

**Caderno Jurídico**  
**Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**  
**Ano 2 - Vol 2- n.º 5 - outubro/2002**

# **JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL**



**LOGO DA  
IMESP**



## ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

**Diretor:**

Luís Daniel Pereira Cintra

**Assessores:**

Edgard Moreira da Silva  
Maria Amélia Nardy Pereira  
Oswaldo Peregrina Rodrigues  
Vânia Ferrari Trópia Padilla

**Coordenador Editorial:**

Edgard Moreira da Silva

**Jornalista Responsável:**

Rosana Sanches (MTb 17.993)

**Capa:**

Luís Antônio Alves dos Santos

## IMPrensa Oficial do Estado

**Diretor Presidente:**

Sérgio Kobayashi

**Diretor Vice-Presidente:**

Luiz Carlos Frigerio

**Diretor Industrial:**

Carlos Nicolaewsky

**Diretor Financeiro e Administrativo:**

Richard Vainberg

**Coordenador Editorial:**

Carlos Taufik Haddad

**Escola Superior do Ministério  
Público do Estado de São Paulo**

R. Minas Gerais, 316 - Higienópolis  
CEP 01244-010. Telefones: (11) 3017-7776,  
3017-7777; fax: (11) 3017-7754.  
e-mail: [esmp@mp.sp.gov.br](mailto:esmp@mp.sp.gov.br)

**Imprensa Oficial do Estado**

R. da Mooca, 1.921 - Mooca - CEP 03103-902.  
Tel. (11) 6099-9446; fax.: (11) 6692-3503.  
[www.imprensaoficial.com.br](http://www.imprensaoficial.com.br)  
[imprensaoficial@imprensaoficial.com.br](mailto:imprensaoficial@imprensaoficial.com.br)  
SAC 0800-123401

# ÍNDICE

1. Apresentação.....	7
<i>Luís Daniel Pereira Cintra</i>	
2. Introdução.....	11
<i>Edgard Moreira da Silva</i>	
3. Participantes da obra.....	17
4. A Lei dos Juizados Especiais Criminais no Âmbito da Justiça Federal e o Conceito de Infração Penal de Menor Potencial Ofensivo.....	19
<i>Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian</i>	
5. Da Inconstitucionalidade do Artigo 2.º, Parágrafo Único, da Lei 10.259/01.....	31
<i>Carlos Eduardo de Castro Paciello e Leonardo Rezek Pereira</i>	
6. Da Não-incidência da Lei n.º 10.259/01 nos Juizados Especiais Criminais Estaduais.....	39
<i>Carlos Roberto Barretto</i>	
7. Ampliação do Rol dos Crimes de Menor Potencial Ofensivo e Suspensão Condicional do Processo.....	55
<i>Damásio de Jesus</i>	
8. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional.....	61
<i>Lenio Luiz Streck</i>	
9. A Propósito da Aplicação da Lei 10.259/2001 aos Juizados Especiais Criminais Estaduais.....	101
<i>Ruy Alberto Gatto</i>	

10. Lei 9.099/95 versus Lei 10.259/01.....115  
*Carlos Henrique Maciel*
11. Propostas Para Alteração Legislativa da Lei 9.099/95.....137  
*Ben-Hur Viza, Lílíana Bittencourt, Sandra Aparecida Silvestre,  
Geraldo Luís Mascarenhas Prado, Joaquim Domingos de Almeida Neto,  
Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira e Ricardo Cunha Chimenti*

# APRESENTAÇÃO

A edição da Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que entrou em vigor em fevereiro do corrente ano, ao conceituar, no seu artigo 2.º, o que seja crime de menor potencial ofensivo para de competência criminal da Justiça Federal, provocou polêmica quanto ao seu alcance e no que tange aos reflexos jurídicos em relação ao conceito estabelecido pelo artigo 61 da Lei n.º 9.099/95.

Em razão disso e do interesse institucional que a matéria despertou no âmbito do Ministério Público de São Paulo, A Escola Superior concluiu pela necessidade imperiosa e célere debater a questão, particularmente quanto à aplicabilidade, ou não, o conceito de crime de menor potencial ofensivo adotado pela lei que instituiu os Juizados Especiais na Justiça Federal.

A Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo promoveu diversos seminários, na Capital e em comarcas do Interior, para que a temática fosse objeto de discussão e reflexão pelos colegas de Parquet.

As conclusões desse trabalho são objeto do presente Caderno Jurídico, com a publicação de artigos e estudos que refletiram posição institucional adotada em São Paulo, a qual, importa ressaltar, foi amplamente acolhida pelo Judiciário paulista. A essas conclusões foram acrescidos estudos relevantes para a adequada compreensão e hermenêutica da temática relativa ao conceito de crime de menor potencial ofensivo, especialmente quanto aos seus aspectos constitucionais.

A infração penal é um fato derivado da conduta humana que agride bens jurídicos considerados relevantes pela sociedade e que provoca um perigo de dano – crimes de perigo ou de mera conduta -, ou um dano efetivo no meio social e cuja ofensa se considera menor ou maior em razão da sua natureza ou da quantidade de pena cominada em abstrato ao respectivo tipo penal pelo legislador.

A Lei 9099/95 considerou infração de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena de multa ou pena privativa de liberdade máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei estabeleça procedimento especial (artigo 61).

A Lei 10.259/2001, por sua vez, para fins de determinação da competência da Justiça Federal, considerou como crime de menor potencial ofensivo aquelas hipóteses a que lei comine pena corporal máxima não dois anos, ou multa.

Ao fixar critérios para fixação da competência diferentes, um no âmbito estadual, outro na esfera federal, o legislador, a princípio, gerou perplexidade no seio da doutrina criminal.

Qual teria sido a razão que levou o legislador a elevar para dois anos a qualificação do menor potencial ofensivo nos crimes e infrações penais sujeitos à competência da Justiça Federal, que supõem mais graves do que aqueles sujeitos à competência da Justiça Estadual, mantido em um ano, nos termos da Lei n.º 9.099/95? E quais motivos levaram o mesmo legislador a excetuar os casos de procedimento especial no âmbito da esfera estadual, hipótese não contemplada igualmente na esfera federal?

Inegavelmente, tais razões e critérios são decorrentes de opção do legislador – critério de política legislativa -, que levou em consideração as peculiaridades que envolvem a Justiça Criminal no âmbito federal, cuja atividade precipuamente visa reprimir crimes que ofendem diretamente interesses da União.

No presente Caderno Jurídico, procuramos, essencialmente, trazer a questão a debate, a fim de levarmos os membros do *Parquet*, da Magistratura e demais operadores do direito a uma reflexão mais adequada acerca do tema, defenestrando as tendências meramente laxistas.

Assim, é com grande satisfação que apresentamos trabalhos jurídicos elaborados por membros do Ministério Público de São Paulo – Drs. Carlos Eduardo de Castro Paciello; Carlos Henrique Maciel; Carlos Roberto Barreto; Damásio Evangelista de Jesus; Jorge Assaf Maluly; Leonardo Rezek Pereira; Pedro Henrique Demercian; Ruy Alberto Gatto -, do Ministério Público do Rio Grande do Sul – Dr. Lenio Luiz Streck -, e pela Comissão Legislativa do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, formada por Ben-Hur Viza, juiz de Direito do Distrito Federal; Liliana Bittencourt, juíza em Goiás; Sandra Aparecida Silvestre, juíza em Rondônia; Geraldo Luís Mascarenhas Prado, Joaquim Domingos de Almeida Neto e Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira, juízes do Rio de Janeiro e Ricardo Cunha Chimenti, juiz de Direito em São Paulo.

O tema é relevante para o Ministério Público, que não poderia ficar à margem dessa questão, ainda mais diante das expectativas sociais decorrentes da atuação institucional no âmbito criminal.

Desejamos que os estudos apresentados no presente Caderno Jurídico sejam mecanismos aptos para uma ampla e adequada reflexão sobre o tema em comento, de modo a propiciar a defesa da tese que o Ministério Público de São Paulo concluir como a mais consentânea a Justiça e o Direito no Estado de São Paulo.

Com mais esta edição do Caderno Jurídico, a Escola Superior do Ministério Público de São Paulo espera estar atendendo às expectativas e interesses dos membros da Instituição, bem como do *Parquet* de outros Estados e de outras carreiras jurídicas, sempre com a finalidade de contribuir para o aprimoramento intelectual e profissional daqueles que militam na Justiça Criminal.

São Paulo, outubro de 2002

***Luís Daniel Pereira Cintra***  
***procurador de Justiça,***  
***diretor do CEAF-ESMP***





# INTRODUÇÃO

O Constituinte de 1988 não disciplinou a possibilidade de criação de juizados especiais federais, como foi previsto na antiga redação do artigo 98 da nossa Carta Magna.

Por isso mesmo, o legislador infraconstitucional, depois de vários anos de discussões, atendeu ao comando constitucional e, por intermédio da Lei n.º 9.099, de 26.09.95, regulou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual, incluído o Distrito Federal (figura de um Estado anômalo, conforme escólio do professor Hely Lopes Meirelles, na sua obra “Direito Administrativo Brasileiro”).

Os Juizados Especiais, particularmente no campo criminal, a par dos percalços enfrentados para sua adequada aplicação prática e coerente hermenêutica de suas disposições, mostraram-se eficientes como meio alternativo judicial de agilização da justiça.

A excessiva morosidade do trâmite processual na Justiça Federal, principalmente nas questões previdenciárias, cujos benefícios, no mar das vezes, não ultrapassavam alguns salários-mínimos, chamou a atenção da cúpula do Judiciário e do legislador para a necessidade de implantação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Todavia, o óbice constitucional – omissão de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal -, impedia a aplicação da Lei n.º 9.099/95 às causas de competência da Justiça Federal, não havendo possibilidade constitucional no sentido de simplesmente inserir um dispositivo naquela lei para permitir sua aplicação às causas de competência da Justiça Federal.

A necessidade de reforma constitucional foi o único caminho possível.

Assim veio a acontecer, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 22, de 18.03.99, que, modificando o teor do art. 98 da Carta Magna, estabeleceu a possibilidade de legislação ordinária dispor sobre a criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

A aplicação pura e simples da Lei n.º 9.099/95 não se mostrou como sendo o melhor caminho para a implantação dos juizados especiais naquela hipótese, razão pela qual tivemos a elaboração de um projeto de lei próprio – Projeto de Lei n.º

3.099, de 2001, cujas propostas se originaram nos tribunais superiores -, que resultou na Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que disciplinou a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais nas causas de competência da Justiça Federal.

Infelizmente, o legislador foi além da criação do juizado especial federal e estabeleceu um conceito de crime de menor potencial ofensivo próprio para os efeitos da referida legislação (Art. 2.º, Parágrafo único), o que provocou conclusões apressadas – antes mesmo da entrada em vigor da Lei n.º 10.259/2001 -, afirmando a derrogação pura e simples do disposto do artigo 61 da Lei n.º 9099/95.

Ao realizar o ato de interpretação da norma jurídica, o exegeta, numa construção volitiva e mediante o emprego e a compreensão de elementos da semiótica, busca abstrair o sentido do enunciado dessa norma, sempre considerando os aspectos teleológicos e não apenas os gramaticais.

Evidentemente, não há um método único e exclusivo de interpretação da norma jurídica. O exegeta, na busca de uma solução adequada e justa ao problema apresentado, vale-se de diversos critérios e elementos interpretativos, sob pena de falsear, ou mesmo distorcer o verdadeiro sentido da norma.

Caso conclua-se que os critérios e elementos interpretativos utilizados não tenham se mostrados suficientes para extrair o real sentido da norma jurídica, não podemos olvidar o emprego da filosofia do direito, os princípios de Direito e os fundamentos da própria hermenêutica em geral.

