

O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS RECURSOS DE OFÍCIO CRIADOS PELA LEI N.º 1.521, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1951

(Tese apresentada ao IV.º Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins realizado na cidade do Recife e que, defendida oralmente pelo autor, foi aprovada, em assembléia plenária, contra o voto isolado e único do juiz Italo Galli, do Tribunal de Alçada de São Paulo).

LEOPOLDO BRAGA
Procurador-Geral da Justiça do
Estado da Guanabara

SUMÁRIO: I — É princípio tradicional, assente e pacífico no Direito brasileiro, o de que, nos crimes de ação pública, a instauração da ação penal é de iniciativa própria e competência privativa do Ministério Público. Conseqüentemente, também lhe pertence a inauferível competência para discernir e deliberar sobre os *arquivamentos* de inquéritos policiais ou peças de informação. II — A independência do Ministério Público — base de sua autonomia funcional — é, hoje, um postulado de direito público e constitui prerrogativa orgânica, inerente à natureza e ao fim da instituição, condição de sua própria existência e funcionamento. III — Nenhum órgão da Magistratura tem a legítima competência para *impor* a proposição da ação penal ao Ministério Público quando este se julga sem condições para fazê-lo e requer o arquivamento do inquérito. Só o Procurador-Geral da Justiça, como Chefe do Ministério Público, tem hierarquia e competência legal para, em tal hipótese, apreciar e rever o ato do Promotor Público, na conformidade do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal. IV — Injurídico é, pois, o aresto de órgão do Poder Judiciário que, dando provimento a recurso de ofício interposto por Juiz de primeira instância com fulcro no art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, "*determina*" que o Ministério Público *promova a ação penal*. V — A nova legislação penal consagra esta orientação, conforme o evidenciam o Código de Processo Penal Militar e o projeto de Código de Processo Penal, de futura e próxima vigência. VI — Conclusão. A disposição do art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, com o preceituar que os juizes recorrerão de ofício... "*quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial*", há de ser, necessariamente, interpretada e aplicada em harmonia com os princípios e normas de direito que asseguram a *autonomia* e a *competência* do Ministério Público. Assim, o provimento do recurso de ofício, em tais casos, não pode ter como *efeito* jurídico legal a *imposição*, pelo Tribunal *ad quem*, ao Ministério Público, de propor a ação penal; mas, sim, o de negar *definitividade* à decisão recorrida, até que — submetido o ato do Promotor Público a reexame e deliberação do órgão para tal fim *competente*, que é o Procurador-Geral da Justiça — decida este, e só ele, se deve ser oferecida a denúncia, ou mantido o pedido de arquivamento, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

I

1. Constitui, sabidamente, um princípio tradicional e pacífico no direito brasileiro — consubstanciado na lei e prestigiado pela doutrina, tanto quanto pela

jurisprudência — o de que, nos crimes de *ação pública*, a instauração da ação penal é, em regra, de iniciativa própria e privativa competência do Ministério Público.

Esse princípio se acha cristalizado no § 1.º do art. 102 do nosso Código Penal vigente, nestes precisos termos:

“§ 1.º — A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

Por igual, com redação diversa, no art. 24 do Código de Processo Penal:

“Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Ademais do que, de modo geral, no mesmo sentido consignaram várias leis de organização judiciária neste país, é de mencionar-se que o Código do Ministério Público do antigo Distrito Federal, hoje Estado da Guanabara, — Lei (federal) n.º 3.434, de 20 de julho de 1958, — em seu art. 3.º, inciso I, atribuiu também aos órgãos do Ministério Público “*promover a ação penal*”.

2. A razão político-jurídica inspiradora dessa outorga legal, fundada, por sem dúvida, no melhor entendimento doutrinário, foi, como se sabe, a de que, diversamente do que sucede em relação à ação privada, ou particular, fundada no interesse exclusivo ou predominante da parte ofendida, a *ação pública* se funda no interesse público, que o Estado representa. É, como já explicara MOURA ROMEIRO, “um direito que se relaciona estreitamente com a soberania nacional” (1); constitui, no dizer de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, “atributo do Estado, incisiva manifestação da sua *potestas*, numa das expressões mais características: — o *jus puniendi*” (2). Daí por que, como, em Portugal, acentua LUIZ OSÓRIO, “a ação penal *pertence ao Estado*, e éste a exerce por meio dos órgãos do Ministério Público” (3).

“Nel processo penale pubblico” — pontifica MANZINI — “non è il singolo offeso che faccia valere una pretesa giuridica; ma è lo Stato che attua la propria funzione di difesa sociale” (4).

Através da ação penal, aduz FLORIAN, exercita-se “um direito público do Estado: — o direito de punir”; e o exercício desse direito o Estado o delega e confia ao órgão por êle especialmente criado e mantido para a proteção e promoção dos legítimos interesses da sociedade: — o Ministério Público.

(1) JOÃO MARCONDES DE MOURA ROMEIRO, *Dicionário de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1905, pág. 9.

(2) ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, *Comentários ao Código Penal*, vol. IV da coleção NÉLSON HUNGRIA, Rio de Janeiro, 1944, pág. 13.

(3) LUIZ OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BATISTA, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, Coimbra, 1932, tomo I, pág. 142.

(4) VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, 1931, vol. II, pág. 224.

EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, depois de dizer que “ao Ministério Público é que compete, de direito, o poder de pôr em movimento a engrenagem da justiça penal”, explana, mais além:

“A regra geral é a da competência do ministério público para, oferecendo denúncia, movimentar a ação criminal que apurará se é de aplicar-se a pena ao infrator da lei penal”.

.....
 “Se, como acentua ROGRON, tem a ação penal por fim a reparação do dano causado a todo o corpo social (*Code d'instruction criminelle expliqué*, 1841, pág. 2), é rigorosa a consequência apontada por MANZINI ao acentuar que a pretensão punitiva do Estado, em virtude de um crime, deve fazer-se valer por um órgão público, que deve agir por iniciativa própria, sem necessidade de qualquer excitação exterior, para o cumprimento dêsse seu dever funcional (*Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice*, vol. I, 1931, pág. 203)” (5).

Destarte bem se compreende o sentido da expressão de MANZINI quando afirma que “o Ministério Público tem, por assim dizer, o domínio da ação penal” (6) e, do mesmo modo, por que o denominam, na versão francesa, “*le seigneur de l'action*”, em correspondência ao “*dominus litis*”, da versão latina universalizada.

* * *

3. Do exposto decorre, como consecutório lógico e jurídico do princípio que vimos de examinar, uma regra igualmente consagrada no direito pátrio, qual seja a de que também ao Ministério Público — e somente a ele — compete, em face dos instrumentos de instrução criminal, isto é, dos elementos ou peças de carácter informativo, que lhe são levados ao conhecimento e exame, através de seus órgãos próprios, apreciá-los e concluir, em cada caso concreto, se a espécie se apresenta — como *fato* e como *tipo* — revestindo as condições e características legais justificadoras do oferecimento de uma denúncia, ou se, ao contrário, deve o inquérito ser arquivado, por despacho judicial, a seu requerimento.

O preclaro MASSARI, fiel a “l'affermazione della dottrina moderna che il processo penale s'ispira al principio dell'*officialità dell'azione penale*”, informa que, no sistema da legislação italiana, é “svicolato da ogni controllo del giudice il *potere* d'archiviazione, spettante al Pubblico Ministero”. E ilustra o asserto com o prestígio da tradição, invocando e reproduzindo um trecho da “*Relazione al Re*” sobre o carácter da instrução sumária, onde já se declara que

“il pubblico ministero”... “conserva l'assoluto dominio dell'azione penale, e perciò è razionale che mantenga la facoltà di non richie-

(5) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, Rio de Janeiro, 1954, vol. I, pág. 34..

(6) VINCENZO MANZINI, *op. cit.*, vol. II, pág. 224.

dere l'intervento della garanzia giurisdizionale quando si avvede della infondatezza della incolpazione, anche dopo aver compiuti atti d'istruzione sommaria, compresa la emissione di un ordine di cattura, d'accompagnamento o di comparizione" (7).

E são, entre nós, ainda neste tema, do saudoso mestre EDUARDO ESPÍNOLA FILHO os conceitos que se seguem:

"É, indiscutivelmente, o órgão do ministério público, a quem se distribui um inquérito, uma representação, uma peça de informações, a pessoa em ordem de fazer a apreciação do caso, verificando se há, de fato, infração punível, e ainda suscetível de o ser, se permite ela a instauração de ação penal por denúncia, se o autor está individuado em forma a poder ser caracterizado, ao menos, por sinais que lhe facultem a identificação no futuro; e somente se opinar afirmativamente, é que se lhe impõe a obrigação de, sob a responsabilidade do seu cargo, oferecer a denúncia. Em caso contrário, requererá o arquivamento" (8).

4. Como, porém, é de óbvia conveniência que tão importante deliberação não fique exclusivamente ao critério individual do órgão da Promotoria competente para a propositura da ação penal pública, e a que haja o juiz de submeter-se, passiva ou indiferentemente, quando lhe pareça cabível o oferecimento da denúncia, ou resignar-se o interesse do ofendido; mas, ao revés, deva a espécie subir a reexame e consideração de outra autoridade que, sem configurar propriamente uma segunda instância, constitua uma segunda esfera de competência para a revisão e possível correção do ato do Promotor, entendeu-se — e a lei consagrou tal solução, como adiante se verá pela análise do art. 28 do Código de Processo Penal — que o *órgão superior* competente para o exercício dessa função revisora, quiçá corretiva, seria, como realmente é, o Procurador-Geral, na sua ascendência hierárquica de Chefe do Ministério Público.

* * *

Anote-se, de relance, que, em algumas decisões judiciais, se tem qualificado como manifestação de uma "*segunda instância*" o exercício do poder de reexame e eventual correção dos atos judiciais do Promotor Público pelo Procurador-Geral, inclusive e mui especialmente na ocorrência da hipótese prevista no art. 28 do Código de Processo Penal.

Neste sentido assim se manifestou a colenda Primeira Câmara do Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal, em Acórdão de 23 de agosto de 1943, no recurso criminal n.º 2.240:

"Quando o arquivamento parece ao ofendido, ou seu representante legal, improcedente, cabe o recurso do art. 28 do Código de Pro-

(7) EDUARDO MASSARI, *Il Processo penale nella nuova legislazione italiana*, Nápoles, 1934, págs. 19, 552, 556, 558, etc.; idem, in Ac. cit. por PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO, *Código de Processo Penal interpretado pelos Tribunais*, Rio de Janeiro, 1946, págs. 59/60.

(8) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 360.

cesso Penal, e não a ação privada..." o único "contrôle" que se pode exercer sobre êsse arquivamento é a intervenção já mencionada, do Ministério Público *em segunda instância*, ou seja o do Procurador-Geral".

(*Diário da Justiça* de 24 de setembro de 1943, apenso ao número 222, pág. 3.814).

Precisamente em caso de *arquivamento* de inquérito policial a requerimento do Promotor, assim também entendeu o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em Acórdão de 26 de fevereiro de 1957, no *habeas corpus* n.º 52.621 (relator o Desembargador MARTINS FERREIRA), como se vê expresso neste trecho do voto vencedor:

"É indiscutível o direito de supervisão da *segunda instância do Ministério Público* sobre o andamento dos processos em geral, como uma intervenção direta ou por delegação. É mesmo uma obrigação legal" (9).

