

ALGUNS PESPONTOS DO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Sergio Demoro Hamilton (*)

1 Cantado em prosa e verso, pode-se afirmar, sem sombra de erro, que o art. 28 do Código de Processo Penal é pau para toda obra, pois seu âmbito de incidência transcende, de muito, os limites daquele Código, invocado que é, com frequência, em diversas situações jurídicas envolvendo questões de Ministério Público. Com efeito, ele é chamado como solução, pela via analógica, para diversas matérias que, sem o seu concurso, acabariam por não encontrar deslinde, criando impasse intransponível para o bom andamento dos processos em geral e para a atuação do próprio Ministério Público no particular.

2 Aqui e agora, vou deter-me no exame de alguns aspectos daquele dispositivo que exigem especial meditação, principalmente após o advento da Carta Política de 1988.

3 O primeiro deles relaciona-se com a função anômala exercida pelo juiz no controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Está dito na lei que, se o juiz considerar improcedentes as razões invocadas pelo órgão do Ministério Público para requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, remeterá, conforme o caso, um daqueles procedimentos ao Procurador-Geral. Paremos por aí, no momento.

Cabe, desde logo, a seguinte indagação: pode o juiz, diante do princípio acusatório consagrado na Constituição Federal, continuar exercendo tal função judiciária em sentido estrito (portanto, não jurisdicional)?

Desde que se admita como acertada tal conduta processual, o magistrado, que assim venha a proceder, poderá permanecer no processo exercendo jurisdição na ação

*Sergio Demoro Hamilton é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

penal que, porventura, se origine em razão do acolhimento, pelo Procurador-Geral, dos motivos invocados pelo juiz? É a segunda pergunta que me cabe fazer, até aqui.

Parto da premissa segundo a qual a Carta Magna em vigor adotou o princípio acusatório¹, e, como tal, se as palavras significam alguma coisa, não mais incumbe ao juiz exercer qualquer ato de persecução criminal, quer na fase pré-processual (caso em exame), quer no curso da ação penal.

Na fase que antecede o início da ação penal, a intervenção judicial só encontra justificção no exercício de função jurisdicional típica, quando então o juiz – e só ele – é chamado a decidir qualquer medida cautelar de natureza pessoal ou real, envolvendo a garantia de direitos subjetivos assegurados pela Lei Maior. Assim, v.g., quando o juiz decreta uma prisão preventiva ou, ainda, na ocasião em que ordena o arresto dos bens do indiciado, ele estará exercendo atos de jurisdição, e, portanto, legítima e indispensável sua intervenção.

O Anteprojeto de Código de Processo Penal, de técnica bem mais apurada, pelo menos neste aspecto, que o Código em vigor, pôs-se em compasso com a Constituição Federal, resguardando o sistema acusatório em toda a sua plenitude. Com efeito, ao regular a “Investigação Policial”, a disciplina do arquivamento sofre radical mudança. Examinando a inovação, tive a ocasião de aplaudi-la, salientando o acerto da medida consistente em afastar a figura do juiz da fase de investigação penal. A promoção de arquivamento passará a ser controlada por “órgão superior do Ministério Público” para homologação ou não da providência. Afasta-se, também, o Procurador-Geral como única autoridade a dar a palavra final em matéria de arquivamento, o que, sem dúvida, é solução mais técnica e salutar, quer sob o aspecto processual, quer sob o aspecto institucional. É certo que o Anteprojeto não define a composição do “órgão superior”, o que, talvez, não tenha sido boa opção. Faz-se mister destacar que o Anteprojeto, na verdade, adaptou ao processo penal o regime seguido, há longa data e com pleno sucesso, no arquivamento do inquérito civil cogitado na Lei de Ação Civil Pública (art. 9º da Lei 7347, de 24/07/85). No estudo em que examinei o arquivamento, tal como preconizado no regime previsto pelo Anteprojeto, embora, no geral, tenha aplaudido o afastamento do juiz da fase preliminar de investigação, guardando, nesse passo, perfeita consonância com o sistema acusatório, engendrei algumas propostas para que a fórmula pudesse ganhar aperfeiçoamento².

