

Formação da opinião ministerial e impossibilidade de ingerências do Judiciário em fase anterior ao ajuizamento da denúncia. Lei nº 10.259/01 e considerações sobre sua constitucionalidade.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE SÃO GONÇALO

Feito: 15.975-0

Indiciado: *Leonardo Santos de Macedo*

MM. Juiz,

Trata-se de Inquérito Policial que apura a prática em tese do crime previsto no artigo 303 do Código de Trânsito Brasileiro – cuja pena máxima cominada é de 2 anos de detenção – aplicando-se à hipótese, por força do artigo 291, parágrafo único do mesmo Código, os artigos 74 e 76 da Lei nº 9.099/95, com a possibilidade da composição civil dos danos e do oferecimento de proposta de transação penal pelo Ministério Público, antes do oferecimento de denúncia.

Desta forma, foi requerida à fl. 16 designação de Audiência Preliminar, a que alude o artigo 72 da Lei nº 9.099/95, tendo sido realizada, conforme se verifica à fl. 33, embora frustrada a tentativa de composição civil e transação penal em virtude da ausência do indiciado.

Ainda não houve o oferecimento de denúncia, antes disso tendo o ilustre Promotor de Justiça, à época, declinado de sua atribuição em favor de um dos Promotores junto aos Juizados Especiais Criminais desta Comarca (fls. 49/50), diante da vigência da Lei nº 10.259/01, e da conseqüente alteração do critério de menor potencial ofensivo para os Juizados Estaduais, o que foi indeferido por V.Exa., ao argumento de que o enunciado do encontro de Juízes Criminais do TJRJ dispôs em sentido contrário, voltando os autos a este órgão do *Parquet* para manifestação.

A celeuma que gira em torno da aplicação da referida Lei que cria os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, realizando o mandamento constitucional do artigo 98, parágrafo único da Lei Maior, é notória. Seu artigo 2º, parágrafo único, utilizou-se, para a definição da competência dos Juizados Federais, da seguinte definição de crimes de menor potencial ofensivo:

“Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, *para os efeitos desta Lei*, os crimes a que a lei comine *pena máxima não superior a dois anos, ou multa*" (grifos deste Promotor).

Por sua vez, o artigo 20 do mencionado diploma legal determinou:

"Art. 20. Onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, *vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual*" (grifos nossos).

Desta forma, não há dúvidas de que a *mens legis* do diploma legal citado foi impedir a extensão de suas normas à Justiça Estadual.

No entanto, para a norma do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, que cria e regulamenta os Juizados Especiais Criminais no âmbito estadual, crimes de menor potencial ofensivo, e assim inseridos na competência de tal Juizado, são definidos da seguinte forma:

"Art. 61 - Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima *não superior a um ano*, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial" (grifou-se).

Ou seja, a Lei nº 10.259/01 criou um tratamento diferenciado do conferido pela Lei nº 9.099/95 quanto à definição dos crimes de menor potencial ofensivo. Infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral⁽¹⁾ são de menor potencial ofensivo quando, para seu cometimento, não seja cominada pena máxima superior a dois anos. Seriam, assim, julgados perante os Juizados Especiais Criminais Federais.

Já os demais crimes que não ofendem aqueles bens jurídicos, e assim da competência da Justiça Estadual, são de menor potencial ofensivo quando, a teor do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, tenham pena máxima cominada não superior a um ano.

⁽¹⁾ De acordo com o artigo 109, inciso IV, da Constituição da República, que regulamenta a competência para julgamento de crimes na Justiça Federal.

Surgiram vozes na doutrina sobre a inconstitucionalidade deste tratamento desigual. E a solução seria a desconsideração do artigo 20 da Lei nº 10.259/01 e a conseqüente aplicação do artigo 2º, parágrafo único da mesma Lei aos Juizados Especiais Criminais Estaduais. Passariam à competência destes, em detrimento das Varas Criminais, os crimes cuja pena máxima cominada não fosse superior a dois anos.

Não podemos faltar com a sinceridade ao deixar de admitir que a distinção realizada pelo legislador ordinário não encontra respaldo no princípio da proporcionalidade.

