

APONTAMENTOS SOBRE O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

SÉRGIO DEMORO HAMILTON

Tema que se reveste de especial interesse para o Ministério Público e que nem sempre tem merecido a devida atenção por parte dos estudiosos do processo, o conflito de atribuições está a exigir exame cuidadoso, buscando dar-lhe polimento adequado, como convém aos diversos institutos processuais.

É o que pretendo empreender com a inquietude e o temor próprios dos iniciantes em matéria pouco explorada e por demais delicada.

Procurarei esboçar algumas idéias básicas, abrindo caminho, qual desbravador, para que outros, com mais engenho, desenvolvam melhor o assunto, trazendo sua contribuição no sentido do aperfeiçoamento de um instituto processual pouco estudado, mesmo pelos grandes sabedores do nosso processo.

Movido pelo espírito de pesquisa e com o natural receio do explorador ao penetrar em campo minado, é que me aventuro a estudar o problema.

Não raro, mesmo entre puristas, ouve-se dizer que o promotor X é "competente" para tal ou qual procedimento. O uso do vocábulo "competente", em si, nada tem de incorreto se visto no seu sentido correntio, traduzindo a pessoa apta, sob o aspecto legal, para officiar no feito. Contemplada a palavra no seu entendimento vulgar ou, ainda, no sentido que lhe empresta o direito administrativo nada se poderá objetar à designação "promotor competente". Porém, para "quem traz em si o gosto esquisito dos estudos processuais", para usar a frase cheia de espírito e de humor de **Eliézer Rosa** (1), mestre de todas as horas, a expressão padece de propriedade técnica. Competência, em processo, tem sentido próprio, sendo atributo específico dos juízes, pois só eles exercem jurisdição ordinária. Vista como

(1) "Dicionário de Processo Penal", pág. 38, "Editora Rio", 1975.

medida ou limite da jurisdição, único significado possível que a palavra pode assumir em termos de processo, seu emprego fora da exata acepção constitui grave erronia.

Nosso Código de Processo Penal, que é pródigo em imprecisões técnicas, faz uso das palavras jurisdição e competência para designar atribuição exercida pelas autoridades policiais. (art. 4.º § único). O erro, aqui, reveste-se de especial gravidade, pois originário da própria lei.

Nesta ordem de idéias, os órgãos do Ministério Público dispõem de atribuição e, de conseqüência, o conflito que entre eles ocorrer será, sempre, de atribuições.

Já entre juízes poderá dar-se conflito de jurisdição ou conflito de competência. O primeiro ocorrerá entre unidades federadas ou entre a União e qualquer delas ao passo que o segundo se dará dentro de uma mesma jurisdição.

Há que distinguir naturezas diversas de conflito de atribuições. **Tornaghi**, ao tratar do tema, salienta que o conflito de atribuições “ocorre entre órgãos de poderes diferentes (Executivo, Legislativo e Judiciário)” (2), observando, ainda, que “em alguns países a solução dele é deferida a uma das seções do Conselho de Estado, composta de membros de todos os poderes” (3). E conclui: “entre nós a Constituição é lacunosa a respeito” (4). Desde logo, uma observação se impõe ao ensinamento do grande processualista: a Constituição Federal previu, expressamente, os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União”, dando competência ao Pretório Maior para processar e julgar originariamente tais conflitos (art. 119, I, “f”). Nesse ponto a Emenda n.º 1 de 1969 manteve dispositivo idêntico ao da Constituição de 1967 (art. 114, I, “f”). Portanto, pelo menos no tocante a conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias, bem como no surgido entre as administrativas, a Constituição cogitou, expressamente, da matéria, fato que levou **Pontes de Miranda** a acentuar que se tratava de explicitação feliz do texto Constitucional pois que “a regra jurídica de competência originária do Supremo Tribunal Federal torna mais eficiente a segurança jurídica, principalmente por se referir a qualquer conflito de atribuição” (5).

(2) “Compêndio de Processo Penal”, **HÉLIO TORNAGHI**, Tomo I, pág. 363, “José Konfino”, Editor, 1976.