¹ Esta é a posição que sustentamos em nosso estudo, “A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia”, in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 127 e seguintes, Editora Lumen Juris, 2002.

²Para um exame mais detalhado sobre o arquivamento, no particular, ou sobre a fase pré-processual, no geral, tendo em vista a disciplina traçada no Anteprojeto, o interessado pela matéria poderá encontrar algum subsídio em meu estudo “O Anteprojeto sobre a Investigação Policial”, in *Revista Jurídica*, da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Ano I, nº 1, jan.jun-2001, pp. 103 e seguintes.

Pode-se, agora, insinuar resposta ao primeiro quesito formulado no decorrer da presente exposição: diante do princípio acusatório que a nossa Carta Política, sem sombra de dúvida, adotou, é, de todo, indevida a atuação do juiz como órgão controlador do princípio da obrigatoriedade da ação penal. O art. 28 do CPP, nesse passo, não se viu recepcionado pela Constituição Federal.

É certo que se poderá indagar se o sistema acusatório integra o devido processo legal e, como tal, sua aplicabilidade é imediata. Não hesitaria afirmar que o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) é o mare magnum para onde desaguam a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF), os princípios do promotor legal (art. 5º, LIII c/c 129, I da CF) e do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII da CF). Ora, não se poderá falar em contraditório nem no devido processo legal sem a adoção do princípio acusatório, uma vez abolida a ação penal ex officio (art. 129, I, da CF).

Portanto, no regime nascido após a Carta Magna de 1988, descabe o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública por parte do juiz, pois o magistrado, assim agindo, estará realizando, por via reflexa, ato de persecução criminal, vedado pela Constituição Federal.

Espera-se que, com a reforma do processo penal em andamento no Congresso Nacional³, a matéria possa encontrar adequado tratamento legislativo. Desde que a orientação cogitada no Anteprojeto venha, em linhas gerais, a ser mantida, o futuro Código ganhará compasso com a Lei Maior.

Caminha-se, agora, na tentativa de encontrar apropriada resposta ao segundo ponto gerador de perplexidade externado ao início do presente estudo: no regime atual, o juiz que discordar do arquivamento poderá continuar exercendo jurisdição no processo nascido em razão de providência sua ao provocar a atuação do Procurador-Geral?

Na prática, o assunto é ignorado. E na lei?

O Código em vigor não assegura resposta fácil ao quesito. A tendência natural, na busca de uma solução para o impasse, leva-nos ao reconhecimento da incompatibilidade do juiz para processar e julgar o feito em razão de impedimento para o exercício da jurisdição. Porém, se consultarmos o art. 252 do CPP, veremos que, a rigor, a hipótese sub examen não se enquadra no rol exaustivo daquele dispositivo. Anote-se que o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de decidir que “só há o impedimento do art. 252 se o juiz se pronunciou de fato e de direito sobre a questão (n. III)”. A hipótese cogitada no julgamento em tela versava a respeito de desembargadores que, anteriormente, haviam, respectivamente, recebido a denúncia e interrogado o réu⁴.

³ Nove foram os anteprojotos de reforma do CPP chegados ao meu conhecimento, compreendendo: a prisão, medidas cautelares e liberdade (1), investigação policial (2), prova pericial (3), prova testemunhal (4), provas ilícitas (5), interrogatório do acusado (6), defesa efetiva (7), procedimentos (8) e tribunal do júri (9). Veja-se, a propósito, o trabalho citado in nº 2 dessas notas, pp. 103 e seguintes.

⁴ Referência ao julgado do STF, apud Código de Processo Penal Anotado, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, p. 1973, Editora Saraiva, 18ª edição, 2002. Ali, o festejado mestre alude também ao

Parece-me não restar dúvida de que o juiz, ao recusar o arquivamento, se verá obrigado, forçosamente, a pronunciar-se sobre matéria de fato e/ou de direito. Basta a leitura do art. 28 do CPP para que se conclua, com facilidade, constituir dever do juiz a adoção de tal procedimento. Na realidade, ali está dito que o juiz, “no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral”...