Atentos, porém, os consagrados princípios da *unidade e indivisibilidade* do Ministério Público, em necessária correspondência com o *princípio de hierarquia*, que está no cerne e na base da instituição, não aderimos a êsse entendimento.

Haja vista ao que, no particular, ensina o ilustre professor mexicano GONZÁLEZ BUSTAMANTE:

"Sujeita a uma só unidade e direção, a instituição do Ministério Público reconhece como seu chefe nato o Procurador-Geral da Justiça. Para lograr a unificação nas diversas atividades que correspondem à instituição, é necessário que seus funcionários obedeam a um só governo: o Procurador-Geral da Justiça; e que obedeam a êstes três princípios: a *unidade*, a *indivisibilidade* e a *independência*" (da instituição) (10).

Parece-nos, pois, não se configurar, pròpriamente, na aludida hipótese do art. 28 do Código de Processo Penal, a função de uma "*segunda instância*" no sentido *técnico* da expressão, e, sim, como acima foi dito, o simples exercício do *poder de revisão* do ato do Promotor Público numa mais alta esfera de *competência* representada pelo Procurador-Geral e fundada no ascendente da *hierarquia* funcional em que a lei investiu o Chefe do Ministério Público.

II

5. Já se constituiu um truísmo, dir-se-ia até um lugar comum, na literatura do direito público moderno, mui especialmente no trato dos temas concernen-

(9) *Revista Forense*, vol. 181, pág. 339.

(10) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Princípios de derecho procesal penal mexicano*, México, 1941, pág. 75.

tes ao Ministério Público, falar-se de sua *independência*, de sua *autonomia funcional*, como característica orgânica, essencial, inerente à sua natureza e finalidade, condição *sine qua non* de sua própria existência e funcionamento no caráter de órgão a que impende, no Estado de Direito, o alto encargo de zelar pelo fiel cumprimento da lei, preservar a ordem jurídica e promover a defesa social.

Prerrogativa necessária, política e filosoficamente concebida e estabelecida no ordenamento jurídico das nações cultas, principalmente nos sistemas democráticos, como indeclinável suporte à dinâmica de sua missão providencial e garantia à valoração dos critérios de *verdade* e *imparcialidade* legal em que deve inspirar-se o seu ofício de colaborador com a Justiça na vigilante e ativa defesa dos interesses públicos, a *independência*, ou — se se prefere — a *autonomia funcional* do Ministério Público em relação aos Podêres constitucionais do Estado, já pelo grande CARRARA tão brilhantemente exaltada, é, hoje, não apenas um simples princípio de direito, geralmente reconhecido e acatado, mas, além e acima disso, um postulado político-jurídico que cada vez mais se afirma e se impõe à evidência, entre outras razões, pela própria natureza, importância, grandeza e fim social da instituição.

6. Para que êle seja, verdadeiramente, o fruto daquela “*lei admirável*”, a que aludira MONTESQUIEU; “o braço da lei”, segundo ORTOLAN; “o braço direito da sociedade”, na frase de PIMENTA BUENO; “o asilo das leis, a muralha da justiça e da inocência atacadas”, na concepção de BUDÉE; a “*instituição sublime*” da qual, no magistério de PAULA PESSOA, dizia o orador do Conselho de Estado em França ser aquela “a que se entrega o depósito precioso da ordem pública e o exercício da ação criminal, a paz e a tranqüilidade dos cidadãos confiados à sua coragem e lealdade”, é condição primeira, intrínseca, nuclear, inerradicável, a de sua imunidade de pensamento e de ação no desempenho das funções e atribuições que a Constituição e as leis lhe assinalam e impõem.

Prelecionam VIDAL et MAGNOL que, “em princípio, o Ministério Público é *independente* para o exercício da ação pública” e “aprecia, portanto, livremente, a oportunidade das denúncias” (11). GOYET, em seu clássico trabalho sobre o Ministério Público, ao indicar quais os caracteres distintivos essenciais que ostenta, entre êles inclui o da “*independência em relação aos tribunais*” (12).

É de ver-se, por igual, o que, ao propósito, consignam as famosas “*Pandectes Belges*”:

“Le Ministère Public est indépendant des tribunaux et des particulières; comme appartenant à la magistrature, il est indépendant de gouvernement pour les actes de magistrature proprement dits, en ce sens, lorsqu’il n’obéit qu’à sa conviction”.

(11) VIDAL et MAGNOL, *Cours de Droit Criminel et de Science Penitenciaire*, Paris, 1935, pág. 737.

(12) F. GOYET, *Le Ministère Public*, Paris, 1939, pág. 18.

Sem necessidade de buscar novos e mais alentados subsídios na autoridade de publicistas estrangeiros, tem-se, por aqui mesmo, à mão de semear, o ensino de grandes mestres nacionais.

O clássico TAVARES BASTOS, após advertir de que, em tôdas as causas em que haja de intervir, “deve o Promotor emitir o seu parecer *com tôda a independência*, seja qual fôr a autoridade contra a qual se intente o processo”, assim predica:

“A independência, por completo, da instituição do Ministério Público do Poder Executivo é matéria que se impõe. Cumpre, pois, que os Estados da União procurem garanti-la e isentá-la das exigências dos Presidentes e Governadores estaduais, para que possam os seus representantes agir com tôda a *independência*, característico primordial das funções nobres do Ministério Público e para que êste possa ser tido como representante da sociedade quando ofendida”.

E transcreve, mais além, êstes trechos do Relatório de 1897, do Desembargador Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro:

“De tôdas as imunidades do Ministério Público, a por que mais propugnam os seus representantes é a incondicional libertação do instituto da tutela do Governo”.

.....
 “A *independência* do Ministério Público subsiste e subsistirá sempre, no Estado, porque êsse predicamento conquistaram todos os titulares do instituto” (13).

GALDINO SIQUEIRA, em escôrço histórico sôbre o Ministério Público do antigo Distrito Federal, louvou a orientação de CAMPOS SALLES estatuinto “a *recíproca independência* entre êsses funcionários” (os membros do Ministério Público) “e os da ordem judiciária, no exercício das suas funções”, ao organizar a Justiça local pelo Decreto n.º 1.030, de 14 de novembro de 1890 (14).

CHRYSOLITO DE GUSMÃO, salientando a importância e necessidade de preservar-se a *independência* do Ministério Público contra as tendências adversas da prepotência e do arbítrio, escreveu:

“Felizmente, em nosso país, essas tendências não têm encontrado campo em que medrar e o conceito que se tem firmado em nossas leis é o de considerar o Ministério Público o representante da lei e fiscal de sua execução. Dispõe o art. 125 do Decreto n.º 16.273, de 1923:

(13) JOSÉ TAVARES BASTOS, *As atribuições do Promotor Público na República*. Rio de Janeiro, 1907, págs. 7, nota 44; 35, nota 114 e 59, nota 239.

(14) GALDINO SIQUEIRA, *Curso de Processo Penal*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1924, págs. 54/55.

“O Ministério Público é o órgão da lei e o fiscal da sua execução, nos termos dêste regulamento.

Parágrafo único. *No exercício de suas funções, há recíproca independência entre os órgãos do Ministério Público e os membros da Magistratura*”.

Justificando êsse dispositivo, aceito pelo Govêrno, escrevemos em nosso anteprojeto: — “Entendi que, diante das modernas tendências concernentes ao Ministério Público, a sua *independência* e conservação não devem ficar sujeitas ao arbitrio de cada época e de cada govêrno...” (15).

Em seus comentários à Constituição de 1934, encareceu ARAUJO CASTRO a *independência* dessa instituição no exercício de suas funções como órgão da lei e representante da defesa social (16). E ROBERTO LYRA, também em face da mesma Constituição, considerou “*indispensável a independência funcional do Promotor Público*” (17).

Na substanciosa dissertação de concurso, que ofereceu à egrégia Faculdade de Direito do Recife, em 1950, HOMERO FREIRE, abeberado na lição de GLASSON *et* TISSIER, externou êstes oportunos conceitos:

“Os magistrados do Ministério Público são *plenamente independentes dos tribunais* em que exercem suas funções. Êstes não podem, sem cometer um excesso de poder, se imiscuir em suas funções, submetê-las a injunções, nem criticar ou censurar seus atos, embora as Côrtes de Apelação possam denunciar abusos dos oficiais do Ministério Público cometidos no exercício de suas funções”.

“Funcionando estreitamente ligado ao Poder Judiciário, embora dêle *independente*, é o Ministério Público essencial garantia da melhor e mais eficaz administração da justiça”.

“Pelas características próprias da função, pelos altos interêsses de que a mesma se reveste, de acusar quem quer que viole a lei, seja a mais importante autoridade, seja a figura mais prestigiada pela posição social, política ou de riqueza, é de tóda conveniência que quem a exerça não esteja sujeito ao receio de represália, antes saiba que tem o amparo e o prestígio das garantias que a lei concede à sua magistratura.

(15) CHRYSOLITO CHAVES DE GUSMÃO, *Instituições de Direito Judiciário* (publicação póstuma), Rio de Janeiro, 1930, págs. 85/86.

(16) ARAUJO CASTRO, *A Nova Constituição Brasileira*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1936, pág. 319.

(17) ROBERTO LYRA, *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, Rio de Janeiro, 1937, pág. 143.

Aos membros do Ministério Público, pois, não devem faltar integral segurança no exercício dos respectivos cargos, sem exceção, e completa *autonomia de ação* com respeito a qualquer outro órgão do governo" (18).

MÁRIO DIAS, na sua conhecida obra intitulada *Ministério Público Brasileiro*, foi igualmente categórico nestas observações:

"Os órgãos do Ministério Público, no exercício de suas funções, são inteiramente autônomos e independentes das autoridades judiciárias.

Algumas leis estaduais de organização judiciária fogem, às vezes, a esse princípio fundamentalmente característico da instituição do Ministério Público, permitindo aos juizes determinar aos promotores de Justiça que ofereçam denúncia, mesmo quando estes não encontram base nos inquéritos policiais para o procedimento oficial. Tal prática é repelida, por isso que apenas aos Procuradores-Gerais e aos Secretários ou Ministros da Justiça devem os promotores de Justiça obediência" (19).

Em excelente explanação jurídica acêrca do Ministério Público, seu conceito e suas garantias, NOGUEIRA ITAGIBA põe em relêvo, como traços marcantes essenciais de sua estrutura constitucional, a *autonomia* e a *imparcialidade*, quer em face do Poder Executivo, quer em face do Judiciário:

"É o Ministério Público uma magistratura organizada para a defesa dos interesses públicos ou dos incapazes perante a Justiça. Na França se diz que os juizes vitalícios formam a magistratura *sentada*, enquanto os membros do Ministério Público constituem a magistratura *de pé*.

É o Ministério Público, em verdade, uma magistratura *autônoma* e especial. Atua em nome do Estado, da sociedade e da lei, *sem atender às determinações dos juizes e obedecer às ordens governamentais*" (20).

No mesmo sentido é a preleção do insigne constitucionalista PONTES DE MIRANDA:

"Trata-se de officio particularmente *ativo*, a que se não pode em prestar, sem grave deformação semântica, o significado de órgão coordenador de atividades governamentais".

.....

(18) HOMERO FREIRE, *A natureza pública da ação penal*, Recife, 1950, págs. 79 e 147.

(19) MÁRIO DIAS, *Ministério Público Brasileiro*, Rio, de Janeiro, 1932, pág. 281.

(20) IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *O pensamento político universal e a Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, 1947, pág. 528.

“O Governador não pode, como o Presidente da República também não o poderia, ordenar que, em certo caso, ou em certas espécies, o Ministério Público não promova.

