



Journal homepage:
www.arvore.org.br/seer

A PARTE FINAL DO ARTIGO 28 DO C.P.P. E A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

RESUMO

O tema tratado se refere na análise da possibilidade de o Procurador-Geral de Justiça designar um Promotor de Justiça, órgão de execução de 1º grau, para que ofereça, de forma obrigatória, a peça acusatória inicial, conforme a previsão contida na parte final do artigo 28 do Código de Processo Penal. A Constituição da República de 1988 elevou o Ministério Público a uma condição nunca vista, atribuindo novas funções, inclusive, a defesa da ordem jurídica e das instituições democráticas, e cercando-lhe de garantias para o bom desempenho de seu novo mister, elencando algumas destas à categoria de princípios, tais como a independência funcional, a unidade e a indivisibilidade, previstos no artigo 127, § 1º, da Carta Magna, que sequer podem ser suprimidos pelo Poder Constituinte Derivado, pois se assim fosse estar-se-ia a burlar as cláusulas pétreas. Por adquirir a natureza jurídica de princípio constitucional explícito, a independência funcional há de ser preservada e respeitada por todas as normas infraconstitucionais, para que não haja qualquer subordinação funcional em relação aos Procuradores e Promotores de Justiça, o que não se verifica na análise da parte final do artigo 28 do Código de Processo Penal, ao pronunciar que o Procurador-Geral de Justiça poderá designar um membro do Ministério Público para obrigatoriamente oferecer denúncia.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Arquivamento; Independência Funcional.

THE FINAL PART OF ARTICLE 28 OF C.P.P. AND FUNCTIONAL INDEPENDENCE OF THE PROMOTER OF JUSTICE

ABSTRACT

The treat subject if relates in the analysis of the possibility of the Attorney general of justice to assign an Attorney general, agency of execution of first degree, so that it offers, of obligator form, the initial accusatory part, as the forecast contained in the final part of article 28 of the Code of criminal procedure. The Constitution of the Republic of 1988 raised the Public prosecution service to a condition never seen, attributing new functions, also, the defense of the jurisprudence and the democratic institutions, and surrounding of guarantees for the good performance of its new necessity, instituting some of these to the category of principles, such as functional independence, the unit and the indivisibility to it, foreseen in article 127, first paragraph, of the Great Letter, that at least they can be removed by the Constituent Power Derivative, therefore if thus it occurred would be if to offend the stony clauses. For acquiring the legal nature of explicit constitutional principle, functional independence has of being preserved and being respected by all the constitutional ruleses, so that it does not have any functional subordination in relation to the Solicitors and Attorneys general, what if it does not verify in the analysis of the last part of article 28 of the Code of criminal procedure, when pronouncing that the Attorney general of justice will be able to assign a member of the Public prosecution service obligatorily to offer denunciation.

KEYWORDS: Constitution; Filing; Functional Independence.

Scientiam Juris, Aquidabã, v.1, n.1, Set, Out, Nov, Dez 2012, Jan, Fev 2013.

ISSN 2318-3039

SECTION: Articles

TOPIC: Direito Constitucional



DOI: 10.6008/ESS2318-3039.2013.001.0002

Erlon Leal Martins

Ministério Público do Estado de Sergipe, Brasil

<http://lattes.cnpq.br/9861069225671835>

prof-erlon@hotmail.com

Received: 12/06/2012

Approved: 15/02/2013

Reviewed anonymously in the process of blind peer.

Referencing this:

MARTINS, E. L.. A parte final do artigo 28 do C.P.P. e a independência funcional do Promotor de Justiça.

Scientiam Juris, Aquidabã, v.1, n.1, p.18-24, 2013. DOI:

<http://dx.doi.org/10.6008/ESS2318-3039.2013.001.0002>

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata sobre a parte final do artigo 28 do Código de Processo Penal, a qual possibilita ao Procurador-Geral de Justiça designar um Promotor de Justiça para obrigatoriamente oferecer denúncia, atentando, de forma expressa, contra o princípio da independência funcional inerente a instituição do Ministério Público, com previsão no artigo 127, § 1º, da Constituição da República de 1988.