Ora, soa-me evidente que o juiz, para entender improcedente a manifestação do promotor de justiça no sentido do arquivamento do inquérito policial ou de qualquer peça de informação, deva expender razões para tanto, até porque todas as manifestações judiciais devem, necessariamente, ser fundamentadas (art. 93, IX da CF). Dessa forma, seus argumentos, ao contrariarem os do promotor, deverão, por imperativo constitucional, abordar questões de fato e/ou de direito contidas no inquérito policial ou na peça de informação.

É de ver, no entretanto, que o Pretório Excelso, em outra oportunidade, manifestou-se no sentido de que o juiz que anteriormente determinou a abertura de sindicância ou a presidiu não está impedido de atuar no processo (STF, HC 68784, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU 26/03/93, p. 5003). Releva notar que a decisão em questão é posterior à Constituição de 88, fato que, não resta dúvida, nos deixa intrigados.

Que fazer diante da insegurança com que o tema vem sendo tratado?

A melhor posição, não há negar, é a que considera incompatível para o exercício da jurisdição o juiz que, por via reflexa, faz nascer a ação penal, pois, para tanto, teve ele que manifestar-se de fato e/ou de direito sobre matéria que, mais tarde, será chamado a processar e julgar, ferindo, no cerne, a sua imparcialidade. De certa forma, não seria absurdo afirmar que estaria, por caminhos ínvios, promovendo ação penal ex officio.

O Anteprojeto (atual Projeto) de CPP, tal como me foi dado examinar, em razão de sua fidelidade ao sistema acusatório, fará desaparecer todos os problemas aqui suscitados.

4 É chegado o momento de examinar a vexata quaestio que a parte final do art. 28 do CPP encerra⁵. Refiro-me à atitude do Procurador-Geral quando acolhe o

juízo noticiado na RTJ 53/294, onde ficou assinalado que o impedimento não ocorre “em simples atos de ordenação processual ou de produção de provas”.

⁵ Sobre as críticas a respeito da precária redação do art. 28 do CPP, veja-se nosso estudo sobre a “Reforma do Processo Penal”, in *Temas de Processo Penal*, pp. 249 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2ª edição, 2000. Posteriormente, buscamos aperfeiçoar a fórmula para adequá-la de maneira mais precisa ao sistema acusatório (in *Processo Penal – Reflexões*, pp. 134 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002). Aliás, o “Anteprojeto de CPP” seguiu esta última orientação, buscando assegurar o princípio e o sistema acusatório, em toda a sua plenitude.

pronunciamento do juiz no sentido da instauração do processo. Pode ele designar (sic) outro órgão do Ministério Público para oferecer denúncia, tal como diz a lei?

Designar nunca. O caso, no meu entendimento, é de delegação e não de designação. Esta, no meu pensar, violaria a independência funcional do promotor designado, uma vez que ele não está obrigado, em consciência, a ter a mesma opinião manifestada pelo Procurador-Geral. Já em relação à delegação tal não se dá, pois o delegado age como longa manus do Procurador-Geral, estando vinculado, apenas, para o momento do oferecimento da denúncia aos termos traçados pela Chefia do Parquet para dar início à ação penal. Após, terá ampla liberdade para atuar noprocesso, podendo, inclusive, na fase de alegações finais, pedir a absolvição do réu (art. 385 do CPP) e, até mesmo, apelar em seu favor (rectius, em prol de uma decisão justa).

Porém, há um fator complicador que decorre da independência funcional assegurada aos membros do Ministério Público na Constituição Federal de 1988 (art. 127, § 1º, parte final). Como conciliá-la com a regra do art. 28 do CPP, mesmo adotando melhor redação para o malsinado dispositivo?

O thema em análise não passou despercebido ao eminente professor PAULO RANGEL⁶, ilustre membro do Ministério Público fluminense, que, em nome do garantismo penal⁷, entende não estar o promotor de justiça designado (rectius, delegado) obrigado a oferecer denúncia, desde que se ponha em acordo com o pensamento externado por seu colega que requereu o arquivamento.

Sem necessidade da invocação do garantismo penal, tão bem desenvolvido por PAULO RANGEL em seu precioso Direito Processual Penal, penso que a questão, tal como posta na sua linha de raciocínio, se resolveria pelo fenômeno da não-recepção do texto processual, nesse ponto, diante da Carta Política de 1988.