A inserção do Ministério Público na tratativa institucional da Constituição explica-se pela natureza *obrigatória* do seu ofício. *Não se pode cercear ou tolher, ou dirigir a liberdade de juízo, de pensamento e de ação do Ministério Público*”.

.....
 “*Órgão que fica exposto à vontade de outro órgão não tem aquela independência que fôra mister à concepção do Ministério Público*”
 (21). (Os grifos são nossos).

ALCINO PINTO FALCÃO e J. DE AGUIAR DIAS, em comentário ao art. 125 da Constituição de 1946, assim, por sua vez, se exprimiram sobre o assunto:

“Preocupou-se a Constituição em dar existência constitucional à instituição do Ministério Público, inclusive traçando normas para garantia de seus membros e para que nestes floresça o sentido de *independência* tão necessário para contraposição a déspotas, cuja ascensão é sempre facilitada quando o Ministério Público é *subserviente*, não compenetrado da sua alta função, e se supõe mera *longa manus* do Governo ou, até, de simples autoridades policiais” (22).

Atente-se, ainda, no que, mais recentemente, escreveu o douto professor paulistano SAHID MALUF em seu livro *Direito Constitucional conforme a Constituição de 1967*:

“O Ministério Público é uma magistratura *ativa e independente*. Sua função é de representação e defesa dos interesses públicos perante o Judiciário. Representa o Estado, a sociedade, a lei. Age *por iniciativa própria*, em nome da lei, acusando, defendendo ou promovendo as medidas de interesse da sociedade, *sem subordinação a qualquer dos três Podêres do Estado*”.

.....
 “O Ministério Público não é órgão do Poder Judiciário. É, mais aproximadamente, órgão do Poder Executivo; porém *órgão autônomo, porque não obedece senão ao seu juízo próprio, isto é, pensa e age livremente, dentro dos limites da lei*”.

.....
 “Esta função, embora autônoma, não chega a constituir um *quarto Poder*, como pretendem alguns autores. Seria, antes, uma

(21) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1960, tomo III, págs. 492/493.

(22) ALCINO PINTO FALCÃO e JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Constituição Anotada*, Rio de Janeiro, 1956, págs. 267/268.

magistratura de pé, como dizem os franceses, acentuando a diferença com a *magistratura sentada* exercida pelos órgãos judicantes. E, como tal, seria um órgão *autônomo*, de cooperação com os três Podêres do Estado”.

.....
 “Não obstante, está o Ministério Público longe de ser órgão do Judiciário. Seria, antes, órgão da soberania do Estado, *independente dos três clássicos Podêres*” (23). (Os grifos são nossos).

O já citado Código do Ministério Público do antigo Distrito Federal, hoje ainda em pleno vigor no Estado da Guanabara (Lei n.º 3.434, de 20 de julho de 1958), estabelece no parágrafo único de seu art. 3.º:

“*No exercício das respectivas atribuições, há recíproca independência entre os órgãos do Ministério Público e as autoridades judiciárias*”.

* * *

7. A tal ponto se tem considerado e encarecido a importância da *independência* como base da *autoridade* política, moral e jurídica do Ministério Público e a necessidade de, não apenas preservar, mas ampliar e fortalecer essa autoridade, que uma mais avançada corrente de opinião chegou a propugnar sua ereção à categoria constitucional de um *quarto Poder* do Estado.

Disso nos deu eloqüente testemunho o eminente juriconsulto Professor HAROLDO VALLADÃO, em seu discurso de posse na Procuradoria-Geral da República, a 19 de abril de 1967, invocando a doutrinação de seu ilustre pai ALFREDO VALLADÃO, com estas palavras:

“As funções do Ministério Público se alargam dia a dia no Brasil, segundo tenho acentuado em vários trabalhos, e cada vez mais se torna realidade o que ALFREDO VALLADÃO pôs em prática, corajosamente, como Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União de 1907 a 1915, e conceituou de forma brilhante em conhecido trabalho publicado em 1914, citado e recitado no Brasil e nas Américas, nos seguintes termos: — “As funções do Ministério Público subiram, pois, ainda mais, de autoridade em nossos dias. Ele se apresenta com a figura de um verdadeiro *Poder* do Estado. Se MONTESQUIEU tivesse escrito hoje o “*Espírito das Leis*”, por certo não seria tríplice, mas quádrupla a *divisão dos Podêres*. Ao órgão que *legisla*, ao que *executa*, ao que *julga*, um outro órgão acrescentaria êle: — o que defende a Sociedade e a Lei perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios Podêres do Estado”.

(23) SAHID MALUF, *Direito Constitucional*, 4.ª ed., São Paulo, 1968, págs. 311/312.

8. É de registrar-se, aliás, como fato histórico de grande significação, que, no seio da Assembléia Constituinte de 1934, houve um movimento no sentido de erigir-se em *quarto Poder* o Ministério Público; movimento êsse não apenas inspirado na “insuperável relevância” de sua alta missão, mas, ainda e principalmente, visando a situá-lo, com a atribuição da categoria de “*Poder constitucional*”, numa posição de igualdade, independência e equidistância em face dos Podêres Executivo e Judiciário, de modo a resguardá-lo, em definitivo, da possível hegemonia ou ascendência de um ou do outro. Trata-se da *Emenda* n.º 952, assinada pelos ilustres então constituintes deputados JOSÉ MARIA ALKMIN, ODILON BRAGA e FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA, inserida no anteprojeto da Constituição e assim justificada:

“Ao lado do Poder Judiciário, como representante da sociedade e dos interesses que ela protege, órgão também da lei e fiscal da sua execução, surge o Ministério Público. O rol dos deveres que lhe são assinalados em nossas leis de organização judiciária é de insuperável relevância. Nos povos de espírito *comunário*, tal qual o nosso, nos quais o indivíduo é deficiente como defensor dos interesses abstratos da coletividade, sobe de ponto essa missão de alta *inspeção legal* e de *assistência tutelar*, inerente ao Ministério Público. Êste, porém, até aqui não era um *Poder*: era apenas *uma função*. O *Poder* é livre, autônomo, não obedece a subordinação alguma, salvo a da Constituição. Reduzido a *uma função* que se interpunha entre o Judiciário e o Executivo, mas subordinado a êste, o Ministério Público era um órgão atrofiado e falho. Ora bem: se o cidadão brasileiro, por sua formação *comunária*, deve ser considerado um fator cívico deficiente, que tudo espera do próprio poder público, e se, pela ordem natural das coisas, ao Ministério Público é que incumbe suprir tais deficiências, que nos restava fazer? Elevá-lo, como fez o anteprojeto, à categoria de “*Poder constitucional*”, libertando-o da influência do Executivo e fortalecendo-o perante o Judiciário”.

9. As mesmas advertências cautelares que se têm levantado em defesa do princípio da independência e autonomia funcional do Ministério Público em face do Poder Executivo, sob os regimes constitucionais que na área dêste último o situaram, também foram suscitadas de referência ao Judiciário, a propósito de haver a Constituição de 1967 enxertado as normas atinentes àquela instituição no Capítulo “*Do Poder Judiciário*” (Título I, Capítulo VIII, Seção IX).

Haja vista, por mero exemplo, para o que, sôbre o assunto, declarou o supracitado Professor HAROLDO VALLADÃO, em conferência sob o título “*Reforma Constitucional*”, proferida no auditório do Tribunal de Contas da União, em Brasília, a 14 de dezembro de 1966 e, portanto, apenas quatro meses antes de investir-se nas elevadas funções de Chefe do Ministério Público federal brasileiro:

“Haveria um capítulo nôvo, VIII, *Do Ministério Público*, para onde seria transferida tôda a última Seção, n.º IX, do Capítulo VIII, *Do Poder Judiciário*.

O Ministério Público, como a Advocacia, não podem jamais ser uma Seção do Poder Judiciário, pois são *plenamente autônomos*. Essa posição de *independência* do Ministério Público — constante do direito brasileiro — pregada por ALFREDO VALLADÃO e MUNIZ BARRETO, foi consagrada desde a Constituição de 1934, que o situou fora do Judiciário, no Capítulo VII de outro Título, e na atual, de 1946, com um Título próprio, o II.

Essa *independência* do Ministério Público está atualmente em apogeu, com a vulgarização, ainda nos Estados Unidos, em livro editado pela Harward University — “*Ombudsmen and others*” — do Professor WALTER GELLHORN, 1966, do “*Ombudsman*”, instituição sueca de um alto Ministério Público com plenos poderes para proteger os direitos dos indivíduos” (24).

É, pois, como se vê, um postulado de direito público o de que, pela própria natureza, índole e destinação política do Ministério Público, não só a sua *autoridade* funcional, mas a sua própria *existência* e *razão de ser* assentam e se nutrem no princípio orgânico, constitucional, inalienável e inaufe-rível, de *independência* às pressões, injunções ou influências externas advindas quer do Poder Executivo, quer do Judiciário.

Se é êle o órgão competente para a instauração da ação penal pública e, pois, só a êle é dado discernir e decidir sôbre o cabimento da denúncia criminal, conseqüentemente, só a êle há de impender, por igual, a faculdade de promover o *arquivamento* do inquérito:

Neste sentido é de lembrar-se que o brilhante penalista Professor CARLOS BANDEIRA STAMPA, hoje a ilustrar, como desembargador, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, tendo em consideração essa realidade e, também, a *unidade* e *indivisibilidade* do Ministério Público, sustentou, numa de suas teses de concurso, que, em matéria de instauração da ação penal e de promoção do arquivamento dos inquéritos, êle constitui *uma instância única e irrecorrível*.

* * *

III

10. O vigente Código de Processo Penal brasileiro, fiel à orientação doutrinária já exposta e sustentada, ao depois de haver prescrito, no art. 24, que “*nos crimes de ação pública esta será promovida por denúncia do Ministério Público*”, prescreveu, no art. 28:

(24) *Correio da Manhã* de 20 de dezembro de 1966.

“Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e éste oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

Assim, coerentemente, adotando e prestigiando o princípio da *independência* do Ministério Público para o exercício da ação pública, do mesmo passo, como não podia deixar de ser, consagrou, positivou, em norma expressa, o seu corolário lógico, natural, implícito, qual seja o direito de fazer valer livremente seu convencimento e deliberação sobre o cabimento e oportunidade das denúncias, sob a única reserva de poder o juiz submeter o ato do Promotor competente para oferecê-las ao *contrôle hierárquico*, isto é, à correção ou à referenda definitiva e irrecorrível, do órgão que lhe é superior, na esfera administrativa: — o Procurador-Geral.

Bem expressiva, neste lançamento, é a explanação do Professor HÉLIO TOR-
NAGHI:

“Se o juiz repele as razões apresentadas pelo Ministério Público, remete os autos de inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, que *decidirá irrecorrivelmente* sobre o cabimento da ação. Se o procurador-geral concordar com o juiz, poderá oferecer denúncia ou designar outro membro do Ministério Público para fazê-lo. Se acordar com o órgão do Ministério Público que pediu o arquivamento, insistirá no pedido, que o juiz *terá de deferir*.”

Como se vê, neste caso, *cabe ao Ministério Público a última palavra sobre a pertinência da ação*, o que se compreende levando em conta que éle, Ministério Público, é o órgão do Estado enquanto *dominus litis*. Se o juiz pudesse compelir o Ministério Público a agir, estaria, por via oblíqua, violando o princípio *ne procedat iudex ex officio*” (25). (Os destaques são nossos).

