

4.3.2 Crime. Controvérsia. Declínio de competência. Impossibilidade. Sistema acusatório. Conflito de atribuição. Inaplicabilidade da jurisprudência consolidada

Spencer dos Santos Ferreira Junior

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

I – Introdução

O caso sobre o qual chamamos sua atenção nos foi proposto na labuta diária, quando atuávamos perante a 8ª Promotoria de Justiça da capital, com atribuição no Juizado Especial Criminal. Sua peculiaridade despertou-nos o desejo em torná-lo público, assim como a nossa conclusão.

Em síntese, determinada pessoa foi presa em flagrante por crime da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas), uma vez que policiais federais, ao cumprirem mandado de prisão temporária em sua residência, por seu suposto envolvimento com o tráfico internacional de entorpecente, encontram em seu poder certa quantidade de “maconha”.

Em virtude desse flagrante, foi lavrado o respectivo auto e encaminhado para Justiça Federal, mas, em razão da controvérsia acerca da sua conexão com o crime que ensejou o mandado de prisão, bem como sobre a internacionalidade do ilícito, esse procedimento transitou por diversas varas da Justiça Federal, até que entenderam por bem remetê-lo para Justiça Comum, afastando a competência federal.

Contudo, após o declínio da competência para uma das varas criminais da Justiça Comum estadual, o órgão do Ministério Público que ali oficiava pugnou pela remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal, ao entendimento de que o crime seria de menor potencial ofensivo (uso de drogas).

A partir desse momento, tomamos ciência dos autos.

Como se observa, além das controvérsias acerca da

conexão e da internacionalidade, a matéria posta *sub examine* havia ganhado outra vertente de discussão: a correta tipificação da conduta do imputado, se tráfico ou uso de entorpecente, bem como qual seria a via adequada para o seu saneamento, o conflito de competência ou de atribuição.

Pois bem.

Apesar de termos vislumbrado, no caso em comento, a competência da Justiça Federal para julgamento do crime, em razão da conexão, não nos ateremos a esse aspecto, porquanto demandaria revolvimento de provas, o que seria incompatível com a pretensão desse trabalho.

Sob essa consideração, passaremos direto às breves considerações que fizemos à época acerca da correta tipicidade da conduta do flagrado, para, após, adentrarmos na questão principal e que motivou o presente estudo: o mecanismo idôneo para solução do conflito que se instalou.

Sabe-se que para o oferecimento da ação penal basta a probabilidade da autoria e a prova da materialidade¹. Em casos tais, o processo criminal é deflagrado diante da dúvida, aplicando-se o brocardo segundo o qual *in dubio pro societate*.

Nessa perspectiva, concebe-se como de pouca técnica as incursões no âmago da prova para o oferecimento da ação penal e adequação típica da conduta do imputado, pois emergindo ela dúbia, deve o Estado direcionar sua imputação no crime mais maléfico para a sociedade, desde que provável, exatamente em razão dos compromissos assumidos para com a coletividade, em homenagem aos princípios processuais aplicáveis a essa

¹ Por óbvio, despiendo falar-se em materialidade quando o crime for de mera conduta ou formal.

fase processual e por ser vedado, de acordo com a maioria, a “imputação alternativa”² preconizada por Afrânio.

Em razão disso, sempre que existir dúvida acerca da conduta do criminoso, se mercador ou usuário de drogas, havendo justa causa para o oferecimento da ação penal, deve o crime mais grave ser veiculado na inicial. Apenas se, ao final, essa subsistir meramente provável, mas remanesecendo certo o uso, é que deve o delito ser desclassificado.

Foi por isso que, naquele caso, após exame do inquérito procedido pela Polícia Federal, acreditávamos tratar-se de tráfico de entorpecente, sobejando razões para essa conclusão, consoante assim externamos, *in verbis*:

Primeiro, “as circunstâncias fáticas permitiram concluir que se trata de tráfico, haja vista que a apreensão deu-se após cumprimento de Mandado de Prisão Temporária, expedido pela 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS, em operação nacional que desarticulou quadrilha internacional de tráfico internacional de drogas, da qual o preso é acusado de fazer parte”.

Segundo, “a maconha apreendida não apresenta indícios de ter sido manuseada para uso”. Afinal, por que estaria prensada e envolta em fita adesiva se sua destinação era o uso corrente?”

Terceiro, juntou-se aos autos Boletim de Vida Progressiva do Indiciado, no qual ele informou ter como vício apenas o cigarro.

Tratando-se, portanto, de crime de maior potencial ofensivo (tráfico de drogas), revestido de hediondez, a questão que se colava a partir de então era saber como solver esse conflito de entendimentos. Isso porque, em posições antagônicas, tínhamos, de um lado, a manifestação do Promotor que oficiava perante a vara criminal, assentada na premissa de que o crime seria de uso e, do outro, aquela que acabávamos de sustentar. Aguçava mais ainda nossa reflexão o fato de que a promoção daquele órgão do “Parquet” havia sido acolhida pelo magistrado, cuja competência fora declinada para o Juizado Especial Criminal, onde atuávamos.