A hipótese, não há dúvida, é de delegação e não de designação. Aquela, como ensina a melhor doutrina⁸, deriva do “poder hierárquico”, não comportando, em consequência, recusa pelo membro indicado sob a alegação de que violaria a sua independência funcional.

Como salienta o Professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁹, “a despeito de ter a lei usado o termo ‘designação’, não é bem essa a figura jurídica que ocorre no caso do art. 28, do C. P. Penal”.

⁶ PAULO RANGEL, *Direito Processual Penal*, pp. 171 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁷ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta. A base do garantismo penal, preconizada pelo ilustre jurista italiano, reside na tutela da liberdade individual diante das diversas modalidades de arbítrio emanadas por parte daqueles que exercem uma parcela de poder político do Estado. Dessa maneira, qualquer norma infraconstitucional que afronte a Constituição Federal deve ceder passo ao disposto na Lei Magna, uma vez atingidos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Política. Entre nós, sem a necessidade da criação de uma teoria especial ou de uma designação particular, a questão pode ser enfrentada pura e simplesmente pelo fenômeno da não-recepção ou por uma “ADIn”.

⁸ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, in *Revista do Ministério Público - RJ - nº 01, 3ª fase*, pp. 238/241.

E acrescenta:

“A designação é o instrumento apropriado ao preenchimento de vazios orgânicos, e tem, como é óbvio, estreita ligação com a estrutura organizativa-institucional do Ministério Público.”

Terminando por concluir:

“não se trata de mero ato de preenchimento de órgão de execução, mas, ao contrário, cuida-se de atribuição cometida originariamente ao Procurador-Geral de Justiça, o qual, por preferir não atuar diretamente, indica outro membro para fazê-lo.”

Porém, há um outro ponto que, na discussão do assunto, não pode ficar no olvido. Refiro-me ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, próprio da nossa lei processual penal (art. 24 do CPP). Não se pode negar que ele ficaria, seriamente, afetado caso fosse permitido ao promotor de justiça, sob a afirmação de que sua independência funcional estaria comprometida, descumprir a função delegada que lhe foi atribuída pelo Procurador-Geral na hipótese do art. 28 do CPP.

Como ficaria a persecução criminal, caso, sucessivamente, vários ou até mesmo todos os delegados não atendessem ao delegante?

Em tese, haveria a possibilidade de que toda a persecução criminal em tais casos, em ocorrendo a negativa de proceder por parte dos delegados sob a alegação do resguardo da sua autonomia funcional, se concentrasse em mãos do Procurador-Geral, o que ressabe a manifesto absurdo.

Assim, não bastassem os argumentos aduzidos no sentido do real significado do instituto da delegação, entraria em jogo o princípio da razoabilidade.

Colocados em confronto o princípio da independência funcional e o da obrigatoriedade da ação penal pública, qual deveria prevalecer?

Não se ignora que, entre as funções institucionais do Ministério Público, destaca-se a de promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, da CF). Ora, não há negar que a atividade do Parquet ficaria seriamente obstruída caso viesse a ser admitida a recusa do delegado em proceder.

⁹ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ob. cit., in nº 8 dessas notas, pp. 239/241, com apoio em farta doutrina nacional e estrangeira: SAYAGUÉS LASO (Tratado de Derecho Administrativo, vol. I, 1974, p. 215), MARCELO CAETANO (Princípios Fundamentais de Direito Administrativo, 1980, p. 140), SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA (Princípios Institucionais do Ministério Público, 1982, p. 24), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (Processo Penal, vol. 1º, 1975, p. 316), MAGALHÃES NORONHA (Curso de Direito Processual Penal, 1976, p. 26) e PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO (O Ministério Público no Processo Civil e Penal, 1990, p. 68).

Como sabido, a razoabilidade e a proporcionalidade, a primeira sob os influxos da doutrina norte-americana e a segunda com as bênçãos da cultura alemã, desde que usadas com parcimônia e equilíbrio, de maneira que não venham a consagrar o arbítrio judicial anulando a função administrativa e a legislativa, surgem como solução para casos extremos onde se ponham em confronto princípios relevantes.