11. Ésse ponto de vista encontra respaldo na melhor doutrina professada por processualistas criminais estrangeiros antigos e modernos.

Assim, por exemplo, VIDAL *et* MAGNOL consideram que, “em princípio, o Ministério Público é *independente* para o exercício da ação pública” e “*aprecia, portanto, livremente, a oportunidade das denúncias*”, embora “sob reserva da fiscalização hierárquica”, pela razão de que os funcionários do Ministério Público “são ligados uns aos outros pelos laços de uma subordinação hierárquica, em virtude da qual os superiores podem dar aos inferiores ordens relativas à propositura e andamento da ação penal e a todos os atos a ela concer-

(25) HÉLIO TOR-
NAGHI, *Compêndio de Processo Penal*, Rio de Janeiro, 1967, tomo II, págs. 467/468.

nentes" (26). VINCENZO MANZINI reconhece caber ao órgão da acusação pública o "poder de arquivamento"; e explica, com fulcro no art. 74 do Código italiano:

"O poder de arquivamento pode exercitar-se enquanto o Ministério Público não haja investido o juiz da ação penal, isto é, enquanto não haja requerido a instrução formal ou a decretação da citação judicial" (27).

Observa MASSARI, de referência aos institutos "della *richiesta*, della *querela* e della *istanza*", mencionados no texto do art. 74 do Código italiano, que eles não constituem derrogação ao princípio da *oficialidade da ação penal* ("*officialità dell'azione penale*"), nem casos de substituição do Ministério Público no início e no exercício da acusação; pois que, também quanto aos crimes que reclamam a aplicação de tais institutos,

"la potestà di archiviazione degli atti rimane presso il pubblico ministero indeminuta e incondizionata" (28).

12. Vale, ainda, reproduzir, neste ensejo, a lição magistral de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO:

"Mas, não há desconhecer que constituiria um abalo dos mais graves à independência do ministério público, anulando-lhe o poder de apreciar o préstimo e a suficiência dos elementos colhidos para instauração da ação penal, admitir que, não acolhendo o pedido de arquivamento, o juiz pudesse *ordenar* ao promotor o oferecimento de uma denúncia, que a êsse se não afigurasse em condições de ser dada. Doutra parte, a ação penal precisa de ter a base de uma inicial, denúncia ou queixa, em que se consubstancie a acusação, a ser provada, e pela qual se guie a parte contrária, na construção da sua defesa. Ora, o juiz que, afinal, tem de, com a sua sentença, proclamar a procedência da acusação ou da defesa, ficaria numa posição verdadeiramente estranha, se êle próprio redigisse a peça acusatória inicial, colocando-se, portanto, em situação eminentemente parcial.

Para conciliar tôdas essas conveniências e todos êsses interesses, em foco, sem invasão de atribuições, mas em sacrifício de opiniões dignas de tôda consideração e respeito, o Código Processual estabelece o princípio de que o juiz não fica adstrito à conclusão do seu promotor, sôbre o arquivamento do inquérito, representação ou qualquer peça de informações. Mas, divergindo da apreciação feita dêsses elementos, quer porque dê de improcedentes os argumentos da fundamentação da promotoria, quer porque veja no inquérito,

(26) VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, pág. 737 e nota 3.

(27) MANZINI, *op. cit.*, vol. IV, págs. 12 e 13.

(28) MASSARI, *op. cit.*, pág. 558.

representação ou informação, uma base suficiente para o início da ação penal, quer porque não reconheça ajustáveis as razões da promoção às várias peças constitutivas desses instrumentos, o que lhe compete é requisitar a atenção, para o caso, do chefe do ministério público, o procurador-geral, a quem remeterá os referidos instrumentos.

Ao procurador-geral cumprirá, então, refazer o exame dos elementos apresentados, *SENDO DEFINITIVA A SUA CONCLUSÃO, SE INSISTIR PELO ARQUIVAMENTO* (29). (As maiúsculas são nossas).

* * *

13. A idéia de que haja alguma contradição entre os dispositivos dos arts. 28 e 581, inciso I, do Código de Processo Penal, porque neste último se declara *caber recurso no sentido estrito* “da decisão, despacho ou sentença”... “que não receber a denúncia ou a queixa”, é de esclarecer-se, dissipando *in limine* quaisquer dúvidas, que se trata de espécies e hipóteses completamente diversas entre si. No caso de *recurso estrito* previsto no inciso I do art. 581, — a) o apêlo é deixado ao arbítrio das partes, isto é, o *denunciante* (Ministério Público) ou o *querelante*; b) pressupõe, no primeiro caso, o efetivo oferecimento da denúncia pelo órgão da acusação pública, que o juiz recusa receber.

ESPÍNOLA FILHO, precisamente em comentário ao art. 581, I, põe em foco esses aspectos e, logo após, na mesma página, aclara a diversidade das espécies, observando:

“Contra o despacho que *defer*e o pedido de arquivamento do inquérito policial, *não cabe recurso*” (30).

Ao propósito, explica, por sua vez, HÉLIO TORNAGHI:

“As duas hipóteses são diferentes. Na primeira, trata-se da pertinência da ação, na segunda, de sua admissibilidade. *A questão da pertinência deve ser decidida pelo Ministério Público*, e se êle decide pela impertinência, não há como passar à segunda questão: a admissibilidade. Se, entretanto, o Ministério Público entende pertinente a ação, cabe ao juiz decidir se, além disto, ela é admissível ou não. Aí já entra o julgamento acêrca dos pressupostos processuais e das condições da ação” (31). (Os grifos são nossos).

* * *

14. Na *Conferência dos Desembargadores*, realizada na cidade do Rio de Janeiro (antigo Distrito Federal) em julho de 1943, sustentou, vitoriosamente, o ilustre e saudoso Desembargador JOSÉ DUARTE:

(29) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. I, págs. 361/362.

(30) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. 6.º, pág. 76.

(31) HÉLIO TORNAGHI, *op. cit.*, pág. 468.

“Desde que o representante do Ministério Público está convencido de que não há razão para oferecer a denúncia, pede o arquivamento do processo e somente novo inquérito poderá agitar o caso, ou *determinação do Procurador Geral*”.

.....
 “O direito de punir pertence ao Estado e só este pode exercitá-lo”.

Secundou-o o grande e pranteado mestre NÉLSON HUNGRIA:

“...o Ministério Público não oferece a denúncia, mas pede o arquivamento. Ele é o árbitro do interesse da sociedade e da viabilidade da ação penal, de modo que, uma vez requerido o arquivamento, o processo se fará da maneira por que está regulado no art. 28.

Se o juiz entender que o fato merece mais detido exame, remeterá os autos ao procurador geral e este, então, opinará, confirmando a orientação do seu inferior hierárquico ou dando outra orientação ao caso” (32).

15. Afeiçoada a essas mesmas diretrizes, a Lei (federal) n.º 3.434, de 20 de julho de 1958, que estabeleceu o Código do Ministério Público do antigo Distrito Federal — ainda vigente no Estado da Guanabara —, assim preceituou no § 1.º do seu art. 10, onde se indicam os casos em que os órgãos do Ministério Público podem deixar de promover a ação penal:

“Em cada caso o órgão do Ministério Público declarará, por escrito, nos autos do inquérito policial ou junto às peças de informação, os motivos pelos quais deixa de intentar a ação, e requererá ao juiz o respectivo arquivamento. Deferido este, o órgão do Ministério Público comunicará o fato ao procurador-geral, o qual poderá requisitar os autos ou as peças de informação ao juiz, e, se fôr o caso, oferecer a denúncia ou designar um procurador para oferecê-la”.

* * *

16. É de notar-se que o rigor do entendimento, no particular, tem conduzido a jurisprudência a decidir que, mesmo nos casos em que julgue necessária a produção de *novas provas* em complemento ou refôrço às já coligidas no inquérito, para justificação da denúncia, não pode o juiz por iniciativa própria determinar diligências em tal sentido antes de instaurada a ação penal, por ser essa medida de competência privativa da Promotoria Pública ou do Procurador-Geral, conforme as hipóteses previstas na lei, talqualmente decidiu o

(32) *Conferência dos Desembargadores, no Distrito Federal, 1943, Conclusão n.º IV.*

antigo Conselho de Justiça do Distrito Federal, em Acórdão unânime de 15 de junho de 1943 (relator o Desembargador EDGARD COSTA), na reclamação n.º 607, publicado na *Revista do Ministério Público*, vol. 10, pág. 125, e citado por PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO (33), *in verbis*:

“Acordam os juizes do Conselho de Justiça, por unanimidade de votos, em julgar dita reclamação procedente para o efeito de, cassado o despacho reclamado, determinar ao Dr. Juiz que se cinja à observância do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, dê que entenda improcedentes as razões invocadas pelo representante do Ministério Público para o arquivamento do inquérito, — isso porque, antes de intentada a ação penal, com o oferecimento da denúncia, não tem o juiz atribuição de determinar diligências, sejam quais forem e para que forem, o que é privativo do Ministério Público, como corolário de sua *atribuição privativa* de promover a ação penal”.

* * *

17. Tem-se pretendido, não obstante, criar *direito novo* abrindo brecha na estrutura do princípio ora exposto e fundamentado, sob a invocação de uma disposição enxertada na Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, sobre “*crimes contra a economia popular*”, qual seja a do seu art. 7.º, do seguinte teor:

“Os juizes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, *ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial*”.

Com base no que, sumariamente e sem outros desenvolvimentos consequenciais, se estatuiu na cauda desse artigo — de resto, jamais regulamentado —, e por obra de uma interpretação literal epidérmica e imediatista, que não se compadece, *data venia*, com os melhores cânones da hermenêutica jurídica, certos julgados de segunda instância se têm permitido dar provimento a recursos de ofício em tais hipóteses manifestados, por juizes, de despachos deferidores do *arquivamento* de inquéritos, requerido pela Promotoria Pública, mas para “*determinar*”, “*mandar*”, “*ordenar*” que seja por esta, com a denúncia, instaurada a ação penal.

Haja vista, a título de mero exemplo, para o recente Acórdão da colenda 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, de 7 de maio de 1970, proferido no recurso criminal n.º 7.071, em que foi relator o ilustre Desembargador LIMA ROCHA, no limiar de cujo texto decisório — con-

(33) PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO, *Código de Processo Penal interpretado pelos Tribunais*, Rio de Janeiro, 1946, págs. 67/68.

trariamente a fundamentado parecer *favorável à manutenção do arquivamento*, emitido, nos autos, pelo Procurador da Justiça com função na segunda instância e junto à mesma Câmara — assim foi dito:

“ACORDAM os juizes da 3.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, unânimemente, em dar provimento ao recurso de ofício, a fim de *determinar* seja proposta a ação penal”. (O grifo é nosso).

Esse modo de interpretar e aplicar a parte final do art. 7.^o da Lei n.^o 1.521, sôbre implicar manifesta postergação do princípio fundamental da *independência* do Ministério Público, cuja demolição só por absurdo se poderia supor intuito do legislador, conflita, outrossim, flagrantemente, com as regras estabelecidas no art. 28 do Código de Processo Penal e no § 1.^o do art. 10 do Código do Ministério Público do Estado da Guanabara (Lei federal n.^o 3.434, de 20-7-1958), além de fazer *tabula rasa* do patrimônio doutrinário construído, sôbre o assunto, com as sábias e prudentes lições dos melhores mestres do direito processual pátrio e estrangeiro.