Procuraremos ressaltar a validade da tese ora apresentada, fundamentada na supremacia constitucional, que confere ao Ministério Público o princípio da independência funcional, e as conseqüências daí decorrentes, inclusive, no âmbito processual penal, na fase pré-processual denominada de inquérito policial ou investigação preliminar, como preferem alguns, e, mais precisamente, no respectivo arquivamento deste.

Assim, devemos ter em foco que toda interpretação de uma norma infraconstitucional tem que observar a perfeita adequação ao Texto Constitucional, sob pena de não ser recepcionada ou se tornar inconstitucional, neste último aspecto mediante atuação do Controle de Constitucionalidade (Concentrado ou Difuso), com o manejo das ações atinentes em sede de controle concentrado (Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), tudo a depender da data de sua vigência, se antes ou depois da Carta Magna, respectivamente.

Nesse ínterim, a importância do presente artigo consistirá, portanto, em verificar a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal diante da independência funcional do Ministério Público, tema este não muito explorado por vários doutrinadores, o que, de certa maneira, irá enriquecer os estudos acerca desta problemática, até mesmo para que outros operadores do direito analisem os fundamentos sólidos e congruentes expostos.

METODOLOGIA

O estudo do tema foi desenvolvido na correspondente análise dos enunciados legais e constitucionais, bem como de ensinamentos doutrinários, ainda que escassos, a fim de aclarar a aplicação da parte final do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Toda a inquietação aferida mereceu uma análise cuidadosa, que tem por baliza a Constituição Federal, que é fundamento de validade de toda e qualquer norma jurídica, sendo reforçado, inclusive, o tratamento que foi dado ao Ministério Público pela nossa “Constituição Cidadã”.

DISCUSSÃO TEÓRICA

Inicialmente, já trazemos o âmago da questão: como esperar imparcialidade de um

Promotor de Justiça que, de acordo com o prescrito na parte final do artigo 28 do Código de Processo Penal, está designado pelo Procurador-Geral de Justiça a, obrigatoriamente, oferecer denúncia, instaurando a persecução penal? Será que não há comprometimento na peça acusatória inicial, tendo-se em vista que ao órgão do Ministério Público cabe provar a acusação imputada ao infrator da norma penal?

Se o Procurador-Geral de Justiça puder designar o Promotor de Justiça para oferecer obrigatoriamente a denúncia, no presente caso, onde irá residir a independência funcional do Promotor de Justiça designado, a qual é assegurada pelo Texto Constitucional, e consagrada como princípio explícito?

No nosso sentir jurídico, cremos não ser possível tal ingerência sob a ótica funcional, e fundamentamos por diversas razões.

A **uma**, encontra óbice na independência funcional do Promotor de Justiça designado, princípio este que foi instituído pelo Poder Constituinte Originário, expressamente previsto no artigo 127, § 1º, da Constituição da República de 1988, significando inexistir subordinação funcional de qualquer Promotor de Justiça em relação ao Procurador-Geral de Justiça.

Relativamente ao sentido jurídico do termo, temos que “[...] O órgão do Ministério Público, no exercício de suas funções, é independente. Não fica sujeito a ordens de quem quer que seja. Presta conta de seus atos à lei e à sua consciência.” (TOURINHO FILHO, 2001, p.282).

Como órgão de fiscalização da aplicação das leis, parece inquestionável que o posicionamento do Ministério Público deve ser imparcial, e isto só será possível se gozar ele de independência funcional, pois “[...] a primeira das garantias, naturalmente, é a independência funcional – a verdadeira nobreza, que tanto eleva a instituição, segundo a qual desde o promotor substituto até o procurador-geral, todos gozam de independência no exercício de suas funções.” (MAZZILLI, 1997, p.115)

A independência, no âmbito funcional, deve ser concebida da forma mais ampla possível, inerente ao Ministério Público como instituição, assim como a cada um de seus membros.

