

Uma Abordagem Sobre Questões Relativas à Atribuição Criminal

MARCELLUS POLASTRI LIMA*

A atribuição dos membros do Ministério Público, e os problemas dela decorrentes, não são objeto de análises e comentários pela maior parte da doutrina, sendo que seria necessário um estudo completo sobre o tema. Este, saliente-se, não é o propósito deste artigo, mas sim trazer à baila algumas observações e conclusões para reflexão.

Atribuição, segundo Hely Lopes Meirelles, é “a quantidade de poder atribuído aos agentes da Administração, para desempenho específico de suas funções.”⁽¹⁾

Nunca é desnecessário frisar que, em relação ao Ministério Público, há de se cogitar de **atribuição** e não de **competência**, apesar de alguns autores assim se referirem, uma vez que esta diz respeito à jurisdição, atinente, portanto, ao Judiciário.

Ora, o Ministério Público exerce funções administrativas e não jurisdicionais, e, assim, o poder que lhe é conferido deve ser identificado como atribuição.

Para a identificação do órgão ministerial com atribuição deverá ser examinada a lei complementar estadual, leis pertinentes à fixação das promotorias, e os atos e resoluções da Procuradoria-Geral referentes à lotação nos respectivos órgãos.

De se ressaltar que, em regra, a atribuição dos membros do Ministério Público fixa-se por idênticos critérios relativos à competência de seu respectivo órgão jurisdicional, mas, frise-se, **em regra**, uma vez que ocorrem exceções. Note-se o exemplo do Estado do Rio de Janeiro, onde existem no âmbito do Ministério Público as **centrais de inquérito**, que recebem diretamente da polícia judiciária os inquéritos policiais, o que condiz com a ordem constitucional vigente. Neste caso, trata-se de verdadeira **atribuição em razão da fase procedimental**, já que, em sendo investigação ou inquérito policial, e não havendo medida a ser decretada pelo juízo, a atribuição será das centrais de inquérito, e não do promotor em exercício na Vara Criminal, desde que antes não seja fixada a competência do juízo, e, destarte a atribuição do correspondente órgão do *Parquet*, em razão de prevenção.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625/93, definiu os órgãos de execução do Ministério Público, através de normas gerais, remetendo, a exemplo da Constituição de 1988, à lei orgânica de cada Estado-Membro o estabelecimento das atribuições dos respectivos órgãos de execução.

⁽¹⁾ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13ª Ed., SP, 1988, pág. 111.

Em regra as funções dos órgãos de execução dos Ministérios Públicos Estaduais na primeira instância, em matéria criminal, são exercidas por Promotores de Justiça, e no segundo grau de jurisdição pelo Procurador-Geral de Justiça e pelos Procuradores de Justiça.

Na verdade, consoante Hugo Nigro Mazzilli, “a relação de organicidade assegura que cada promotor e cada procurador de justiça **presentam** o Ministério Público, por atribuições que lhes são conferidas diretamente pela Constituição e pelas leis...”⁽²⁾

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público estabelece que as promotorias de justiça, órgãos de administração do *Parquet*, sejam ocupadas por pelo menos um cargo de Promotor de Justiça, que desempenhará as atribuições definidas na lei orgânica local (art.23).

Trata-se de inovação visando maior estrutura para os membros do *Parquet*, sendo certo que a Lei 8.625/93 dá às referidas “Promotorias” caráter **estritamente administrativo**, e, portanto, não detêm atribuições funcionais, pois estas são dos membros do Ministério Público que ali exercem suas funções previamente fixadas legalmente.

As atribuições administrativas das promotorias de justiça, e funcionais dos cargos dos promotores de justiça que as integram, são fixadas mediante proposta do Procurador-Geral de Justiça aprovada pelo Colégio de Procuradores, sendo que a exclusão, inclusão ou modificação nas atribuições serão processadas também mediante proposta do Procurador-Geral de Justiça, mas, desta feita, com aprovação da maioria absoluta do Colégio de Procuradores.