O princípio da igualdade, como todo princípio abraçado pela Constituição, admite uma série indefinida de aplicações, impondo a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica⁽²⁾. São, por isso mesmo, chamados de *mandados de otimização*⁽³⁾. Ao contrário das regras, não possuem convivência antinômica, mas coexistem de forma conflitual, resolvendo-se seus entrec choques não através da dimensão de validade das regras, mas através da dimensão de peso⁽⁴⁾ que lhes é peculiar, admitindo sejam ponderados os interesses conflitantes.

Quando em choque, os princípios devem sofrer compressões recíprocas até a solução do caso concreto alcançar um ponto ótimo onde não se sacrifiquem por completo nenhum deles, prestigiando assim o indeclinável princípio da unidade, específico de interpretação constitucional⁽⁵⁾. O método de verificação da ponderação é o princípio da proporcionalidade, através de seus subprincípios⁽⁶⁾.

A Lei nº 10.259/01 fixou uma posição concreta adotando a distinção acima indicada. Tal *discrimen*, para ser admitido, deve passar pelo filtro da proporcionalidade, de modo a se aferir se os princípios em conflito foram comprimidos além do ponto admissível.

Não se vislumbra, em primeiro lugar, um princípio individualizável apto a restringir o princípio da igualdade, que visivelmente sofre restrições com o tratamento desigual apontado.

Mesmo que se identificasse o outro princípio oculto, não haveria qualquer adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito – subprincípios componentes do princípio da proporcionalidade – para se tratar de forma mais branda (porque admitir a incidência de institutos despenalizadores em crimes de maior gravidade é, sem sombra de dúvida,

⁽²⁾ CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, p. 1147.

⁽³⁾ ALEXY, ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 72, *apud* BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 249.

⁽⁴⁾ DWORKYN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Massachussets: Harvard University Press, 1978.

⁽⁵⁾ BARROSO, LUIS ROBERTO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 185/186.

⁽⁶⁾ SARMENTO, DANIEL, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 96.

dar tratamento mais benéfico) as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

Pelo contrário, poder-se-ia até encontrar algum argumento de proporcionalidade, ainda que muito tênue, para se fazer o inverso: tratar de forma mais rígida tais crimes, considerando que atingem, em última análise, a União Federal, sendo titulares mediatos dos bens jurídicos tutelados *todos* os Estados que a compõem, como é o caso de ordenamentos jurídicos como o norte-americano, que dá especial relevo e importância para os chamados *federal offenses*.

A distinção operada pelo legislador da Lei nº 10.259/01 é, assim, inadmissível e inconstitucional, porque discrimina sem razão.

Todavia, para a extensão do campo normativo do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 à Lei nº 9.099/95 com a derrogação do artigo 61 da mesma, são necessárias algumas considerações, ultrapassar alguns obstáculos doutrinários quanto à inconstitucionalidade e ilegalidade da própria Lei nº 10.259/01.

Para alguns, a Lei ora em análise seria inconstitucional, pois não teria sido promulgada observando-se os estritos limites do parágrafo único do artigo 98 da Constituição, que diz o seguinte:

“Art.98 - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II -

Parágrafo único - Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”
(grifos deste Promotor).

Entende esta corrente doutrinária que a Lei Federal prevista no parágrafo único só poderia dispor sobre a criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, sem ter qualquer possibilidade de definição dos critérios de menor complexidade e de menor potencialidade ofensiva dos crimes de sua competência. Pelo contrário, a regulação de tais matérias só

poderia ter sido efetuada através da promulgação da Lei criadora dos Juizados Especiais Estaduais, pois somente o inciso I do referido artigo é que faz esta referência.

Não concordamos com a tese.

Com relação à definição dos crimes de menor potencial ofensivo, e quem está autorizado a conceituá-los, ensina a doutrina:

“Os Juizados Especiais Criminais, criados por lei estadual, poderão ter competência para os processos relativos a outras infrações penais de menor potencial ofensivo previstas e definidas em lei federal de forma diversa da Lei 9.099/95. A Constituição Federal, no artigo 98, I, previu a criação de juizados especiais para a conciliação, julgamento e execução de infrações de menor potencial ofensivo, podendo ser compreendidas as da Lei 9.099, como também as que foram ou vierem a ser definidas em outras leis”⁽⁷⁾.

Assim é que a Lei nº 10.259/01, através de seu artigo 2º, parágrafo único, quis apresentar uma nova categoria de crimes de menor potencial ofensivo, como já fizeram tantas outras leis.