Por isso mesmo, afirmamos o açodamento na formulação de que o artigo 61 da Lei n.º 9.099/95 estaria derogado pelo novo enunciado adotado pelo parágrafo único, artigo 2.º da n.º Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Em nosso entendimento, os estudos que eclodiram logo após a sanção da lei em tela sequer observaram os Cânones da interpretação expressados por Schleiermacher (objetividade; unidade, interpretação genética e interpretação técnica).

Os estudos apresentados no presente Caderno Jurídico, em razão disso, mostram-se vultosos e se destacam pela análise minudente e fundamentada da própria questão da inconstitucionalidade do disposto no parágrafo único do artigo 2.º da Lei n.º 10.259/2001 em comparação com a previsão estabelecida da legislação anterior (Lei n.º 9099/95).

Os trabalhos publicados deixam entrever que, na relação entre interpretação e aplicação, a interpretação da lei deve servir à sua aplicação, visto que tal aspecto já determina o proceder da interpretação jurídica.

Em estudo percuciente e calcado em sólida argumentação jurídica, os Doutores Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Dermecian analisam fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional que levam à conclusão de que o conceito de crime de menor ofensivo trazido pelo artigo 2.º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259/01 não derogou o disposto no artigo 61 da n.º Lei 9099/95, vigorando em harmonia ambos os conceitos, pois a nossa Carta Magna considerou que os Juizados Especiais deveriam ser tratados, no âmbito estadual e federal, de forma distinta, com regras que atendessem as respectivas peculiaridades. A própria estrutura judiciária da Justiça Federal estaria a evidenciar essa necessidade de distinção, ao que se somariam a natureza e as peculiaridades dos crimes submetidos à competência da Justiça Federal.

Os promotores de Justiça Carlos Eduardo de Castro Paciello e Leonardo Rezek Pereira realizam breve estudo comparativo entre as Leis 9.099/95 e 10.259/01 para, ao final, concluírem que a aplicação do novo conceito de crime de menor potencial está restrita ao âmbito da Justiça Federal, caso contrário seria obrigatório afirmar-se a inconstitucionalidade do disposto no parágrafo único do artigo 2.º da Lei que implantou os juizados especiais na esfera jurisdicional federal.

Em alentado estudo, o procurador de Justiça Carlos Roberto Barretto discorre sobre a não-incidência da Lei n.º 10.259/01 nos Juizados Especiais Criminais Estaduais, inclusive trazendo à colação as regras estabelecidas pela Lei Complementar Federal 95/98, que traça as diretrizes para a elaboração legislativa, particularmente no que tange à necessidade de cláusula de revogação expressa, não se admitindo a hipótese de revogação tácita.

O professor Damásio Evangelista de Jesus, numa abordagem peculiar da Lei n.º 10.259/01, deixa claro a plena convivência entre os dois diplomas que disciplinam os juizados especiais, afirmando a aludida legislação que criou os juizados especiais no âmbito da Justiça Federal, dispendo aplicar-se a eles a Lei n.º 9.099/95 (artigo 1.º), obedecidos os dois princípios impostos pelo artigo 2.º, *caput* e parágrafo único da Lei n.º 10.259/01. Dessa forma, chega-se à nítida conclusão que a legislação anterior é que deve servir como referência para o processamento dos crimes de menor potencial

ofensivo no âmbito da Justiça Federal, observados os aspectos expressamente disciplinados pelo legislador ao criar os Juizados Especiais no âmbito federal.

Em trabalho de proeminência e lastreado em fundamentos hermenêuticos sólidos e irretorquíveis, o nobre procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, Lenio Luiz Streck, discorre sobre ocorrência de violação da principiologia constitucional em virtude do disposto no artigo 2.º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259/01, inclusive com risco de aniquilamento da própria teoria do bem jurídico no campo do Direito Penal, "...uma vez que, ao estabelecer como tábula rasa que são passíveis de transação penal – porque incluídos no rol de infrações de menor potencial ofensivo – todos os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) *anos* -, o legislador tratou isonomicamente bens jurídicos **absolutamente discrepantes entre si**, como o patrimônio individual, o patrimônio público, o patrimônio social (direitos de segunda geração), o meio-ambiente (direitos de terceira geração), a moralidade pública, a honra etc. Isto para dizer o mínimo! Para se ter uma idéia, veja-se o extenso rol de delitos que hoje passaram a ser epitetados como "infrações de menor potencial ofensivo" ( são mais cinqüenta e seis figuras típicas do Código Penal e mais catorze delitos previstos em leis especiais que se agregam às dezenas de infrações já enquadradas na Lei 9.099)."

Ora, os ensinamentos do estudo proposto pelo Doutor Lenio Streck nos leva inexoravelmente a concluir que aceitar-se as argumentações singelas de que a Lei n.º 10.259/01 trouxe para nosso ordenamento penal um novo conceito de crime de menor potencial ofensivo seria, no mínimo, defenestrar-se, por completo, a teoria do Direito Constitucional e da própria teoria do bem jurídico tutelado no âmbito do Direito Penal.

Ao comentar as teses. esposadas pela 3.ª Procuradoria de Justiça do Ministério Público de São Paulo, no sentido da não-aplicação da Lei n.º 10.259/01 no âmbito dos Juizados Especiais Criminais Estaduais, o Doutor Ruy Alberto Gatto, procurador de Justiça em São Paulo, realiza interessantes abordagens acerca da interpretação que se deve dar à ao artigo 2.º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259/01, afirmando, *in verbis*: "Conseqüência lógica, nesta linha de argumentação, é a de que, se se entender que a norma ordinária conduz a tratamento desigual **não autorizado** pela Constituição, não pode o intérprete extrair daí uma extensão indevida, para, digamos, *sanar a*

inconstitucionalidade. Dito por outro modo: se a lei ofende o princípio da isonomia e é inconstitucional, não pode o juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outras situações. Ao fazê-lo, o juiz estará agindo como legislador positivo, “criando”, por interpretação, “lei que não existe”, para contornar o vício de inconstitucionalidade que, assim, não estaria na lei, mas no que decorre da atividade interpretativa.

Parece óbvio: se a exegese conduz a uma inconstitucionalidade, não há como aplicar uma lei que, segundo determinado entendimento, desborda dos limites estabelecidos na Carta Magna. Resta ao aplicador do direito reconhecer a inconstitucionalidade, declarando-a, consistindo em verdadeira *contraditio in terminis* a ampliação do âmbito de incidência da norma, para só então considerá-la válida.

Ao contornar o vício adotado como premissa, estendendo indevidamente a aplicação da norma para lhe proporcionar um alcance que, definitivamente, não está na origem da regulamentação, implica em considerar parte da norma como inconstitucional ou, o que é o mesmo, em verdadeira **criação** por meio de processo interpretativo, de nova norma, nova lei, travestindo-se, o intérprete, em legislador, atividade que merece total censura, desde há muito tempo. Contudo, e infelizmente, é o que mais se tem verificado, nos dias que correm.”

Portanto, o estudo em tela deixa claro a inviabilidade jurídica da aplicação extensiva, no âmbito do Juizado Especial Criminal Estadual, do conceito de crime de menor potencial ofensivo adotado pelo disposto no artigo 2.º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259.

Finalmente, num estudo de confrontação entre as legislações que disciplinam o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, o promotor de Justiça Carlos Henrique Maciel faz interessante incursão no terreno que deu origem à Lei 9.099/95, para ao final concluir que a convivência dos conceitos de crimes de menor potencial ofensivo esposados, tanto pela lei que criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, como pela Lei dos Juizados Criminais Estaduais pode ser harmônica nosso ordenamento jurídico, visto que as esferas de competência jurisdicional de incidência deles são totalmente distintas e atendem a peculiaridades próprias, que não podem ser desconsideradas pelo intérprete da norma, sob pena de absurdos irreparáveis.

Encerrando a presente obra, trazemos à colação, para reflexão e discussão, propostas de alteração legislativa da Lei n.º 9.099/95, trabalho esse realizado pela Comissão Legislativa do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil.

Assim, a Escola Superior do Ministério Público, em vista da tese institucional adotada em relação à não-incidência da Lei n.º 10.259/01 no âmbito dos Juizados Criminais Estaduais e das conclusões obtidas nos seminários realizados sobre a temática, tanto na capital como nas sedes de seus núcleos regionais pelo interior do Estado de São Paulo, procura levar aos membros do Parquet paulista e aos demais operadores do direito estudos sobre as relações, repercussões e reflexos jurídicos que decorrem da convivência da Lei n.º 9.099/95 e da Lei n.º 10.259/01, que realmente estavam a merecer estudos aprofundados como os apresentados nesta obra temática.

Com o presente trabalho, dentro da filosofia de ensino e de atuação da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, calcada na oferta de material que tenha efetiva utilidade ao desempenho da atividade funcional dos membros do Ministério Público, esperamos contribuir para uma interpretação mais adequada e válida das Leis 9.099/95 e 10.259/01 no que toca ao campo em que elas se inter-relacionam.

***Edgard Moreira da Silva,***  
***promotor de Justiça,***  
***assessor do CEAF/ESMP***

## PARTICIPANTES DA OBRA

**Ben-Hur Viza**, juiz de Direito do Distrito Federal, membro da Comissão Legislativa do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (FONAJE - Fórum Nacional dos Juizados Especiais).

**Carlos Eduardo de Castro Paciello**, 4.º promotor de Justiça de Pindamonhangá/SP.

**Carlos Henrique Maciel**, membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, professor de Direito Constitucional da PUC-Campinas.

**Carlos Roberto Barretto**, procurador de Justiça do Estado de São Paulo

**Damásio Evangelista de Jesus**, ex-procurador de Justiça, professor de Direito Penal, presidente do Complexo Jurídico “Damásio de Jesus”.

**Geraldo Luís Mascarenhas Prado**, juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro, membro da Comissão Legislativa do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (FONAJE - Fórum Nacional dos Juizados Especiais).

**Joaquim Domingos de Almeida Neto**, juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro, membro da Comissão Legislativa do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (FONAJE - Fórum Nacional dos Juizados Especiais).

**Jorge Assaf Maluly**, promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

**Lenio Luiz Streck**, procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mestre em Direito, doutor em Direito do Estado, pós-Doutor em Direito Constitucional e Jermenêutica, professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS-RS.

**Leonardo Rezek Pereira**, 3.º promotor de Justiça de Pindamonhangá/SP.

**Liliana Bittencourt**, juíza de Direito do Estado de Goiás, membro da Comissão Legislativa do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (FONAJE - Fórum Nacional dos Juizados Especiais).

**Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira**, juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro, membro da Comissão Legislativa do Fórum Permanente de Coordena-

dores de Juizados Especiais do Brasil (FONAJE - Fórum Nacional dos Juizados Especiais).

**Pedro Henrique Demercian**, promotor de Justiça do Estado de São Paulo, mestre e doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP.

**Ricardo Cunha Chimenti**, juiz de Direito do Estado de São Paulo, membro da Comissão Legislativa do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (FONAJE - Fórum Nacional dos Juizados Especiais).

**Ruy Alberto Gatto**, procurador de Justiça do Estado de São Paulo.

**Sandra Aparecida Silvestre**, juíza de Direito do Estado de Rondônia, membro da Comissão Legislativa do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (FONAJE - Fórum Nacional dos Juizados Especiais).



**A LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS  
CRIMINAIS NO ÂMBITO DA  
JUSTIÇA FEDERAL E O CONCEITO  
DE INFRAÇÃO PENAL DE MENOR  
POTENCIAL OFENSIVO**

**Jorge Assaf Maluly  
Pedro Henrique Demercian**



# **A LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E O CONCEITO DE INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO**

*Jorge Assaf Maluly*

*Pedro Henrique Demercian*

A Constituição Federal, no seu art. 98, determinou a criação de Juizados Especiais Criminais nas esferas de competência das Justiças Estadual e Federal. A leitura do dispositivo permite concluir, logicamente, que a intenção da Lei Maior foi a de instituir dois sistemas de juizados, com regras próprias e requisitos específicos. Não se definiu, portanto, quais seriam as infrações de menor potencialidade lesiva, deixando-se ao critério do legislador tal conceituação, o que, por sinal, permitiu uma maior flexibilidade.