(3) in op. cit., Tomo I, pág. 363

(4) in op. cit., Tomo I, pág. 363.

(5) “Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 1, de 1969, Tomo IV, pág. 35, n.º 16, “Editora Revista dos Tribunais”, 2.ª edição, setembro de 1970.

Não é a propósito do conflito de atribuições excogitado na Constituição Federal que pretendo empreender análise, mesmo porque ali estão em jogo autoridades. Já o Código de Processo Penal vigente reservou à palavra autoridade um sentido estrito e especial. Para a nossa lei processual autoridade são a policial e a judiciária. O Ministério Público, no Código, vem tratado como parte (principal ou secundária) ou como fiscal da lei (art. 257), ao passo que a Lei Maior, como ficou visto, trata do conflito entre autoridades. Aqui se dará relevo ao conflito de atribuições de natureza administrativa de que se ocupava a antiga lei orgânica do Ministério Público do ex-Distrito Federal (Lei 3.434, de 20-7-58), revigorada, em parte, pelo Decreto-Lei 11/75, que rege, atualmente, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. É que, dali, como pretendo demonstrar, podem advir conseqüências de natureza processual.

Matéria de índole tipicamente processual, é estranhável que o nosso Código dela não se tenha ocupado, ficando o tema relegado para leis orgânicas estaduais de regulamentação da atividade do Ministério Público, pois os reflexos da decisão do conflito de atribuições, como será visto, nem sempre se encerram na esfera puramente administrativa mas podem interferir com a competência dos juizes, criando uma zona cinzenta que está a exigir tratamento processual adequado.

É bom repisar: o assunto, por sua natureza, precisa receber tratamento legislativo conveniente, merecendo ser inserido no Código de Processo Penal. Para o problema não atentou, igualmente, o eminente Professor **José Frederico Marques** no seu precioso anteprojeto, sem dúvida muito superior, em vários aspectos, ao atual Código.

Posta a questão em tais termos, cumpre estudar, diante do quadro atual, os diversos ângulos em que o tema pode apresentar-se, em face da omissão da lei processual.

Costuma-se afirmar que o conflito de atribuições dá-se, somente, na fase pré-processual. O dito não merece fé. É certo que as questões mais interessantes de natureza processual (não somente administrativas, frise-se ainda uma vez mais) podem surgir nesta fase do procedimento. O conflito de atribuições, como pretendo evidenciar, poderá ocorrer, da mesma forma, na fase processual assim como na de execução da pena ou da medida de segurança.

Veja-se, por primeiro, o conflito nascido antes da propositura da ação penal, fase em que, de comum, a questão é suscitada. Sem alimentar a pretensão de esgotar todas as hipóteses possíveis, buscarei trazer à colação algumas situações que, então, podem surgir, oferecendo, do mesmo passo, as soluções que me parecem acertadas. A

primeira situação que se apresenta é a do conflito de atribuições puro, isto é, sem qualquer reflexo na esfera processual. O incidente começa e acaba no âmbito estrito da decisão do Procurador Geral. Dois promotores afirmam ou negam atribuições para officiar em determinado procedimento. No primeiro caso o conflito é positivo; no segundo negativo. Formule-se, como exemplo, o seguinte caso: em determinado inquérito, distribuído à 18.^a Vara Criminal, o Procurador-Geral designou, através de Portaria, o Promotor **X** para acompanhar o procedimento na fase policial. Concluída a investigação policial e apresentado o relatório, os autos são remetidos a Juízo onde o Promotor **Y**, ali em exercício, requer a remessa dos autos ao órgão do Ministério Público designado para acompanhar o inquérito. O primeiro promotor, ou seja, o Promotor **X** recusa atribuição, salientando que, nos limites da Portaria, sua atividade cessara com a remessa dos autos a Juízo devidamente relatados. Em consequência, a atribuição para a eventual propositura da ação penal deve ficar a cargo do promotor em exercício perante o Juízo. No caso, como de fácil observação, estamos diante de um conflito negativo de atribuições, que teve como suscitante o Promotor "**X**" e suscitado o Promotor "**Y**". A solução a respeito da dissensão funcional dos promotores só pode ser uma: a atribuição para officiar no feito será do promotor em exercício, tendo em conta os termos da Portaria do Procurador-Geral. O caso, como de averiguação tranqüila, não apresenta maior dificuldade (6).