O ponto difícil da questão era saber qual a via adequada para solução da controvérsia: o incidente de exceção de incompetência ou o conflito de atribuição?

A análise desse busílis não poderia passar ao largo da Magna Carta, porquanto seus vetores axiológicos impregnam, inexoravelmente, todo ordenamento jurídico, bem como toda sorte de exegese que eventualmente pretendamos fazer.

Nesse sentido, passemos à leitura do que dispõem os artigos 127 e 129, I, da CRFB’88.

“Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à atividade jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais disponíveis.

Art. 129- São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública;”

Sob essa premissa maior é que temos como certo que o tema devia ser submetido ao sistema acusatório, eis que ao Ministério Público se atribui a privatividade da ação penal pública.

Nesse diapasão, após reexame e aprofundamento sobre as nuances daquele caso, não concebemos como legítima outra solução senão propor fosse a controvérsia submetida ao crivo do Procurador Geral de Justiça, por meio de conflito interno de atribuição. Inexistindo uniformidade entre membros do “Parquet”, sobre qual a correta subsunção da conduta de determinada pessoa no arcabouço legal vigente, deve a chefia institucional ser instada para apor sua última palavra sobre o conflito.

Ressalte-se que não olvidamos das lições extraídas da doutrina, tampouco do denso acervo jurisprudencial que se formou acerca da impossibilidade de se suscitar conflito de atribuição quando a matéria já tiver sido jurisdicionalizada e o magistrado acolher a promoção ministerial, declinando da sua competência. Sabemos que, hoje, está assentado que, nesses casos, estar-se-ia diante de *vero* conflito de competência, cuja disciplina encontra-se prevista nos arts. 113 e seguintes do CPP.

Nesse sentido, os sempre lúcidos ensinamentos de Paccelli, segundo o qual, *in verbis*:

É que em tais situações sempre haverá uma manifestação judicial, seja para acolher o ponto de vista ministerial, seja para rejeitá-lo. Aliás, exatamente por isso o mesmo Supremo Tribunal Federal vem entendendo que quando o juiz remete os autos para outro órgão da jurisdição, independentemente do conteúdo da sua decisão, ele estaria encampando o pronunciamento do Ministério Público, assumindo assim sua incompetência³

Na mesma linha, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência. Senão, vejamos:

Muito embora estejam discordantes, de um lado, membro do Ministério Público Federal e, de outro, membro do Ministério Público Estadual sobre de quem é a atribuição de processar as peças de informação do inquérito policial, os respectivos Juízos encamparam suas razões, o que transmuta a situação de mero conflito de atribuições para conflito de competência, na medida em que, mesmo não tendo sido inaugurada a fase judicial, houve por parte dos órgãos jurisdicionais envolvidos efetivo pronunciamento acerca de suas competências, no caso, recusando-as antecipadamente. (...) ⁴

Em outro julgado, assim se manifestou, *in verbis*:

Quando, ainda que apenas acolhendo as manifestações dos respectivos órgãos ministeriais, pronunciaram-se as autoridades judiciárias acerca da controvérsia, caracterizado está o conflito de competência. Precedentes do STJ. Sendo desconhecida a autoria do crime de roubo, o foro competente para o processo e julgamento do feito é o do local onde se consumaram os crimes de receptação e de adulteração de chassi do veículo. Conflito de atribuição conhecido como de competência para declarar competente o Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal de Belo Horizonte/MG.⁵

² Cf. JARDIM, Afrânio Silva. In **Ação Penal Pública** – Princípio da Obrigatoriedade. 2 ed. Rio de Janeiro:Forense, 1962, para o qual não “deve impressionar a circunstância de o titular da ação penal tornar explícita a sua dúvida em relação a que conduta efetivamente o acusado praticara (imputação alternativa) ou qual dos acusados que praticou a infração penal (alternatividade subjetiva). A dúvida a isto se resume, pois há firme convicção de que uma infração foi realmente praticada, determinável após a instrução criminal contraditória. Ademais, a petição inicial (denúncia) nada mais é do que uma proposta, uma probabilidade. É o ato processual hábil a trazer ao Poder Judiciário a apreciação de um ou mais fatos (...) Na imputação alternativa a acusação penal é determinada e os fatos são atribuídos aos réus de forma concreta, descritas todas as circunstâncias, como quer o art. 41 do Código de Processo Penal”.

³ Oliveira, Eugênio Paccelli de. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006. página 51.

⁴ *Idem. Ibidem*

⁵ Cat. 159/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09.03.2005, DJ 21.03.2005 p. 212.

Verifica-se, portanto, que, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, há vozes quase uníssonas no sentido de que, na medida em que a promoção do “Parquet” é encampada pelo judiciário, que declina da sua competência, não há mais espaço idôneo para que se discuta conflito de atribuição.

