

O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 232, DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (*)

LUIZ FERNANDO DE FREITAS SANTOS

1. A ausência, quase absoluta, de estudos doutrinários acerca da *atribuição* do Ministério Público, tem trazido conseqüências funestas para o aprimoramento do processo penal no Brasil. De fato, afora esforços isolados de alguns Promotores de Justiça — como, por exemplo, os de *Sergio Demoro Hamilton* do Estado do Rio de Janeiro — não se encontra, até mesmo na literatura estrangeira, nenhum estudo profundo que vise extremar a *atribuição* do M.P. da *competência* jurisdicional.

Daí decorre a falta, nos textos legislativos, de dispositivos que objetivem solucionar problema tão grave e de repercussão tão intensa na prática judiciária. O vigente Código de Processo Penal não contém um único e exclusivo artigo que possibilite ao intérprete formar uma visão menos imperfeita da questão. Por outro lado, como se verá depois, o Anteprojeto do novo Código de Processo Penal, quando tentou disciplinar uma das múltiplas facetas da matéria, fê-lo com tal imprecisão e falta técnica, que consagrou solução juridicamente teratológica.

De outro lado, o que se verifica, na prática, é, também, o desconhecimento, por parte dos Juízes e dos Promotores de Justiça, dos limites que separam a atribuição da competência jurisdicional. A conseqüência disso é que, não raro, se vêem Promotores requerendo aos Juízes das Varas junto às quais atuam que *declinem da competência, quando competência ainda não há*, bem como Juízes, *ex officio*, demitindo-se de competência que ainda não têm.

Não se objetiva, nos limites estreitos deste trabalho, fazer uma abordagem global do problema, nem mesmo oferecer soluções definitivas. Seria pretender demais. O que se objetiva é realçar alguns aspectos do problema, na tentativa de evitar a consagração, no novo Código de Processo Penal, de dispositivo revelador de completa falta de técnica.

2. Quando se fala em *atribuição do Ministério Público* quer-se aludir à sua "competência administrativa", ou, para usar as palavras de *Hely Lopes Meirelles*, à "quantidade de poder atribuído aos agentes da Administração para o desempenho específico de suas funções" (1).

(*) Trabalho apresentado pelo Autor nas "Jornadas de Estudo do Ministério Público do Rio Grande do Sul", realizadas nos dias 8, 9 e 10 de outubro de 1981.

Toda a questão parece surgir da falta de delimitação precisa entre essa “quantidade de poder” do órgão do Ministério Público e a outra “quantidade de poder”, atribuída aos membros da magistratura e denominada de *competência jurisdicional*.

Ponha-se, como pressuposto da investigação, o dispositivo constitucional que proclama a *independência e harmonia* dos Poderes do Estado. Pertencendo o Ministério Público ao Poder Executivo, não poderá o Poder Judiciário interferir no seu ofício específico e no seu poder de desempenhá-lo, especialmente quando atua nos *limites da sua atribuição*.

A questão surgirá, todavia, no momento em que, por exemplo, um inquérito policial for *distribuído*, nos locais onde existe pluralidade de Promotores com *atribuição concorrente* (e Juízes, também, com igual competência), ou enviado à Justiça, nas Comarcas de Promotor e Juiz únicos.

Nessa oportunidade, então, o feito criminal chegará a determinado local onde funcionam, cada um com esfera própria de poder, dois agentes do Poder Público: o Juiz e o Promotor.

A indagação que surge em primeiro lugar, consiste em saber se é a partir do referido momento (remessa do procedimento policial à Justiça) *que o juiz se torna competente* para o exame daquele caso específico, ou se somente depois é que se colocará a questão atinente à *competência jurisdicional*.

Ora, como de ciência comum, o inquérito policial é um *procedimento administrativo*, feito por um órgão do Estado-Administração (a Polícia Judiciária) para outro órgão do Estado-Administração, que é o Ministério Público.

Como titular absoluto da *opinio delicti*, somente ao Ministério Público cabe decidir se já existem provas para o oferecimento da denúncia; qual o crime pelo qual deva o indiciado ser denunciado; se o inquérito deve ser arquivado, etc., etc. . . Como observou, com exatidão, o Promotor *Sergio Demoro Hamilton*, ao “Ministério Público incumbe decidir *onde e como* deve apresentar a demanda” (2).

