

**ATRIBUIÇÃO. DÚVIDA. DELEGAÇÃO CONTIDA NO
ART. 28 DO CPP, INSTITUTO QUE, POR DERIVAR
DO PODER HIERÁRQUICO, NÃO COMPORTA RECUSA
PELO MEMBRO INDICADO**

**PROCESSO Nº E-15/10737/93
DÚVIDA DE ATRIBUIÇÃO**

Referência: Inquérito Policial nº 738, da Delegacia de Defraudações (nº 8480, na 33ª Vara Criminal)

Assunto: Recusa à função delegada para oferecer denúncia

“Delegação do Procurador-Geral de Justiça a membro do Ministério Público para oferecimento de denúncia, por força do art. 28, do Cód. Proc. Penal. Recusa com a alegação de convencimento pessoal. Impossibilidade.

Embora comumente nominado de designação, o ato do Procurador-Geral de Justiça que, com base no art. 28, do C.P.Penal, indica membro do Ministério Público para prosseguir no feito ou oferecer denúncia, em face da não aceitação de arquivamento requerido por Promotor de Justiça, caracteriza-se como de **delegação**, instituto que, por derivar de poder hierárquico, não comporta recusa pelo membro indicado sob a alegação de respeito a sua independência funcional.

Parecer no sentido do retorno dos autos à Promotora de Justiça que recebeu a delegação, com vistas ao prosseguimento do feito ou, se for o caso, para oferecimento da denúncia.”

PARECER

1. No Inquérito Policial nº 738/91, da Delegacia de Defraudações, aforado à 33ª Vara Criminal, onde tomou o nº 8480, e em que consta como indiciada *Vera Lucia da Silva*, como incurso no art. 304, do Cód. Penal, o ilustrado Promotor de Justiça Dr. *Guilherme Eugênio de Vasconcellos* entendeu de requerer o arquivamento do feito. Não concordando com o pedido, o Exmo. Juiz daquela Vara remeteu o inquérito ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça, como autorizado pelo art. 28, do Cód. Proc. Penal.

2. Examinada a hipótese pela douta Assessoria Criminal, em parecer do douto Assistente Dr. *Fernando Lucio Lagoeiro de Magalhães*, aprovado pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça, entendeu-se que razão assistia ao Juiz remetente, e, por isso, foi o inquérito encaminhado pelo 1º Subprocurador-Geral de Justiça, para prosseguimento, à ilustrada Promotora de Justiça, *Dra. Marcia Alvares Pires*

Rodrigues, a qual, entretanto, tendo discordado do citado parecer, o devolveu à Procuradoria sob a alegação de que a atuação no feito ofenderia sua independência funcional.

3. Em vista dessa circunstância, o procedimento foi remetido a esta Assessoria de Direito Público pelo eminente 1º Subprocurador-Geral, para análise e parecer.

4. A hipótese é a contemplada no art. 28, do C.P. Penal, que tem os seguintes termos: “*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 este 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.*”

5. O texto mostra claramente - e esse é um ponto que merece real destaque - que, no caso de não aceitação pelo juiz do pedido de arquivamento, a conduta próxima, no *iter* legal, é atribuída ao Procurador-Geral de Justiça. Este, a seu turno, tem três opções: insiste no arquivamento; oferece a denúncia; ou designa outro órgão para oferecê-la.

6. No caso de não desejar ele mesmo oferecer a denúncia, autoriza a lei que designe outro órgão do Ministério Público para fazê-lo regra que, de resto, se contém também na Lei Complementar nº 28/82, em seu art. 10, inciso XXXII.

7. Na verdade, a despeito de ter a lei usado o termo “*designará*”, não é bem essa a figura jurídica que ocorre no caso do art. 28, do C.P. Penal. A designação é o instrumento apropriado ao preenchimento de vazios orgânicos, e tem, como é óbvio, estreita ligação com a estrutura organizativa-institucional do Ministério Público.

8. A hipótese do art. 28, do C.P. Penal, envolve, com efeito, a figura da *delegação*, que tem contorno jurídico totalmente diverso. Em primeiro lugar, porque encerra a necessária presença do poder hierárquico, significando “*la relación jurídica que vincula entre si los órganos de administración y los funcionarios, mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción*”, como bem observa **Sayagués Laso** (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 1974, p. 215). E depois, porque não se trata de mero ato de preenchimento de órgão de execução, mas, ao contrário, cuida-se de atribuição cometida originariamente ao Procurador-Geral de Justiça, o qual, por preferir não atuar diretamente, indica outro membro para fazê-lo.