18. No primeiro *Encontro Nacional dos Procuradores-Gerais da Justiça*, há pouco realizado na cidade fluminense de Petrópolis, sob a presidência do Procurador-Geral da República, Professor XAVIER DE ALBUQUERQUE, foi o tema apresentado e discutido; e, por proposta da Procuradoria-Geral da Justiça da Guanabara, representada pelo Diretor-Geral de sua Secretaria, Curador MÁRIO TOBIAS FIGUEIRA DE MELLO, o plenário, sem discrepância, aprovou indicação no sentido da adoção das providências legais imprescindíveis à preservação — nos apontados casos — da prerrogativa de *independência* do Ministério Público, marcante da função, que lhe impende, de fiscal da lei e da sua execução.

O pensamento então ali manifestado em nome da Procuradoria-Geral da Justiça da Guanabara foi o de que o *recurso de ofício* mandado interpor dos despachos determinadores de arquivamento do inquérito (nos casos dos processos a que alude) pelo art. 7.^o da citada Lei n.^o 1.521 deve ser compreendido como forma de impor-se a fiscalização da instância superior no tocante à procedência do ato *do juiz* ao deferir o arquivamento pedido pelo Promotor Público sem o uso da providência a êle facultada no art. 28 do Código de Processo Penal. Em tais casos, se o Tribunal reforma o despacho do juiz, fá-lo para o efeito de serem os autos remetidos ao Procurador-Geral a fim de que êste proceda ao reexame do assunto e delibere na conformidade do princípio estabelecido naquele mesmo art. 28 do citado código; e não para o efeito de, por iniciativa própria e direta, sem a audiência e deliberação do Chefe do Ministério Público, “*determinar*”, “*ordenar*”, à sua revelia, que o órgão da Promotoria, a êle subordinado, promova, instaure a ação penal para cuja propositura não teria, em sua consciência jurídica, encontrado base legal ou suficientes elementos de convicção.

Esta é, realmente, a interpretação lógica e jurídica indicada à espécie, por ser a que concilia os mandamentos legislativos em confronto, ao invés de

pô-los em antinomia e contradição; a que acautela o interêsse público sem violar outros textos legais tradicional e definitivamente incorporados ao ordenamento jurídico em vigor, nem investir princípios institucionais e fundamentais estratificados no direito e na consciência política da nação.

19. No caso, a questionada lei prescreveu ao juiz recorrer de ofício dos despachos que determinarem o *arquivamento*, mas silenciou por completo sôbre os *efeitos* do provimento a tal recurso, sendo certo, porém, que o legislador não desconhecia, não podia desconhecer a existência do preceito contido no art. 28 do Código de Processo Penal atribuindo expressamente ao Procurador-Geral a *competência privativa* para o reexame e decisão acêrca do cabimento ou descabimento da denúncia que a Promotoria recusa oferecer; preceito cuja derrogação não se pode presumir, por não haver *incompatibilidade* radical e irredutível entre os dois dispositivos, nem seria de admitir-se sem aluir as bases do sistema; — além do que, violaria o princípio fundamental da *independência* do Ministério Público. E, mais ainda, a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, como adiante se verá, desautoriza totalmente a absurda hipótese.

Nessa conjuntura, e desde que o recurso de ofício ordenado pelo art. 7.º da Lei n.º 1.521 *não exclui* a providência prescrita no art. 28 do Código de Processo Penal, e que pode ser — esta sim — determinada pelo Tribunal corrigindo o despacho do juiz que dela prescindiu, seria de ter-se em mira, sobretudo, os salutares princípios de *continuidade* e *harmonização das leis*, segundo os quais as leis posteriores se entrosam e combinam com as anteriores se lhes não forem contrárias (“*Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint*”), devendo, pois, o intérprete buscar fórmulas e soluções exegéticas por virtude das quais as normas coexistam e se conciliem dentro do espírito do sistema.

ERICH DANZ justamente adverte o hermenauta de que

“as palavras da lei nunca passam de um esquema, e muitas vêzes bem deficiente, dentro do qual o jurista deve procurar livremente a solução necessária” (34).

Segundo GENY (*Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*) citado por FABREGUETTES, a lei escrita não oferece, por si só, uma suficiente fonte de soluções jurídicas para resolver as questões novas suscitadas pela própria legislação. “É na natureza das coisas” — diz êle — “fecundada por uma lógica sistematizada, que se deve procurar a solução dos problemas”, tendo-se em vista a justiça e a utilidade social (35).

CARVALHO DE BRITO, depois de observar que “cada sentido de lei é uma perspectiva de fatos que se entrosam formando um tecido”, conceitua a “*inter-*

(34) ERICH DANZ, *A interpretação dos negócios jurídicos*, versão portuguesa de Fernando Miranda, Coimbra, 1941, pág. 131.

(35) M. P. FABREGUETTES, *A lógica judiciária e a arte de julgar*, versão portuguesa de Henrique de Carvalho, São Paulo, 1914, pág. 28.

pretação racional” “como meio de coordenar a lei com o sistema geral de direito” (36).

Foi abeberado na sabedoria de tais ensinos que o ilustrado Ministro ABNER DE VASCONCELLOS, em lúcido voto proferido no egrégio Supremo Tribunal Federal, em Acórdão de 29-7-1949, no mandado de segurança n.º 939, sustentou que, “na interpretação da lei”,

“mais se leva em conta o *espírito do sistema* do que pròpriamente o sentido restrito de um dispositivo” (37).

Haja vista, igualmente, para êstes assertos do sábio Ministro OROSIMBO NONATO, feitos também perante o Pretório Excelso:

“O princípio que domina é o da *continuidade das leis*. Elas podem se suceder sem que haja derrogações: — *posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint*. Enquanto não há revogação expressa ou incompatibilidade radical e irreduzível entre a lei antiga e a *novus ordo*, aquela remanesce” (38).

“Faz-se mister que as duas leis, salvo a hipótese de revogação expressa, encerrem conteúdo *inconciliável*, ou que a lei posterior regule completamente a matéria versada na lei antiga. De fora parte essas hipóteses, o que prevalece é o princípio da “*continuidade das leis*” (39).

CARLOS MAXIMILIANO, o maior mestre da hermenêutica jurídica no Brasil, recomenda ao aplicador da lei que, na interpretação dos textos, prefira o sentido “mais claro, lógico, verossímil, de maior utilidade prática e *mais em harmonia com a lei em conjunto*, os usos, o sistema do Direito vigente e as condições normais da coexistência humana”; e ministra, ainda, os seguintes preciosos ensinos:

“Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu próprio lugar. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem-se corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituam elementos autônomos, operando em campos diversos. Cada

(36) A. R. CARVALHO DE BRITTO, *Sistema de hermenêutica jurídica — Lógica da interpretação*, Rio de Janeiro, 1927, pág. 64.

(37) Revista “Direito”, vol. LXV, pág. 92.

(38) Acórdão unânime (S.T.F., tribunal pleno) de 30-8-1934, in LEOPOLDO BRAGA, *Pareceres e Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, 1967, tomo II, pág. 150.

(39) *Revista Forense*, vol. CXX, pág. 426.

preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apêço”.

.....
 “O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que êles se acham submetidos; indaga se, *OBEDECENDO A UM, NÃO VIOLA OUTRO*; inquire das *consequências* possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum ou especial”.

.....
 “Incumbe-lhe, preliminarmente, fazer tentativas para *harmonizar* os textos”... “Procure-se encarar as duas expressões do Direito como partes de um só todo, destinadas a completarem-se mutuamente”.

.....
 “O confronto de disposições vigentes com outras anteriores, paralelas ou análogas, não só evidencia a *continuidade*, embora progressiva, de idéias e teorias preexistentes; como também prova que essa perpetuação relativa é a regra”.

.....
 “As leis posteriores, desde que não sejam contrárias às anteriores, fazem parte destas, cujas prescrições ratificam, esclarecem ou completam”.

.....
 “Deve o Direito ser interpretado *inteligentemente*: não de modo que a ordem legal evolva um *absurdo*, prescreva *inconveniências*, vá ter a conclusões *inconsistentes* ou *impossíveis*” (40). (Os destaques são nossos).

20. Ora, em face desses ensinamentos, bem é de ver-se que a ora impugnada interpretação relativamente ao pretense *efeito* do provimento aos recursos de ofício prescritos na cauda do art. 7.º da Lei n.º 1.521, ou seja o de poder o Tribunal *mandar, ordenar, impor* que o órgão da Promotoria Pública *promova* a instauração da ação penal, é, *data venia*, absolutamente injurídica e de todo ponto inadmissível, em face do Direito e da hermenêutica, pôsto que:

I — Contraria frontalmente o *sistema* adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 102, § 1.º do Código Penal e art. 24 do Código de Processo Penal) e, do mesmo passo, *viola princípio de direito* fundamental à existência e funcionamento de uma instituição constitucional da República — a instituição do Ministério Público.

Realmente, já vimos, com apoio na lei, na doutrina e na jurisprudência, que o *sistema* adotado pelo direito nacional é o de caber privativamente ao

(40) CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1941, págs. 151, 161/162, 168/169, 174 e 179.

Ministério Público a iniciativa da ação penal pública, o que requer liberdade de pensamento e de ação, condicionada apenas aos ditames da lei. Já vimos, com iguais subsídios, que no ordenamento jurídico brasileiro, como nos da maioria dos regimes democráticos, transcende de um simples princípio jurídico para um verdadeiro postulado de direito público o da *independência e autonomia funcional* do Ministério Público, como *condição* de sua própria existência e cumprimento da missão, que se lhe atribuiu, de defensor da lei, do interesse público, da ordem, da paz e do equilíbrio social. Foi pôsto em evidência que, além de lhe caber “o domínio da ação penal”, há “*recíproca independência entre os seus órgãos e os da Magistratura*”, isto é, são aquêles, no exercício de suas atribuições legais, “*inteiramente autônomos e independentes das autoridades judiciárias*”, “*independentes dos Tribunais em que exercem suas funções*”. Invocamos, inclusive, o conceito magistral de PONTES DE MIRANDA, de que “*órgão que fica exposto à vontade de outro órgão não tem aquela independência que fôra mister à concepção do Ministério Público*”. Não há muito, no seio do egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da representação n.º 753, de São Paulo, o eminente Ministro AMARAL SANTOS definiu o Ministério Público como

“uma instituição que ocupa lugar especial na administração pública, dentro da qual conserva *AUTONOMIA SEM A QUAL NÃO PRESTARIA OS SERVIÇOS QUE LHE SÃO ATRIBUÍDOS, COM A NECESSÁRIA INDEPENDÊNCIA*”. (As maiúsculas são nossas).

Já citamos a opinião de ESPÍNOLA FILHO — de que “constituiria um abalo dos mais graves à independência do Ministério Público, anulando-lhe o poder de apreciar o préstimo e a suficiência dos elementos colhidos para a instauração da ação penal, admitir que, não acolhendo o pedido de arquivamento, o juiz pudesse ordenar ao Promotor o oferecimento de uma denúncia que a esse se não afigurasse em condições de ser dada”. E é claro que o “grave dano” a essa independência tanto resultaria da *imposição* do juiz de primeira instância como da que partisse de um ou de vários desembargadores, não importando os meios através dos quais se manifestasse, nem os argumentos jurídicos invocados para justificá-la. Trazida, foi, também, a ensinança de HÉLIO TORNAGHI, — de que o Procurador-Geral é que “decidirá *irrecorrivelmente* sobre o cabimento da ação” e, assim, no caso de arquivamento da denúncia, “cabe ao Ministério Público a *última palavra* sobre a pertinência da ação”, de vez que “é o órgão do Estado enquanto *dominus litis*”. E note-se que tôdas essas manifestações foram lançadas, sem ressalva, em obras publicadas *posteriormente* ao advento da Lei n.º 1.521, de 1951.