Como instituição autônoma, insculpida na Seção I, do Capítulo IV – Das funções essenciais à Justiça, da nossa Carta Magna de 1988, não deve obediência a orientações, avisos, portarias ou instruções, normativas ou não, de quaisquer órgãos dos Poderes integrantes da República Federativa do Brasil (Poder Executivo, Judiciário e o Legislativo), daí percebermos que a própria Constituição da República erige como crime de responsabilidade do Presidente da República o cometimento de atos atentatórios a Constituição, especialmente, contra o livre exercício do Ministério Público (CR/88, art. 85, inciso II).

Tendo em vista os seus membros, que são os órgãos de execução de 1º e 2º graus, Promotores e Procuradores de Justiça, respectivamente, não é diferente, pois os mesmos têm liberdade no exercício de suas atividades funcionais, só devendo obediência estrita à Constituição, às leis e à sua própria consciência, descabendo falar na hipótese de o Procurador-Geral de Justiça intervir no desempenho das funções do Promotor de Justiça.

Alexandre de Moraes, ao professar sobre o acima consignado, relata:

O órgão do Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência.
Nem seus superiores hierárquicos podem ditar-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira dentro de um processo. Os órgãos de administração superior do Ministério Público podem editar recomendações sobre a atuação funcional para todos os integrantes da Instituição, mas sempre sem caráter normativo. (MORAES, 2003, p.496)

A título de esclarecimento, convém notar que mesmo em idos de 1977, época na qual a ordem jurídica estava sob o manto da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, onde o Ministério Público era tratado no capítulo correspondente ao Poder Executivo, fazendo, portanto, parte integrante deste, e sequer se cogitava da magnífica “Constituição do Ministério Público”, segundo apelido dado por Uadi Lammêgo Bulos, já se professava:

Um órgão do Ministério Público que intervém num processo pode discordar de outro que já nele haja funcionado. Se o promotor entende que não é caso de mover ação penal, o Procurador-Geral não pode força-lo a agir, mas, apenas, se dele discordar, pode ele próprio oferecer denúncia ou designar outro promotor. Designar apenas, porque se também o outro pensar como o primeiro não pode obrigá-lo a agir contra a própria consciência, restando sempre ao Procurador-Geral a possibilidade de mover ação ele próprio se não encontrar promotor que com ele concorde. (TORNAGHI, 1977, p.431)

E mais, a supressão de tal princípio constitucional sequer pode ser efetivada por meio de Emenda Constitucional, pelo Poder Constituinte Reformador, tendo em vista que o Ministério Público tem a finalidade primordial de defender a ordem jurídica, o regime democrático, e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme artigo 127 da Constituição da República de 1988, e que caso fosse suprida estar-se-ia a macular, de forma implícita, as cláusulas pétreas, constantes no artigo 60, § 4º, da Constituição da República de 1988, que conferem identidade a própria Constituição, pois o Ministério Público desempenha exatamente a função de assegurá-las, prezando pela forma federativa de Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; e direitos e garantias individuais¹. (MORAES, 2003, p. 515-516)

A **duas**, nada impedirá que o próprio Procurador-Geral de Justiça, caso esteja tão convicto da existência de motivos ensejadores, possa promover a ação penal, conforme se infere do artigo 28 do Código de Processo Penal.

A **três**, caso seja obrigado a promover a ação penal haverá um comprometimento na peça acusatória inicial e nos ulteriores termos da ação penal, pois estará contrariando a sua plena convicção de existência de alguma hipótese de arquivamento.

