



O conflito negativo de atribuições e a independência funcional do promotor de Justiça

Texto extraído do **Jus Navigandi**

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3113>

Rômulo de Andrade Moreira

Procurador de Justiça na Bahia. Ex-Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex-Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador (UNIFACS), na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado lato sensu em Direito Processual Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Especialista em Processo pela Universidade Salvador (UNIFACS), em curso coordenado pelo Professor J. J. Calmon de Passos. Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e ao Movimento Ministério Público Democrático. Integrante, por duas vezes consecutivas, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, do Curso JusPodivm, do Curso IELF, da Universidade Jorge Amado e da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Autor das obras "Direito Processual Penal", "Comentários à Lei Maria da Penha" (em co-autoria) e "Juizados Especiais Criminais" – Editora JusPodivm, 2008, além de organizador e coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal", Editora JusPodivm, 2008. Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados na Bahia e no Brasil.

Como é sabido, antes de se iniciar a ação penal, com o oferecimento da denúncia, não se pode falar em conflito de competência ou de jurisdição, mas, tão-somente, em conflito de atribuições entre membros do Ministério Público a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça (ou da República, conforme o caso).

Aliás, pouco importa que tenha o Juiz de Direito exarado nos autos da peça informativa qualquer despacho neste ou naquele sentido, pois, nesta primeira fase da **persecutio criminis** não há falar-se em competência e sim em atribuição do Promotor de Justiça (ou Procurador da República).

Com efeito, o que diferencia o conflito de atribuição do conflito de jurisdição ou competência não são exatamente as autoridades em confronto, mas o tipo de ato a ser praticado. Assim, o fato de dois Juízes declararem em seus respectivos despachos não serem competentes para determinado feito, não implica necessariamente que tenha surgido entre eles um conflito negativo de jurisdição ou competência, pois o que importa para a perfeita identificação do problema é visualizarmos em cada caso concreto qual a natureza do ato a ser praticado e não a autoridade que o venha a praticar.

Ora, quando se está diante de um inquérito policial não há, ainda, evidentemente, processo instaurado, sequer ação penal iniciada.

Nestas condições, os despachos exarados em um procedimento investigatório se revestem de caráter eminentemente administrativo (salvo as medidas de natureza cautelar), não podendo ser considerados atos jurisdicionais, nem gerar, por conseguinte, qualquer vinculação do ponto de vista da competência processual.

Aliás, admitindo-se o contrário estaria ferida de morte a autonomia dos membros do Ministério Público, pois a atribuição ministerial seria ditada pelo despacho do Juiz oficiante, o que é inconcebível em nosso sistema processual penal, estruturalmente acusatório, no qual estão perfeitamente definidas as funções de acusar, de defender e de julgar, sendo vedado ao Juiz proceder como órgão persecutório.

Pelo sistema proíbe-se "*al órgano decisor realizar las funciones de la parte acusadora*" ⁽¹⁾, "*que aquí surge con autonomía e sem qualquer relacionamento com a autoridade encarregue do julgamento*" ⁽²⁾.

Dos doutrinadores pátrios, talvez o que melhor traduziu o conceito do sistema acusatório tenha sido o mais completo processualista brasileiro, José Frederico Marques:

"A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o **jus puniendi** e a liberdade do réu.

"Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. (...) O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da **notitia criminis**. No que tange com a ação penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público." ⁽³⁾

Ora, sendo persecutório o ato a ser praticado, e exclusivo do Ministério Público, não pode se admitir que o órgão jurisdicional, antes de iniciada a ação penal, decida sobre sua competência, visto que a análise de tal matéria ainda lhe é defesa.

Bem a propósito, vê-se que o art. 109 do Código de Processo Penal refere-se a processo quando determina que o Juiz se declare incompetente. E inquérito não é processo...

Assim, impossível enxergar em tais hipóteses as feições de um conflito negativo de jurisdição (ou competência), pois os pronunciamentos judiciais proferidos em inquérito policial (ou em qualquer outra peça informativa) não têm o condão de caracterizar decisões de positivação ou negação de suas respectivas competências.