Todavia, a certeza da inaplicabilidade desse entendimento ao caso proposto (conflito entre Promotores sobre se determinada conduta representa crime de tráfico ou uso de drogas) cresce na mesma proporção que aprofundamos nossa análise nas suas peculiaridades. A doutrina e jurisprudência acima colacionadas, embora seduzam em um primeiro lance de vista, não se sustentam depois de acurado exame do caso ora proposto. Isso porque a questão sobre a qual outrora debruçaram doutrina e jurisprudência não se confundem com aquela agora enfrentada.

Diz-se isso, pois, naqueles casos, a tese encampada pelos magistrados incide inelutavelmente sobre a competência, mesmo que implicitamente. Por exemplo, se o Ministério Público entende que determinado crime é de tráfico, mas não internacional, a competência deve ser declinada para Justiça Comum, não fazendo o magistrado qualquer juízo de tipicidade, sendo-lhe impositivo declinar da competência, já que a opinião sobre o crime não lhe pertence, e a tipificação promovida por aquele que a exerce afasta seu julgamento. Mas a situação que propomos é outra!

No caso que enfrentamos, não se discutia competência, mas a correta subsunção da conduta do investigado ao ordenamento jurídico abstratamente previsto. Apenas obliquamente é que essa controvérsia repercutia na competência. Não se questionava se determinado crime era da atribuição deste ou daquele órgão de execução, da competência deste ou daquele juízo, mas qual o crime praticado pelo investigado. Até porque, ninguém ousaria contestar a competência do Juizado Especial para o julgamento do crime de uso de drogas e a competência da Justiça Comum para o de tráfico.

Em outras palavras, no caso em testilha a competência não era a questão controvertida, mas, sim, mera consequência da tipificação da conduta do agente.

Sendo assim, a se conceber conflito de competência para sua solução, estar-se-ia atribuindo ao Poder Judiciário dizer sobre o crime praticado pelo investigado, se de uso ou tráfico, o que, além de incompatível com o próprio sistema acusatório, violaria axioma básico no sentido de que é o “Parquet” quem detém o *dominus litis* e exerce a *opinio delicti*.

Por essa razão é que o conflito que se instalou devia ser submetido à chefia institucional a qual se vinculavam os Promotores de Justiça discordantes, não havendo falar-se em conflito de competência, sob pena de subversão do sistema reinante no

Processo Penal, dos princípios aplicáveis à espécie e de pré-julgamento pelo Estado-Juiz.

Quer se dizer com isso que, nos casos em que os conflitos cingirem-se, *prima facie*, na correta tipificação de determinada conduta, deve a matéria ser remetida para o Procurador Geral de Justiça, nos termos do que dispõe o art. 10, X, da L. 8625/93; art. 18, XXII, da LC 34/94 do Estado de Minas Gerais; e art. 26, VII, da LC 75/93.

II – Sugestão

Em observância ao sistema constitucional imposto, deveriam os inquéritos policiais ser remetidos diretamente ao Ministério Público, sem a interposição do Poder Judiciário, a fim de tornar mais célere o seu trâmite, facilitar o controle externo da atividade policial e, sobretudo, retirar o juiz da fase persecutório-administrativa, preservando sua imparcialidade.

Foi essa a sistemática implementada no Estado do Rio de Janeiro, através das Promotorias de Investigação Penal, cuja proposta não fora outra senão reafirmar o postulado do Sistema Acusatório⁶. Nesse ente da federação, os procedimentos investigativos não são distribuídos no judiciário, exceto em caso de flagrante ou de requerimentos cautelares, sendo retilínea a relação travada entre a polícia judiciária e o Ministério Público.

Afinal, nada mais contraditório do que conferir ao “Parquet” o *dominus litis* e a *opinio delicti* e, por outro lado, submeter-lhe ao crivo jurisdicional quando pretender alguma complementação investigativa. Por que requeremos se poderíamos requisitar?

Em face disso, temos que a adoção da experiência fluminense não só atenderia aos ditames constitucionais, como evitaria distorções como a que tivemos a oportunidade de expor, na medida em que, antes da propositura da ação penal, as investigações não transitariam pelo judiciário, não havendo falar-se em conflito de competência.

III - Conclusão

Sob essas premissas, não vemos como possível aplicarmos o entendimento já consolidado pelos tribunais e doutrina, já que a questão trazida a debate possui nuances que a distingue das que até hoje foram analisadas, devendo a matéria ser solvida no âmbito do Ministério Público, por meio de conflito interno de atribuição, pois, antes de se tratar de questão que repercute na competência, suas implicações relacionam-se, diretamente, com a vocação constitucional do “Parquet”.

⁶ Resolução 786, de 02 de dezembro de 1997. Estabelece atribuição das Promotorias de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em matéria criminal