Vejamos as precisas afirmações de Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo ao proclamar:

[...] além de ofender o princípio da independência funcional (CF, art. 127, § 1º), é de todo desnecessária, vez que, se o procurador-geral de justiça está tão convicto

¹ Desse modo, por ser o Ministério Público instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo, entre outras importantíssimas funções, de defesa de cláusulas pétreas como a separação de Poderes, os direitos e garantias individuais e a própria existência da Federação e do voto direto, secreto, universal e periódico, ao defender o regime democrático, nenhuma norma do Poder Constituinte derivado poderá alterar sua estrutura orgânica, suas garantias de independência e imparcialidade e suas funções de controle, todas fixadas em defesa da própria sociedade e da perpetuidade da democracia.

do oferecimento da denúncia, nada impede que ele mesmo o faça. Com efeito, releva notar que a própria denúncia fica, em muito comprometida, se o promotor que deve, em tese, oferecer a denúncia, não está convicto disso, pois, se o próprio está em dúvida acerca dos elementos que devem compor a exordial acusatória, como, por exemplo, a justa causa, em obediência ao princípio constitucional do *in dubio pro reo* (CF, art. 5º, LVII), como quer o professor Afrânio Silva Jardim (38), não deve ser oferecida denúncia, vez que, em razão do aludido princípio, cabe ao ministério público, no nosso entender, o ônus da prova, ou seja, o ônus de demonstrar que o acusado realmente é o autor de um determinado delito, na sua inteireza (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), como decorrência do princípio constitucional da presunção de inocência – CF, art. 5º, LVII (39). (VARJÃO DE AZEVEDO, 2003)

A **quatro**, nada obsta que, com o arquivamento, seja posteriormente o inquérito policial desarquivado, desde que existam notícias de novas provas a dar impulso as investigações policiais, ressalvando, obviamente, casos em que não é possível mais o desarquivamento, a exemplo do reconhecimento da existência de causa extintiva de punibilidade e da atipicidade do fato.

Não há que confundir, por oportuno, o artigo 18 do Código de Processo Penal, que trata do arquivamento do inquérito policial, com a Súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe acerca da propositura da ação penal caso o inquérito policial esteja arquivado, pois esta revela uma específica condição de procedibilidade, portanto, tratam-se de duas coisas distintas.

Em complementação ao quanto exposto, no tocante ao cerne da questão, brilhantes são as lições do ilustre doutrinador Paulo Rangel que, refletindo sobre o garantismo penal, consigna:

Ora, de que adianta a Constituição Federal estabelecer como guardião da ordem jurídica o Ministério Público (cf. art. 127, caput, da CRFB) se, quando e, sempre que a ordem jurídica for violada, não puder o mesmo adotar as providências de seu mister dentro e com respeito ao devido processo legal? De que adianta dar ao cidadão a certeza de que terá um Ministério Público forte e independente funcionalmente se, quando for adotada uma providência em favor do mesmo pelo Ministério Público, tal decisão puder ser revista pelo Procurador Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP, inclusive obrigando o promotor de justiça delegado a fazer o que não foi feito por se entender que não deveria sê-lo?

[...]

É o garantismo penal incidindo sobre a decisão de arquivamento do inquérito policial, a fim de evitar que a independência funcional do membro do Ministério Público seja burlada e o mesmo seja obrigado a fazer o que não entende cabível, colocando em risco a dignidade da pessoa humana com eventual e temerária ação penal.

Não se trata de revogarmos a parte final do art. 28 do CPP (designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la), mas, sim, de interpretá-la em sintonia com a garantia constitucional da independência funcional do Ministério Público assegurada a todo e qualquer cidadão.[...]

Por conclusão, entendemos que o promotor de justiça indicado pelo Procurador Geral “para oferecer denúncia” não está obrigado a fazê-lo, sob pena de ofendermos sua independência funcional, consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil (cf. art. 127, § 1º). (RANGEL, 2008, p. 185-187)

Mais recentemente, e digno de nota, são os ensinamentos do mestre Rômulo de Andrade Moreira que, citando doutrinadores consagrados, destaca *in verbis*:

Entendemos que a recusa é legítima e justificamos nosso posicionamento à luz de dois princípios basilares da Instituição: a independência e a autonomia funcionais, ambos consagrados no art. 127, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, advertindo-se, desde logo, que a "autonomia funcional atinge o Ministério Público enquanto

instituição, e a cada um dos seus membros, enquanto agentes políticos."