A Lei nº 9.099/95, art. 61, atendendo o comando constitucional do art. 98, caput, considerou infrações penais de menor potencial ofensivo 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.

Por outro lado, com a observância do art. 98, parágrafo único, da C.F., a Lei nº 10.259, de 12/07/2001, instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, e, nesse diploma, conceituou as infrações penais de menor potencial ofensivo, com diferentes critérios, isto é: os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa (art. 2º, parágrafo único).

Em face desse aparente paradoxo, não tardou para que surgissem os primeiros comentários acerca de eventual modificação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, previsto no art. 61 da Lei nº 9.099/95 pelo disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01. Sobre essa já é possível identificar pelo menos duas posições antagônicas e contraditórias, quais sejam:

a) a Lei nº 10.259/01 ampliou o conceito da infração penal de menor potencial ofensivo e essa nova definição deve se estender à Justiça Estadual, em respeito ao princípio da isonomia (Alberto Silva Franco, Cláudio Dell’Orto, Damásio E. de Jesus, Fernando Capez, Fernando Luiz Ximenez Rocha, Luiz Flávio Gomes, Márcio Thomaz Bastos, Vitor Eduardo Rios Gonçalves, dentre outros comentadores da nova lei cf. [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 27/07/2001);

b) uma segunda orientação entende que a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, prevista no art. 61 da Lei nº 9.099/95, continua em vigor no âmbito da Justiça Estadual.

Aquele primeiro entendimento pode, num primeiro momento, parecer sedutor e coerente, porque busca supostamente dar tratamento igualitário, nas Justiças Estadual e Federal, aos autores de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Contudo, sempre com o devido respeito, a orientação não nos parece correta.

Como se disse, é importante ressaltar, desde logo, que a própria Constituição Federal distingue, claramente, para fins de instituição dos Juizados Especiais, as Justiças Estadual e Federal.

Nossa Carta Política, originariamente, nem sequer admitia a transação penal ou o procedimento sumaríssimo na Justiça Federal (art. 98, caput), tanto que foi necessária a edição da Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, dispondo expressamente sobre a criação dos juizados no âmbito da Justiça Federal (cf. parágrafo único do art. 98).

Em outras palavras, a Constituição Federal sempre considerou que os Juizados Especiais deveriam ser tratados nos âmbitos Estadual e Federal distintamente, com regras que atendessem as respectivas peculiaridades. Ora, o Colendo Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que “Não cabe invocar o princípio da isonomia onde a Constituição, implícita ou explicitamente, admitiu a desigualdade (RDA 128/220)”.

Além disso, o próprio legislador, preocupado com os reflexos da Lei nº 10.259/01, deixou claro que o conceito das infrações de menor potencial ofensivo, previsto no parágrafo único do art. 2º, aplicar-se-ia, tão-somente, no âmbito da Justiça Federal, ao utilizar a expressão “para os efeitos desta Lei” e, mais a frente, ao vedar expressamente a aplicação da nova lei à Justiça Estadual (cf. art. 20, parte final) e, como se sabe, a lei não contém termos ou expressões inúteis.

Ao aplicar o Direito, é natural que o seu operador sinta a tentação de corrigi-lo, para ajustá-lo a suas próprias concepções de justiça. Essa tendência ganha estímulo adicional quando esteja em causa diploma mal-redigido com inúmeras imperfeições de ordem sistemática.

Como se vê, não há uma lacuna no sistema dos Juizados Especiais Criminais, adotado pela Lei nº 9.099/95, que exija a sua complementação, a sua integração com outras normas (Lei nº 10.259/01), por meio da equidade, para que o intérprete alcance o real sentido da lei.

Não se pode entrever, portanto, qualquer inconstitucionalidade na previsão de conceitos diferenciados para infração penal de menor potencial ofensivo no âmbito das Justiças Estadual ou Federal.

Muito embora seja possível vislumbrar, casuisticamente, alguma falta de coerência no tratamento dispensado aos acusados perante as Justiças Federal e Estadual, é certo que a missão normativa não foi confiada ao Poder Judiciário. É-lhe defeso, portanto, substituir-se ao legislador: cabe-lhe aplicar a lei como ela é e não como desejaria que fosse.

A ampliação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo é defensável apenas de *lege ferenda* e não em conflito com a regra editada pelo Poder Legislativo. Essa escolha é política, e não jurídica, dependendo muito mais da vontade do governo do que de um pronunciamento do Poder Judiciário, que não pode atuar como legislador positivo, encontrando-se, assim, impossibilidade de estender benefícios a quem acredita ter sido inconstitucionalmente excluído, sob pena de grave ofensa ao postulado constitucional da separação dos Poderes.

Como explicita J.J. GOMES CANOTILHO, “o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais” (cf. Direito Constitucional, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, 6ª ed., p. 229).

Bem a propósito, Gilmar Ferreira Mendes ressalta que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado

do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador” (cf. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Editora Saraiva, 1996, pp. 270-271).

Com efeito, a orientação que admite a extensão para a esfera da Justiça Estadual do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, fixado no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, - originalmente estabelecido, tão-somente, para o âmbito da Justiça Federal-, modifica o sistema da lei pela alteração do seu sentido e faz com que o intérprete se substitua ao legislador – papel que este se recusa a assumir o Supremo Tribunal Federal, por fidelidade à imagem de mero “legislador negativo”, criada por Kelsen (cf. *La garanzia giurisdizionale della costituzione: La giustizia costituzionale*, in “*La giustizia costituzionale*”, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 173 e seguintes, e *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austríaca e americana*”, in *idem*, p. 300).

Nem é admissível que o exercício da jurisdição penal, a pretexto de interpretar a lei, possa abranger a escolha de sanções mais suaves ou de um modo mais benévolo de expiação, sobretudo em tema onde o Estado não quis ser complacente.

No inteligente magistério de NÉLSON HUNGRIA, “Não deve ser o juiz um aplicador automático do literalismo da lei, mas um revelador de todo o possível direito que nela se encerra, suprimindo-lhe a inexplicitude decorrente da imperfeição da linguagem humana. É-lhe vedado, entretanto, negar a lei. Notadamente em matéria penal (...) tem de aplicar o direito positivo, o direito expresso ou latente nas leis, e não o direito idealmente concebido (...). Pode e deve humanizar a regra genérica da lei em face dos casos concretos de feição especial, ou procurar revelar o que a letra concisa da lei não pôde ou não soube dizer claramente; mas isso dentro da própria latitude do sentido ou escopo dos textos, e nunca ao arrepio deles, ou substituindo-os pelo que arbitrariamente entende que devia ter sido escrito, segundo a sua ideologia pessoal” (Cf. “*Comentários ao Código Penal*”, vol. I, tomo I, 6ª ed. Ed. Forense, 1980, pág. 88).

Apreciando esse tema, o Ministro MOREIRA ALVES, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 173.252/SP pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (DJU de 18/05/01, p. 87), deixou consignado que: “(...) Contra lei que viola o princípio da isonomia é cabível, no âmbito do controle concentrado, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que, se procedente, dará margem a que dessa declaração seja dada ciência ao Poder Legislativo para que aplique, por lei, o referido princípio constitucional; já na esfera do controle difuso, vício dessa natureza só pode conduzir à declaração de inconstitucionalidade da norma que infringiu esse princípio (...)”.

Com efeito, com o intuito de combater uma alegada inconstitucionalidade, não pode o intérprete proceder de uma forma inconstitucional, alterando conceitos legais pela via jurisdicional.

Por isso, a solução para o dilema não está na ampliação da definição legal de infrações penais de menor potencial ofensivo no âmbito da Justiça Estadual, mas na supressão de uma das legislações ou mesmo na edição de uma nova lei, corrigindo o desequilíbrio de tratamento dado aos autores de fatos delituosos.

O debate sobre casos semelhantes no Supremo Tribunal Federal, isto é, quando há o abandono pelo Estado ao postulado da isonomia, tem revelado três soluções possíveis, dentre as quais não se encontra a extensão de benefícios a pessoas ou grupos inconstitucionalmente excluídos, pela via jurisdicional. Com essa orientação o Ministro CELSO DE MELLO, analisando pedido de liminar no Mandado de Segurança nº 23.809-DF, DJU 11/12/00, assim se pronunciou:

“A reflexão doutrinária em torno dessa questão tem ensejado diversas abordagens teóricas do tema, que visam a propiciar - em virtude do desprezo estatal ao postulado da isonomia - a formulação de soluções que dispensem à matéria um adequado tratamento jurídico (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, págs. 736/737 e 831, 4ª ed., 1987, Almedina, Coimbra; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/407, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora, Limitada, v.g.)”.

“As discussões em torno das possíveis soluções jurídicas, estimuladas pela questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, permitem vislumbrar três mecanismos destinados a viabilizar a resolução da controvérsia: (a) a extensão dos benefícios ou vantagens às categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; ou (b) a supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; ou (c) o reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se, ao Poder Público, em tempo razoável, a edição de lei restabeecedora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal, que, embora existente, revela-se insuficiente e incompleto (RTJ 136/439-440, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”.

“O que não se revela possível, contudo, em face de nosso sistema de direito positivo, é admitir-se, em sede mandamental, a possibilidade de verdadeira arguição em tese da inconstitucionalidade, por omissão parcial, de ato normativo, para, a partir do reconhecimento do caráter eventualmente discriminatório da norma estatal,

postular-se a extensão, por via jurisdicional, do benefício pecuniário não outorgado à parte impetrante”.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal também enfrentou situação semelhante, no âmbito penal, quando da edição da Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão de regime prisional ao crime de tortura, equiparado à condição de hediondo. Alguns doutrinadores prontamente sustentaram que para os demais crimes hediondos, pelo princípio da isonomia, também deveria se admitir igual benefício. A Primeira Turma da Suprema Corte, julgando o Habeas Corpus nº 76.543, DJU de 17/04/98, em acórdão relatado pelo Ministro SYDNEY SANCHES decidiu contrariamente a essa pretensão, apresentando os seguintes argumentos:

“4. A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º do art. 1º, esclarece: “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início.

Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo.

Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.

5. De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave”.

As ponderações feitas pelo Ministro SYDNEY SANCHES sugerem que, segundo entendimento vitorioso no Supremo Tribunal Federal, a eventual incoerência do legislador, sendo mais condescendente com os possíveis autores de crimes federais, não autoriza o Poder Judiciário, a pretexto de restauração da isonomia, a substituir-se



aos poderes políticos para a construção de uma regra que não foi editada: a ampliação dos rígidos limites que figuram no art. 61 da Lei nº 9.099/95.

Da mesma forma, o art. 90-A da Lei nº 9.099/95 (acrescentado pela Lei nº 9.839/99) veda a aplicação dessa Lei no âmbito da Justiça Militar. Com efeito, ao fazê-lo exclui a transação penal e a suspensão condicional do processo em atenção à natureza militar do delito. Em razão dessa técnica específica há um rigor maior e diferenciado do que o tratamento dispensado a quem é particular ou ao próprio militar que não tenha agido nessa qualidade. E o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que esse dispositivo somente tem aplicação aos fatos posteriores a sua vigência, reputando, portanto, constitucional o seu texto (HC nº 79.390-8/RJ, 1ª Turma, rel. Ministro ILMAR GALVÃO, DJU de 19/11/1999; HC nº 80.540-0/AM, 1ª Turma, rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 02/02/2001; HC nº 80.542/MG, 2ª Turma, rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU de 26/06/2001, p. 34. No mesmo sentido: STJ, HC nº 15.573-RS, 5ª Turma, rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU de 20/08/2001).

Convém salientar, ao reverso do que se tem afirmado, que a questão sob análise em nada se confunde com a sistemática adotada pelo Código de Trânsito Brasileiro.