Os princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público não autorizam que membros do *Parquet* atuem, indiscriminadamente, uns nas funções dos outros, uma vez que as atribuições dos órgãos de atuação são previamente fixadas.

Na verdade, o princípio institucional da unidade significa que o “Ministério Público é um só órgão, sob a mesma direção exercendo a mesma função” e “pelo princípio da indivisibilidade os membros do Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros, sempre na forma **prevista em lei**, sem que se perca o sentido da unidade...”⁽³⁾

Recentemente, sob a égide da Constituição de 1988, desenvolveu-se a tese do **promotor natural**, partindo-se das premissas acima aduzidas, com a sustentação de que os membros do *Parquet*, possuindo cargos fixados legalmente, com lotações predefinidas, não poderiam ser substituídos por promotor designado discricionariamente pelo Procurador-Geral de Justiça.

Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a teoria “decorre do princípio da independência, que é imanente à própria instituição. Ela resulta, de um lado, da garantia de toda e qualquer pessoa física, jurídica ou formal que figure em determinado processo que reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão

⁽²⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. Saraiva, SP, 1991, pág. 141.

⁽³⁾ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. Atlas, S.P., 1994, pág. 302.

específico do *Parquet* atuando livremente com atribuição predeterminada em lei e, portanto, o direito subjetivo do cidadão ao promotor (aqui no sentido *lato*), legalmente legitimado para o processo. Por outro lado, ela se constitui também como garantia constitucional do princípio da independência funcional, compreendendo o direito do Promotor de oficiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições... o princípio do Promotor Natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei, e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá oficiar no processo correspondente ao seu órgão de atuação, salvo as exceções previstas em lei, vedado, em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas aos quadros do *Parquet*.⁽⁴⁾

Baseiam-se os defensores da tese, à luz da Constituição de 1988, nos princípios do Ministério Público previstos na Lei Maior, nos direitos e garantias individuais constitucionais, e na previsão do art. 128, § 5º, de que as atribuições de cada Ministério Público sejam fixadas em lei complementar.

Não obstante a relevância e pertinência da tese, para muitos, esta careceria de previsão infraconstitucional, já que a Carta Magna não consagrava o princípio do promotor natural. E neste sentido os Tribunais pátrios se posicionavam, mesmo após a vigência da Nova Constituição. O Tribunal Superior de Justiça, no Recurso de *Habeas Corpus* nº 63 - RJ, julgado em 16 de agosto de 1989, através de sua Quinta Turma, lavrou acórdão com a seguinte ementa:

“Não cabe o exame da tese referente ao Promotor Natural, segundo a qual haveria vinculação do promotor ao processo, se é certo que a designação especial de outro promotor se deu antes do oferecimento da denúncia, como no caso.”

Tratava-se aqui de designação anterior ao oferecimento da denúncia, que, de qualquer forma, adotada a tese do promotor natural em sua plenitude, atentaria quanto ao princípio, uma vez que, mesmo na atuação durante a fase investigatória, existiria atribuição predeterminada, cabendo ao promotor **com atribuição** oficiar.

Em voto preliminar o Exmo. Sr. Ministro Francisco de Assis Toledo, com a autoridade doutrinária que lhe é conferida, assim se pronunciou:

“A tese do **promotor natural** é digna de ser discutida nas universidades, simpósios, congressos e quem sabe amadurecida para que um dia se possa extrair algum proveito. A verdade, porém, é que, aos magistrados, o que nos cabe é aplicar a lei vigente. E ante a lei vigente, *data venia* do Ministro Relator, não vejo acolhimento para o denominado **promotor natural**... A Constituição, em três artigos, estabeleceu os princípios inamovíveis, irredutíveis da Instituição do Ministério Público. Todavia, essa mesma Constituição, quando se referiu às atribuições dos membros dos Ministérios Públicos, remeteu a regulamentação para a Lei Complementar... O que se poderia discutir, e se é bom que assim seja: se não seria a hora de estabelecer, em nova lei orgânica do Ministério Público, alguns princípios restritivos a essa faculdade (substituição discricionária a cargo do Procurador-Geral de Justiça)... Essa, entretanto, é uma questão de *lege ferenda*.” (grifos nossos)

⁽⁴⁾ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal. Promotor Natural. Atribuição e Conflito*. Forense, RJ, 1989, págs. 52/53.