Quando do surgimento do Código de Trânsito Brasileiro, assim como com a norma do parágrafo único de seu artigo 291, que estendia a aplicação de normas da Lei nº 9.099/95 a crimes cuja pena máxima cominada superava um ano, a mesma polêmica se deu. Teria havido violação ao artigo 61 da Lei nº 9.099/95, e, com isso violação ao artigo 98, inciso I da Constituição.

Confira-se:

“Já se tem acenado com a inconstitucionalidade desse dispositivo. Argumenta-se que, nos termos do art. 98, I, da Carta Magna, só cabe transação em infrações de menor potencial ofensivo e, assim, não poderia o legislador ordinário admiti-la fora do âmbito traçado pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, que define como tais infrações as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano. Contudo, a Constituição não impede que o legislador possa admitir transação penal fora do círculo das infrações de menor potencial ofensivo ou aumentar o rol dessas infrações, adotando para

⁽⁷⁾ GRINOVER, ADA PELLEGRINI et al., *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, 3ª ed., São Paulo: RT, pp. 65/66.

defini-las critério diverso daquele utilizado pela Lei 9.099, como, por exemplo, o da natureza do crime. Não se pode entender que, com a Lei 9.099, esgotou-se o trabalho do legislador em matéria transaccional no processo penal e no definir as infrações de menor potencial ofensivo, passando a ficar preso ao seu próprio texto. Além do mais, o referido art. 61 da Lei 9.099 define infrações de menor potencial ofensivo apenas para os efeitos daquela Lei, deixando aberta a via para lei posterior definir outras infrações desse teor ou, ainda, para que se admita aplicação parcial da lei a outros crimes.

(...) e, em segundo lugar, que [a Constituição no artigo 98, inciso I] estabeleceu a criação, pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, de Juizados Especiais para a conciliação, o julgamento e a execução de (e não das, ou seja, não necessariamente de todas as) infrações penais de menor potencial ofensivo. (...) Nada impede que outras leis ampliem, para os efeitos de cada qual, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, desde que observado o princípio da razoabilidade (ou da proporcionalidade) que impede ao legislador considerar de menor potencial ofensivo crimes graves por sua natureza”⁽⁸⁾ (nossos grifos)

Ao contrário de ultrapassar os limites de sua competência, conforme delineado no art. 98, parágrafo único, da CR, o legislador da lei nº 10.259/01 utilizou-se de um critério material para definir, para aquela lei, crimes de menor potencial ofensivo. Este critério material foi, ao mesmo tempo, a quantidade de pena cominada (máximo de 2 anos) em conjugação com a natureza do crime em razão do bem jurídico lesado: bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

Até aí nada de errado, como mostrado acima. Apenas novos crimes de menor potencial ofensivo. O mesmo legislador federal da Lei nº 10.259/01 e previsto pela Constituição no artigo 98, § único, poderia, nos moldes do CTB e da Lei de Crimes Ambientais, legitimamente fazê-lo, obtendo validade através da outorga de competência prevista no artigo 22, inciso I, da Carta Maior⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ GRINOVER, ADA PELLEGRINI et al., *ob. cit.*, pp. 342, 349/350.

⁽⁹⁾ Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

No entanto, a desigualdade de tratamento, em comparação com a regulamentação dos crimes de menor potencial ofensivo do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 é que, da forma acima dita, viola o princípio da igualdade, pedindo solução do intérprete e aplicador da nova lei.

Mas não param aí as teses contra à validade da Lei nº 10.259/01.

Em 26 de fevereiro de 1998, foi promulgada a Lei Complementar nº 95 que, conforme sua própria ementa, “dispõe sobre a elaboração, a redação, alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”.

Em seu corpo de dispositivos, estabelece este diploma várias normas de observância obrigatória na elaboração de leis pelo Poder Legislativo. Entre estas, consta a norma de seu artigo 9º, fundamental ao presente caso:

“Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas:

I - (...)

III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a *cláusula de revogação*, quando couber.

Art. 9º Quando necessária a cláusula de revogação, esta deverá indicar expressamente as leis ou disposições legais revogadas”.