Dispõe o art.291 do Código de Trânsito Brasileiro que:

Art. 291 - "Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei 9.099/95, no que couber.

Parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099/95.

A primeira inferência que se pode extrair de uma interpretação meramente literal do texto é que os diplomas referidos no caput do artigo só terão aplicabilidade aos crimes praticados ao volante de veículo automotor. Estariam, nessa ordem de idéias, excluídas outras figuras típicas não relacionadas exatamente com a condução de veículos, tais como: a entrega de automotores a pessoas não habilitadas, inovação artificial do local do acidente. Não parece razoável, contudo, que o legislador tenha pretendido vedar, por exemplo, a proposta de transação àquele que incide na proibição inscrita no art. 307 da Lei, cuja pena máxima não excede a um

ano e é, a título de comparação, inferior à lesão corporal culposa decorrente de acidente de trânsito (art.303). Trata-se, na verdade, de uma falha redacional.

Por outro lado, aplica-se também a parte geral do Código Penal naquilo que não se mostrar incompatível com o Código de Trânsito. É lícito afirmar, nessa ordem de idéias, v.g., que a reincidência genérica, conquanto não conste do rol do art. 298, é circunstância apta a agravar a pena do agente que praticar infração definida na legislação especial.

O aludido dispositivo de lei autoriza, ainda, expressamente, a transação (art.76 da Lei 9099/95), a composição dos danos com vistas à extinção da punibilidade (74, p. único, da Lei 9099/95), referindo-se, ainda, expressamente, à satisfação de condição de procedibilidade que passou a ser exigida no art. 88 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, para os crimes de lesão corporal culposa e dolosa de natureza leve.

Sobre a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais têm se evidenciado algumas divergências, que assim podem ser resumidas:

(a) todos os institutos da lei dos juizados especiais, inclusive o procedimento sumaríssimo, devem ser aplicados ao CTB, naquilo que couber, como preceitua a parte final do caput do art. 291;

(b) aos crimes de lesão corporal culposa (303), participação em competição não autorizada (art.308) e embriaguez ao volante (art. 306) aplicam-se, indistintamente, a transação, a composição cível e é exigida a representação, isto porque a lei teria ampliado o rol das infrações de menor potencial ofensivo;

(c) apenas as medidas referidas no parágrafo único são admitidas no Código de Trânsito, naquilo que se mostrarem compatíveis com a sua natureza e finalidade.

Destaque-se, desde logo, que a transação penal — que traduz um acordo de concessões recíprocas entre o Ministério Público e o suposto autor do fato e representa uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade — por lei ordinária, pode ser aplicada a quaisquer outras infrações penais, ainda que não sejam de menor potencial ofensivo.

Como se sabe, a Constituição Federal, no art. 129, I, estabelece que o MP exercerá privativamente a ação penal pública, na forma da lei. Ou seja, princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é, na verdade, infraconstitucional. Nada

impede, portanto, que o legislador ordinário, nos limites de sua competência, atribua ao titular do direito de ação o poder discricionário para dela dispor mesmo fora da hipótese que a Constituição preconizou (CF, art. 98, I).

Nessa ordem de idéias, já é possível descartar a segunda das teses acima aludidas. Para a aplicação das três medidas despenalizadoras, notadamente a transação, não há necessidade de ampliar o rol das infrações de menor potencial ofensivo.

Excluídas as duas primeiras hipóteses — e para que o mencionado dispositivo não se mostre inútil — a única interpretação que traduz o imperativo lógico é a que admite, para todas as infrações previstas no parágrafo único, independentemente da quantidade de pena, a possibilidade de transação e, exclusivamente, para a infração inscrita no art. 303 do CTB, as demais medidas despenalizadoras.

Para tanto, repito, não há necessidade de se ampliar o rol estabelecido pelo art. 61 da Lei 9.099/95 e, conseqüentemente, a investigação prévia se fará num inquérito policial (e não termo circunstanciado), não se aplicando, outrossim, o procedimento oral e sumaríssimo.

Doravante, para essas infrações de trânsito, concluído o inquérito, será designada a audiência preliminar e, restando infrutíferas a transação e a conciliação, será dada a oportunidade para o Ministério Público oferecer a denúncia escrita, seguindo-se, no mais, o procedimento comum dos delitos apenados com detenção (539 e ss. do Código de Processo Penal). Os demais tipos penais, para os quais o Código de Trânsito preveja pena máxima não superior a um ano, seguirão, por força do art. 61 da Lei 9.099/95 e 291 do CTB, os comandos da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Dessa forma, não há óbice, em princípio, à concessão da proposta de transação penal em relação aos crimes descritos nos arts. 303, 306 e 308 da Lei 9.503/97.

Em conclusão, para fins de transação penal e adoção do procedimento sumaríssimo, no âmbito da Justiça Estadual, continuam prevalecendo os critérios estabelecidos pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95.

**Jorge Assaf Maluly,**  
**promotor de Justiça do Estado de São Paulo;**  
**e Pedro Henrique Demercian,**  
**promotor de Justiça do Estado de São Paulo,**  
**mestre e doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP**



**DA INCONSTITUCIONALIDADE DO  
ARTIGO 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO,  
DA LEI 10.259/01**

**Carlos Eduardo de Castro Paciello  
Leonardo Rezek Pereira**



# DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 10.259/01

*Carlos Eduardo de Castro Paciello*

*Leonardo Rezek Pereira*

Com o advento da Lei 10.259/01, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, não tardaram a surgir opiniões no sentido de que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 estivesse revogado.

Segundo este entendimento, em resumo, a expressão “*para os efeitos desta lei*”, inserta no texto do parágrafo único do artigo 2º, da Lei nº 10.259/01, que restringe a aplicação do novo conceito de crimes de menor potencial ofensivo à Justiça Federal é inconstitucional por ferir o princípio da isonomia. Assim, reconhecendo-se a inconstitucionalidade desta expressão, a nova lei teria revogado o artigo 61 da Lei nº 9.099/95.

De fato, o tratamento díspar dado pelo artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 fere o princípio constitucional da isonomia, consagrado pelo *caput*, do artigo 5º, da Carta Magna, pois apesar das peculiaridades inerentes à Justiça Federal, estas são insuficientes para justificar tal situação.

Todavia, a solução dada pelo entendimento acima exposto, com a devida vênia, não é a mais correta, pois contraria as regras traçadas pela própria Constituição Federal para o controle da constitucionalidade das leis.

Explicamos.

Com efeito, o parágrafo único do artigo 2º da Lei 10.259/01 restringiu a aplicação do conceito trazido por ele aos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal ao dispor que:

*“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”.*

Assim, verifica-se que, mediante interpretação teleológica, a vontade do legislador não é a ampliação do conceito dos crimes de menor potencial ofensivo ao âmbito

da Justiça Estadual, muito menos a revogação do artigo 61, da Lei nº 9.099/95, mas sim a aplicação restrita da nova regra aos crimes de competência da Justiça Federal.

Tal entendimento se reforça com o disposto no artigo 20 da aludida lei que, apesar de se referir à parte cível, é expresso, ao final, ao consignar que é “*vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual.*”

Conclui-se, assim, que a aplicação restrita do conceito de crimes de potencial ofensivo nela contido é decorrente da própria norma, em face da inequívoca intenção do legislador de não estender seu alcance à Justiça Estadual.

Ocorre que, a despeito da constatação de que a restrição imposta pelo dispositivo legal em testilha à sua aplicação também no juízo estadual fere o princípio constitucional da isonomia, sendo portanto inconstitucional, não se justifica que se amplie seu alcance a fim de corrigir a alegada distorção.

Não se pode olvidar que o Poder Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, não poderá mudar o sentido desta ou conferir-lhe maior amplitude a fim de sanar uma eventual distorção, sob pena de atuar como *legislador positivo*, invadindo a seara de competência do Poder Legislativo, extrapolando, assim, suas atribuições previstas na Constituição Federal.

Reconhecendo-se a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, deverá o juiz deixar de aplicá-lo, limitando-se a abdicar de utilizar a norma que entenda incompatível com o texto constitucional.

Já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal que:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 74, de 20.05.93 (artigo 270 e seus parágrafos 1º e 2º, bem como as expressões ‘não alcançados pelo artigo anterior’ constantes do **caput** do artigo 271).

- Não só a Corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões deles cuja inconstitucionalidade for argüida, mas também **não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, coma supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da**



**norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo...” (g.n.).<sup>1</sup>**

De outra banda, deve-se observar que o controle de constitucionalidade, tanto o preventivo, exercido também pelo Poder Executivo através do veto, quanto o repressivo, exercido pelo Poder Judiciário, de forma difusa ou concentrada, **deve ser exercido com a cautela de preservar a intenção do legislador.**

De acordo com o *Princípio da Divisibilidade da Lei*, aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátrias, pode-se reconhecer a inconstitucionalidade de apenas parte da lei, desde que o restante possa subsistir de forma autônoma e desde que **preserve a vontade do legislador.**<sup>2</sup>

Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, ao comentarem as decisões judiciais no controle concentrado de constitucionalidade, atestam a possibilidade de declaração parcial de inconstitucionalidade, desde que não haja uma relação de vinculação que impeça a divisibilidade da norma; todavia, *“impõe-se verificar, igualmente, se a norma que há de subsistir após a declaração de inconstitucionalidade parcial corresponderia à vontade do legislador. Portanto, devem ser investigadas não só a existência de uma **relação de dependência (unilateral ou recíproca)**, mas também a possibilidade de intervenção no âmbito da **vontade do legislador**”*<sup>3</sup> (grifo do original).

No mesmo sentido Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>4</sup>, citada por Paulo Hamilton Siqueira Jr., ao afirmar que *“se eliminada a parte considerada inconstitucional, a outra parte, que compõe o mesmo ato e que assim não for considerada, **quando possuir sentido tal que possa ser executada conforme a intenção do legislador e realizar o objetivo proposto pela norma, deve ser mantida.**”*<sup>5</sup> (g.n.)

<sup>1</sup> ADIn nº 896-0, Rel. Min. Moreira Alves, Informativo STF nº 19 – DJ 16.02.96. No mesmo sentido: ADIn nº 732-RJ, Rel. Min. Celso de Mello e RTJ 143/57.

<sup>2</sup> Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, In controle Concentrado de Constitucionalidade, Ed. Saraiva, 2.001, p. 290.

<sup>3</sup> Obra citada, p. 290.

<sup>4</sup> In Efeitos da Declaração de inconstitucionalidade, p. 59

<sup>5</sup> Controle de Constitucionalidade Com as Modificações Introduzidas pelas Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99, Ed. Juarez de Oliveira, 2.001, p. 57.

Deve-se ressaltar que os mesmos limites impostos ao Poder Judiciário no controle concentrado de constitucionalidade também devem ser observados ao se realizar o controle difuso.

Buscando melhor esclarecer o argumento ora expandido, pedimos vênias para lançar mão do seguinte exemplo hipotético: imagine-se que uma lei estatua que “é concedido aumento de cinquenta por cento nos vencimentos dos funcionários públicos cujos nomes comecem com a letra A, C ou F”.

Esse dispositivo seria inconstitucional, por violar, flagrantemente, o princípio da isonomia.

Poderia o julgador, com base nesse dispositivo – inconstitucional, como visto – estender aumento aos demais funcionários públicos, em obediência ao princípio da isonomia?

Entendemos que não. Assim agindo, o julgador estaria ampliando a esfera de aplicação da lei (violando a intenção do legislador) e, por isso, legislando, em afronta ao princípio constitucional da separação de poderes.

Note-se: inconstitucional é a norma, por violação ao princípio da isonomia, e assim esta deve ser declarada.