9. Esse dado é de suma importância, vez que demonstra com nitidez o caráter hierárquico da *delegação*, sem, contudo, retirar o poder originário do delegante, é o que averba, com acerto, Marcelo Caetano: “O fato do delegante ter permitido ao delegado o exercício dos poderes não o priva destes: o delegante continua a ser competente cumulativamente com o delegado” (*Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, 1980, p. 140).

10. Todos esses elementos estão a evidenciar que, quando o Procurador-Geral, discordando, como o juiz, do pedido de arquivamento formulado por Promotor de Justiça, e não desejando ele mesmo oferecer a denúncia, resolve apontar outro órgão para fazê-lo, o ato nesse caso vai configurar-se como de delegação de competência, que, por atrelado ao poder hierárquico, não pode ensejar ao delegatário o direito de recusa.

11. Avulta, ainda, outro aspecto de destaque. Embora a independência funcional seja princípio assegurado aos membros do Ministério Público, como está no art. 127, § 1º, da C.F., a questão da delegação de competência, no caso de que se trata, *envolve outro princípio prevalente, o da unidade institucional*, que, levando em conta a instituição num todo, admite a fungibilidade de condutas, como bem lembrou Sergio de Andréa Ferreira (*Princípios Institucionais do Ministério Público*, 1982, p. 24).

12. Os estudiosos do tema, salvo raras exceções, abonam o entendimento. Fernando Tourinho Filho, com escora em Frederico Marques, ensina, no caso da designação de outro Promotor de Justiça para a denúncia: *“Este outro Promotor ainda não se manifestou sobre o inquérito e, por isso, o Procurador-Geral, ordenando que algum subordinado ofereça denúncia, não constrange a consciência funcional do Promotor, mas, tão-somente, determina que os fatos sejam levados ao conhecimento do poder competente, para apreciá-los e julgá-los. Diz-se até que, nesse caso, o Promotor estará agindo por delegação, em nome do Procurador-Geral de Justiça”* (*Processo Penal*, 1º vol., 1975, p. 316).

13. No mesmo sentido, Magalhães Noronha, ao tratar do poder disciplinar e da vedação de ser invadida a esfera de convicção do Promotor: *“O art. 28 não contravém ao que fica dito, pois o que se opera aí é delegação do Procurador-Geral a outro promotor. É o princípio da devolução, pelo qual o funcionário superior exerce função própria do funcionário subordinado”* (*Curso de Direito Processual Penal*, 1976, p. 26).

14. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro não destoa da diretriz. Vejam-se suas palavras: *“é comum o entendimento de que existe designação no caso do art. 28, fine, do Código de Processo Penal até pela própria redação do artigo no sentido de que o Procurador-Geral poderá “designar outro órgão do Ministério Público” para oferecer a denúncia. Nesse caso o que existe é delegação de competência e não designação. O promotor indicado exercerá as atribuições delegadas pelo Procurador-Geral e não próprias de seu ofício, razão pela qual lhe é vedado outra atitude que não a de oferecer denúncia”* (*O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, 1990, p. 68).

15. Frise-se, ainda, que o autor, na citada obra, lembra idêntica posição de Hugo Nigro Mazzilli (“O MP no Processo Penal”, in “Revista JUSTITIA”, nº 95, 1976), segundo o qual *“há hierarquia no MP proveniente da chefia da Instituição. Mas o poder de designação (ou delegação ou avocação) do PGJ é limitado pela legalidade do ato (garantias do promotor titular de promotoria estável e ocorrência de hipótese prevista na lei)”*. Merece aplauso a observação. Não pode haver discussão quanto à conveniência da conduta delegada pelo Procurador-Geral, embora se salvasse ao delegatário o exame de estrita legalidade, tendo em vista a característica do ato como vinculado ou regrado, observação, aliás, bem colocada por Afranio Silva Jardim (*Direito Processual Penal - Estudos e Pareceres*, 1987, p. 116). Essa, contudo, não foi a hipótese que ocorreu neste processo.

16. Todo esse caudaloso entendimento indica que não agiu com acerto a ilustrada Promotora de Justiça Dra. Marcia Alvares Pires Rodrigues ao devolver o inquérito sob a alegação de que o prosseguimento do feito atingiria sua independência funcional. Como visto, recebeu ela função delegada do Procurador-Geral de Justiça, e, como

órgão subordinado, não teria outra alternativa senão a de prosseguir no inquérito ou, se for o caso, oferecer desde logo a denúncia.

17. Por todo o exposto, o parecer é no sentido de ser reencaminhado o inquérito àquela douta Promotora para os fins alvitrados no já citado parecer da ilustrada Assessoria Criminal, aprovado pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça.

18. É o nosso entendimento, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 14 de março de 1994.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Assessor Especial
Assessoria de Direito Público
e Assuntos Institucionais