II — Violenta o princípio de *liberdade de consciência* e a própria *personalidade moral* do órgão do Ministério Público, com o pretender *impor-lhe* compulsoriamente a *obrigação* de oferecer uma denúncia sem condições que, a seu juízo, autorizem o procedimento penal, ou que êle

entende e, *fundamentadamente*, já sustentou, nos autos, não ser cabível em face dos elementos de fato e de direito postos à sua disposição para tal fim.

Esse aspecto do problema sensibilizou EDUARDO ESPÍNOLA FILHO e o levou a manifestar sua discordância com a hipótese de que

“o juiz pudesse *ordenar* ao promotor o oferecimento de uma denúncia que a êsse não se afigurasse em condições de ser dada” (41),

entendendo, aliás, que nem mesmo o seu superior hierárquico — o Procurador-Geral — poderia

“*impor* a êsse o vexame de uma denúncia compulsória, contrária à sua convicção”,

cabendo-lhe, sim, “oferecer, êle próprio, a denúncia, ou, para isso, designar outro órgão do ministério público” (42), tal como expressamente estabelecido no art. 28 do Código de Processo Penal.

Nenhum jurista repetiria ou endossaria, já hoje, aquêles conceitos anacrônicos expendidos, no remoto ano de 1884, em artigo na revista “*Direito*”, e em livro, pelo ilustre magistrado MACEDO SOARES, de que “*consciência de Promotor Público*” é “*figura de retórica sem sentido algum legal ou forense*”, pois “*o Promotor Público não tem consciência*”, mas é apenas “*um cumpridor, e submisso, das ordens do Poder Executivo*” (43). Opiniões como essa não teriam sentido numa época em que se reconhece ao Ministério Público a importância, respeitabilidade e dignidade de uma verdadeira *magistratura* autônoma e paralela à do Judiciário, colaboradora desta no serviço da Justiça.

Razão inteira assistia, pois, ao eminente Desembargador OLIVEIRA SOBRINHO, ao proclamar, na *Conferência dos Desembargadores*, de 1943, no então Distrito Federal (*Conclusão XLIX*):

“O Promotor não pode ser forçado a proceder contra a sua opinião — opinião fundamentada no requerimento em que pediu o arquivamento do inquérito policial — para obedecer a determinação do Procurador. O que o Procurador do Estado pode e deve fazer é, ou oferecer êle próprio a denúncia, ou designar outro Promotor, e isso quer haja, quer não haja provas em aditamento, porquanto a devolução ao mesmo Promotor que pediu o arquivamento importaria em forçar a consciência jurídica do funcionário, expressa na opinião que deu ao pedir o arquivamento”.

O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em seu Acórdão de 26-2-1957, encarando a hipótese de que “o Promotor, dentro de um convencimento pessoal,

(41) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 361.

(42) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 362.

(43) ANTONIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES, *Direito*, vol. XXV, pág. 161; *idem*, in *Estudos Forenses*, Rio de Janeiro, 1887, págs. 161, 163 e 167.

não encontre tipicidade entre o fato e a lei penal” e, assim, “*por obra de uma exegese pessoal* requer o arquivamento do inquérito ou dos elementos de informação”, ensejando “o reexame da Procuradoria-Geral da Justiça para verificar se houve uma orientação segura”, — reconheceu e declarou que, todavia,

“não é possível subverter o ordenamento funcional, numa violação manifesta da própria personalidade moral do Promotor”.
(*Revista Forense*, vol. 181, pág. 340).

À luz dêsses princípios e dessas verdades irrefragáveis, torna-se evidente que o Promotor, que haja, fundamentadamente, deixado de oferecer a denúncia e requerido o arquivamento do inquérito, mesmo em face de um aresto de Câmara Criminal (ou de Tribunal pleno) que, com pretensa base no art. 7.º da Lei n.º 1.521, ordene a propositura da ação penal, não pode ser *coagido* a fazê-lo *êle próprio*, ainda que lh’o determine também o Procurador-Geral; e não foi senão por isso que o art. 28 do Código de Processo Penal *omitiu a hipótese*, adotando apenas duas outras soluções alternativas para o caso de discordar êsse último das razões do Promotor: oferecer a denúncia *êle próprio*, ou designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la.

Mas, pode acontecer que também o Procurador-Geral, conhecendo da recusa e concordando com as razões do Promotor, considere inexistentes as condições de fato ou de direito necessárias à instauração da ação penal e, pois, incabível a denúncia *determinada* pelo Tribunal. Qual a conseqüência daí resultante? Poderia o Chefe do Ministério Público ser, também *êle, coagido* a oferecê-la, ou — pior ainda — *mandar* que outro dos seus subordinados pratique o ato que lhe repugna à consciência jurídica? Onde já se viu nascer *direito* da arbitrariedade e da violência moral?

III — Viola, por via oblíqua, o princípio “*ne procedat judex ex officio*”, tradicionalmente consagrado no direito pátrio.

Disse-o, com justeza, o ilustre Professor HÉLIO TORNAGHI, em obra recente (muito *posterior*, portanto, ao advento da Lei n.º 1.521, de 1951), ao tratar precisamente da hipótese de *arquivamento* do inquérito, requerido pelo Ministério Público, em trecho que vale aqui repetir:

“Se o juiz pudesse compelir o Ministério Público a agir, estaria, por via oblíqua, violando o princípio *ne procedat judex ex officio*”
(44).

Realmente, se, no caso, o Ministério Público, tolhido em sua independência e autonomia funcional, se despersonaliza e descaracteriza de órgão *ativo* para ser mero *executor passivo da ordem de outro órgão*; se deixa de agir por *espontânea iniciativa e livre vontade*, como *dominus litis*, e passa a fazê-lo

(44) HÉLIO TORNAGHI, *op. cit.*, pág. 468.

coarctado, constrangido por imposição da autoridade judiciária, evidenciada indisfarçavelmente nos próprios autos do processo, isto equivale, à luz da lógica mais elementar, ao fato de partir da mesma autoridade judiciária imponente a iniciativa da ação penal pública, como se ela própria fôsse promotora, e redatora da denúncia, tudo redundando, em última análise, naquela estranha posição a que se referiu ESPÍNOLA FILHO com êstes dizeres:

“Ora, o juiz que, afinal, tem de, com a sua sentença, proclamar a procedência da acusação ou da defesa, ficaria numa posição verdadeiramente estranha, se êle próprio redigisse a peça acusatória inicial, colocando-se, de antemão, portanto, em situação eminentemente parcial” (45).

A causa teleológica e o substrato moral, político e jurídico do princípio “*ne procedat iudex ex officio*” residem na necessidade de não se reunirem numa entidade única o que *promove* e o que *decide*: o *acusador* e o *juiz*.

MASSARI, acentuando que êsse princípio “è tradizionalmente accolto nel processo civile come *un canone fondamentale e indiscutibile*”, mostra a sua vigência e relevância também no processo penal moderno, e explica:

“Il principio “*ne procedat iudex ex officio*” esprime il concetto che l’esercizio della giurisdizione non può verificarsi senza una domanda di *un soggetto diverso dal giudice*, ossia *senza che l’intervento del giudice sia invocato da colui che è titolare dell’azione*”.

Refere o eminente processualista peninsular que, na Itália, o valor desse princípio, mais nitidamente afirmado naquele tipo de processo conhecido com o nome de processo *acusatório*, acabou, afinal, por transitar no processo moderno embora não correspondente ao tipo do processo *acusatório*, o que explica o fato de haver passado a ter, no vigente processo italiano, *a mais ampla aplicação. In verbis*:

“Il valore del principio medesimo nel processo penale è intimamente legato alla evoluzione storica del procedimento; poichè... la separazione dell’accusatore dal giudice, che costituisce l’applicazione più importante di quel principio, non si afferma nettamente se non in quel tipo di procedimento conosciuto col nome di procedimento *accusatorio*.”

Comunque, il principio in esame ha finito ormai per transitare nel processo moderno ancorchè non rispondente al tipo del procedimento *accusatorio*. E ciò spiega come, pur nel vigente procedimento italiano, esso abbia trovata la più ampia applicazione” (46).

(45) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 361.

(46) MASSARI, *op. cit.*, pág. 50.

O mais expressivo, porém, é isto: informa, a seguir, o emérito tratadista que, no anterior sistema processual italiano, o princípio "*ne procedat iudex ex officio*" sofria duas derrogações *excepcionais*, uma das quais concernia precisamente à hipótese de não aceitar o juiz instrutor o pedido de *arquivamento* dos atos, formulado pelo Ministério Público; caso em que o art. 281 do código revogado dispunha que o juiz iniciasse de ofício a instrução formal; mas, com a mudança do sistema processual, ambas essas exceções *desapareceram no novo código em vigor*, tornando-se, desde então, "*desvinculado de todo controle do juiz o poder de arquivamento pertencente ao Ministério Público*" e, pois, como era natural, tampouco viria a ocorrer a consequência de uma instrução formal procedida *sem* ou *contra* a iniciativa do Ministério Público:

"L'una e l'altra eccezione sono, peraltro, sparite dal codice ora in vigore.

Quanto alla potestà del giudice istruttore di instaurare la istruzione formale *di ufficio*, nell'ipotesi di dissenso sull'archiviazione degli atti, essa costituiva un potere strettamente connesso ad un decreto del giudice istruttore l'arquivazione delle denunce infondate.

Disconosciuto tale sistema del nuovo código, e *svincolato da ogni controllo del giudice il potere d'archiviazione spettante al Pubblico Ministero*, era naturale che venisse meno la consequenza di una instrução formal que possa verificarsi *senza*, anzi *contro* la iniciativa del Pubblico Ministero" (47).

Ora, enquanto noutros países de adiantada cultura jurídica fortalece-se o salutar princípio "*ne procedat iudex ex officio*", e se acrece o patrimônio moral de liberdade e independência do Ministério Público, emancipando-o, no desempenho de sua alta missão, da influência do Executivo e da tutela do Judiciário, — inclusive "*desvinculando de todo controle do juiz o poder de arquivamento a êle pertencente*", — não é admissível que neste país prospere, em matéria de tamanha relevância, uma interpretação, *data venia*, retrógrada, contrária à índole do sistema processual penal vigente, deformadora do sentido teleológico da lei, e que, em última análise, reduziria a nobre instituição do Ministério Público a um *pseudônimo*, a uma *caricatura* de autoridade!

IV — Conduz ao absurdo à incoerência e ao impossível, porquanto:

1.º) Não é lícito supor-se, em bom direito, e nem é sequer *verossímil*, houvesse o legislador, neste estágio de nossa cultura jurídica, pretendido golpear a base moral, anular a característica precípua, trincar a prerrogativa fundamental, orgânica, vital, do Ministério Público, reduzindo a *tabula rasa* o princípio de sua *independência*, inerente, como já vimos, à sua própria natureza e *condição* de sua existência. Bem ao revés, a inverossimilhança da premissa induz a falsidade da conclusão: — "*Verosimile quod non est praesumitur falsum*".

É êsse o primeiro *absurdo* a que conduz a interpretação ora contestada..

(47) MASSARI, *op. cit.*, págs. 51/52.