Sempre esposando o mesmo raciocínio, a Corte Constitucional Pátria também já decidiu em caso análogo ao exemplo citado que:

“No tocante à alegada violação ao artigo 5º, *caput*, da Carta Magna, o que pretendem os recorrentes é que, com base no princípio constitucional da igualdade, lhes seja estendida a transferência determinada pelo Decreto-Lei 2.225/85. Ora, se esse Decreto fosse inconstitucional nessa parte por violação do princípio da igualdade, sua declaração de inconstitucionalidade teria o efeito de tê-lo como nulo, não podendo, portanto, ser aplicado às categorias por ele beneficiadas, e não o de estender a transferência por ele concedida a outra categoria que ele não alcança. Em se tratando de inconstitucionalidade de ato normativo, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, jamais como legislador positivo. Portanto, a acolhida da pretensão dos ora recorrentes é juridicamente impossível por parte do Poder Judiciário.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> STF – RE nº 196590 - j. 16.04.1996.

No caso em testilha, a inconstitucionalidade, em face da afronta ao princípio da isonomia, é da vedação imposta pelo parágrafo único do artigo 2º da Lei 10.259/01 à aplicação do conceito ampliado de crimes de menor potencial ofensivo ao juízo estadual, representada pela expressão “*para os efeitos desta lei*”.

Conforme o acima exposto, seria defeso ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade parcial do referido dispositivo legal, ou seja, somente quanto à expressão “*para os efeitos desta lei*”, que impõe a mencionada restrição, dando maior amplitude à sua aplicação, entendendo-se revogado o artigo 61 da Lei nº 9.099/95, sob pena de atuar como *legislador positivo* e contrariar a vontade do criador da lei, o que não lhe é permitido.

Também neste sentido já decidiu a Suprema Corte:

“Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.”<sup>7</sup>

Conseqüentemente, em face da inconstitucionalidade do tratamento dicotômico dado pelo artigo 2º, p. u., da Lei nº 10.259/01, aos delitos de competência da Justiça Federal cuja pena máxima cominada esteja entre um e dois anos, por ferir o princípio constitucional da isonomia, a solução está em deixar de aplicá-lo, e não em estender seu alcance para o fim de ampliar os limites de aplicabilidade fixados pelo artigo 61 da Lei nº 9.099/95.

Não pode o aplicador do direito, sob o pretexto de sanar a inconstitucionalidade de uma norma legal, estender sua aplicação a casos originalmente não previstos.

Evidencia-se que, se o operador do direito reconhecer a inconstitucionalidade apenas parcial da norma em testilha, estará ampliando seus efeitos, pois é claro que, neste caso, estar-se-ia aplicando a aludida lei a casos em que o legislador expressamente não desejou, ou seja, aos delitos de competência da Justiça Estadual, revogando-se o artigo 61 da Lei nº 9.099/95.

---

<sup>7</sup> HC nº 76.543, Rel.Min. Sydney Sanches, DJU de 17.04.98.

Assim, em face à afronta ao princípio constitucional da isonomia, deverá ser reconhecida a inconstitucionalidade de todo o parágrafo único do artigo 2º, da Lei nº 10.259/01, negando, portanto vigência ao novo conceito dado aos delitos de menor potencial ofensivo e, por conseguinte, em face da lacuna criada, aplicar-se ao Juizado Especial da Justiça Federal o artigo 61 da Lei nº 9.099/95, por analogia.

***Carlos Eduardo de Castro Paciello,  
4º promotor de Justiça de Pindamonhangaba/SP***

***Leonardo Rezek Pereira,  
3º promotor de Justiça de Pindamonhangaba/SP***

**DA NÃO-INCIDÊNCIA DA LEI  
N.º 10.259/01 NOS JUIZADOS  
ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS**

**Carlos Roberto Barretto**



# DA NÃO-INCIDÊNCIA DA LEI N.º 10.259/01 NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS

*Carlos Roberto Barretto*

1. A Constituição Federal e as Lei 9.099/95 e 10.259/01. 2. Da Inconstitucionalidade da Lei 10.259/01. 3. Da especialidade da Lei 10.259/01. 4. Ofensa ao princípio da igualdade. 5. O artigo 20, da Lei 10.259/01. 6. Dos crimes de porte ilegal de arma e de substância entorpecente para uso próprio.

Discute-se a aplicação da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001 no âmbito dos Juizados Especiais Criminais Estaduais, especialmente o disposto no parágrafo único do art. 2º que ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo fixado no art. 61, da Lei 9.099/95. A meu ver a nova lei não revogou, derogou ou modificou a lei anterior.

## **1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS LEI 9.099/95 E 10.259/01.**

Em breve digressão, a Constituição Federal de 1988 dispôs, em seu art. 98, que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, no que interessa aqui, para o julgamento e a execução de 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. O legislador constituinte não conceituou “infrações penais de menor potencial ofensivo”, o que foi feito pelo artigo 61, da Lei Federal nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais em cumprimento à determinação constitucional.

Posteriormente, pela Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, foi acrescentado parágrafo único ao artigo 98 da CF, estabelecendo que lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. Para cumprir o mandamento constitucional foi editada a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que entrou em vigência seis meses após a sua publicação.

Com a nova Lei, instalou-se dúvida sobre o seu alcance, mormente quanto ao conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, matéria prima dos Juizados Especiais Criminais.

Penso que a Lei 10.259/01 tem aplicação exclusiva nos Juizados Especiais Federais, não alcançando os Estaduais e, por isso, não modificou o conceito de crime de menor potencial ofensivo no âmbito destes últimos, permanecendo íntegro o artigo 61 da Lei 9.099/95. E assim o faço pelos seguintes motivos.

## 2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.259/01

Conforme demonstra o eminente Professor e Promotor de Justiça do Rio de Janeiro **Paulo Rangel** no seu livro “Direito Processual Penal”, ed. Lumens Juri, 6ª edição, 2002, pág. 337, dois pontos evidenciam a inconstitucionalidade da referida Lei, impedindo, assim, a sua aplicação no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais.

**Primeiro**, o legislador ordinário foi além do permitido pela Emenda Constitucional. Ao estabelecer que lei federal disporá sobre a criação dos juizados no âmbito da Justiça Federal, o parágrafo único do artigo 98, CF, limitou a atuação do legislador ordinário à simples criação dos juizados. Assim, qualquer acréscimo a essa autorização esbarra na limitação do dispositivo constitucional. Como o parágrafo não pode ser interpretado isoladamente, dissociado da cabeça do artigo, o mencionado dispositivo deve ser lido assim: “observado o disposto no caput, lei federal disporá sobre a criação dos juizados especiais”. Isto porque as regras do juizado, inclusive o conceito de infração de menor potencial ofensivo, já estavam estabelecidos na Lei editada em cumprimento ao comando do art. 98, *caput*, a Lei 9.099/95.

Sintomática a exposição de motivos do projeto que culminou com a Emenda Constitucional nº 22/99: “*A criação dos juizados especiais há de ter peculiar significado também no âmbito criminal, permitindo que a Justiça Federal institua os juizados especiais criminais para os crimes de menor potencial ofensivo, já que muitos dos crimes de competência da Justiça Federal têm pena máxima não superior a um ano (limite utilizado pelo legislador ordinário para conferir a competência dos juizados especiais criminais), como se pode comprovar em rápido levantamento.*” - grifei

**Segundo**, embora não se negue ao legislador o poder de modificar as leis, deve ele obedecer as regras estabelecidas na Lei Complementar Federal nº 95/98,



alterada pela Lei Complementar nº 107/01, que traça os parâmetros para a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis e, prevê, no seu art. 9º, que a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas. Ora, a Lei em comento não contém cláusula de revogação; logo, por ofender norma complementar à Constituição, como ensina o citado professor na obra supra, calcado na doutrina de renomados constitucionalistas, ofende a própria Constituição.

Tivesse o legislador a intenção de alterar a redação do art. 61 da Lei 9.099/95, deveria tê-lo feito expressamente, como determina a Lei Complementar nº 95/98 em seu art. 12. Não o tendo feito, de se entender que, efetivamente, não teve a vontade direcionada para a alteração do conceito de infração de menor potencial ofensivo para os Juizados Estaduais, senão, apenas de firmá-lo com maior amplitude para os Juizados Federais.

### 3. DA ESPECIALIDADE DA LEI 10.259/01

Se for entendido, de modo diverso, que a nova Lei não ofende a Constituição, ou, ainda que o faça, não tem essa ofensa o alcance referido, e já adentrando no confronto entre os dois conceitos de infração de menor potencial ofensivo, é de se concluir que a Lei 10.259/01 foi editada com o fim específico de criar os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, tendo aplicação apenas naquela esfera, sem interferir na Lei 9.099/95. Tanto isso é certo que, já no artigo 1º, determina a nova Lei que aos Juizados Cíveis e Criminais da Justiça Federal aplica-se, no que não conflitar com a presente lei, o disposto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Vale dizer, os Juizados Federais obedecem às disposições desta última lei, salvo naquilo que não estiver em conflito com a própria Lei 10.259/01 que, observando as peculiaridades da Justiça Federal, fez pequenas modificações nas regras estabelecidas na Lei 9.099/95.

E o parágrafo único do artigo 2º da Lei 10.259/01, em lugar de manter o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo estabelecido no art. 61, da Lei 9.099/95, deu-lhe nova conceituação para alcançar os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa. Fê-lo, entretanto, com a ressalva de que esse conceito se considera “**para os efeitos desta Lei**”. Vale dizer, da Lei nº 10.259/01. Trata-se, pois, de lei especial que, por isso, não derrogou o art. 61, da Lei 9.099/95.

Neste sentido, a lição de **Carlos Frederico Coelho Nogueira**:

*“Na verdade, segundo entendemos, o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/2001 não derogou o art. 61 da Lei nº 9.099/1995: aplica-se à presente situação, não o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, mas seu § 2º, segundo o qual ‘a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior’.*

*Assim sendo, entendemos perfeitamente possível a coexistência dos dois regime legais de definição de ‘infrações penais de menor potencial ofensivo’, um de nível federal e outro de âmbito estadual”.* (“Comentários ao Código de Processo Penal”, Edipro, 1ª edição, 2002, vol. 1, pág. 931)

A coexistência dos dois conceitos já foi afirmada por **Jorge Assaf Maluly** e **Pedro Henrique Demercian**, ilustres Promotores de Justiça de São Paulo, em artigo divulgado no site do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais do Ministério Público de São Paulo: *“a própria Constituição Federal distingue, claramente, para fins de instituição dos Juizados Especiais, as Justiças Estadual e Federal”.*

E reiterada por **Carlos Frederico Coelho Nogueira**:

*“Desde os primórdios, portanto, os Juizados Especiais foram encarados desigualmente pela legislador brasileiro, no que concerne à sua existência nas várias justiças, dadas as peculiaridades dos inúmeros ramos em que divide o Poder Judiciário de nosso país.”* (ob. cit. pág. 928)

Da mesma forma esse foi o posicionamento do Conselho Recursal dos Juizados Cíveis e Criminais do Rio de Janeiro, na primeira decisão sobre a matéria, cujo voto, do eminente Juiz relator **Antonio Carlos Nascimento Amado**, foi acolhido por unanimidade. Referindo-se à Lei 10.259/01, afirmou o ilustre relator:

*“Trata-se de lei nova, especial, que estabelece condições paralelas a Lei 9.099/95, que por isso não a revogou quanto aos Juizados Especiais Estaduais (art. 2º, parágrafo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil).”*

Nesta mesma linha, com acréscimo de outros argumentos, mas concluindo pela não derrogação do artigo 61, da Lei nº 9.099/95, artigos de **Francisco Glauber Pessoa Alves**, **Hélder B. Paulo de Oliveira**, **Maria Cristina Faria Magalhães**, **Paulo**

**do Amaral Souza e Paulo Martini**, reunidos na obra “**Juizado Especial Criminal Estadual e a Lei 10.259/01**”, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, por mim coordenada.