Tal conclusão, longe de ser original, advém de renomados doutrinadores e de diversos julgados, como procuraremos, a título de ilustração, mostrar a seguir:

O festejado professor carioca, Afrânio Silva Jardim, discorrendo sobre o tema, assim se pronunciou:

"Como se sabe, o inquérito policial tem natureza administrativa, sendo atividade investigatória do Estado-Administração, destinada a dar lastro probatório mínimo a eventual pretensão punitiva. Se tal é a natureza do procedimento policial, outra não pode ser a natureza dos diversos atos que o compõem.

"Mesmo os atos praticados pelo Juiz no curso do inquérito têm a natureza administrativa, sendo, por isso, chamados pelo professor Fernando da Costa Tourinho Filho de anômalos, tendo em vista o sistema acusatório. Não são jurisdicionais, pois sem ação não há jurisdição."

Conclui, então, o professor da UERJ:

"Inexiste possibilidade de conflito de competência ou jurisdição na fase inquisitorial, pela própria natureza dos atos que aí são praticados. Ficam expressamente ressalvadas as hipóteses de jurisdição cautelar, como, por exemplo, a decretação de prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória (contracautela).

"O simples fato de os Juizes, no inquérito, terem encaminhado os respectivos autos, a requerimento do MP, para outro órgão judicial não implica em afirmar ou negar a sua competência, tratando-se de despachos de mero expediente ou ordinatórios. Note-se que o art. 109 do CPP permite que o Juiz declare sua incompetência 'em qualquer fase do processo', não do inquérito policial." ⁽⁴⁾

Vejamos o ensinamento de outro professor da UERJ, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

"O juiz, quando determina o encaminhamento dos autos do inquérito para outro órgão do Ministério Público, o faz exercitando unicamente atividade administrativa, como chefe que é dos serviços administrativos do cartório. (...) o despacho de encaminhamento tem natureza simplesmente administrativa (...). Não existe nenhuma atividade jurisdicional e mesmo judicial na hipótese.

"Uma vez que, na prática, existe um despacho administrativo, lacônico que seja, não podemos transformá-lo de uma penada, sem um exame mais cauteloso de cada hipótese, em declinação da competência de um juízo, sob pena de subvertermos toda a ordem processual, além dos demais e gravíssimos inconvenientes e ilegalidades que tal medida acarretaria." ⁽⁵⁾

Agora estes julgados, bem elucidativos:

"Conflito de competência - Inexistindo denúncia, não tendo sido instaurada a ação penal, não há conflito de competência de juizes, mas conflito de atribuições do MP, que será decidido pela douta Procuradoria Geral de Justiça." (Conflito de Jurisdição n°. 163, Comarca do Rio de Janeiro).

"Conflito de Jurisdição - (...) Conflito suscitado antes do oferecimento da denúncia. Inadmissibilidade - Improcedência decretada - Remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, nos termos do art. 28, do CPP." (Conflito de Jurisdição n°. 32.572, de São Paulo, RT 192/568).

"Conflito de Jurisdição. Hipótese de conflito de atribuições. Conflito de jurisdição. Não se configura quando o desacerto sobre o juízo competente só existe no plano do MP e antes da denúncia. Sem o pedido inicial não se instaura a jurisdição. Caso de simples conflito de

atribuições a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça." (Ac. unânime da 3ª. Câmara Criminal, Rel. Des. Vivalde Couto, Conflito de Jurisdição n°. 592/81, Ementário de Jurisprudência do TJERJ, ano 04, p. 352).

"Não é caso de conflito de jurisdição, mas de conflito de atribuições entre órgãos do MP (a ser resolvido pelo Procurador-Geral), quando, antes de intentado o procedimento penal, se manifesta divergência ou dúvida entre os órgãos da acusação sobre qual a ação penal que no caso deve ser intentada." (Acórdão da 2ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal - Conflito de Jurisdição n. 468, Rel. Des. Romão Lacerda).

No mesmo sentido, conferir decisões citadas por Damásio de Jesus, no seu livro "Código de Processo Penal Anotado, São Paulo: Saraiva, 8ª. ed., 1990" (p. 109).

Resta-nos, então, a seguinte indagação: dirimido o conflito negativo de atribuições pelo Procurador-Geral de Justiça, aquele Promotor que entendeu não possuir atribuições para o feito estaria obrigado a atuar diante da conclusão contrária do chefe do **parquet**?