Não satisfeito, e diante do labirinto legislativo existente até hoje, com as já conhecidas – a do presente caso é mais uma – disparidades inexplicáveis de tratamento pelas milhares de leis editadas, responsáveis por inúmeras quebras sistemáticas do ordenamento⁽¹⁰⁾, o legislador complementar foi além e editou a Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001, alterando a primeira lei, que teve modificado seu artigo 9º, passando a ser obrigatória a cláusula de revogação, isto é, eliminando a até então conhecida revogação tácita:

⁽¹⁰⁾ Cf. CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1996, p. 200, que, ao discorrer sobre a inevitabilidade das quebras no sistema, leciona: “Por um lado, uma determinada ordem jurídica positiva não é uma ‘ratio scripta’, mas sim um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, apresentando como tal, de modo necessário, contradições e incompleitudes, inconciliáveis com o ideal da unidade interior e da adequação e, assim, com o pensamento sistemático”.

“Art. 1º Os arts. 8º, 9º, 11, 12, 13 e 14 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”.

Alguma dúvida poderia surgir sobre a obrigatoriedade e a conseqüente sanção para o descumprimento de tal norma, em virtude do artigo 18 da LC nº 95/98, não alterado pela LC nº 107/01, que assim reza:

“Art. 18. Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento”.

Ora, se a simples omissão da cláusula de revogação expressa e individualizada dos dispositivos alterados for considerada como mera “inexatidão formal” da norma elaborada através de processo legislativo regular, nos termos do citado artigo, não haveria qualquer sanção para o descumprimento do artigo 9º. A lei que não o observasse seria aplicável, inclusive revogando tacitamente as demais normas legais contrárias à lei posterior.

Não pode ser esta a melhor interpretação. A norma do artigo 18 e a referência ali contida a inexatidões formais só pode ser entendida referindo-se à seção II do capítulo II da referida Lei Complementar que trata da técnica de articulação e da redação das Leis. Do contrário, a normatividade da Lei Complementar seria toda comprometida, servindo como um mero aviso ou “manual de instruções” para a elaboração de Leis que não precisaria ingressar no mundo jurídico com esta natureza jurídica – e inclusive com *quorum* qualificado de votação – assumindo, como toda norma geral e abstrata, natureza deontica dotada de imperatividade, nota diferencial do jurídico.

Registre-se que a própria Constituição não previu em seu artigo 59, parágrafo único, que “lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis” para que tal lei fosse editada desfigurada, desprovida de qualquer imperatividade e sanção. Pelo contrário, as próprias normas de conteúdo da LC nº 105/98 passaram a integrar o chamado devido processo legislativo, e condicionam a validade das demais leis que, assim, devem se submeter a seus comandos.

Se já não fosse o óbvio, passaria a ser com a edição da LC nº 105/01, em que o ímpeto do legislador complementar de obrigar o Poder Legislativo a indicar expressamente os dispositivos que revoga com a elaboração de seus atos normativos se mostrou mais intenso, explicitando – no exercício da mais

pura interpretação autêntica – que a cláusula de revogação expressa e específica é sempre obrigatória.

Mas esta norma não é obedecida pela Lei nº 10.259/01, que não traz cláusula de revogação expressa do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, e assim, não poderia, para quem assim entende, operar o efeito desejado pela doutrina “liberalizante”, definindo como conceito universal de crimes de menor potencial ofensivo aquele trazido pelo parágrafo único do artigo 2º, em razão da quantidade de pena cominada, aplicável igualmente aos Juizados Especiais Criminais estaduais.

Por contrariar a Lei Complementar nº 95/98, com a alteração trazida pela LC 107/01, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 seria inválido, nulo, e não produziria qualquer efeito. A definição de crimes de menor potencial ofensivo, inclusive para a própria Lei referida, seria a constante do artigo 61 da Lei nº 9.099/95.

Ocorre que, como se nota do artigo 20 da Lei nº 10.259/01 e da cláusula restritiva de efeitos da conceituação do parágrafo único de seu artigo 2º, o intuito do legislador ordinário que editou a Lei ora analisada *não foi o de revogar o artigo 61 da Lei nº 9.099/95*. Pelo contrário, com a cláusula do parágrafo único do artigo 2º, restritiva daquele conceito legal aos próprios efeitos da Lei nº 10.259/01 e com a norma de seu artigo 20, *sua intenção foi a de estabelecer um regime diferenciado apenas para o Juizado Especial Criminal Federal, e assim manter intangível o artigo 61, aplicável para os Juizados Estaduais*.