A propósito, vejamos a lição de Bento de Faria:

"O Ministério Público, como fiel fiscal da lei, não poderia ficar constrangido a abdicar das suas convicções, quando devidamente justificadas. Do contrário seria um instrumento servil da vontade alheia."

[...]

Assim pensando, procuramos consagrar a independência funcional do respectivo membro do Ministério Público sem haver afronta à figura do chefe da Instituição. Roberto Lyra já afirmava que "nem o Procurador-Geral, investido de ascendência hierárquica, tem o direito de violentar, por qualquer forma, a consciência do Promotor Público, impondo os seus pontos de vista e as suas opiniões, além do terreno técnico ou administrativo." Para este autor (que dedicou toda a sua vida ao estudo do Direito Criminal e ao Ministério Público, a ponto de ser chamado por Evandro Lins e Silva de o "Príncipe dos Promotores Públicos brasileiros") "quanto ao elemento intrínseco, subjetivo, dos atos oficiais, na complexidade, na sutileza, na variedade de seus desdobramentos, como a apreciação da prova, para a denúncia, a pronúncia, o pedido de condenação, a apelação, a liberdade provisória ou a prisão preventiva, é na sua consciência livre e esclarecida, elevada a um plano inacessível a quaisquer injunções ou tendências, que o Promotor Público encontra inspiração", concluindo "que a disciplina do Ministério Público está afeta ao Procurador-Geral. No entanto, esse não intervém na consciência do subordinado."

Desde há muito, Esmeraldino Bandeira já escrevia que o Promotor de Justiça na "sua palavra é absolutamente livre e independente, e em suas requisições não atende senão à sua consciência." (MOREIRA, 2009)

CONCLUSÕES

Diante de todas as argumentações elencadas linhas acima, resta verificado que, por entrar em rota de colisão com o artigo 127, § 1º, da Constituição da República de 1988, a parte final do artigo 28 do Código de Processo Penal sofre incontestável desconformidade constitucional, e, por evidente, não fora recepcionada pela atual Carta Magna.

Em síntese conclusiva, entendendo como defendido neste artigo, estar-se-á dotando o Ministério Público de condições necessárias a bem e fielmente desempenhar suas notáveis funções em um Estado Democrático de Direito, pois a independência funcional, no dizer de Fernando da Costa Tourinho Filho, é a verdadeira nobreza desta Instituição, que está pronta para, precipuamente, defender a ordem jurídica e as instituições democráticas.

REFERÊNCIAS

BULOS, U. L.. **Constituição Federal anotada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, F.. **Curso de processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNEIRO, P. C. P.. **O Ministério Público no processo civil e penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LIMA, M. P.. **Ministério Público e persecução criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MARQUES, J. F.. **Elementos de direito processual penal**. v.1. Campinas: Bookseller, 1997.

MAZZILLI, H. N.. **Regime jurídico do Ministério Público**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- MAZZILLI, H. N.. **Independência do Ministério Público**. São Paulo: Atlas, 1997.
- MIRABETE, J. F.. **Processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- MIRABETE, J. F.. **Código de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MORAES, A.. **Direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, A.. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, R. A.. O conflito negativo de atribuições e a independência funcional do promotor de Justiça. **Jus Navigandi**, Teresina, v.6, n.58, 2002.
- MOREIRA, R. A.. O art. 28 do Código de Processo Penal e a independência funcional dos membros do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, v.13, n.2128, 2009.
- RANGEL, P.. O garantismo penal e o aditamento à denúncia. **Jus Navigandi**, Teresina, v.5, n.48, 2000.
- RANGEL, P.. **Direito processual penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TORNAGHI, H. B.. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- TOURINHO FILHO, F. C.. **Prática de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TOURINHO FILHO, F. C.. **Processo penal**. v.1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- VARJÃO DE AZEVEDO, B. M.. Algumas considerações acerca do inquérito policial. **Jus Navigandi**, Teresina, v.7, n.63, 2003.
- VARJÃO DE AZEVEDO, B. M.. Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional. **Jus Navigandi**, Teresina, v.7, n.63, 2003.