Entendemos que não e justificamos nosso posicionamento à luz de dois princípios basilares da Instituição: a independência e a autonomia funcionais, ambos consagrados no art. 127, §§ 1º. e 2º. da Constituição Federal, advertindo-se, desde logo, que a "*autonomia funcional atinge o Ministério Público enquanto instituição, e a cada um dos seus membros, enquanto agentes políticos.*"⁽⁶⁾

Observa-se que naquela hipótese do art. 28 do Código de Processo Penal, o Procurador-Geral de Justiça, discordando do pedido de arquivamento feito pelo Promotor de Justiça, oferece ele próprio a peça acusatória ou designa outro para fazê-lo, sendo-lhe vedado impor àquele primeiro o seu entendimento.

Ora, apesar de não se tratar da mesma hipótese, a semelhança, contudo, parece-nos flagrante, razão pela qual adotamos o presente raciocínio analógico. Se no caso de discordância quanto ao arquivamento de uma peça informativa não pode o chefe do Ministério Público impor a sua opinião ao Promotor de Justiça, por que *charadística razão* (como diria Tourinho Filho...) poderá fazê-lo no caso de um conflito de atribuições?

A propósito, vejamos esta hipótese trazida por Mazzilli:

"Vez ou outra, geralmente no curso de inquérito policial e às vésperas da denúncia, o promotor se convence de que o crime se consumou em outra comarca; ou, em caso de tentativa, entende que o último ato de execução ocorreu em local sujeito à jurisdição de outra vara; ou, enfim, sustenta que o crime é de competência da Justiça Federal e não da local, ou vice-versa. Não surge maior problema se o Juiz acolhe a manifestação e se esta também encontra receptividade junto ao Promotor e ao Juiz da nova comarca, que aceitam a remessa. Entretanto, se o primeiro juiz, a quem foi requerida a remessa, entender que a competência é dele próprio surge um interessante conflito. Quem o resolve?"

"Nesses casos, é comum que o juiz mande os autos ao procurador-geral, que, discordando da tese do promotor em matéria de competência, não raro faz oferecer a denúncia, suprimindo o ato ministerial omitido,

tudo com analogia ao art. 28 do CPP." (7)

Note-se que este consagrado autor, na hipótese de um conflito de atribuições entre Promotores, entende que deve ser utilizado o referido art. 28. Nós também, inclusive quando este dispositivo impede se imponha ao mesmo Promotor de Justiça a incumbência da denúncia.

É de Tourinho Filho a seguinte afirmação:

"Entende a doutrina que, antes de se iniciar a ação penal, não há falar-se em conflito de competência, mas sim de atribuições, aplicando-se para a sua solução a regra contida no art. 28 do estatuto processual penal, por analogia." (8)

Ao comentar este artigo, em uma outra obra, o mesmo Tourinho assevera:

"Vê-se, pela própria redação do art. 28, que o Procurador-Geral não pode fazer retornar os autos ao mesmo Promotor que pediu o arquivamento. É-lhe facultado designar outro. O mesmo, não. Seria violentar a consciência jurídica daquele Promotor, e, ademais, em face do entendimento já manifestado, estaria ele psicologicamente preso à idéia da inviabilidade da ação penal." (9)

Também comentando o art. 28, ensina Eduardo Espínola Filho:

"Se, porém, achar o procurador geral que não socorre razão ao promotor, no pleitear o arquivamento, poderá, sem impor a esse o vexame de uma denúncia compulsória, contrária à sua convicção, oferecer, ele próprio, a denúncia, ou, para isso, designar outro órgão do Ministério Público." (grifo nosso) (10)

O art. 28 contém esta regra exatamente para poupar o representante do Ministério Público do desconforto de ter a sua tese jurídica (espera-se que devidamente fundamentada, em conformidade com o art. 129, VIII, **in fine** da Constituição Federal) rechaçada pelo Procurador-Geral.

O velho Bento de Faria já escrevia:

"O Ministério Público, como fiel fiscal da lei, não poderia ficar constrangido a abdicar das suas convicções, quando devidamente justificadas. Do contrário seria um instrumento servil da vontade alheia." (11)

Para ilustrar, leia-se este julgado citado por Espínola Filho:

"Havendo divergência entre promotores no que concerne à classificação do delito, a solução não é o conflito de jurisdição que só poderá ser suscitado após o início do procedimento penal, ou seja, após a denúncia. Antes desta, haverá divergência de atribuições e a solução há-de ser dada pela Procuradoria Geral de Justiça. Esta conclusão se baseia na regra que o art. 28 do CPP oferece, a qual não se aplica somente em

casos de arquivamento de inquérito. Por ela se resolvem, por analogia, todas as divergências que se manifestem entre juizes e promotores, em matéria de competência funcional destes, como todos os conflitos de atribuições que surjam." (12)

Este nosso entendimento procura conciliar os interesses da Instituição, que indubitavelmente é hierarquizada, com os princípios constitucionais garantidos aos seus membros.