Se é verdade, como ensina o mestre *Frederico Marques*, que a simples existência da *persecutio criminis* cria uma espécie de “prevenção potencial” (3), é igualmente verdadeiro que o juiz, *como juiz da sua própria competência*, somente irá apreciar se a causa se insere, ou não, em sua esfera própria de poder (a competência jurisdicional), *no momento em que formulado for o pedido de prestação jurisdicional*. Aliás, o próprio Professor *Frederico Marques*, doutrinando acerca do processo civil, esclarece que o instante da *verificação da competência* coincide com o da *apresentação da demanda*. Com efeito, diz o insigne processualista de São Paulo que “se uma ação foi proposta perante juízo incompetente, é claro que o juiz tem de dizer, expressamente, que *declina de sua competência, se entender que é incompetente*” (4).

Por aí já se vê que afrontaria o princípio da independência e harmonia dos poderes, permitir-se que o juiz interferisse na esfera de atribuição do Ministério Público, decidindo, *antes de proposta a ação penal*, que o inquérito policial deveria tramitar *perante outro juízo*. Tanto equivaleria a dizer que o Poder Judiciário estaria determinando *qual deveria ser o Promotor a que cumpriria officiar no inquérito*, como se o Ministério Público fosse *subordinado hierarquicamente* à magistratura.

Não se pode perder de vista, no exame do problema de que ora nos ocupamos, que, quando o Promotor officia, no sentido da redistribuição de um inquérito policial, não está deduzindo uma *exceção de incompetência*, mas sim afirmando que aquele caso *não se inclui em sua esfera de atribuição*. Tanto isso é verdade, que o conflito que possivelmente poderá originar-se dessa manifestação de vontade do órgão do M.P., pela recusa do Promotor que receber o feito de nele officiar, será *de atribuição*, a ser dirimido pelo Procurador-Geral da Justiça. No Estado do Rio de Janeiro, aliás, a Lei Complementar n.º 5, que dispôs sobre a Organização do Ministério Público, fez inserir, entre as funções do Procurador-Geral, *expressamente*, a de "*dirimir conflitos e dúvidas de atribuições entre os órgãos do Ministério Público*", tal como se deduz do art. 3.º, inciso XXIV, do diploma citado.

Diga-se, de passagem, que a decisão do Procurador-Geral acerca do Promotor com atribuição, de forma alguma, impedirá ou afetará a posterior discussão sobre a *competência jurisdicional*. O juiz, ao apreciar a denúncia, firmada pelo órgão do Ministério Público, com atribuição para tanto, no entender do Procurador-Geral, poderá, se discordar da chefia do Ministério Público, declinar — aí sim da *competência* — para outro órgão do Poder Judiciário, sujeita tal decisão a reexame pelo 2.º grau de jurisdição, se o órgão do M.P. entender de interpor o recurso adequado.

O que não nos parece lícito, legal, razoável e, até mesmo, constitucional é *antecipar* o exame da competência, de molde a permitir-se que o Poder Judiciário interfira em esfera de poder que a ele não é pertinente.

Não foi outra coisa, todavia, que fizeram os autores do Anteprojeto do novo Código de Processo Penal. Senão, vejamos.

3. Estabelece o parágrafo único do art. 232 do Anteprojeto aludido:

"Se o Ministério Público entender incompetente o juiz junto ao qual funciona, requererá a remessa dos autos ao juiz competente. Se aquele, no entanto, se julgar competente, os autos retornarão ao Ministério Público, para o oferecimento da denúncia, sem prejuízo do disposto no art. 261."

É de bom aviso lembrar que o art. 261 referido no trecho supra-transcrito diz respeito à *arguição de incompetência* de sorte tal que o Anteprojeto prevê para o problema a solução seguinte: o Promotor que entender não dispor de *atribuição*, se não contar com a concordância do juiz deverá, *necessariamente, oferecer denúncia* e, ao mesmo tempo, arguir o juiz de *incompetente*.

Sobre serem gritantes os equívocos técnicos do dispositivo, acarreta ele, na prática, alguns problemas simplesmente *insolúveis*. Não é difícil demonstrar o que se afirma.

