Geral de Justiça ou do Procurador-Geral da República.

10. Lei n. 8.625/93, art. 10, IX, *g*.

de designações quaisquer, em que os agentes envolvidos voluntariamente se disponham a aceitar a designação¹¹.

A *ratio legis* da inamovibilidade e do *princípio do promotor natural* não é servir apenas de garantia ao próprio *promotor* nem é apenas proteger o próprio *cargo*, mas principalmente *assegurar o exercício das funções do cargo*. Daí significar o princípio a garantia ao promotor do exercício de suas funções, excetuadas apenas as hipóteses legais.

9. É, assim, de indagar: no caso de aplicação analógica do art. 28 do Cód. de Processo Penal quando de diligências reputadas dispensáveis pelo Juiz e pelo Procurador-Geral, estaríamos diante de uma hipótese em que a própria lei admite a substituição do Promotor do feito por outro, a ser designado pelo chefe do Ministério Público? Ou estaríamos diante de uma invasão ilegítima de atribuições em prejuízo do promotor natural?

Na *questio juris* ora sob exame, o que temos?

Temos o Promotor do feito (*promotor natural*) que requer a volta dos autos de inquérito policial à autoridade policial, para a realização de diligências, tidas por ele como imprescindíveis para o oferecimento da denúncia; temos, a seguir, a discordância do Juiz de Direito (*juiz natural*) que manda os autos a exame do Procurador-Geral, por analogia ao art. 28 do Cód. de Processo Penal; e, finalmente, temos o Procurador-Geral (chefe do Ministério Público), que, somando-se ao entendimento do Juiz, entende ser caso de oferecer-se de plano a denúncia, sem necessidade de prévia realização das diligências (ou seja, considera-as prescindíveis ao oferecimento da denúncia, devendo ser realizadas em separado, e as peças ser juntadas aos autos judiciais, oportunamente, quando cumpridas as diligências), e, conseqüentemente, designa outro membro do Ministério Público para promover a ação penal pública.

11. Nesse sentido, v. Decomain, *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei 8.625, de 12-2-93*, p. 59, ed. Obra Jurídica, 1996. Posto havendo concordância dos interessados, mesmo assim a ressalva deve ser feita: tal designação supõe critérios abstratos, com o só escopo de auxílio ao Promotor substituído, não se prestando para, ainda que com a concordância do Promotor designado e do substituído, furtar-se este último da atuação concreta que a lei lhe incumbiu (cf. Lei n. 8.625/93, art. 24).

10. Poderia o Procurador-Geral de Justiça assim proceder?

Poderia *se e somente se as diligências requisitadas pelo promotor natural fossem prescindíveis*. Com efeito, o princípio do promotor natural não é nem pode ser limite absoluto e intransponível para a revisão de seu ato. Afinal, o promotor natural pode estar equivocado e as diligências por ele tidas como imprescindíveis podem ser, em tese, mais que desnecessárias, até mesmo absurdas, ilegais ou descabidas. Assim, a par de poder o próprio indiciado valer-se do remédio constitucional do *habeas-corporis* para insurgir-se contra a realização de diligências eventualmente desnecessárias ou abusivas, igualmente o sistema processual há de conferir meios para que também a própria instituição ministerial possa exercer o controle de mérito sobre a diligência requisitada, sob pena de, em caso contrário, instituímos o arbítrio.

Em princípio, o juízo da necessidade ou imprescindibilidade dessas diligências há de ser, sem dúvida, e já o vimos, do próprio Ministério Público, e, dentro deste, em regra tal juízo incumbe ao próprio promotor natural, pois é a este, e não a nenhum outro órgão do Ministério Público que a lei cometeu a decisão originária sobre a imputação. Mas, como também já o anotamos, o sistema processual penal admite, entretanto, um controle sobre essa decisão do promotor natural, controle para o qual, embora a última palavra seja do próprio Ministério Público, não se dispensa atualmente a colaboração judicial. Tanto assim que, *sem provocação judicial*, não pode o Procurador-Geral de Justiça avocar o caso, afastar o promotor natural ou substituir sua atuação pela de outro: somente o pode na forma e nos limites do art. 28 do Cód. de Processo Penal.

