

Considerações sobre a aplicação analógica do art. 28 do Cód. de Processo Penal

HUGO NIGRO MAZZILLI (*)

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 delicti*; 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, faz 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 da denúncia?

Essa a *quaestio 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 restabeleça⁽¹⁾. 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 de 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 nas infrações de menor potencial ofensivo, pois aqui a lei mitiga o dever de agir ministerial (CF, art. 98, I; Lei nº 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

⁽¹⁾ Nesse sentido, v. PIERO CALAMANDREI. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, v. II, p. 469, § 126, 2ª ed., CEDAM, Pádua, 1943.

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 de 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 subsidiária a ser movida por entidade legitimada ao ajuizamento de ações coletivas (Lei nº 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 Penal ⁽²⁾.

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 informações 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

⁽²⁾ Nesse sentido, v. artigo de ÁLVARO BUSANA e LUDGERO HENRIQUE PERDIZES. "A Admissibilidade do Arquivamento Implícito", *RBCC*, 5/160.

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 disciplina expressa, já quando se trate do retorno dos autos à autoridade policial para novas diligências, a legislação vigente não indica por expresse 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 correição 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 da 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 delicti*, 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 delicti*.

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 a 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 ministeriais⁽³⁾. 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 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 advocatório do Procurador-Geral, segundo o qual seria impossível um conflito de atribuições entre o Procurador-Geral e qualquer outro membro da instituição ministerial⁽⁵⁾. Hoje, se o Procurador-Geral avocar uma manifestação de membro do Ministério Público ou efetuar designação fora dos casos previstos em 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, do poder de tomar as decisões originárias que cabem à insti-

⁽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 MICHELE-LAURE RASSAT, em *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, pp. 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.

⁽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; *Iustitia* 107/141 e 145.

tuição ⁽⁶⁾. 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 próprio art. 28 do Cód. de Processo Penal é exemplo eloqüente 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 oficiar 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 o 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 constitucional ⁽⁷⁾.

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 civil ⁽⁸⁾; b) quando tenha o próprio Procurador-Geral atribuições originárias para oficiar, porque, sempre que originariamente lhe caiba agir, naturalmente poderá avocar a prática do ato ou designar quem aja por ele ⁽⁹⁾; c) nos casos de impedimento, suspeição, conflito de atribuições entre membros do Ministério Público; d) nas hipóteses excepcionais de afastamento com-

⁽⁶⁾ V. nosso artigo “O Ministério Público no Processo Penal”, RT 494/269, 500/426, 559/269, e *Justitia* 95/175 e 245; e os 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 JACQUES 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.

⁽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.

pulsório ⁽¹⁰⁾; e) quando de designações quaisquer, em que os agentes envolvidos voluntariamente se disponham a aceitar a designação ⁽¹¹⁾.

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 quaestio 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 serem juntadas aos autos judiciais, oportunamente, quando cumpridas as diligências), e, conseqüentemente, designa outro membro do Ministério Público para promover a ação penal pública.

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 corpus* 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.

⁽¹⁰⁾ Lei nº 8.625/93, art. 10, IX, g.

⁽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 nº 8.625/93, art. 24).

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 Administração ⁽¹²⁾. 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 da 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-ia a fácil burla não só aos

(12) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 36 e 63, 7ª ed., Malheiros, 1995.

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, 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.

⁹⁾ HUGO NIGRO MAZZILLI é ex-presidente da Associação Paulista do Ministério Público, Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Procurador de Justiça aposentado e Advogado.