Porém, com o advento da nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625/93, entendemos que adveio a previsão legal do **promotor natural**, através de seu artigo 24, *verbis*:

“Art. 24. O Procurador-Geral de Justiça poderá, **com a concordância do Promotor de Justiça titular**, designar outro promotor para funcionar em feito determinado, de atribuição daquele.”

Assim, a *contrario sensu*, impedida está a designação discricionária, sendo que o promotor natural com atribuição legal para determinado feito só poderá ser substituído com sua expressa concordância.

O certo é que, conforme já asseverava o culto Procurador de Justiça Sergio Demoro Hamilton, em artigo pioneiro, “nosso Código de Processo Penal, que é pródigo em imprecisões técnicas, faz uso das palavras jurisdição e competência para designar atribuição... 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 juízes, criando uma zona cinzenta que está a exigir tratamento processual adequado.”⁽⁵⁾

Guardando relação com a competência, a atribuição do membro do Ministério Público pode ser **ratione loci**, ou seja, o promotor lotado na comarca onde se deu o fato delituoso ou contravencional possui atribuição para a persecução criminal; **ratione materiae**, o promotor com atribuição é aquele lotado em órgão pertinente com a natureza da infração (*v.g.*, varas do júri, auditorias militares, etc.)

Em comarcas com mais de um órgão de execução **ratione loci** ou **ratione materiae**, a atribuição se fixará pela distribuição.

Igualmente, a exemplo da incompetência, poderá a falta de atribuição ser **absoluta** ou **relativa**.

Absoluta quando a *opinio delicti* ou sua manifestação couber a membro do Ministério Público de outra categoria, *v.g.*, se um promotor estadual oferece denúncia afeta ao Ministério Público Federal e mesmo de Ministério Público de Estado diverso, ou no caso de manifestação de promotor sem atribuição para matéria eleitoral, do Tribunal do Júri ou Militar, ou em feitos afetos à categoria superior de sua carreira, ou seja, no caso do Ministério Público Estadual o promotor oficia em processo cuja atribuição para funcionar era de Procurador de Justiça.

Relativa, quando, em razão de atribuição funcional, delineada por atos de designação na área que detenha atribuição genérica, sendo exemplo correlato a atribuição *rationae loci*, onde, a exemplo da incompetência, tendo atuado membro do Ministério Público sem atribuição em determinado processo, poderá se operar a preclusão caso não alegado o defeito a tempo hábil, e caso haja declinação de com-

⁽⁵⁾ HAMILTON, Sergio Demoro. “Apontamento sobre o Conflito de Atribuições”, in “Revista de Direito da P.G.J.R.J”, 1976, págs. 44/45.

petência, serão válidos os atos praticados, anulando-se somente os atos decisórios judiciais, nos termos do art. 567 do CPP, preservando-se, assim, os atos praticados pelo promotor sem atribuição, passíveis apenas de ratificação.

De se observar que, em se tratando de falta de atribuição absoluta, **ratione materiae** ou **ratione personae**, com atribuição e competência judicial fixadas constitucionalmente, haverá a nulidade, ou ineficácia consoante alguns autores, de todos os atos praticados, não se aplicando o art. 567 do CPP.

O mesmo não ocorrerá se a competência absoluta for determinada pela lei ordinária, tendo-se entendido, neste caso, serem ratificáveis os atos não decisórios.