Diga-se, de início, que o art. 232 do Anteprojeto repete, substancialmente, o art. 266 do Projeto 733, que buscava estabelecer o novo Código de Processo Penal, e que foi retirado do Congresso Nacional pelo Presidente da República. É interessante observar que a disciplina consagrada, no então art. 266 do projeto primitivo do novo C.P.P., já havia recebido a crítica do Ministro *Jorge Alberto Romeiro*, crítica, porém, formulada, no nosso modesto entender, com evidente desvio de perspectiva. De fato, na lição do Ministro *Romeiro*, "dito dispositivo atenta flagrantemente contra o princípio universal de que o magistrado é o juiz primário da própria competência, a *Kompetenz-Kompetenz* (competência sobre a competência) dos processualistas germânicos (6)". Em comentário bibliográfico sobre o excelente livro do Ministro *Romeiro*, procuramos demonstrar, ainda que perfunctoriamente, o equívoco do projeto, por outro ponto de vista, escrevendo: "Ou muito nos enganamos, ou o dispositivo transcrito, ao contrário de atentar contra o princípio segundo o qual o magistrado é o juiz primário da sua própria competência, atenta — isto sim — contra a independência do Ministério Público, pela singela razão de que, na fase pré-processual, a questão que se coloca é concernente à *atribuição* do Ministério Público, e não à competência do juiz (6)".

Positivamente pensamos que o *primeiro grande equívoco* está na alusão, no parágrafo único do art. 232 do Anteprojeto, à circunstância de o "Ministério Público *entender incompetente* o juiz junto ao qual funciona". Não é nesse sentido o posicionamento do órgão da acusação, quando oficia pela redistribuição do procedimento criminal! Assim como o magistrado é o juiz primário de sua própria competência, o *Promotor é o juiz, também primário, da sua própria atribuição!* E esse exame sobre a sua atribuição deve o órgão do Ministério Público fazer, como fiscal da lei, inclusive porque, como o demonstrou o Professor *Sergio Demoro Hamilton*, é nulo o processo penal, quando a denúncia é oferecida por Promotor que subscreve a inicial, sem que o caso se inclua na quantidade de poder a ele atribuída (7).

Tem-se, então, que o M.P., na hipótese registrada no dispositivo legal em foco, *não está entendendo que o juiz é incompetente*. Está, isto sim, releve-se a insistência, proclamando que não tem atri-

buição, quer para oferecer denúncia, *quer para praticar qualquer ato de seu mister específico, como, **verbi gratia**, para requerer o arquivamento do inquérito.*

Acima aludimos, todavia, a algumas *situações insolúveis* que poderiam advir do *indeferimento*, pelo juiz, do pedido de remessa do inquérito para outro órgão do Ministério Público. Vejamos quais são.

Suponha-se que, examinando inquérito em que a autoridade policial tenha indiciado alguém como incurso nas sanções do art. 129, § 3.º do Código Penal (lesões corporais seguidas de morte) entenda o órgão do Ministério Público, que o crime em apuração seria o de homicídio. Deveria ele, então, requerer a remessa dos autos para o Promotor que oficiasse junto ao Tribunal do Júri. Indeferindo o juiz o requerimento e retornando os autos ao M.P., "*para oferecimento da denúncia*" como estabelece o parágrafo único do art. 232 do Anteprojeto, *qual seria a capitulação jurídica dos fatos descritos na denúncia?* Ou, antes, de que forma o Promotor deveria narrar os fatos?

Uma das hipóteses a examinar seria a de o órgão do M.P. oferecer o libelo inicial, atribuindo ao réu o ânimo de ferir, e não de matar, classificando o fato, pois, no art. 129, § 3.º, do Código Penal. Se assim procedesse, estaria, embora violando sua consciência e sua opinião acerca do delito cometido, acorde com o pensamento do juiz. Acontece, porém, que o Anteprojeto prevê, ao lado da denúncia, e simultaneamente com ela, a *arguição de incompetência*. Como, porém, argüir de incompetente o juiz, se o fato narrado, e a capitulação proposta, estariam precisamente dentro do limite da competência do magistrado? A arguição estaria fadada à rejeição e o órgão da acusação passaria um atestado de incompetência funcional, excepcionando o juiz de incompetente, junto com a denúncia que estaria a descrever fato que cabe na esfera de atuação do magistrado Tal solução deve ser, por isso, abandonada.

O outro caminho seria o de o Promotor oferecer a denúncia, *descrevendo um homicídio, capitulando o fato no art. 121 do Código Penal* e, ao mesmo tempo, argüir o juiz de incompetente. Se a opção fosse por essa trilha, chegaríamos, também, a impasses curiosíssimos. Em primeiro lugar, estaria o próprio órgão da acusação a admitir que denunciaria *fora da sua esfera de atribuição*, o que, inevitavelmente iria refletir no campo da *validade* da relação processual penal. Ao depois — atente-se para o absurdo — o juiz *não poderia deixar de acolher a arguição de incompetência*, na medida em que o fato, tal como descrito e capitulado, estaria fora dos limites da sua competência jurisdicional!

