

Crime de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada, cuja sanção privativa de liberdade, em seu máximo abstratamente cominado, não supera 02 (dois) anos. Discussão acerca do enquadramento do referido delito na definição de infração de menor potencial ofensivo trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 e, por conseguinte, sobre a alteração da competência para o Juizado Especial Criminal. Crime doloso contra a vida, cuja competência para processo e julgamento está afeta constitucionalmente ao Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, alínea "d", da Constituição da República), independente de se adequar ao conceito de infração de menor potencial ofensivo estabelecida pelo legislador infraconstitucional.

ASSESSORIA CRIMINAL

Procedimento administrativo MP - nº 3480/04

Referência: *Conflito Negativo de Atribuição (Processo nº 2003.819006308-4)*

Origem: *Juizado Especial Criminal da Comarca de Volta Redonda*

Suscitante: *3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Volta Redonda*

Suscitada: *Promotoria de Investigação Penal de Volta Redonda*

Conflito negativo de atribuições. Inquérito policial instaurado para apurar possível delito de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada (art. 124 c/c art. 14, II, do Código Penal). Delito cuja sanção privativa de liberdade em seu máximo abstratamente cominado não supera 02 (dois) anos. Discussão acerca do enquadramento do referido delito na definição de infração de menor potencial ofensivo trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 e, por conseguinte, sobre a alteração da competência para processo e julgamento do feito para o Juizado Especial Criminal. Crime doloso contra a vida cuja competência para processo e julgamento está afeta constitucionalmente ao Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, alínea "d", da Constituição da República), independente de se adequar ao conceito de infração de menor potencial ofensivo estabelecida pelo legislador infraconstitucional. Atribuição para oficial no feito, portanto, que não se deve relacionar à Promotoria de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal. **Parecer, portanto, no sentido da procedência do presente conflito negativo de atribuição.**

Ex.^{mo} Sr. Procurador-Geral de Justiça,

O inquérito policial em epígrafe, resultante da lavratura de auto de prisão em flagrante, foi instaurado para apurar possível crime de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada (art. 124 c/c art. 14, II, do Código Penal). Maria José Maia Correia, encontrando-se grávida, teria colocado no interior de sua vagina três comprimidos da substância farmacêutica nomeada Citotec, com vistas a provocar aborto, o que, entretanto, não se verificou por circunstâncias alheias à sua vontade.

O referido procedimento investigatório tramitava na Promotoria de Investigação Penal de Volta Redonda, tendo este órgão de execução lançado manifestação nos seguintes termos: "*Face ser o crime de menor potencial ofensivo, remetam-se os autos ao Juizado Especial Criminal para adoção das medidas cabíveis*" (fl. 21).

Remetidos os autos à 3^a Promotoria de Justiça da Comarca de Volta Redonda, a qual atua junto ao Juizado Especial Criminal desta Comarca, foi suscitado o presente conflito negativo de atribuições, em bem fundamentado pronunciamento (fls. 23/28), sustentando-se, em resumo, que: a) "*A competência do Tribunal do Júri é trazida no art. 5º, XXXVIII, da CF e, se fixada no plano constitucional, indubitável que a natureza de tal competência é absoluta, gerando sua inobservância vício insanável por violentar regra de direito processual trazida na Lei Maior*" (fl. 27); b) "*Admitir-se a conduta ilícita em questão como de competência dos Juizados Especiais Criminais importa em verdadeira afronta ao desejo do legislador constituinte originário (...). Ora, se a própria Constituição determina no art. 5º, XXXVIII, que o Júri terá competência para os crimes dolosos contra a vida, não pode a lei ordinária, sob qualquer hipótese, alterar dispositivo constitucional, refutando-se qualquer ilação sobre eventual revogação tácita parcial do art. 74, § 1º, do CPP pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01*" (fls. 27/28); c) "*Constitui verdadeira **contraditio in terminis** considerar-se um delito ao mesmo tempo doloso contra a vida e de menor potencial ofensivo*" (fl. 28).

Este, em síntese, o relatório.

A questão jurídica agitada pelo órgão suscitante toca diretamente com a nova conceituação sobre infrações de menor potencial ofensivo trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01. Doutrina e jurisprudência dominantes - nesta última hipótese inclusive com pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - já firmaram a tese de que a referida definição se aplica não só aos Juizados Especiais Criminais Federais, mas também à Justiça Comum Estadual. Portanto, os crimes cuja pena em seu máximo abstratamente cominado não superarem o patamar de 02 (dois) anos passaram à competência dos Juizados Especiais Criminais.

A hipótese dos autos, com efeito, cuida do crime de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada (art. 124 c/c art. 14, II, do Código Penal), cuja pena máxima, efetivada a redução mínima de 1/3 (um terço) a que alude o

art. 14, parágrafo único, do Código Penal ⁽¹⁾, se enquadraria, em tese, na definição constante do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01. Sim, pois a referida infração penal, que possui sanção privativa de liberdade cominada em patamar máximo de 03 (três) anos, em sua forma tentada passaria a ostentar a sanção máxima de 02 (dois) anos de detenção.