Aliás, no campo penal usa-se, com mais frequência, o vocábulo proporcionalidade, embora ambos os princípios objetivem o mesmo fim.

Como salienta o culto Promotor de Justiça, EDUARDO SLERCA, em seu apreciado livro sobre a matéria:

*“Difícil imaginar um princípio que permita maior campo de aplicação que a idéia de razoabilidade ou de proporcionalidade. Afinal, tudo, tudo mesmo, deve ser razoável e proporcional, o desarrazoado é, por definição, injusto, contrário ao Direito”*¹⁰

Parece-me, assim, que não seria razoável sacrificar-se a atividade de persecução criminal do Estado em nome de uma equivocada colocação do princípio da independência funcional. Equivocada, repito, por exibir um falso conceito do que seja delegação. Concluindo sobre o tema, estamos com EDUARDO SLERCA: “a razoabilidade e a proporcionalidade estão hoje na essência do discurso civilizado”.¹¹

5 Mas não acabam aí os dissabores com que o art. 28 do CPP, tão afamado e requisitado, como verdadeira minâncora, remédio para todos os males, se apresenta aos olhos do intérprete. Quero referir-me, agora, à precária redação da sua parte final. Ali está dito que, quando o Procurador-Geral “insiste” (sic) no “pedido” de arquivamento, o juiz está obrigado a atender.

Vejamos:

Primo: o Procurador-Geral não “insiste” (sic) no pedido de arquivamento. A Chefia do Parquet, na realidade, m diante decisão administrativa, **determina** o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação.

Secundo: O Procurador-Geral, no caso, não pede. Pedir é requerer, postular, pretender ou algo assemelhado. Pedese aquilo que pode ou não ser atendido, que enseja ou não deferimento. Ora, se o juiz está obrigado a atender o pedido (sic) não se trata de solicitação.

¹⁰ EDUARDO SLERCA, Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, p. 19, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

¹¹ Apud op. cit., in nº 10 dessas notas.

Tertio: a palavra “pedido”, em processo, reveste conotação própria. Assim, o autor, quando da inicial, pede; e pede porque é parte na ação. Da mesma forma, por exemplo, o Ministério Público, ao propor a ação penal, pede a condenação do réu (ou, nos crimes dolosos contra a vida, a pronúncia). Portanto, no caso do defeituoso art. 28 do CPP, o que o legislador desejou afirmar foi “requerimento de arquivamento” (redação, igualmente, defeituosa) ou, melhor, promoção de arquivamento.

Na verdade, no regime atual, o que a lei pretendeu dizer mas não disse, reside no seguinte: **determinando** o Procurador-Geral o arquivamento, voltam os autos ao juízo de origem, onde ficarão arquivados os autos respectivos. O primeiro daqueles atos retrata uma providência de natureza jurídica com eventuais reflexos no processo (Súmula 524 do STF e art. 18 do CPP). Já o segundo reside no ato material consistente na remessa dos autos para o arquivo do cartório do juízo para onde foi distribuído o procedimento arquivado, após despacho de expediente do juiz respectivo.

6 No Anteprojeto sobre a investigação policial (no momento em que estas linhas são escritas, ignoro as alterações que o Projeto haja sofrido no Congresso Nacional), onde se resguarda, com alguns pecados veniais, o sistema acusatório, tudo muda de figura.

Com efeito, ali, o controle do arquivamento se dará integralmente no âmbito do Ministério Público, através de um “órgão superior” da Instituição, que homologará ou não a providência pretendida pelo Promotor de Justiça. Como tive a oportunidade de salientar alhures¹², a disciplina do arquivamento é o ponto alto de todo o Anteprojeto, por resguardar, em sua pureza, o sistema acusatório. Na verdade, ao afastar o juiz das funções anômalas de supervisão e controle da investigação penal, garante-se ao magistrado a sua imparcialidade para julgar, reservando-se para ele a prática, tão somente, de atos jurisdicionais.

Vou dizer e repetir até o Juízo Final: juiz julga e quem julga não investiga.

Segundo Domingo do Advento do Senhor (A. D. 2002).

¹² *Op. cit.*, in nº 2, *passim*, destas notas.