Também esse o entendimento uniforme da 2º Procuradoria de Justiça do Ministério Público Paulista, em trabalho desenvolvido por mim e pelos Drs. Carlos Eduardo de Athayde Bueno, Fernando Augusto de Mello, e bem assim da 3º Procuradoria da mesma Instituição, em estudo realizado pelos Drs. Carlos Eduardo Fonseca Da Matta, Fábio Antonio Pineschi, Hermann Herschander, Marco Antônio Garcia Baz, Tharcillo Toledo Neto, ambos inseridos na obra coletiva acima referida.

A Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, chamada a se manifestar nos termos do art. 28, do CPP, em processo referente a porte ilegal de arma (**Pt. Protocolado nº 17.471/02 - Artigo 28 do CPP Processo nº 450-6/01 - 3ª Vara Criminal do Foro Regional de Santana**), por decisão publicada no Diário Oficial do Estado de 12.03.2002, também entendeu que a Lei 10.259/01 não tem aplicação nos Juizados Especiais Criminais Estaduais. Do despacho, destaco o seguinte trecho:

*“A própria Constituição Federal distingue, claramente, para fins de instituição dos Juizados Especiais, as Justiças Estadual e Federal. Nossa Carta Política, originariamente, nem sequer admitia a transação penal ou o procedimento sumaríssimo na Justiça Federal (art. 98, caput), tanto que foi necessária a edição da Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, dispondo expressamente sobre a criação dos juizados no âmbito da Justiça Federal (cf. parágrafo único do art. 98). Em outras palavras, a Constituição Federal sempre considerou que os Juizados Especiais deveriam ser tratados nos âmbitos Estadual e Federal distintamente, com regras que atendessem as respectivas peculiaridades. Além disso, o próprio legislador, preocupado com os reflexos da Lei nº 10.259/01, deixou claro que o conceito das infrações de menor potencial ofensivo, previsto no parágrafo único do art. 2º, aplicar-se-ia, tão-somente, no âmbito da Justiça Federal, ao utilizar a expressão “para os efeitos desta Lei” e, mais a frente, ao vedar expressamente a aplicação da nova lei à Justiça Estadual (cf. art. 20, parte final) e, como se sabe, a lei não contém termos ou expressões inúteis.*

*A ampliação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo é defensável apenas de lege ferenda e não em conflito com a regra editada pelo Poder Legislativo. Essa escolha é política, e não jurídica,*

*dependendo muito mais da vontade do governo do que de um pronunciamento do Poder Judiciário, que não pode atuar como legislador positivo, encontrando-se, assim, impossibilidade de estender benefícios a quem acredita ter sido inconstitucionalmente excluído, sob pena de grave ofensa ao postulado constitucional da separação dos Poderes. Com efeito, a orientação que admite a extensão para a esfera da Justiça Estadual do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, fixado no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, - originalmente estabelecido, tão-somente, para o âmbito da Justiça Federal, modifica o sistema da lei pela alteração do seu sentido e faz com que o intérprete se substitua ao legislador - papel que este se recusa a assumir o Supremo Tribunal Federal, por fidelidade à imagem de mero “legislador negativo”, criada por KELSEN (cf. La garanzia giurisdizionale della costituzione: La giustizia costituzionale, in “La giustizia costituzionale”, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 173 e seguintes, e Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austríaca e americana”, in idem, p. 300). De fato, o Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes, tem considerado inadmissível que, “mediante subtração artificiosa” de um dispositivo (ou de sua parte), se produza “inversão clara do sentido da lei” (cf. voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.822-4, rel. Ministro MOREIRA ALVES, DJU de 10/12/99). No mesmo sentido: STF, Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417-7/DF, j. 09/12/1987, RT CDCCP 02:315-332; Mandado de Segurança nº 23.809-DF, DJU 11/12/00; Habeas Corpus nº 76.543, Primeira Turma, DJU de 17/04/98.*

Outra não é a lição da jurisprudência, nas primeiras decisões sobre a questão.

O eminente Juiz **Ricardo Dip** do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em respeitável voto proferido no HC nº 398.760-7, acolhido por unanimidade pela Turma Julgadora da 11ª Câmara, em 25.02.2002, afirmou:

*“Não custa um registro adicional, que afaste a interpretação extensiva com feitos derogadores da norma do par. ún., art. 2º, da Lei 10.259/01, de 12-7. Não se pode, em princípio, trasladar uma regra, cujo teor se restringe, expressamente, aos efeitos próprios de uma determinada*

*lei, para repercutir sobre efeitos de outra lei. Impende, em cada caso, investigar se o legislador desejou estender um dado tratamento a hipóteses assimiláveis ou se, antes, ao especificar, de modo explícito, um significado normativo, almejou com isso afastar da restrita esfera especial hipóteses somente aproximáveis dela. Nesse quadro, bem se poderia invocar o aforismo qui dicit de uno, negat de altero.*

*“Na espécie sob exame, se o legislador penal, às expressas, diz que o ilícito de menor potencial ofensivo, para os efeitos de uma dada lei (no caso, a Lei 10.259/01, de 12-7), é aquele para o qual se estatui pena máxima cominada não-superior a dois anos (ou multa), não se pode, simpliciter, estender essa previsão para derogar, com apoio em preceito específico, situações de outra lei que não se acham indicadas pela nova normativa.*

*Exceptio firmat regulam - consagrou um brocardo célebre - in casibus non exceptibus. Se o legislador da Lei 10.259/01 quisesse modificar integralmente o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”, teria omitido a singular nota exceptiva que se acha nos termos “para os efeitos desta Lei”, palavras inseridas na regra do par. un. do art. 2º da referida Lei 10.259, robustecidas no art. 20 do mesmo Diploma normativo. Mas, ao exprimir-se dessa forma, indicou o legislador penal o caráter exceptivo da nova regulativa. E o que excepciona, como visto, não modifica o que consta do direito comum.*

*“O que surpreende, ao fim, é o fato de que certa doutrina cogite de uma aplicação analógica da regra inscrita no par. un., art. 2º, da Lei 10.259/01, não para regular uma situação lacunosa mas para derogar outra regra jurídica de direito. Ora, sem controverter - num tema que não é isento de dúvida - sobre a admissibilidade genérica da analogia in bonam partem no Direito Penal material, começa-se por observar que a circunstância de decidir-se, concretamente, sobre a pertinência de uma dada aplicação analógica - e não apenas sobre sua admissibilidade - exige um argumento de fundo, que não se satisfaz com a exclusiva motivação da favorabilidade de um preceito. Bastaria averbar, nesse campo, que o argumento de analogia - seja a pari, seja a fortiori - tem exatamente como contrapartida “formal” o argumento a contrario sensu.*

*“Sem lacunaridade regulativa de tema para a qual se possa transportar, a analogia é formalmente inviável. Por definição, a analogia supõe a lacunosidade, e, no caso sub examine, longe de faltar, a Lei 9.099/95, de 26-9, prevê expressamente a figura do ilícito de pequeno potencial ofensivo (art. 61).*

Do mesmo Egrégio Tribunal de Alçada, em idêntico sentido: **RSE nº 1.311.109/7**, 11ª Câ., v.u., j. 22.04.2002, Rel. Juiz Ricardo Dip; **Ap. nº 1.303.381/5**, 8ª Câ., maioria, j. 25.04.2002, Rel. Juiz Francisco Menin; **HC nº 414.082/5**, 11ª Câ., v.u., j. 10.06.2002, Rel. Juiz Pires de Araújo; **RSE nº 1.311.379/3**, 2ª Câ., v.u., j. 27.06.2002, Rel. Juiz Euvaldo Chaib e **RSE nº 1.319.057/0**, 14ª Câ., v.u., j. 30.07.2002, Rel. Juiz Oldemar Azevedo.

De outro lado, convém ressaltar, também, que a doutrina estabelece distinção entre Lei Federal e Lei Nacional, esclarecendo que *“Qualifica-se lei federal a lei criada por iniciativa da União. Ela disciplina interesses federais, diferentemente da lei nacional, que dispõe não só sobre interesses federais, mas também a respeito dos interesses estaduais e locais.”* (“Constituição Federal Anotada” Uadi Lammêgo Bulos, Saraiva, 2ª ed., 2001, p. 858). Neste ponto, a Lei 9.099/95 é lei nacional e a Lei 10.259/01 é lei federal, de aplicação exclusiva no âmbito da Justiça Federal.

Em suma, a Lei 10.259/01 é norma especial, de aplicação restrita, que não derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95.

#### 4. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Afirmam os propugnadores da aplicação do novo conceito aos Juizados Estaduais que, a se entender de outra forma, estará comprometido o princípio da igualdade, ou da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Tal princípio, entretanto, com o devido respeito, tem emprego quando as pessoas em confronto estão exatamente na mesma situação de igualdade. Do contrário, não é possível aplicar-se a garantia constitucional. Quer dizer: trata-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Tem-se mencionado a hipótese do crime de desacato para demonstrar a ofensa ao princípio da igualdade. Apenado com detenção de 06 meses a 02 anos, dizem, se o crime for praticado contra funcionário público estadual não será de menor potencial ofensivo; ao revés se praticado contra funcionário federal, assim será considerado.



Com a devida vênia, estão colocando no mesmo patamar situações diferentes. Para que tal crime seja considerado da competência da Justiça Federal e, portanto, sujeito à Lei 10.259/01, é necessário que, além da tipificação contida no art. 331, do Código Penal, haja um *plus*, qual seja, que a ofensa seja dirigida a funcionário federal. Exige-se interesse da União para elevar o crime à categoria de delito de competência da Justiça Federal. Ora, já aí se constata uma diferença entre este crime e o praticado contra o funcionário estadual. Há como que uma qualificadora em função da qualidade da vítima, o que o diferencia daquele.

Dir-se-á que sendo o bem jurídico tutelado o mesmo, não se permite tratamento desigual. Todavia, comparados os crimes sujeitos à competência da Justiça Comum ou Ordinária com crimes da competência da Justiça Militar, também se terá ofensa ao mesmo bem jurídico. Embora classificada como especial a Justiça Militar, o que diferencia os crimes definidos no Código Penal Militar dos crimes capitulados no Código Penal, que tenham a mesma definição legal, é justamente a qualidade da vítima ou do agente ou o local da infração (art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar).

Nem por isso entendeu o E. Supremo Tribunal Federal ser inconstitucional, por ofensa ao princípio da igualdade, a norma contida no art. 90-A da Lei 9.099/95, introduzida pela Lei n. 9.839/99, que veda, expressamente, a aplicação da referida lei no âmbito da Justiça Militar, conforme consta do Habeas Corpus nº 15.573-RS, STJ, 5ª Turma, v.u., j. 07.06.2001, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca e do RESP nº 206.627-DF, j. 08.03.2000, mesma turma e relator.

A propósito afirma **Carlos Frederico**:

*“A se admitir a tese da violação da regra da isonomia pelo novo tratamento legal dessas infrações de competência dos JECRIMs, aliás, inconstitucional seria a Lei nº 10.259/2001, o que a tornaria írrita e inaplicável, jamais se podendo cogitar de, ao contrário, estendê-la aos Juizados Locais.*

*“O Poder Judiciário não pode legislar nem criar norma jurídica ao arrepio da lei vigente. Não deve transformar-se, é certo, em mero autômato programado pela norma positiva, sem qualquer margem interpretativa e integradora. A interpretação e a integração do direito, contudo, por via judicial, não pode levar à negação, pura e simples, do texto legal vigente.”*  
(ob. cit. pág. 929)

**Maluly** e **Demercian**, suso referidos, também analisaram essa questão da constitucionalidade e, citando precedente do Supremo Tribunal Federal (HC nº 76.543,

DJU de 17.04.98, Rel. Min. Sidney Sanches), do qual se destaca o trecho: “*Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas*”, concluem: “*As ponderações feitas pelo Ministro SYDNEY SANCHES sugerem que, segundo entendimento vitorioso no Supremo Tribunal Federal, a eventual incoerência do legislador, sendo mais condescendente com os possíveis autores de crimes federais, não autoriza o Poder Judiciário, a pretexto de restauração da isonomia, a substituir-se aos poderes políticos para a construção de uma regra que não foi editada: a ampliação dos rígidos limites que figuram no art. 61 da Lei nº 9.099/95.*”

Pode parecer incoerente que o conceito mais amplo de infração de menor potencial ofensivo fique restrito à Justiça Federal onde, em tese, a ofensa seria mais grave por atingir bens da União. Entretanto, os critérios estão aí e foram estabelecidos pelo legislador. É até compreensível que assim seja, pois, ante a gravidade dos crimes cometidos à competência da Justiça Federal, aqueles sancionados com pena restritiva de liberdade até dois anos tornam-se, de fato, crimes de menor repercussão social. Ademais, como o objetivo dos juizados é desafogar a Justiça, a ampliação se fez necessária naquela esfera para alcançar maior número de processos.