Neste sentido Ada Pellegrini Grinover, comentando o Código de Processo Civil, sendo o raciocínio também aplicável no Processo Penal: “Se tratar de competência absoluta, não constitucional, determinada pela lei ordinária (a competência **ratione personae** ou **ratione materiae** determinada pelo código), nada se opõe a esse dispositivo... Mas agora, diante do dispositivo expresso da Constituição, a atipicidade constitucional acarreta a ineficácia de todos os atos praticados pelo juiz constitucionalmente incompetente.”⁽⁶⁾

Por similaridade, sendo a competência definida na Constituição (Justiças Militar, Federal, Estadual, Eleitoral, ou competência hierárquica), a atribuição do Ministério Público também estará fixada constitucionalmente ou por lei complementar à Carta Magna (v.g. Ministério Público Federal), sendo ineficazes quaisquer atos praticados pelo promotor sem atribuição.

Assevere-se que, por outro lado, é preciso atentar para o fato de que, na verdade, o que previne a atribuição dos promotores ou a competência dos juizes não é simplesmente a decretação da medida judicial, e sim a livre distribuição.

Obviamente o artigo 83 do CPP tem como premissa a livre distribuição. Dispõe o citado artigo que: “Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juizes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou da medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.”

Ocorre que, conforme já demonstramos em artigo anteriormente publicado, “o artigo 83 não prescinde da interpretação harmônica com o art. 75 e seu parágrafo único, do mesmo diploma legal, que reza: “A **distribuição** realizada para efeito de concessão da fiança ou da decretação da prisão preventiva ou qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa **previnirá a ação penal.**”⁽⁷⁾

Portanto, não há que se falar de prevenção sem antes se cogitar de **livre distribuição**, como, aliás, já asseverou Espínola Filho: “Dirimindo uma fonte de dúvidas, que se manifestavam anteriormente, o parágrafo do art. 75 declara prevenir a competência para processo e julgamento da respectiva ação penal a distribuição

⁽⁶⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Sistema de Nulidades Processuais e a Constituição”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, nº 6, ed. IEJ, RJ, 1993, pág. 161.

⁽⁷⁾ LIMA, Marcellus Polastri. “Livre Distribuição no Código de Processo Penal”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, nº 6, IEJ, RJ, 1993, pág. 143.

acerca de qualquer diligência anterior à queixa ou à denúncia, isto na melhor harmonia com a disposição do art. 83..."⁽⁸⁾

Perfeita a colocação, uma vez que o juiz não pode obrigar o *Parquet* a deduzir a pretensão punitiva perante juízo que o órgão ministerial entenda ser incompetente, sendo que na fase de propositura da ação penal é ao promotor que compete examinar os pressupostos processuais.⁽⁹⁾

Questão controversa é aquela referente ao juiz que se depara com o oferecimento de denúncia que entenda não ser competente para o recebimento, podendo parecer, a princípio, que a solução seria somente a declaração de incompetência, não se cogitando de atribuição por já haver acusação posta em juízo, com a remessa dos autos ao juízo competente.

Trata-se, entretanto, de verdadeira "zona cinzenta", onde entrelaçam-se atribuição e competência.

Porém, *in casu*, parece-nos que, sendo o momento processual de exame da denúncia, aferindo-se a possibilidade da exordial ser recebida, devem ser examinados os incisos do art. 43 do CPP, e, se o juízo é incompetente, antes o promotor não possuía atribuição.

Assim, ausente a legitimidade *ad processum*, por faltar o pressuposto da atribuição fixada legalmente.

A questão, portanto, em primeiro lugar deve ser examinada à luz do art. 43 do CPP.

Note-se que o Código sempre se refere à declinação de competência quando já existente processo, consoante se vê do seu art. 109, que estabelece que "se, em qualquer fase do **processo**, o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos..."

Igualmente o art. 567 do CPP refere-se a **processo** numa clara alusão de que a declinação de competência se dá uma vez formada a relação processual.