Contudo, deve-se considerar de maneira conclusiva, aliás, como muito bem o fez o órgão suscitante, que se está diante de um *crime doloso contra a vida*, cuja competência para processo e julgamento está constitucionalmente reservada à instituição do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, alínea “d”, da Constituição da República). Tal norma de competência, a despeito de não poder ser modificada pela via da legislação infraconstitucional, sequer poderia sê-lo por intermédio de Emenda à Constituição, pois o poder constituinte reformador sofreria aqui a limitação constante do art. 60, § 4º, IV, da Carta Maior Republicana, visto ser o Júri uma garantia individual dos jurisdicionados e, por conseguinte, “cláusula pétrea”.

De fato, no que toca ao delineamento traçado constitucionalmente para a competência do Tribunal do Júri, já se admitiu, como o fez a Constituição de 1946, a sua ampliação para abarcar crimes outros, *além da reserva dos dolosos contra a vida. O que o constituinte não tem permitido, porém, é a exclusão da competência para o processo e julgamento de um crime doloso contra a vida do Tribunal Popular.* Confira-se, neste passo, a lição de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

“Os crimes da competência do Júri são os dolosos contra a vida, consumados ou tentados (homicídio, infanticídio, instigação, induzimento ou prestação de auxílio ao suicídio e aborto). Na vigência da Constituição da 1946, que dizia ser da competência obrigatória do Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entendeu-se que o legislador ordinário podia aumentar o rol dos crimes cujo julgamento afeto ao Tribunal popular. Não podia diminuir, pois era da competência obrigatória daquele tribunal o julgamento daqueles crimes dolosos. Daí a criação do Tribunal para os crimes contra a economia popular e também a regra que se

⁽¹⁾ No sentido da aplicação à sanção cominada ao crime da redução mínima relativa à tentativa (um terço) para se alcançar a competência dos Juizados Especiais Criminais, *vide*, por todos, JULIO FABBRINI MIRABETE: “Deve-se, pois, ter em vista, no caso de tentativa, a necessidade de subtrair da sanção cominada ao crime consumado um terço da duração da pena cominada abstratamente para que se possa verificar se o fato está ou não submetido ao procedimento especial previsto na Lei nº 9.099/95. Se é obrigatória a redução da sanção de um a dois terços no caso do *conatus* (art. 14, parágrafo único, do CP), não pode ser aplicada à tentativa uma pena que supere os dois terços do limite máximo fixado para a infração” (*Juizados Especiais Criminais*, p. 50, 5ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002).

contém no art. 78, I, do CPP...

Posteriormente, veio a Carta de 1967, e esta dispunha: "É mantida a instituição do Júri, que terá competência para os crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados". É como se dissesse: é mantida a instituição do Júri, o qual terá competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Houve, então, uma restrição. O Júri já não podia julgar outras causas penais. Somente os crimes dolosos contra a vida. Em face disso, aboliu-se o Tribunal de Economia Popular criado em 1951. **Agora, entretanto, voltamos ao entendimento de 1946**" (*Processo Penal*, 4º Volume, pp. 76/77, 21ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999) - *Os grifos não constam do original.*

De clareza solar, pois, que a conceituação trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, à qual, em tese, se poderia subsumir a hipótese dos autos, não se pode sobrepor à norma constante do art. 5º, XXXVIII, alínea "d", da Constituição da República. Referida definição, portanto, carece de incidência no âmbito dos crimes dolosos contra a vida, não podendo ser aplicada em detrimento do desiderato do constituinte originário, mesmo que a sanção privativa de liberdade cominada ao delito de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada alcance o patamar máximo de 02 (dois) anos.

Logicamente, a definição do que sejam crimes contra a vida também é estabelecida pelo legislador infraconstitucional (Capítulo I do Título I da Parte Especial do Código Penal). Todavia, é intuitivo tratar-se o crime de aborto de um delito que atenta direta e dolosamente contra a vida do nascituro. Por mais que se queira correr um véu sobre esta evidência, tentando-se considerar tal infração como sendo de menor potencialidade ofensiva, pelo simples comodismo de se poder enquadrá-la à definição legal, ontologicamente se está diante de infração penal de especial gravidade. E quão pouco razoável seria considerar um crime que atenta contra o bem jurídico penalmente tutelado da maior importância como de *menor potencial ofensivo*... Também neste particular, inteira razão assiste ao órgão suscitante.

Destarte, a competência para o processo e julgamento da infração penal que se apura nos autos não pode ser subtraída ao Tribunal do Júri e, portanto, a atribuição para oficiar no procedimento investigatório referenciado não pode ser afetada à Promotoria de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal, mas, sim, à Promotoria de Investigação Penal de Volta Redonda.

Diante do exposto, o parecer da Assessoria Criminal é no sentido de, conhecido o presente conflito negativo de atribuições, ser ele julgado procedente para declarar a atribuição da Promotoria de Investigação Penal de Volta Redonda para continuar atuando no procedimento investigatório.

Rio de Janeiro, 09 de fevereiro de 2004.

ALEXANDRE ARAUJO DE SOUZA
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

APROVO, para, conhecendo do conflito, julgá-lo procedente e declarar a atribuição da Promotoria de Investigação Penal de Volta Redonda para prosseguir atuando no procedimento referido. Remeta-se cópia do parecer ao órgão suscitante. Devolvam-se os autos ao douto Juízo de origem com as homenagens de estilo. Publique-se e arquite-se o remanescente.

ANTONIO VICENTE DA COSTA JUNIOR
Procurador-Geral de Justiça

PARERE