Concluindo, por se tratar de situações diferentes, não há ofensa ao princípio da igualdade no tratamento diferenciado entre os Juizados Especiais Criminais Federal e Estadual.

## **5. O ARTIGO 20, DA LEI 10.259/01**

Dispõe referido artigo, que: “*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.*” - grifei.

Embora os defensores da inaplicabilidade do novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo venham citando referido dispositivo como proibidor da



sua extensão aos Juizados Estaduais, até pela clareza da sua parte final, com todo o respeito, não o vejo como aplicável à esfera criminal.

A Lei 10.259, de 14 de julho de 2001 que instituiu os Juizados Federais, cuida basicamente do Juizado Cível, reservando apenas três artigos ao Juizado Criminal. Nesse passo, o art. 20 trata de situação específica, destinada ao Juízo Cível, tanto que menciona o art. 4º da Lei 9.099/95 que cuida dessa matéria.

A ressalva era necessária para deixar explícito que não se aplica a Lei do Juizado Especial Federal no juízo estadual em face do disposto no § 3º do art. 109 da CF que permite, em determinados casos, especialmente nas ações previdenciárias, a propositura de ação de interesse da União na Justiça Estadual, onde não houver Vara Federal. Assim, o mencionado artigo dirige-se apenas ao Juizado Cível, não se estendendo ao Juizado Criminal.

É verdade, porém, que ele desvela a intenção do legislador de não aplicar a Lei 10.259/01 no Juizado Especial Estadual, o que reforça a conclusão acima exposta.

## **6. DOS CRIMES DE PORTE ILEGAL DE ARMA E DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PÓPRIO**

Tocante a esses delitos sustentam os doutos Promotores de Justiça, Drs. **Arnaldo Hossepian Júnior** e **Waleria Garcelan Loma Garcia**, em trabalho publicado no livro “**Juizados Especiais Criminais Estaduais e a Lei 10.259/01**” acima mencionado, que o conceito de infração de menor potencial ofensivo dado pela Lei 10.259/01 deve ser interpretado restritivamente, isto é, afastando da sua incidência os crimes aos quais o preceito secundário comine pena restritiva de liberdade até dois anos cumulada com sanção pecuniária.

Também esse o entendimento de **Antonio José Franco de Souza Pêcego**, em “O real alcance do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo com a Lei nº 10.259/2001” Jus Navigandi, n. 58. [Internet], capturado em 05.09.2002;

*“Assim, certamente não visava alcançar o crime do art. 10 da Lei 9.437/1997 (Lei das Armas de Fogo) que prevê a pena de multa cumulativamente para o porte de arma de fogo, uns dos comportamentos socialmente negativos e estimuladores da combatida violência crescente no país, pois entendimento diverso seria um contra-senso*

*do legislador à sua adesão a campanha nacional de desarmamento representados por vários projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, dentre os quais aqueles que visam aumentar a pena do crime de porte de arma de um a dois anos de detenção, para de quatro a oito anos de reclusão (PL - 6074/2002) e acrescentar esse crime na relação de crimes hediondos (PL-5242/2001), o que demonstra claramente e lamentavelmente, como inicialmente tratado sobre o movimento da Lei e Ordem, que ainda há uma forte tendência na sociedade brasileira em dar ênfase a uma política penal predominante em detrimento de qualquer política criminal alternativa.*

*Da mesma forma fica afastado o crime de uso de tóxicos por prever igualmente pena privativa de liberdade até dois anos e multa, mas não, ou multa, além do que, sob o aspecto do procedimento especial, com o advento da Lei nº 10.409, de 11.01.2002 que derogou a Lei 6368/1976, polêmico procedimento deve ser observado na instrução criminal dos delitos de tóxicos a partir da sua vigência, o que não se coaduna em nada com o rito sumaríssimo da Lei 9.099/95, por ter rito próprio especial ao prever, dentre outras coisas, uma única audiência de interrogatório, instrução e julgamento que só se dá após o recebimento da denúncia.*

Os doutrinadores não chegaram até agora a uma conclusão sobre a vontade do legislador ao colocar a expressão **ou multa** no final do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01. Alguns afirmam ter sido cochilo, que deve ser desprezado; outros, que se refere a contravenção penal, porém incabível porque essa modalidade de infração não se insere na competência da Justiça Federal; outros, que se refere aos crimes aos quais é cominada pena de multa alternativa, o que alcançaria crime com pena restritiva de liberdade superior a dois anos, etc.

**Agapito Machado**, Juiz Federal do Ceará e integrante da Comissão instituída pela Associação Nacional dos Juizes Federais – AJUFE – para reforma da legislação penal e processual penal, mostra bem o descaso com que são feitas as leis neste País, ao relatar o seguinte episódio, a respeito justamente da expressão em questão:

*“Quando ainda em tramitação, lembrei, via e-mail, a todos os juízes federais do País, o equívoco do anteprojeto do Superior Tribunal de Justiça, notadamente aos colegas que comigo integraram a Comissão*

*da AJUFE para propor alterações na legislação penal e processual penal, e fui lembrado de que era melhor não tocarmos nesse assunto porque, do contrário, haveria maior demora na aprovação da referida lei.”* (“Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal”, Saraiva, 2001, p. 50).

Como é regra de hermenêutica que as leis não contêm palavras inúteis; como não é possível simplesmente ignorar a expressão **ou multa** contida no parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01 e como a interpretação dada por alguns de que a Lei alcança infrações com pena cominada alternativamente com multa, ainda que a restritiva de liberdade seja superior a dois anos, significando a inclusão no rol das infrações penais de menor potencial ofensivo de crimes gravemente apenados, o que foge ao espírito da lei, penso que a interpretação dada pelos eminentes Promotores é a que mais se ajusta à redação do par. único do art. 2º da Lei 10.259/01.

Assim, a leitura a ser feita do mencionado dispositivo – e aqui já não se cuida de aplicação ou não do novo conceito nos Juizados Estaduais – é no sentido de que são infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos da Lei 10.259/01, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, excluídos, portando, aqueles cujo preceito secundário preveja pena cumulativa de multa ou restritiva de direitos, salvo se a detentiva for inferior a dois anos. Vale dizer: desde que a pena máxima privativa de liberdade, de dois anos, venha acompanhada de qualquer outra sanção, a infração deixa de ser de menor potencial ofensivo. Se inferior, ainda que com pena cumulativa, encaixa-se no conceito.

É bom deixar registrado que antes da Lei 10.259/01 a questão não tinha qualquer importância, porquanto a Lei 9.099/95 estabelece como limite para o efeito de conceituar infração penal de menor potencial ofensivo apenas a sanção privativa de liberdade. A multa ou outra pena não entra no conceito.

Desta forma, ainda que se entenda modificado o art. 61, da Lei 9.099/95, e ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo – o que se admite apenas para argumentar – os crimes de porte ilegal de arma e de substância entorpecente para uso próprio não se enquadram nessa categoria.

**Carlos Roberto Barretto,**  
**procurador de Justiça no Estado de São Paulo**

## **BIBLIOGRAFIA**

BARRETTO, Carlos Roberto (coordenador). Juizado Especial Criminal Estadual e a Lei 10.259/01, ed. Juarez de Oliveira, 2002.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Comentários ao Código de Processo Penal, Vol. 1, ed. EDIPRO, 2002.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, ed. Lumens, 6ª edição, 2002.

**AMPLIAÇÃO DO ROL DOS  
CRIMES DE MENOR POTENCIAL  
OFENSIVO E SUSPENSÃO  
CONDICIONAL DO PROCESSO**

**Damásio de Jesus**



# AMPLIAÇÃO DO ROL DOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

*Damásio de Jesus*

Nos termos do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95), em sua redação primitiva, devem ser consideradas infrações de menor potencial ofensivo, sujeitando-as à sua competência, os crimes aos quais a lei comine pena máxima não superior a um ano.

Muito embora não tivéssemos ainda, na Justiça Federal, os Juizados Especiais Criminais, previstos no art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal, com redação da Emenda Constitucional n.º 22, de 18.3.1999, os Juízes Federais podiam aplicar os institutos da conciliação civil e transação criminal (arts. 74 e 76), da representação (art. 88) e da suspensão condicional do processo (art. 89), todos disciplinados pela Lei n.º 9.099/95.

A Lei n. 10.259, de 12.7.2001, criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, dispondo aplicar-se a eles a Lei n. 9.099/95 (art. 1.º), obedecidos dois princípios impostos pelo seu art. 2.º, *caput* e parágrafo único:

1.º) Os Juizados Especiais Criminais Federais julgam exclusivamente infrações da competência da Justiça Federal (*caput*).

2.º) Somente são de sua competência as infrações penais de menor potencial ofensivo (*caput*).

Conceituando os crimes de menor potencial ofensivo, reza o parágrafo único do mencionado dispositivo:

“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”.

Comparando os dispositivos, vê-se que, enquanto o art. 61 da Lei n.º 9.099/95 consigna a pena máxima permissiva cominada aos crimes em quantidade não superior a *um ano*, a lei nova determina que o máximo da sanção detentiva não pode ser superior a *dois anos*. Cuidando as duas normas do mesmo tema, qual seja, conceituação legal de crime de menor potencial ofensivo, e adotando o critério de classificação de conformidade com a quantidade da pena, observamos que empregam valorações diferentes. Em face disso, de prevalecer a posterior, de direito penal material, que, mais benéfica, derroga a anterior (CF, art. 5.º, XL; CP, art. 2.º, parágrafo único), ampliando o rol dos crimes de menor potencial ofensivo.

Diante disso, consideramos que o parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 10.259/2001 derroga o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95). Em conseqüência, sejam da competência da Justiça Comum ou Federal, devem ser havidos como delitos de menor potencial ofensivo aqueles aos quais a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos ou multa. De modo que os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum passam a ter competência sobre todos os delitos a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos (até dois anos) ou multa.

