

## **SEM REVISÃO**

# **O Promotor natural, o controle da inércia do Ministério Público e as diligências requisitadas no inquérito policial**

Hugo Nigro Mazzilli

Professor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo \_\_\_\_\_

### **A consulta**

1. Encaminhou-nos o eminente Advogado Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira cópia de peças extraídas dos autos do inquérito policial nº 446/98, da Vara do Júri da Comarca de Ribeirão Preto, e consultou-nos sobre a *quaestio juris* consistente 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 ou requerer a prisão preventiva do indiciado, pretenda a volta dos autos à autoridade policial para diligências que considere imprescindíveis.

### **Parecer**

2. Vindo os autos do inquérito policial a juízo, com representação de prisão temporária formulada pela autoridade policial, o Dr. Promotor de Justiça da Comarca entendeu que os elementos até então coligidos ainda eram insuficientes para formar sua *opinio delictis*, assim como para autorizar a custódia temporária do indiciado; conseqüentemente, sustentou Sua Excelência estarem faltando algumas diligências que, a seu ver, deveriam ser antes empreendidas para esclarecimento de todas as circunstâncias do caso criminoso, e passou a requisitar: a) a juntada de laudos periciais, para os esclarecimentos que apontou; b) a elaboração de reconstituição dos fatos para confortar-se ou recusar-se a versão do indiciado; c) a coleta de esclarecimentos complementares sobre os meios empregados pelo indiciado na prática dos fatos, os motivos e a maneira como foi praticada a ação (promoção lançada em 16 de outubro de 1998).

---

(\*) Advogado – São Paulo. Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Ex-membro do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ex-membro do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ex-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público. Procurador de Justiça aposentado no Ministério Público do Estado de São Paulo. Parecerista e Consultor Jurídico.

**Obs.:** Notas explicativas no final do artigo.

Recebendo os autos do inquérito com a manifestação ministerial, o MM. Juiz de Direito dela discordou e decretou a prisão preventiva do indiciado; ao mesmo tempo, diante da recusa do Dr. Promotor em dar imediata denúncia, enquanto mandava a autoridade policial proceder a diligências complementares em apartado, fez remeter os autos do inquérito policial ao Sr. Procurador-Geral de Justiça, para revisão do ato ministerial, invocando, por analogia, o art. 28 do Cód. de Processo Penal (decisão de 16 de outubro de 1998).

Por sua vez, o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, destacando que, como regra, costuma pautar-se por prestigiar a independência funcional dos membros do Ministério Público, no caso concreto entendia que, nos termos do art. 16 do Cód. de Processo Penal, o membro do Ministério Público só pode deixar de dar denúncia em crime de ação pública e insistir em novas diligências investigatórias se absolutamente imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, senão resta violado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, e, conseqüentemente, a manifestação do Dr. Promotor de Justiça passa a ser passível de revisão *interna corporis*, com aplicação analógica do art. 28 do Cód. de Processo Penal. Entrando então no mérito das diligências requisitadas, o Sr. Procurador-Geral entendeu-as dispensáveis no caso concreto, já que, a seu ver, a denúncia poderia ser de plano oferecida e as diligências faltantes poderiam ser complementadas no curso da própria ação penal. Para esse fim, designou outro membro do Ministério Público, incumbindo-o do imediato oferecimento da denúncia (decisão de 19 de outubro de 1998).

Remetidos os autos a um novo membro do Ministério Público – o Dr. Promotor de Justiça designado, que passou a substituir o Dr. Promotor de Justiça que tinha requisitado as diligências recusadas –, foi por este oferecida a denúncia (em 22 de outubro de 1998).

**3.** 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.<sup>(1)</sup> 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 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.

**4.** 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 subsi-

diária 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.<sup>(2)</sup>

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 de nosso parecer.

**5.** 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 diligên-

cias, 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 investiu de atribuições para tomar essa 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.

**6.** 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).

### **7. 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.

8. 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 ministeriais.<sup>(3)</sup> 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).<sup>(4)</sup>

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.<sup>(5)</sup> 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.

### **9. 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 instituição.<sup>(6)</sup> 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 nº 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 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 constitucional.<sup>(7)</sup>

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, se não 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;<sup>(8)</sup> 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 ele;<sup>(9)</sup> c) nos casos de impedimento, suspeição, conflito de atribuições entre membros do Ministério Público; d) nas hipóteses excepcionais de afastamento compulsório;<sup>(10)</sup> e) quando de designações quaisquer, em que os agentes envolvidos voluntariamente se disponham a aceitar a designação.<sup>(11)</sup>

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.

**10.** 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 designa-

do 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 requereu 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. 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, instituírmos 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.

**12.** 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 insito 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.<sup>(12)</sup> 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.

**13.** 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 de-

núncia 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.

É esse nosso parecer, *sub censura*.

#### NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) Nesse sentido, v. PIERO CALAMANDREI, “*Istituzioni di diritto processuale civile*”, v. 2, pág. 469, § 126, 2ª ed., CEDAM, Pádua, 1943.
- (2) Nesse sentido, v. artigo de ÁLVARO BUSANA e LUDGERO HENRIQUE PERDIZES, “A admissibilidade do arquivamento implícito”, RBCC 5/160.
- (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*”, págs. 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, pág. 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; “*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, pág. 48 e seg., 2ª ed., Saraiva, 1991; “Regime jurídico do Ministério Público”, pág. 157 e seg., 5ª ed., Saraiva, 2001; Introdução ao Ministério Público, pág. 62, 3ª ed., Saraiva, 2000. 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.
- (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 nº 7.347/85, e art. 6º, § 2º, da Lei nº 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 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 12.2.1993, pág. 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).
- (12) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Direito administrativo brasileiro”, págs. 36 e 63, 7ª ed., Malheiros, 1995.