O Anteprojeto criou, assim, uma situação processual aberrante: consagra uma *arguição de incompetência* que, *ou não pode ser oferecida ou, se proposta, não pode ser rejeitada!* É difícil, com efeito, imaginar-se absurdo maior!

Muitos outros exemplos poderiam ser formulados, se aqueles já oferecidos não bastassem para evidenciar a teratologia processual consagrada no Anteprojeto. Basta pensar no caso de o Promotor, formando convicção de que o fato escaparia de sua atribuição, entendesse, também, não estar provada a autoria do delito.

Ora, como de ciência comum e elementar, só o órgão do Ministério Público *com atribuição* pode *requerer o arquivamento*. No caso formulado hipoteticamente, o Promotor requereria a redistribuição, na firme convicção de que seu colega, com poder para atuar no feito, iria postular o arquivamento do feito policial. Mas, nos termos do que está escrito no Anteprojeto, se o juiz se julgar competente, os autos retornarão ao Ministério Público — atente-se — “*para o oferecimento da denúncia*”! Estaria, por acaso, o Anteprojeto a sugerir que o Promotor propusesse a ação penal *sem estar convencido da autoria do delito*? Se a resposta for afirmativa, restaria a indagação — assaz interessante — de descobrir *contra quem* deveria ser postulada a aplicação da lei penal do Estado.

4. Correndo o risco de cometer injustiça contra os ilustres autores do Anteprojeto, ousaríamos dizer que o parágrafo único do seu art. 232 *rompe brutalmente* com o sistema que se buscou estabelecer para o novo Código.

De fato, é evidente o intuito dos redatores da lei nova de preservar a pureza do *sistema acusatório*, quer impedindo que o próprio juiz detone a ação penal (eliminou-se no Anteprojeto todos os casos de jurisdição sem ação), quer retirando o juiz do próprio procedimento do arquivamento do inquérito policial, fazendo com que este último não saia da esfera do Ministério Público.

Ora, se é assim — e é assim — como entender-se essa antecipação do juiz que, sem provocação da parte (e, a rigor, não há provocação), examine a sua competência, quando inexistente competência para ser examinada?

Aliás, o próprio Anteprojeto estabelece no art. 25, em manifesta divergência com o parágrafo único, do art. 232, que

“*Determina-se a competência no momento em que a Ação Penal for iniciada.*”

Fica-se, então, com a impressão de que os autores do Anteprojeto, quando redigiram o dispositivo objeto deste trabalho, esqueceram-se do que haviam estatuído na disciplina geral da jurisdição e da competência (Livro II, Título II, Capítulo I, art. 25).

Urge, assim, que se modifique a redação do dispositivo, aproveitando-se o ensejo para disciplinar, de uma vez por todas, a questão da atribuição do Ministério Público em sede legislativa.

Se não for pretensão demais, sugeriríamos a redação seguinte, para o mesmo parágrafo único, do art. 232 do Anteprojeto do novo Código de Processo Penal:

“Se o Ministério Público entender que não dispõe de atribuição para oficiar no procedimento, remeterá o feito, diretamente, para o órgão do Ministério Público que entender adequado. Se este também se julgar sem atribuição, deverá suscitar conflito negativo, a ser dirimido pelo Procurador-Geral da Justiça.”

Fica aí, então, uma pequena contribuição para o possível aprimoramento do Anteprojeto, através de solução que serviria para fortalecer a instituição do Ministério Público, a quem o legislador deve atribuir autonomia e independência funcionais.

Bibliografia

- (1) Hely Lopes Meirelles — *Direito Administrativo Brasileiro*, Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág. 156.
- (2) Sergio Demoro Hamilton — “Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro”, vol. 3, pág. 48.
- (3) Frederico Marques — *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 2ª edição, 1965, pág. 127.
- (4) Frederico Marques — *Instituições de Direito Processual Civil*, Forense, 4ª edição, pág. 377.
- (5) Jorge Alberto Romeiro — *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*, Saraiva, 1ª edição, pág. 190.
- (6) Luiz Fernando de Freitas Santos — “Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro”, vol. 8, pág. 248.
- (7) Sergio Demoro Hamilton — “Reflexos da falta de atribuição na instância penal”, “Revista Forense”, vol. 269, págs. 158 e segs.