11. Assim, o controle da necessidade ou não da diligência normalmente cabe ao próprio *promotor natural*, pois que é dele o juízo originário sobre a imputação; naturalmente, esse juízo não pode ser arbitrário, de forma que, no sistema em vigor no Cód. de Processo Penal, é contrastado pelo Juiz de Direito, que, em discordando da diligência, poderá, por analogia ao art. 28 do diploma adjetivo, provocar a decisão do Procurador-Geral, que será definitiva se o juízo sobre a imprescindibilidade da diligência coincidir com aquele já lançado pelo promotor natural – até porque não terá o Poder Judiciário, pelo princípio da inércia, como impor a iniciativa ao titular da ação penal.

Entretanto, em havendo divergência entre o Procurador-Geral e o promotor natural sobre o juízo da imprescindibilidade da diligência –

ou seja, enquanto entende o promotor natural ser indispensável a realização de uma diligência antes da denúncia, e o Procurador-Geral, regularmente acionado pelo Juiz sob analogia ao art. 28 do Cód. de Processo Penal, entende o contrário –, deverá prevalecer o entendimento da chefia da instituição ministerial, *mas tão-somente se faltar justa causa à diligência pretendida*.

Com efeito, o controle jurisdicional sobre a justa causa no processo penal está ínsito não só na própria propositura da ação penal e em toda sua continuidade, como até mesmo sobre os atos do próprio inquérito policial (como, por exemplo, é o que se dá quando de um *habeas-corpus* impetrado pelo indiciado, que entenda ser caso de arquivamento das investigações, a despeito de estarem em curso diligências tidas pelo Ministério Público como imprescindíveis, mas reputadas pelo indiciado abusivas ou ilegais). Afinal, o juízo da necessidade ou não da diligência supõe o exame de sua razoabilidade, que é princípio implícito, derivado da teoria da legalidade e finalidade, que informa toda atuação da Administração¹². Em outras palavras, mesmo os atos administrativos puramente discricionários não se eximem de controle jurisdicional sob os aspectos de competência, legalidade e finalidade (desvio ou abuso de poder, controle de razoabilidade, moralidade e eficiência). Não fosse assim, acaso pudesse ser afastada qualquer forma de controle sobre a legitimidade, finalidade ou legalidade da diligência, consagrar-se-ia o arbítrio, e permitir-se a fácil burla não só aos princípios da inamovibilidade e do promotor natural, como às mais elementares garantias individuais, bastando, para tanto, que se reputassem como desnecessárias diligências regularmente requisitadas pelo órgão ministerial, para, só com isso, afastar-se o promotor natural de sua regular e legítima atuação no feito.

12. Enfim, se efetivamente houver justa causa para a diligência requisitada pelo promotor natural, e se tal diligência for efetivamente imprescindível para o oferecimento da denúncia, o Procurador-Geral não poderá dar denúncia nem determinar seja ela ofertada por outro membro do Ministério Público; admitir o contrário seria violar o princípio do promotor natural, e, com isso, afastar garantias que a Constituição e as leis instituíram em benefício não só do regular e independente funcionamento dos serviços afetos ao Ministério Público,

12. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Direito administrativo brasileiro*, p. 36 e 63, 7ª ed., Malheiros, 1995.

como também e principalmente em benefício dos indivíduos e da própria coletividade, destinatária última da atividade ministerial.

Caso contrário, não havendo justa causa para a diligência requisitada, nem sendo ela imprescindível ao oferecimento da denúncia, conseqüentemente poderá ser utilizado analogicamente o sistema do art. 28 do Cód. de Processo Penal, para revisão do ato ministerial pelo Procurador-Geral de Justiça.

* * *