Não havendo como exigir cláusula de revogação expressa de uma lei que *não tem por objetivo revogar outra disposição, nem regular de forma diversa a mesma matéria, não se pode questionar a validade da Lei nº 10.259/01 em face das LC nº 95/98 e nº 107/01*, o que faz cair por terra este segundo argumento de não-aplicação daquela.

Mas se subsiste a inconstitucionalidade em razão da discriminação ilegítima acima apontada, como solucioná-la?

Note-se que não há somente uma inconstitucionalidade por ação, através da positivação da norma do artigo 20 e parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.259/01, pois, mesmo ausentes tais dispositivos, a aplicação da Lei mencionada não seria automática aos Juizados Estaduais, que não têm competência para o julgamento de crimes previstos no artigo 109, inciso IV, da Carta Maior.

A solução, decerto, deve ser encontrável na teoria do controle de constitucionalidade. No caso em tela, não se prevendo a extensão normativa da conceituação dos crimes de menor potencial ofensivo aos Juizados Especiais Criminais Estaduais, houve o que se chama de *inconstitucionalidade por omissão relativa*. Veja-se:

“A doutrina, por fim, estabelece distinção entre as omissões absolutas e as relativas. Enquanto aquelas

decorrem da violação, por inércia, de um dever autônomo de legislar (as ordens de legislar e as imposições constitucionais, *v.g.*), estas derivam da violação ao princípio da isonomia. Portanto, se no primeiro caso o legislador deveria necessariamente atuar, no outro isso não ocorre. Aqui, podia o legislador manter-se inerte sem ofender a Constituição. Mas se resolveu atuar, então não podia descumprir o princípio da isonomia para, por exemplo, deixar de prever o alcance dos dispositivos aprovados ou excluir dos benefícios concedidos, pela omissão, outras categorias de pessoas em idêntica situação.

(...) O remédio da anulação das disposições, se entendido como possível solução geral e indiscriminada é, geralmente, 'desproporcional e incongruente' não somente porque a ilegitimidade 'não está no que é expresso, mas nisto que é omissó', mas sobretudo, como estabeleceu a própria Corte, porque 'uma omissão não razoável (ou não seguramente razoável) do legislador não pode conduzir a uma declaração de ilegitimidade constitucional de outras normas em si razoáveis'"⁽¹¹⁾.

Ou como sintetiza o problema, CANOTILHO:

"Quer dizer: se o legislador atuou voluntariamente criando uma certa disciplina legal, então ele fica obrigado a não deixar inconsiderados os casos essencialmente iguais aos previstos no Tatbestand legal"⁽¹²⁾

Continuando na análise do denso pensamento do constitucionalista português, nota-se em sua doutrina que é possível o controle concreto de constitucionalidade por omissão relativa em razão da violação ao princípio da igualdade – exatamente o caso em tela:

⁽¹¹⁾ CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2a ed., São Paulo : RT, 2000, p. 328.

⁽¹²⁾ CANOTILHO, J. J. GOMES, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 335.

“Teoricamente pensável como proteção jurídica judicial contra omissões do legislador é o incidente de inconstitucionalidade por omissão legislativa. Significa isto que num processo concreto junto dos tribunais se poderia levantar o incidente da inconstitucionalidade por omissão, seguindo-se os trâmites normais do controlo concreto de atos normativos. De difícil operatividade prática no caso de omissões absolutas, o problema podia ter relevância, como, de resto, as ações constitucionais de defesa o demonstraram, sempre que em tribunal, ao suscitar-se o incidente de inconstitucionalidade da lei, se verificasse que censurável não era o ato positivo da legiferação mas a omissão parcial, conducente, entre outras coisas, à violação do princípio da igualdade. O controlo concreto desenvolver-se-ia centrado na omissão legislativa, ficando intocado o ato positivo de legislação. Ao contrário, porém, do controlo abstrato, o alcance da fixação de omissão legislativa inconstitucional limita-se aqui inter partes”⁽¹³⁾.