Esta hipótese, por demais singela, pode ocorrer tanto na fase processual como na de execução penal, *mutatis mutandis*, evidentemente. Pode dar-se não só em sede penal como também em sede civil. Repita-se, porém, que, em regra, ela tem lugar em sede penal e na fase pré-processual.

Ficou dito que, no caso examinado, não há repercussão na esfera processual, já que a questão tem início e encontra deslinde no campo de atribuição exclusiva do Ministério Público. O problema pode surgir, no entanto, se, em se tratando de conflito negativo, o juiz, ignorando o conflito e exorbitando da sua competência, nomear promotor *ad hoc* para officiar no feito. Então, só restará ao órgão do Ministério Público reclamar contra a decisão, já que, aí, estaria o magistrado prolatando decisão manifestamente nula em face da inconstitucionalidade da figura do promotor *ad hoc* (7). Não cabe,

(6) *Assim decidiu o Exmo. Sr. Procurador Geral da Justiça, Professor CLÓVIS PAULO DA ROCHA, o conflito de atribuições suscitado no inquérito n.º 28.667 da 18.ª Vara Criminal. (Processo 19/00976/72 da Procuradoria Geral da Justiça). O conflito teve como suscitante o 13.º Promotor Público e como suscitado o 30.º Promotor Substituto.*

(7) *"De nulidade da nomeação de promotor ad hoc por juiz de direito", Dr. FLAVIO RODRIGUES SILVA, Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tese apresentada no 2.º Congresso Fluminense do Ministério Público de 20 a 24 de novembro de 1968, Teresópolis, 1971, págs. 296/306.*

igualmente, ao juiz nomear um terceiro promotor, integrante do **parquet**, mas tão somente, aguardar a decisão do Procurador-Geral, sustando, até lá, o andamento do feito.

O problema assume especial delicadeza quando, antes da propositura da ação penal, surge dissenso entre juiz e promotor a respeito da **opinio delicti**, envolvendo, eventualmente, questão de competência de foro ou de juiz.

Nesse sentido convém registrar importante decisão do antigo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, onde resultou assinalado que não podem as autoridades judiciárias corrigir, liminarmente, a classificação ou definição jurídica do fato apresentada pelo Ministério Público nem rejeitar a denúncia sob o fundamento de erro na classificação feita (arts. 41, 383 e 384 do C.P.P.). Com base na classificação ou definição jurídica do fato apresentado pelo Ministério Público é que os juizes terão de apreciar a própria competência (8). De outra feita, resultou assentado o seguinte:

“Uma vez que, segundo o dr. procurador-geral, se configura delito culposo e não mera contravenção, tal parecer constitui instrução para o órgão do Ministério Público na Vara Criminal a que foi distribuído, devendo para ali ser encaminhado o processo” (9).

Averbe-se, por oportuno, que, nos casos citados, não se tratava de divergência surgida entre Promotores, mas entre o órgão do Ministério Público e a autoridade judiciária antes ou no momento da propositura da ação.

É bem de ver que o art. 109 da lei processual penal estabelece que, se em qualquer fase do **processo** o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, deverá declará-lo nos autos, haja ou não alegação da parte, não se tornando necessário aguardar a fase final do feito para dar-se por incompetente.

A lei, que não usa as palavras em vão, aplicou, com acerto, o vocábulo **processo**, pois que, aí, havendo ação, cabe ao juiz decidir, como de direito, a respeito da competência. O conflito que, então, surgir será, conforme o caso, de competência ou de jurisdição com outro juízo. Nada obstará, porém, que, antes, qualquer das partes recorra, no sentido estrito, da decisão que concluir pela incompetência. (art. 581, II do C.P.P.).