2.º) Nada autoriza afirmar-se que o dispositivo do art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, de 1951, teria derogado, na hipótese em tela, a regra do art. 28 do Código de Processo Penal; entre outras, por duas óbvias razões, a saber: a) porque, face aos princípios de *continuidade e harmonização das leis* — segundo já demonstrado com apoio nas lições de OROSIMBO NONATO, CARLOS MAXIMILIANO e outros mestres, — a disposição nova só abole a antiga quando a revoga *expressamente* ou quando haja entre ambas *incompatibilidade radical e irreductível*, o que, no caso, não ocorre; b) porque a reiterada jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, como se vai mostrar mais além, é no sentido de competir ao Chefe do Ministério Público a deliberação final sôbre a procedência ou improcedência do pedido de arquivamento do inquérito, pelo Promotor, na forma do art. 28 do dito Código de Processo Penal, *mesmo nos casos de aplicação do recurso de ofício em razão de arquivamento de inquéritos, previstos no art. 7.º da aludida Lei n.º 1.521*; — e seria intolerável absurdo pretender-se que, com êsse entendimento, incida e reincida em êrro a mais alta Côrte de Justiça do país.

3.º) Ainda que se possa ver no recurso de ofício instituído no art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, para os casos de *arquivamentos* de inquéritos, uma medida acautelatória do interesse público contra eventuais facilidades de promotores e juizes no requererem e deferirem tais arquivamentos, não seria ortodoxo presumir-se o *absurdo* de haver o legislador pretendido negar aos Procuradores-Gerais a idoneidade, a isenção moral e o zelo funcional necessários ao exercício da função fiscalizadora e corretiva dos atos de seus subordinados, a ponto de lhes retirar a competência para o reexame dos pedidos de arquivamento de inquéritos, que lhes conferiu o art. 28 do Código de Processo Penal, e transferi-la a órgãos da segunda instância judiciária, dando a êstes, ademais, o poder de, à revelia dos mesmos Procuradores-Gerais, anularem os requerimentos daqueles membros do Ministério Público e lhes *ordenarem diretamente* a instauração da ação penal.

Contra a possibilidade de tão grave e injurioso julgamento, aberrante da ética, da noção de responsabilidade e do próprio senso comum, que não pode ser atribuído, de boa mente, aos ilustres e dignos elaboradores da lei, milita o testemunho de inúmeros juristas e magistrados. Nessa farta seara é de colher-se, *exempli gratia*, o honroso conceito a êsse mesmo propósito externado sôbre os Procuradores-Gerais, na *Conferência dos Desembargadores*, de 1943, no Rio de Janeiro, pelo ilustre Desembargador DARIO CARDOSO:

“Desde que o Ministério Público examina os documentos que vieram ao seu parecer e verifica que êsses elementos não eram de ordem a lhe fornecer base para a denúncia, pede o arquivamento. Êle não é desidioso, cumpre o seu dever, e, ademais, a lei foi sábia: — estabeleceu o remédio, quando, porventura, o membro do Ministério Público venha a cumprir mal o seu dever; e o remédio é a remessa do processo ao Procurador-Geral no Estado, *cargo sempre desempenhado por pessoa que está acima de quaisquer injun-*

ções que possam pesar sobre a ação dos promotores nas comarcas do interior do Estado” (48).

Não menos honroso foi o juízo manifestado, no mesmo ensejo, pelo insigne Desembargador MIGUEL SEABRA FAGUNDES:

“A iniciativa da ação deve ficar limitada ao Ministério Público e êle está constituído — e *bem constituído* — para isso”.

.....
 “Entretanto, tal como está na lei, não vejo grave inconveniente em que a ação pública possa ser trancada pelo próprio entendimento do Ministério Público”.

.....
 “Uma vez, porém, que o Procurador-Geral intervém, a situação está resolvida satisfatoriamente. Êle decide, nesse caso, acima de quaisquer injunções...” (49).

4.º) Finalmente, a impugnada interpretação conduz ou pode conduzir ao impossível:

Conforme já se demonstrou, com invocação da lei, da doutrina e da jurisprudência, o próprio Promotor que, fundamentadamente, se recusou a dar a denúncia e pediu o arquivamento do inquérito, não pode ser *coagido*, por virtude da decisão judiciária, a oferecer *êle mesmo* a denúncia instauradora da ação penal, porque isso importaria violentar-lhe a consciência e a personalidade moral. Assim, ao receber de volta o processo, caber-lhe-á representar ao Procurador-Geral, manifestando seu impedimento, a fim de que o mesmo ofereça diretamente a denúncia ou designe outro membro do Ministério Público para fazê-lo.

Admita-se, porém, que, pelo ponderado reexame do caso, em face do processo, o próprio Procurador-Geral se convença da inexistência ou insanável deficiência de elementos que autorizem o procedimento penal.

Pelos mesmos motivos morais e jurídicos que impedem violentar-se a consciência e a personalidade moral do Promotor declinante, não se pode — e com evidência de redobrada razão — infligir a mesma violência ao Procurador-Geral, *obrigando-o* a oferecer uma denúncia para a qual se sente sem condições, nem impor-lhe o constrangimento e o desprimor de ordenar a qualquer outro dos seus subordinados a prática de um ato que êle próprio não se sente capaz de praticar. Além do que, de resto, poderia acontecer que a abstenção se impusesse, generalizadamente, ao espírito jurídico e ao ente moral de todos os outros membros do Ministério Público.

Em tal conjuntura, tornar-se-ia *impossível* cumprir-se o mandamento do aresto, — a menos que se tivesse de recorrer a outras soluções igualmente

(48) Conferência dos Desembargadores, D.F., 1943, Conclusão XII.

(49) *Ibidem*.

absurdas, como a de promover-se a substituição do Procurador-Geral *autônomo* por um titular *subserviente*, ou a de ser a denúncia redigida e ajuizada por algum dos membros do próprio Poder Judiciário, com subversão total da ordem constitucional e jurídica vigente.

* * *

Ora, a exegese de um dispositivo isolado e omissivo quanto aos efeitos de seu conteúdo normativo, que conduz a tais resultados e conseqüências, não pode ser aceita como a adequada ou a melhor à sua inteligência, máxime quando outras se mostram possíveis pelo confronto e natural conciliação de textos reguladores da mesma relação de direito, por via do chamado "*processo sistemático*" de hermenêutica jurídica, que consiste, no magistério de CARLOS MAXIMILIANO, em

"comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório, ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto" (50).

Ao intérprete, como ao aplicador da lei, devem estar presentes êstes ensinamentos do mestre insigne:

"Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até à evidência.

Supõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, exprimiram o seu pensamento com o necessário método cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de idéias; tôdas as expressões se combinem e harmonizem. Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, *sobre o mesmo objeto*, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico".

.....
 "O confronto de disposições vigentes com outras anteriores, paralelas ou análogas, não só evidencia a *continuidade*, embora progressiva, de idéias e teorias preexistentes, como também prova que essa perpetuação relativa é a regra".

.....
 "Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade" (51).

* * *

(50) CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, pág. 161.

(51) CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, págs. 168, 174 e 205.

IV

21. De quanto até aqui se expôs, afirmou e demonstrou, resulta, a tóda evidência, como conclusão inelutável, ser um ato judicial manifestamente injurídico o aresto que, dando provimento a recurso de ofício manifestado pelo juiz com fulcro no art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, de 26-12-1951, ao invés de fazê-lo para o *efeito* de adotar-se a providência legal (não usada pelo juiz) da remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, como órgão *competente* para reexame e possível correção do ato do Promotor, requerente de seu arquivamento, em conformidade ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, todavia, desde logo, por deliberação própria, com postergação dessa norma legal vigente e ostensiva usurpação da competência do Ministério Público, decide sôbre o *cabimento* ou *pertinência* da ação penal, e “*determina*”, “*manda*”, “*ordena*” que a *instaura* a Promotória, sem a necessidade e formalizada afetação prévia do caso ao dito Procurador-Geral.

Acentue-se que, na maioria dos casos em que isso tem acontecido, no Estado da Guanabara, as decisões superiores foram proferidas *contrariamente aos pareceres dos Procuradores de Justiça officiantes, na segunda instância, junto às mesmas colendas Câmaras, confirmando os pedidos de arquivamento feitos pelos Promotores perante os juizes na primeira instância, insistindo no descabimento das denúncias e opinando pelo não provimento dos recursos de ofício*; — Procuradores êsses que ali officiam “*por delegação*” e, pois, *em nome* do Procurador-Geral, como seus “*representantes*”, *ex vi* do disposto nos arts. 16, inciso XI, e 21, inciso II, do Código do Ministério Público (Lei n.º 3.434, de 20-7-1958).

22. Desde que o *efeito* do provimento do recurso de ofício, nessa especial hipótese de *arquivamento* do inquérito, não foi *declarado* (como convinha, em atenção mesmo à regra do art. 28 do Código), quer no art. 7.º ou noutro dispositivo da Lei n.º 1.521, de 1951, quer por via de posterior regulamentação, deve concluir-se que a interpretação racional, consentânea com o espírito e a índole do sistema, adequada aos princípios da hermenêutica jurídica, e idônea a evitar os dislates, incongruências e absurdos já apontados, é a de que tal *efeito* consiste em negar *definitividade* imediata ao despacho recorrido e mandar que se proceda na forma do art. 28 do Código de Processo Penal; isto é, que se remeta o inquérito (ou quaisquer peças de informação) ao Procurador-Geral, a fim de que êsse reexamine o caso e delibere, *como Ministério Público*, sôbre a procedência ou improcedência do pedido de arquivamento, sôbre o *cabimento* ou *descabimento* da instauração da ação penal.

* * *

23. Dificilmente se poderá encontrar nos domínios da Ciência e, principalmente, no campo do Direito, alguma teoria, doutrina, tese ou opinião isenta de controvérsias, críticas e contestações.

Com respeito ao tema ora desenvolvido, é de registrar-se que o eminente Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES se colocou em posição contrária à que

adotamos e defendemos; pois, partindo da afirmação de que em certos casos a lei prevê um verdadeiro contróle jurisdicional da obrigatoriedade da ação penal, entende que, provido o recurso oficial da Lei n.º 1.521, “obrigado está o Ministério Público a oferecer denúncia” (52).

Em que pese à autoridade e ao brilho do expositor, não nos parece seja êsse o melhor entendimento, nem o que recolha maiores sufrágios nos altiplanos doutrinários e jurisprudenciais.

24. Afigura-se-nos, por isso mesmo, de grande valia trazer à colação, no remate dêste trabalho, e sem necessidade de alongá-lo ainda mais com a citação de outros vários julgados, o que decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal em memorável Acórdão de 12 de junho de 1963, no julgamento do *habeas corpus* n.º 39.779, do Estado da Guanabara, em que foi relator o ilustrado Ministro VICTOR NUNES LEAL, e em cuja ementa se lê, no primeiro item:

“Se o Chefe do Ministério Público apóia o despacho que, a requerimento do Promotor, arquivou o inquérito, não pode ser iniciada a ação penal”.

A hipótese era a de crime contra a saúde pública (art. 273, inciso II, do Código Penal), sujeito, portanto, o respectivo processo à incidência do art. 7.º da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Como relato de seu histórico, preferimos reproduzir aqui o resumo feito por HELENO FRAGOSO, no n.º 185 de seu prestimoso livro *Jurisprudência Criminal, in verbis*:

“Ação penal após arquivamento confirmado pelo Procurador-Geral. Nulidade.