No mesmo sentido, GILMAR FERREIRA MENDES:

“Se não se colocam, em princípio, razões jurídicas contra eventual aferição de ofensa à Constituição decorrente de omissão parcial do legislador, no processo de controle de normas incidental ou principal, seria lícito imaginar que esse tipo poderia ser impugnado inclusive no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade”.⁽¹⁴⁾

Ainda, conforme REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI:

“Teoricamente, pode-se admitir o incidente de inconstitucionalidade por omissão; porém, mesmo em um raciocínio puramente teórico, não se encontra operatividade prática em relação à omissão absoluta quando não existe a emanção de ato tendente a executar as imposições

⁽¹³⁾ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição dirigente...*, p. 347.

⁽¹⁴⁾ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 59.

inconstitucionais, o que já poderia ser de valia em relação à omissão parcial, quando da atuação deficiente do órgão competente, de forma a favorecer alguns grupos, e isto quando o órgão jurisdicional verificar que a violação da Constituição não estava relacionada com um ato positivo de ação, mas com uma omissão"⁽¹⁵⁾

De suma importância para o presente caso o fato de que o Supremo Tribunal Federal, através de seu Tribunal Pleno, nas poucas oportunidades em que analisou o tema da inconstitucionalidade por omissão relativa em razão de violação do princípio da igualdade, deu mostras de sufragar o entendimento acima, como se pode ler do voto vencedor do MI nº 58-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.04.91, onde se adotava, como fundamentação, a lição de GILMAR FERREIRA MENDES:

*"Não se advoga aqui a adoção, pura e simples, da técnica alemã da declaração de inconstitucionalidade sem a consequência da nulidade (...). Até porque não se afigura possível conciliar tal prática com o sistema difuso vigente entre nós. Nem se concebe que o juiz singular possa convocar o legislador a empreender as medidas necessárias à colmatação de lacuna inconstitucional. *Todavia, tais vícios podem ser reparados com base na 'técnica da divisibilidade das leis', reconhecendo-se o direito dos segmentos eventualmente discriminados*" (grifos nossos).*

Assim, ao final desta longa, porém necessária exposição, fixam-se as seguintes conclusões:

(a) a Lei nº 10.259/01 é válida, pois não viola o artigo 98, parágrafo único, da Constituição, estabelecendo, em seu artigo 2º, parágrafo único, um novo critério material de crime de menor potencial ofensivo, assim como o fizeram o Código de Trânsito Brasileiro e a Lei de Crimes Ambientais;

(b) a mesma Lei não viola as normas da LC nº 95/98 e 107/01 quanto à necessidade obrigatória de cláusula de revogação expressa, pois seu intuito não foi o de revogar o artigo 61 da Lei nº 9.099/95, mas conviver com o mesmo, justamente em razão dos dispositivos indicados no item anterior;

⁽¹⁵⁾ FERRARI, REGINA MARIA MACEDO, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4a ed., São Paulo: RT, 1999, pp. 230/231.

(c) a convivência dos distintos critérios de crime de menor potencial ofensivo veiculados pelas Lei nº 10.259/01 e 9.099/95, é impossível por inconstitucional, pois situações equivalentes são tratadas de forma diversa;

(d) embora a definição de crime desta natureza trazida pela Lei nº 10.259/01 nada tenha de inconstitucional, a omissão de norma similar a alterar o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 segundo o mesmo critério de gravidade (pena máxima cominada) consiste em inconstitucionalidade por omissão relativa, em razão da violação do princípio da igualdade;

(e) Sendo a Lei nº 10.259/01 intangível – salvo quanto à interpretação conforme a constituição de seu artigo 20, que não pode dizer respeito ao conceito de crime de menor potencial ofensivo (art. 2º, parágrafo único) – a inconstitucionalidade por omissão pode ser sanada no caso concreto, incidentalmente, na esteira da doutrina do controle de constitucionalidade e na posição assinalada pelo Supremo Tribunal Federal, com a não aplicação do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 e com a extensão normativa do artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 10.259/01 àqueles Juizados Especiais Criminais Estaduais.

É possível no caso concreto, portanto, a extensão do critério de gravidade dos crimes de menor potencial ofensivo veiculado pela Lei nº 10.259/01 à Lei nº 9.099/95, com a não-aplicação parcial do artigo 61 desta última.