(8) *Acórdão da 2.ª Cam. Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 13 de setembro de 1951, no conflito de jurisdição n.º 469, relator o desembargador MÁRIO GUIMARÃES FERNANDES PINHEIRO, Diário de Justiça de 28 de agosto de 1952, pág. 4068, apud “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, EDUARDO ESPINOLA FILHO, volume II, n.º 275, pág. 343, “Editor Borsoi”, Rio de Janeiro, 1965.*

(9) *in op. cit., volume II, n.º 275, pág. 343.*

Aqui, na fase processual, o Ministério Público, só poderá fazer uso do recurso cabível, (art. 581, II do C.P.P.) ao contrário do que se dá no momento que antecede a propositura da ação, onde lhe compete examinar as condições da ação, os pressupostos processuais (entre os quais se inclui a competência), o aspecto formal da inicial e, evidentemente, as questões de direito material relacionadas com a classificação da infração penal.

A ele, Ministério Público, incumbe decidir onde e como deve apresentar a demanda.

Ficou visto que a **opinio delicti**, nesta fase, pode apresentar reflexos na competência de foro ou de juiz. Basta relembrar os exemplos citados, extraídos do repertório da jurisprudência (Cf. citados 8 e 9). Ocorreu, naqueles casos, igualmente, conflito de atribuições **sui generis** entre o Estado-Administração e o Estado-Juiz, decorrente da divergência surgida entre ambos. Há, porém, uma particularidade: é que o conflito não se operou entre autoridades mas entre parte e autoridade, partindo do princípio de que esta não pode impor àquela a maneira como deve ser posta a demanda.

Havendo processo, como já assinalado, tudo muda de figura, resolvendo-se o problema da forma acima vista.

Satisfeitas que estejam as condições da ação (art. 43 do Código de Processo Penal) só resta ao juiz receber a inicial.

As questões de competência ou de jurisdição após surgirem, resolvem-se através da iniciativa do próprio juiz (art. 109), agindo de ofício, por defesa indireta através da exceção processual própria (art. 95, II) ou, ainda, pelo uso do conflito de competência ou de jurisdição (art. 113).

Chego, agora, ao ponto crítico do problema, onde, no meu entender se penetra em zona pouco nítida, já que competência e atribuição se interpenetram, impondo-se a prevalência da primeira, sem prejuízo da interposição do recurso cabível por parte do Ministério Público.

Ficou assentado, até aqui, que a questão relacionada com a **opinio delicti** no momento que antecede o oferecimento da denúncia é privativa do Ministério Público, podendo o juiz, se pretender emendá-la, proceder na forma dos arts. 383 e 384 da lei processual. Resultou exposto, do mesmo passo, que, às vezes, em face da posição assumida pelo órgão da acusação, haverá consequência, pelo menos imediata, na fixação da competência. Afirmou-se, outrossim, não ser verdadeira a alegação de que é o momento em que o conflito ocorre que o caracteriza mas sim a natureza das questões em jogo.

Pois bem, cumpre, agora, demonstrá-lo, trazendo à liça exemplo que ainda não me foi dado apreciar na prática mas que, eventualmente, pode ocorrer. Ponha-se o caso seguinte: na fase pré-processual

surge, entre Promotores, conflito a respeito da **opinio delicti**, apresentando conseqüências na competência para apreciação do feito. Acontece, porém, que, em um dos procedimentos, um dos juizes já praticou ato de processo através da concessão de fiança ou de decretação da prisão preventiva do indiciado ou quejandas, definindo, destarte, sua competência.

Quid iuris em tal caso?

Já aí, em meu pensar, não mais se poderá falar em conflito de atribuições, pois a prática daqueles atos previnirá a competência do juiz respectivo. O conflito a ser suscitado, em tal hipótese, só poderá ser o de competência ou o de jurisdição, conforme o caso.