Não se diga que adotando este ponto de vista poderíamos chegar a um impasse caso o 1º. substituto do Promotor discordante (e a incumbência deve recair sempre nos respectivos substitutos, preservando-se o princípio do Promotor Natural) também não aceitasse o entendimento do seu chefe; neste caso, o próprio Procurador-Geral ofereceria a denúncia, iniciando-se a ação penal e tornando-a, inclusive, indisponível (art. 42 do Código de Processo Penal).

Também não se argumente que quando o Tribunal decide um conflito negativo de competência, o Juiz de Direito não pode se negar a exercer a sua jurisdição, ainda que, a princípio, deu-se por incompetente. Neste caso, recorre-se ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual não pode o Magistrado, de regra, furtar-se ao exercício do seu **munus** jurisdicional.

A jurisdição, já dizia Frederico Marques, é indeclinável, pois "nenhum juiz pode ser retirado do processo e julgamento de uma causa, nem mesmo por seus superiores hierárquicos. E tampouco lhe cabe declinar do exercício da função jurisdicional em determinado feito, como é óbvio, salvo em casos especiais, de afastamento do cargo, para gozo de férias ou para entrar em licença, ou então quando está legalmente impedido, ou tiver de jurar suspeição." (13)

Assim pensando, procuramos consagrar a independência funcional do respectivo membro do Ministério Público sem haver afronta à figura do chefe da Instituição (que, aliás, também é independente e autônomo funcionalmente nas suas atribuições).

O grande Roberto Lyra já afirmava que "nem o Procurador-Geral, investido de ascendência hierárquica, tem o direito de violentar, por qualquer forma, a consciência do Promotor Público, impondo os seus pontos de vista e as suas opiniões, além do terreno técnico ou administrativo."

Para este autor (que dedicou toda a sua vida ao estudo do Direito Criminal e ao Ministério Público, a ponto de ser chamado por Evandro Lins e Silva de o "*Príncipe dos Promotores Públicos brasileiros*") "*quanto ao elemento intrínseco, subjetivo, dos atos oficiais, na complexidade, na sutileza, na variedade de seus desdobramentos, como a apreciação da prova, para a denúncia, a pronúncia, o pedido de condenação, a apelação, a liberdade provisória ou a prisão preventiva, é na sua consciência livre e esclarecida, elevada a um plano inacessível a quaisquer injunções ou tendências, que o Promotor Público encontra inspiração*", concluindo "*que a disciplina do Ministério Público está afeta ao Procurador-Geral. No entanto, esse não intervém na consciência do subordinado.*" (14)

O saudoso Esmeraldino Bandeira já escrevia que o Promotor de Justiça na "*sua*

palavra é absolutamente livre e independente, e em suas requisições não atende senão à sua consciência." (15)

Ainda a propósito, certa vez um antigo Promotor de Justiça do Distrito Federal, Dr. Murillo Fontainha, ao recusar determinação do Procurador-Geral de oferecer denúncia em um caso, escreveu:

"No exercício das suas elevadas funções, o Ministério Público 'só recebe instruções da sua consciência e da lei' (Sentença do saudoso Magistrado Raul Martins, D. Oficial de 10 de outubro de 1914, p. 10.844) e 'as ordens que o Chefe do Ministério Público tem o direito de impor aos seus inferiores são ordens que não afetem à consciência dos mesmos. E o Promotor, que fugindo aos impulsos da sua convicção, deixar-se sugestionar pelas imposições extrínsecas, é um que homem ultraja à sua consciência e um Magistrado que prostitui a lei. Vê, pois, V. Ex^a., que nas funções em que entra a convicção do Promotor, como elemento principal, a ordem do Chefe do Ministério Público não pode ter o caráter de preceito imperativo obrigatório' (Auto Fontes, Questões Criminais p. 75-6)."