Quanto à questão intertemporal, vale salientar que se está cogitando da competência do Juizado Especial Criminal Estadual, cujo funcionamento e regulamentação estão dispostos na Lei nº 9.099/95, *que possui dispositivo específico sobre o tema*. Assim, de acordo com o artigo 90 da citada lei:

“Art. 90 - As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”.

A extensão dos efeitos do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 aumenta a abrangência da competência do Juizado, mas não derroga a norma do artigo 90 da Lei nº 9.099/95 – sem prejuízo da aplicação das normas “não-puramente” processuais com relação aos processos relativos a crimes que passaram a ser considerados de menor potencial ofensivo, em curso perante as varas criminais, nestes próprios juízos.

Com todas as vênias, nenhum ato conjunto, resolução ou enunciado tomado administrativamente pelo Tribunal de Justiça pode revogar o referido artigo 90, que mostra o critério correto de resolução da questão quanto ao aspecto intertemporal.

Sendo assim, e em se tratando a presente hipótese de crime cuja pena máxima não excede a 2 (dois) anos, e considerando ainda não estar iniciada a instrução do processo sem sequer ter sido oferecida denúncia, *declina este*

Promotor de Justiça de sua atribuição em favor das Promotorias de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal da Comarca.

Saliente, por fim, que ainda que V.Exa. não comungue do entendimento ora exposto, não há razão para o indeferimento da presente declinação de atribuição nos moldes acima, considerando não haver ainda processo, e caber exclusivamente ao Ministério Público decidir onde ajuíza sua demanda, sem prejuízo, por óbvio, da decisão judicial sobre a competência do juízo, porém, *no momento do ajuizamento*, e não na fase de formação da *opinio ministerial*, como ensina a doutrina mais autorizada sobre o tema:

"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. (...) Ocorreu, naqueles casos, igualmente, conflito de atribuição sui generis entre o Estado-Administração e o Estado-Juiz, decorrente da divergência surgida entre ambos. Há, porém, uma peculiaridade: 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"⁽¹⁶⁾ (grifos deste Promotor).

Cumprе ressaltar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento acima⁽¹⁷⁾, sendo que, no Conflito de Competência nº 2.310-RS, o Ministro **Vicente Cernicchiarо** deixou assentado em seu voto lapidar:

"De outro lado, o Ministério Público é o titular da ação penal. Ninguém, nem mesmo o Judiciário, poderá compelir a fazê-lo. Em se mantendo inerte, nos casos permitidos, o ofendido poderá deduzir a chamada ação penal subsidiária.

No caso dos autos, não há denúncia, repita-se.

Impossível o Judiciário, notadamente em conflito de competência, definir o fato. Haveria, data venia, invasão de terreno privativo do Ministério Público. E mais, a decisão seria carente de eficácia. Se o fizesse, podendo exigir-se o cumprimento, o

⁽¹⁶⁾ HAMILTON, SÉRGIO DEMORO, "Apontamentos sobre o Conflito de Atribuições", *Temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 7.

⁽¹⁷⁾ STJ - 3ª Seção - CC nº 234-SP - Rel. Min. Anselmo Santiago - unânime - j. em 19.10.89; STJ - 3ª Seção - CC nº 2310-RS - Rel. Min. Vicente Cernicchiarо - unânime - j. em 07.11.91.

resultado prático seria o seguinte: antecipar-se-ia a apreciação do mérito (ainda que provisoriamente) e o Promotor de Justiça ficaria vinculado à capitulação. Indiretamente, a denúncia seria oferecida, ou pelo menos, orientada por esta Egrégia Seção.

O Ministério Público, com o oferecimento da peça acusatória, capitulando o fato, definir-se-á pela competência, surgindo, então, o pressuposto para o conflito. (...) Vias oblíquas conduziriam, de modo anômalo, o Juiz oferecer a denúncia, afrontando a Constituição da República (art. 129, I)."

Por estas razões, e com o devido respeito à decisão de fl. 52 e à autoridade desse r. juízo, reitera o Ministério Público sua promoção de fls. 49/50, requerendo sejam os autos remetidos a um dos Promotores junto ao Juizado Especial Criminal da Comarca para manifestação acerca de sua atribuição, e providências que entender cabíveis.

São Gonçalo, 14 de fevereiro de 2002.

DANIEL LIMA RIBEIRO
Promotor de Justiça