Observa-se, pois, a assertiva da afirmação no sentido que não é, necessariamente, o momento em que o conflito se dá que define sua natureza mas sim as questões processuais que giram em torno do problema.

Havendo ação penal, a divergência que, então, surgir entre magistrado e o órgão do Ministério Público a respeito da **opinio delicti** se resolverá por aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. O dissentimento poderá surgir no momento em que o juiz, chamado a sentenciar, mandar os autos com vista ao Ministério Público para fim de aditamento (art. 384 § único C.P.P.). É evidente que o órgão do Ministério Público não está obrigado a fazê-lo se entender incabível a acusação mais grave.

Ponha-se às claras a questão com o seguinte exemplo tirado de caso concreto que se passou em nosso foro: o promotor, em finais, pediu a absolvição do réu. O juiz, discordando, mandou os autos com vista ao Ministério Público para aditamento de denúncia. O promotor, como é óbvio, coerente com o seu ponto de vista, sustentado nas suas fundamentadas alegações finais, recusou-se a aditar a inicial mas alvitrou a solução da aplicação, por analogia, da regra contida no art. 28 da lei processual penal. A sugestão resultou aceita, ensejando manifestação do Procurador-Geral a respeito da matéria, sustentando como correta a posição assumida pelo promotor. Em face da decisão do Procurador-Geral poderia o juiz condenar o réu? A resposta afirmativa decorre de imposição legal (art. 385 do C.P.P.). Porém, só poderá fazê-lo nos limites do pedido, pena de violar o princípio **ne procedat iudex ultra petitem**, informador da jurisdição penal, derivado das próprias garantias do sistema acusatório.

Como preleciona o sábio **José Frederico Marques**, "uma vez que não mais existe, entre nós, o juiz inquisitivo, cumpre à acusação delimitar a área de incidência da jurisdição penal e também movi-

mentá-la através da propositura de ação penal” (10). Ora, o aditamento nada mais é que uma inicial acrescida, tanto que deve ser recebido, embora a nossa bisonha legislação processual penal não se tenha ocupado da sua regulamentação.

É que o aditamento está ligado ao “poder de ação” (11), próprio do Estado-Administração, de que o Ministério Público é órgão, ao passo que o juiz exerce o “poder jurisdicional” (12), na dependência da iniciativa das partes.

No caso examinado não se pode ver um conflito de atribuição puro, pois não se encontrava em questão assunto de atribuição funcional, mas sim matéria processual envolvendo a parte (acusação) e o juiz (autoridade), órgãos de poderes diversos.

Toda esta construção analógica, que vejo em julgados antigos (13), decorre de indesculpável omissão da lei processual, que, consagrando, pelo menos em palavras, o sistema acusatório, deixou de tratar, como se impunha, do conflito de atribuições, quer na fase pré-processual quer no decurso da ação penal.

O próprio rito a ser seguido em caso de conflito de atribuições apresentaria simplicidade. Se negativo dar-se-ia nos próprios autos do procedimento, com suspensão do andamento do inquérito ou do processo. Se positivo tomaria a forma de representação dirigida ao Procurador-Geral pelos órgãos do Ministério Público conflitantes, podendo o juiz suspender ou não o andamento do feito se já iniciada a ação penal. Em se tratando de conflito surgido entre as autoridades judiciárias e o Ministério Público, evidentemente que o incidente se resolveria nos próprios autos com suspensão da causa.

No momento em que está para surgir um novo Código de Processo Penal, é de esperar-se que a nova lei dê ao assunto o relevo devido, emprestando solução técnica para uma questão processual até hoje descurada pelo legislador.

Fica como sugestão de um modesto artesão do processo.

(10) “Elementos de Direito Processual Penal”, volume I, n.º 100, pág. 191, “Forense”, Rio-São Paulo, 1.ª edição — 1961.

(11) “Processo Penal”, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, volume I, pág. 326, “Edição Jalovi”, Bauru, São Paulo, 1972.

(12) in op. cit., volume I, pág. 326.

(13) in op. cit., volume II, n.º 275, págs. 342 e 344.