Ora, a lei é clara ao se referir a **processo**, e este só existirá uma vez formada a relação processual entre acusação, juiz e defesa, e no caso em exame somente existe acusação posta em juízo, não estando completa a tríplice relação processual, inexistindo, ainda, processo. Portanto, tecnicamente, se bem que a atribuição aqui se mistura com a competência, a fase é de exame dos requisitos do art. 43 do CPP, *a contrario sensu*, devendo haver manifestação de **não recebimento** da denúncia.

Mirabete assim se manifesta: "Reconhecendo sua incompetência, o juiz **não deve receber** a denúncia ou queixa, mas se o fizer, poderá, a qualquer momento, declinar dela, remetendo os autos ao juiz competente." (grifo nosso)⁽¹⁰⁾

⁽⁸⁾ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol.II, ed. Borsoi, 1959, pág. 131.

⁽⁹⁾ No caso em concreto referido a posição da PGJ-RJ, no lapidar parecer exarado no Proc. E-15/4.098/90, da lavra do Procurador de Justiça Luiz Carlos H. de A. Maranhão, foi neste sentido.

⁽¹⁰⁾ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, ed. Atlas, SP, 1994, pág. 177.

Frise-se, reconhecida a falta de atribuição do promotor, em consequência, via de regra, da incompetência do juízo.

Destarte, a hipótese será de **não recebimento** da denúncia, por falta do pressuposto processual da atribuição do órgão ministerial, faltando condição exigida por lei para o exercício da ação penal, já que a atribuição prévia é fixada legalmente.

Esta a posição de Fernando da Costa Tourinho Filho a respeito: “No despacho de recebimento da denúncia ou queixa, além de dever o juiz analisar a peça acusatória sob o aspecto formal e sob o prisma da viabilidade do direito de ação, cumpre-lhe investigar a existência dos pressupostos da relação processual. Devendo ele, nos termos do art. 251 do CPP, **prover a regularidade do processo...** Deixando de lado os pressupostos de existência, que a esta altura devem ter coexistido, pois sem eles o processo é inexistente, observa naquela fase inaugural se estão presentes os pressupostos de validade. A esta altura cumprir-lhe-á indagar se tem ou não competência para receber a peça acusatória... Observa se as partes têm *legitimatío ad processum*, isto é, legitimidade para atuarem naquele processo cuja instauração se pede. Assim, o promotor que não esteja em exercício na Comarca não pode aí oferecer denúncia...”⁽¹¹⁾

No exemplo de Tourinho, o juízo era competente, mas o promotor não tinha atribuição.

Também se o promotor não tem atribuição *rationae materiae*, v.g. membro do *Parquet* lotado no juízo singular denuncia ali crime contra a vida, cujo julgamento compete ao Tribunal do Júri, e, conseqüentemente, a atribuição para officiar seria do promotor lotado na Vara respectiva, o juiz não deve receber a denúncia com base no art. 43, III, do CPP.

Poderá ser argumentado que, sendo o juiz incompetente, mormente absolutamente, inexistindo jurisdição, não poderia prolatar o despacho de não recebimento da exordial.

O argumento pode impressionar a princípio, mas trata-se de um sofisma.

Ora, no caso inexistente processo, e sim tão-somente uma relação bilateral, parte e juiz, que provocado deverá se manifestar, e tal manifestação, obviamente, será pelo **não conhecimento** da provocação, pois caso se manifeste positivamente, aí sim estará exorbitando o âmbito fixado legalmente para o exercício jurisdicional, praticando ato nulo que propiciará a formação da relação processual, que, frise-se, só se forma com a tríplice integração, juiz, acusação e defesa, possibilitando o exercício jurisdicional. A *notio* ou *cognitio*, elementar da jurisdição, só é possível, em sua plenitude, na existência do processo.

Ao declinar de sua competência o juiz também estará exarando uma decisão de não conhecimento, passível de recurso, e nem por isso, tratando-se de incompetência absoluta, fica impedido de decidir.