E continua adiante:

"Todas essas explanações evidenciam que nas hipóteses em que o Ministério Público tem que opinar da sua conduta no caso que lhe for concluso, quer de oportunidade ou cabimento de recurso legal a interpor, quer de apreciação sobre elementos para denúncias ou arquivamento de processos, só deve receber instruções da sua íntima convicção, de sua consciência. Nessa esfera, as instruções do Chefe do Ministério Público não podem penetrar, porque é a própria lei em vigor que o diz quando terminantemente dispõe que incumbe aos Promotores Públicos oferecer denúncia quando se convençam da existência de crimes de sua competência." (grifo nosso). (16)

Em resposta, eis o que decidiu o Procurador-Geral de Justiça:

"Entende o Procurador-Geral que, na espécie, existem fatos elementos para instauração da ação penal, e, não podendo determinar ao Dr. 1º Promotor Público que ofereça denúncia, sujeitando-se às sanções legais, em caso de recusa, por haver cessado a sua competência no juízo da 4ª Vara Criminal, recomendo ao seu substituto ofereça denúncia contra aqueles indiciados." (17) (grifo nosso).

Jorge Americano, por sua vez, pontuava:

"Dentro da esfera das suas atribuições, cada membro do Ministério Público tem independência de movimentos para requerer diligência, para denunciar ou pedir arquivamento inicial de processos, para opinar, a favor ou contra o réu, para recorrer ou não, para expor certos argumentos, de preferência a outros." (18)

Diante do exposto, concluímos que o Procurador-Geral de Justiça, ao dirimir um conflito negativo de atribuições entre dois ou mais Promotores de Justiça, não deve encaminhar o respectivo procedimento àquele colega com o qual haja discordado,

respeitando a sua opinião, devendo, então, encaminhar o expediente ao 1º. substituto, a fim de que se resguarde e se preserve o princípio do Promotor Natural.

Encerremos, então, com mais esta lição do grande Lyra:

"Decairia de sua própria independência moral o Promotor Publico se ficasse sujeito, em matéria opinativa, às injunções, quer dos juizes, quer dos chefes, esses funcionários da confiança do Governo. Ocorreria ainda o perigo de, indiretamente, submeter-se o Promotor Público ao arbítrio oficial no desempenho de uma tarefa de sutilíssima subjetividade." (p. 176).

Notas

1. Gimeno Sendra, Derecho Procesal, Valencia: Tirant lo Blanch, 1987, p. 64.
2. José António Barreiros, Processo Penal-1, Almedina, Coimbra, 1981, p. 13.
3. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Forense, p. 64.
4. Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Forense, 10ª. ed., 2001, p. 225 e segs.
5. O Ministério Público no Processo Civil e Penal, Rio de Janeiro: Forense, 5ª. ed., 1995, págs. 190 e segs.
6. Hugo Nigro Mazzilli, Regime Jurídico do Ministério Público, São Paulo: Saraiva, 3ª. ed., 1996, p. 94.
7. Regime Jurídico do Ministério Público, São Paulo: Saraiva, 3ª. ed., 1996, p. 404.
8. Processo Penal, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 24ª. ed., 2002, p. 615.
9. Código de Processo Penal comentado, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 6ª. ed., 2001, p. 98.
10. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Vol. I, Rio de Janeiro: Borsoi, 5ª. ed., 1960, p. 362.
11. Código de Processo Penal, Vol. I, Rio de Janeiro: Record, 2ª. ed., 1960, 120.
12. Obra citada, Vol. II, p. 342.
13. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I, Campinas: Millenium, 2000, p. 278.
14. Teoria e Prática da Promotoria Pública, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª. ed., 1989, p. 158.

15. **Apud** Roberto Lyra, obra citada, p. 160.

16. **Apud** Roberto Lyra, obra citada, p. 164.

17. Idem, p. 165.

18. Idem, p. 166.

Sobre o autor

▪ Rômulo de Andrade Moreira
E-mail: [Entre em contato](#)

Sobre o texto:

Texto inserido no Jus Navigandi nº58 (08.2002)
Elaborado em 06.2002.

Informações bibliográficas:

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O conflito negativo de atribuições e a independência funcional do promotor de Justiça . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3113>>. Acesso em: 15 maio 2012 .