“É nula a ação penal iniciada após ter o chefe do M. P. concordado com o arquivamento. Nesse sentido o STF no *h. c.* n.º 39.779, por unanimidade, relator o min. VICTOR NUNES LEAL. A hipótese era a seguinte: o promotor pediu o arquivamento; o juiz provocou a Procuradoria-Geral, que concordou com o pedido. Concedendo-o, recorreu o juiz, de ofício, pois se tratava de crime contra a saúde pública (art. 273). A 1.ª Câmara Criminal do T. J., da Guanabara, julgando o recurso, entendeu que havia crime, em tese, e mandou que fôsse apresentada a denúncia. Em cumprimento do acórdão, o M. P. ofereceu a denúncia. Absolvido afinal o acusado, a mesma 1.ª Câmara reformou a sentença para condená-lo. Pedido o *h. c.*, concedeu-o o STF, *por ser nulo o processo. A iniciativa da ação penal cabe exclusivamente ao M. P. e a ação penal não poderia ter sido iniciada. O h. c. fôra impetrado por outro fundamento, que o tribunal não admitiu, reconhecendo, no entanto, êste, ex officio*” (53).

(52) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, ed. Forense, Rio/São Paulo, 1965, vol. 1.º, pág. 339.

(53) HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, Rio de Janeiro, 1968, págs. 147/148.

Vejamos, agora, reproduzidos do próprio citado Acórdão, os trechos que interessam *sub specie juris*:

“Quanto ao processo, consta das informações, que o Promotor pediu o arquivamento. O Juiz o deferiu e recorreu de officio. A Procuradoria Geral pediu a confirmação do arquivamento. Entretanto, a 1.^a Câmara Criminal, julgando o recurso, entendeu que havia crime em tese, pela redução do valor terapêutico, do produto, e mandou que fôsse apresentada denúncia. Em cumprimento a êste acórdão, o Promotor ofereceu a denúncia. Na audiência de julgamento, pediu-se a absolvição, no que foi atendido pela sentença. Recorreu o Ministério Público e a Câmara reformou a sentença, condenando o réu.”

.....

“No caso presente, *data venia*, pelos motivos indicados, não concedo o *habeas corpus*. Não faltou, aqui, o exame de repartição inequivocamente competente, porque o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina também opinou. E do seu laudo não resulta, claramente, que não tenha sido reduzido o valor terapêutico do produto. Isto me basta para que, em tese, haja crime. Portanto, não acolho a alegação de falta de justa causa.

Não obstante, concedo o *habeas corpus*, porque considero nulo o processo *ex radice*. Tenho já votado mais de uma vez com o Tribunal, no sentido de que, quando o Promotor pede o arquivamento, o juiz o concede e o Procurador-Geral da Justiça se manifesta de igual modo, *está morta a ação penal*.

É certo que, depois de iniciada a ação penal, por ordem do Tribunal de Justiça, o Ministério Público veio a recorrer da sentença absolutória e opinou pelo provimento do recurso e pelo indeferimento da revisão. Mas, de acôrdo com os nossos precedentes, salvo engano, *a ação penal não podia ser iniciada*, porque a iniciativa do Ministério Público já ficara preclusa, desde o momento em que a Procuradoria Geral se pôs de acôrdo com o despacho judicial, que arquivou o inquérito, a requerimento do Promotor. É o que resulta do art. 28 do Código de Processo Penal.

Por êste último fundamento, aliás não alegado na inicial, mas que resultou das informações, *concedo a ordem* para anular o processo, isentando o paciente da ação penal pelo mesmo fato”.

O julgamento, de Tribunal pleno, foi, como se viu, unânime, e no próprio voto do Ministro relator se mencionam e invocam os *precedentes* jurisprudenciais da alta Côrte, o que bem mostra não se tratar de uma decisão isolada. É sugestivo assinalar que o eminente Ministro PEDRO CHAVES, embora lamentando a impunidade do réu, houve de reconhecer que a *nulidade* da ação penal (*ordenada pela Câmara*) era “*indiscutível*”:

“Sr. Presidente, lamentavelmente, mais uma vez os fraudadores da fé pública, pela deturpação de registros de fórmulas, vão escapar dêste processo.

Mas a posição jurídica em que o eminente Sr. Ministro VICTOR NUNES colocou a questão, do ponto de vista processual, é *indiscutível*.”

V

25. Auspicioso e confortador é verificar que, em boa hora, a nova legislação processual penal brasileira consagra a orientação propugnada neste simples e desataviado escôrço jurídico, e isto evidenciam o *Código de Processo Penal Militar* e o projeto de *Código de Processo Penal* — elaborado, aliás, pelo Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES —, como adiante se verá.

O primeiro (*Código de Processo Penal Militar*) consigna os seguintes dispositivos:

“Art. 56. O Ministério Público desempenhará as suas funções de natureza processual sem dependência a quaisquer determinações que não emanem de decisão ou despacho da autoridade judiciária competente, no uso de atribuição prevista neste Código e regularmente exercida, *havendo, no exercício das funções, recíproca independência entre os órgãos do Ministério Público e os da ordem judiciária.*”

Parágrafo único. Os Procuradores são diretamente subordinados ao Procurador-Geral.”

“Art. 397. Se o Procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n.º I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao Auditor que os mande arquivar. Se êste concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dêle discordar, remeterá os autos ao Procurador-Geral.

§ 1.º Se o Procurador-Geral entender que há elementos para a ação penal, designará outro procurador, a fim de promovê-la; em caso contrário, mandará arquivar o processo.

§ 2.º A mesma designação poderá fazer, avocando o processo, sempre que tiver conhecimento de que, existindo em determinado caso elementos para a ação penal, esta não foi promovida.”

O segundo (*Projeto do Código de Processo Penal*), instituindo — e, naturalmente, nas esferas federal e estadual — um órgão a que intitula pomposamente de “*Conselho Superior do Ministério Público*”, visa a preservar a independência e autonomia funcional da benemérita instituição, ao menos no que concerne à sua incontestável competência para opinar e deliberar em matéria de *arquivamento de inquérito*, e o faz nos arts. 99, inciso IV, e

seus §§ 1.º e 2.º, 458 e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, e 459 e seu parágrafo único, assim concebidos e redigidos:

“Art. 99. Além das atribuições que em lei lhe forem atribuídas, cabe ao Conselho Superior do Ministério Público:

.....

IV — *Deliberar sobre a proposta de arquivamento de inquérito policial, em casos de crime de reclusão.*

§ 1.º Se o arquivamento disser respeito a crime de detenção, *deliberará* sobre o assunto, apenas um dos órgãos do Conselho, segundo o que dispuser o Regimento Interno dêste, ou a lei local.

§ 2.º As atribuições previstas nos ns. II e III podem ser conferidas apenas ao Procurador-Geral.”

“Art. 458. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar denúncia, entender que o inquérito deva ser arquivado, enviará os autos dêste ao Conselho Superior do Ministério Público, expondo as razões pelas quais não encontra base razoável para denunciar.

§ 1.º Se o Conselho Superior do Ministério Público também entender cabível o arquivamento, *assim o determinará.*

§ 2.º Voltando os autos ao órgão do Ministério Público de primeira instância, requererá êste ao juiz, que homologue o arquivamento.

§ 3.º Se entender improcedentes as razões invocadas pelo órgão do Ministério Público, o Procurador-Geral designará outro para apresentar denúncia, ou êle próprio a oferecerá, devendo, então, designar qual o membro do Ministério Público que funcionará no processo.

Art. 459. *O arquivamento será determinado pelo Conselho Superior do Ministério Público*, quando não se apurar a prática de crime, ou quando faltar base razoável para a acusação.

Parágrafo único. Quando houver base para a denúncia, mas estiver extinta a punibilidade, ao invés do arquivamento, será requerido ao juiz competente que declare a extinção do direito de punir.”

* * *

26. Conquanto edificante e comovedor o *ato de penitência* do ilustre Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, merecem alguns reparos essas disposições do seu laborioso projeto.

O primeiro diz respeito à *denominação* do órgão: — “*Conselho Superior do Ministério Público*”, — que dá a falsa idéia de um colegiado *de segunda*

instância. Realmente, o qualificativo de “*superior*” faz supor a existência de um similar “*inferior*”, que lhe esteja subordinado na gradação hierárquica das competências, ou seja um órgão com *jurisdição recursal em segundo grau*, relativamente a outros “*Conselhos*” locais, o que, entretanto, não se depreende do conjunto das disposições, nem parece ter sido o pensamento do autor do projeto. Assim, pois, não se justifica, não tem razão de ser o adjetivo “*Superior*” intrometido na denominação do órgão, de que se trata.

O segundo reparo consiste no seguinte:

Conferem-se as importantes atribuições mencionadas nos dispositivos já transcritos a um “*Conselho Superior do Ministério Público*”, o que constitui *inovação* de conseqüências um tanto complexas, pois, ao que nos consta, tal organismo, excetuado o caso especial e talvez único do Estado de São Paulo, é desconhecido nas outras legislações de organização administrativa do país, quer no plano federal, quer no estadual.

No Estado da Guanabara existe um *Conselho do Ministério Público*, inicialmente instituído pela Lei n.º 3.434, de 20 de julho de 1958 (Código do Ministério Público) e que hoje é um órgão *constitucional* da instituição (art. 51, § 2.º), com as funções e atribuições específicas que lhe foram expressamente conferidas. Mas, acontece que muitos Estados não o possuem, talvez até a maioria dêles, podendo citar-se, como exemplo disso, o Estado do Rio de Janeiro.

Então, para que o *sistema* de competências do projeto funcione, nos casos objetivados, inclusive os de arquivamento de inquéritos, é preciso que não só a União como *todos* os Estados da federação, sem excetuar-se um só — desde que a lei é de âmbito nacional —, *criem* o seu respectivo “*Conselho Superior do Ministério Público*”, à imagem e semelhança do *modelo paulista*, onde ainda existe, aliás, uma *Corregedoria* e um *Colegiado do Ministério Público*.

Sucede, porém, que, em tema de Ministério Público, a Constituição Federal (Emenda constitucional n.º 1) só prescreve duas condições *obrigatórias*, a saber: *a*) a *organização em carreira* (art. 96), e, *b*) o ingresso na *carreira* mediante *concurso de provas e títulos* (art. 95, § 1.º). Nada impõe nem dispõe sôbre qualquer espécie de *Conselho*.

Ora, desde que obedecidas aquelas duas condições, tudo mais que diga respeito à estruturação e disciplina legal dos Ministérios Públicos locais é matéria de organização administrativa de competência privativa dos Estados. E, como, segundo a Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 153, § 2.º), segue-se que os Estados, politicamente autônomos, não podem ser *obrigados* a criar um *Conselho Superior do Ministério Público*. A conseqüência a deduzir-se daí é a de que o *sistema* do Projeto, no particular em exame, não poderá funcionar nos Estados que o não criarem.

VI

CONCLUSÃO

27. A disposição do art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, com o preceituar que os juízes recorrerão de ofício... "*quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial*", há de ser, necessariamente, interpretada e aplicada em harmonia com os princípios e normas de direito que asseguram a *autonomia* e a *competência* do Ministério Público. Assim, o provimento do recurso de ofício, em tais casos, não pode ter como *efeito* jurídico legal a *imposição*, pelo Tribunal *ad quem*, ao Ministério Público, de propor a ação penal; mas, sim, o de negar *definitividade* à decisão recorrida, até que — submetido o ato do Promotor Público a reexame e deliberação do órgão para tal fim *competente*, que é o Procurador-Geral da Justiça — decida êste, e só êle, se deve ser oferecida a denúncia, ou mantido o pedido de arquivamento, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.