A hipótese aqui é de mero **não recebimento** da inicial.

⁽¹¹⁾ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. I, Saraiva, SP, 10ª ed., 1987, pág. 480.

O parágrafo único do art. 43 do CPP estabelece que:

“Párrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.”

Assim, o não recebimento não fará coisa julgada, até porque, sendo absoluta a falta de atribuição, e, em regra, conseqüentemente, a incompetência, inexistente a jurisdição. Trata-se, portanto, de mero despacho de não conhecimento, cujo fundamento é, justamente, a falta de atribuição do membro do *Parquet* e de jurisdição do juízo.

Tecnicamente, portanto, o caso é de **não recebimento** e não de **rejeição**, inexistindo decisão com exame de mérito, e, segundo Mirabete, “podendo a inicial ser renovada e recebida quando preencher os requisitos”, na forma do parágrafo único do art. 43 do CPP.

Destarte, apesar do código falar em **rejeição**, consoante o parágrafo único do art. 43 do CPP, chega-se à conclusão de que existe uma diferenciação em relação ao item III do citado artigo, referente à condição da ação de ilegitimidade de parte e dos pressupostos processuais – legitimidade *ad processum* e condições de procedibilidade –, das hipóteses dos itens I e II, já que não há que se falar de julgamento antecipado da lide a impedir a reiteração do pedido, sendo mais correto dizer-se não recebimento.

Pode parecer que, havendo não recebimento de declinação de competência, os efeitos serão os mesmos, sendo certo que, com o não recebimento, haverá também uma declinação de competência com o envio do feito para o juízo competente.

Entretanto, dependendo da ótica e das razões de decidir, o recurso cabível será fundamentado em dispositivos diversos. Sendo não recebimento no art. 581, inciso I, e declinação de competência no art. 581, II, do CPP. O primeiro subirá nos próprios autos e o segundo não (art. 583, II, do CPP), e, assim, neste último caso adviria uma solução conflitante, já que independentemente do recurso, o processo seria enviado a outro juízo e ali prosseguiria, não obstante o Tribunal poder decidir pela competência do juízo declinante.

Entendemos que ontologicamente a decisão importará sempre em um não recebimento da inicial, mesmo que fundamentada na competência e, assim, o recurso tem previsão legal no art. 581, inciso I, do CPP, subindo nos próprios autos, permitindo o reexame pelo Tribunal *ad quem*, que poderá entender que o juízo é competente e o promotor possui atribuição, recebendo a denúncia.

O que não se pode conceber é o magistrado apenas encaminhar a denúncia ao juízo que entenda competente, sem decisão de não recebimento e até vista ao *Parquet*, subtraindo do Ministério Público a via recursal própria, considerando-se que **cabe ao *Parquet* decidir onde propor a demanda**, e o juiz, não sendo infalível, pode errar no exame da atribuição do promotor ou de sua própria competência, o que poderá ser corrigido pelo Tribunal *ad quem*. Ademais, assim agindo, o juiz estará formando *opinio delicti*, invadindo área de atribuição do Ministério Público.

Como se vê, a matéria relativa à atribuição dos membros do Ministério Público desafia tratamento doutrinário à parte dentro da disciplina do direito processual penal, o que se vislumbra pelas nuances particulares que apresenta, especialmente nos reflexos e conseqüências no procedimento penal.

Abordamos aqui alguns aspectos que nos parecem relevantes, esperando que a doutrina pátria passe a dispensar maior atenção ao tema da atribuição dentro do contexto da atuação do Ministério Público e do processo penal, sendo certo que de muita valia seria não só para o universo de promotores, mas, sem dúvida, para magistrados, advogados e acadêmicos, uma vez que fora do âmbito do Ministério Público, tal matéria não é conhecida, despertando, por vezes, perplexidades.

* **Marcellus Polastri Lima** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.