Essa orientação, adotada por quase a unanimidade da doutrina<sup>1</sup>, acaba de ser

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 30.7.2001; CARMON FILHO, Petrônio. Infrações de menor potencial ofensivo após a edição da Lei n. 10.259, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 31.7.2001; SUANNES, Adauto. Lei n. 10.259/01 – Juizados Criminais Federais, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 27.7.2001; SILVA FRANCO, Alberto. Juristas renomados entendem que foi ampliada a competência dos Juizados Especiais, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 27.7.2001; BITENCOURT, Cezar Roberto. Lei n. 10.259/01 – Juizados Criminais Federais, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 27.7.2001; CAPEZ, Fernando. Juristas renomados entendem que foi ampliada a competência dos Juizados Especiais, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em 27.7.2001; XIMENES, Fernando Luiz. Juristas renomados entendem que foi ampliada a competência dos Juizados Especiais, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 27.7.2001; NALINI, José Renato. Juristas renomados entendem que foi ampliada a competência dos Juizados Especiais, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 27.7.2001; UM PESO, duas medidas. *Boletim do IBCCrim*, Departamento de Estudos Legislativos, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 105, p. 8, ago. 2001; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. A nova definição de infração de menor potencial ofensivo, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 8.8.2001; SILVA, Jorge Vicente. Alteração da Lei n. 9.099/95 na Parte Especial. *O Estado do Paraná*, Curitiba, 12.8.2001; MAINARDI, Celso Jair. Juizado Especial Criminal e Justiça Federal. *O Estado do Paraná*, Direito & Justiça, Curitiba, 19.8.2001; SILVA, Jorge Vicente. Alteração da Lei n. 9.099/95 na Parte Especial. *O Estado do Paraná*, Curitiba, 19.8.2001; TEIXEIRA, Fernando Tadeu Cabral. Primeiras impressões sobre a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 106, p. 2, set. 2001; DIAS, Jefferson Aparecido. Juizados Especiais Federais – Considerações sobre a Lei n. 10.259/2001, *Meio Jurídico*, São Paulo, Ed. Meio Jurídico, n. 47, p. 4, jul. 2001; ARAS, Vladimir. A nova definição de infrações de menor potencial ofensivo e sua extensão aos Juizados Criminais Estaduais, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 28.9.2001; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Juizados Criminais Federais, em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 1.º.10.2001; SOUZA, Cláudio Calo. O art. 2.º da Lei n. 10.259/01 x o art. 61 da Lei n. 9.099/95. E as infrações com rito especial?, em *Jus Navegandi*, <[www.jus.com.br](http://www.jus.com.br)>. Acesso em: 4.9.2002; PÊCEGO, Antônio José Franco. O real alcance do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo com a Lei 10.259/01,



acatada pela 5.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça no RHC<sup>2</sup> 12.033, MS, rel. o Ministro Félix Fischer, votação unânime, julgado em 13.8.2002. Consta da ementa do acórdão:

“A Lei n.º 10.259/2001, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois anos para a pena mínima<sup>3</sup> cominada. Daí que o art. 61 da Lei n. 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um ano alterado para dois”.

A decisão foi além, estabelecendo que essa modificação deve alcançar também o art. 89 da Lei n. 9.099/95, que disciplina a suspensão condicional do processo<sup>4</sup>, elevando para dois anos o limite mínimo restritivo<sup>5</sup>. Assim, caberia o *sursis* processual nos casos de crimes com pena mínima cominada igual ou inferior a dois anos (até dois anos).

Essa manifestação do acórdão, entretanto, é de discutível acerto, não recebendo a nossa aprovação. Ocorre que o art. 61 da Lei n. 9.099/95 trata da conceituação de crimes de menor potencial ofensivo para efeito da competência dos Juizados Especiais Criminais, o mesmo ocorrendo com o art. 2.º da Lei n.º 10.259/2001. O art. 89 da Lei n. 9.099/95, contudo, inserido na lei por simples aproveitamento do legislador, disciplina um *instituto* de despenalização, abrangendo não só as infrações de menor potencial ofensivo, objeto dos Juizados Especiais Criminais, mas também outras infrações de maior gravidade, porém limitadas pela quantidade da pena. Por isso, o art. 89, não disciplinando especificamente as infrações de menor potencial ofensivo,

---

em *Jus Navegandi*, <[www.jus.com.br](http://www.jus.com.br)>. Acesso em: 4.9.2002; Enunciado n. 46 do X Encontro do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, Rondônia, 21 a 24 de novembro de 2001; Enunciado n. 1 do I Encontro Regional dos Juizados Especiais de Minas Gerais, Poços de Caldas, 30 de novembro a 1.º de dezembro de 2001; SILVA, Danni Sales. Novas interpretações da Lei 9.099/95, frente o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, *Revista da OAB Goiás*, Goiânia, n. 50, p. 33, abr./jun. 2002. O Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, adotando a tese ampliativa, não deu guarida a uma representação do Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro no sentido de que ingressasse com uma ação direta de inconstitucionalidade da Lei n. 10.259/2001, tendo por fundamento a não-ampliação do rol dos delitos de menor potencial ofensivo (Processo PGR n. 100.000.000.801/2002-90, parecer de 18.2.2002). Em São Paulo, o Procurador-Geral de Justiça recomendou que os membros do Ministério Público não devem acatar a orientação ampliativa em suas manifestações (Avisos de 2 e 24 de abril de 2002).

<sup>2</sup> RHC: Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*.

<sup>3</sup> Há evidente engano no texto da ementa, que desejou mencionar “pena *máxima*” e não “*mínima*”.

<sup>4</sup> *DJU* de 9.9.2002, p. 234. O acórdão também recomenda a modificação da Súmula n. 243, que regula a matéria no concurso de crimes.

<sup>5</sup> No sentido decidido pelo STJ: MACHADO, Agapito. *Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

leva em conta a pena *mínima* cominada, enquanto o art. 61 considera a pena *máxima* abstrata. Como o instituto e o sistema são diversos, cada um aplicando critérios diferentes, é incabível a invocação do princípio da proporcionalidade<sup>6</sup>.

***Damásio Evangelista de Jesus,  
ex-procurador de Justiça, professor de Direito Penal,  
presidente do Complexo Jurídico “Damásio de Jesus”***

---

<sup>6</sup> Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais*. 4.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 257; SILVA, Danni Sales. Novas interpretações da Lei 9.099/95, frente o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal. *Revista da OAB Goiás*, Goiânia, n. 50, p. 36, abr./jun. 2002.

**OS JUIZADOS ESPECIAIS  
CRIMINAIS À LUZ DA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

**Lenio Luiz Streck**



# OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS À LUZ DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

- A filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto

*Lenio Luiz Streck*

**SUMÁRIO:** 1. A Lei n.º 10.259 - avanços e recuos – 2. A nova lei e a morte da teoria do bem jurídico: a violação da principiologia constitucional – 2.1. A Constituição como remédio contra maiorias – 3. O pragmatismo inconseqüente da Lei 10.259 – 4. Dos obstáculos (constitucionais) à aplicação da nova lei – 4.1. Tratamento igualitário de bens jurídicos díspares: uma isonomia incompatível com a Constituição ou de como não devemos banalizar/pasteurizar o direito penal – 4.2. O conceito de “infrações de menor potencial ofensivo” e o fetichismo da lei: uma crítica necessária ou a pergunta que não quer calar – 4.3. A necessária incidência da Constituição na discussão dos critérios para a aplicação da Lei 10.259 – 5. Da derrogação da exceção estabelecida pelo art. 61 da Lei 9.099 - a questão dos procedimentos especiais: uma discussão anterior ao exame da (in)constitucionalidade do art. 2.º, parágrafo único, da Lei 10.259 – 6. Do exame da (in)constitucionalidade *stricto sensu* do parágrafo único do artigo 2.º da Lei 10.259 – 6.1. A inconstitucionalidade da inclusão de infrações incompatíveis com o *nomem juris* de “infrações de menor potencial ofensivo”: a necessidade da correção mediante a aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto – 6.1.1. Primeiro grupo - infrações previstas no Código Penal e em leis especiais sem previsão de procedimento especial – 6.1.2. Segundo grupo - infrações a que a lei prevê procedimento especial – 7. À guisa de conclusão - esclarecimentos finais.

## 1) A LEI N.º 10.259 – AVANÇOS E RECUOS

Parece não restar dúvidas acerca do fato de que a Lei 10.259/2001, ao dispor sobre a instituição dos Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, constituiu considerável avanço no campo jurídico brasileiro. Com efeito, havia visível malferimento da Constituição no fato de os Juizados Especiais estarem, até o advento da Lei em questão, restritos à esfera da Justiça Comum. *Não é desarrazoado afirmar, assim, que se estava diante de uma inconstitucionalidade por omissão relativa.* Desse modo, a nova Lei veio corrigir essa omissão.

O preenchimento dessa lacuna no sistema não pode, entretanto, passar sem a necessária crítica de cariz hermenêutico-constitucional. Com efeito, algumas questões exsurgentes da Lei estão acarretando acalorado debate, e com toda a razão:

- a) Poderia o legislador ter estabelecido, já na Lei 9.099, como critério para aferição do que seja *delito de menor potencial ofensivo*, a pena máxima não superior a um ano? Do mesmo modo, a recente Lei 10.259 poderia ter ampliado o alcance da Lei 9.099, acrescentando, a partir do *mesmo critério* utilizado na Lei 9.099, que *são considerados infrações penais de menor potencial ofensivo “os crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”*? Indagando de outra maneira: é constitucional estabelecer como critério de aferição do que seja menor ou maior potencial ofensivo o montante da pena (mínima de um ano na Lei 9.099 e máxima de 2 anos, na Lei 10.259)? Será isto tão simples assim?
- b) De um modo mais simples, a pergunta que cabe é: tem o legislador *carta branca* para estabelecer, sem limitações no que concerne a teoria do bem jurídico, o que seja delito de menor potencial ofensivo?
- c) Quais os limites que a Constituição coloca ao legislador?
- d) Ou esses limites inexistem?

Afinal, os princípios constitucionais vinculam ou não vinculam o legislador ordinário?

Tenho que a resposta a tais questões não passa, simplesmente, por uma análise horizontal, intra-sistemática, mas, sobretudo, por uma reflexão vertical, que trabalhe com a parametricidade constitucional. Ou seja, no plano da resolução das antinomias parece impossível solver a controvérsia.

## **2) A NOVA LEI E A MORTE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO: A VIOLAÇÃO DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL**

De pronto, da simples leitura dos dispositivos previstos nas Lei 9.099 (art. 61) e 10.259 (art. 2º, par. único) exsurge, perigosamente, o aniquilamento (canto de cisne) da teoria do bem jurídico, uma vez que, ao estabelecer como *tabula rasa* que são passíveis de transação penal – porque incluídos fictamente no rol de infrações de menor potencial ofensivo – *todos os crimes a que lei comine pena máxima não superior*

a 02 (dois) anos -, o legislador tratou isonomicamente bens jurídicos **absolutamente discrepantes entre si**, como o patrimônio individual, o patrimônio público, o patrimônio social (direitos de segunda geração), o meio-ambiente (direitos de terceira geração), a moralidade pública, a honra, etc. Isto para dizer o mínimo! Para se ter uma idéia, veja-se o extenso rol de delitos que hoje passaram a ser epitetados como “infrações de menor potencial ofensivo” ( são mais cinqüenta e seis figuras típicas do Código Penal e mais catorze delitos previstos em leis especiais que se agregam às dezenas de infrações já enquadradas na Lei 9.099).

Situações como essa, criada pela lei n. 10.259/2001, revelam o momento de crise pelo qual passa a teoria do bem jurídico. Há uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções desse conceito, a partir do dissenso surgido entre a postura dos penalistas liberais, os quais defendem a função limitadora do conceito, e aqueles de orientação comunitarista-garantista, cuja posição quanto à funcionalidade desta instituição jurídica assenta-se numa concepção organizativa, interventiva e transformadora da realidade social. Esta contenda não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, e este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela desta natureza.

A transferência desta controvérsia ainda não resolvida para as práticas legislativas e judiciais, faz com surjam produtos como a Lei n. 10.259/2001, onde bens jurídicos que claramente traduzem interesses de grandes camadas sociais são *rebaixados axiologicamente* e equiparados a outros bens de relevância meramente individual. Mais uma vez privilegia-se o individual em detrimento do coletivo.

Desde o prisma de um Estado Social e Democrático de Direito, como o insculpido no texto constitucional, não é ocioso situar os bens merecedores de tutela no terreno do social, uma vez que se apresentam como condições qualificadas de funcionamento e amálgama da sociedade.<sup>1</sup> Isto necessariamente tem seus reflexos na delimitação conceitual de bem jurídico penal.

O que tem ocorrido concretamente nesse aspecto, e, conseqüentemente dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas liberais e comunitaristas, é que os últimos tentam introjetar na concepção de bem jurídico penal a idéia de que uma

---

<sup>1</sup> Sobre a relação “Direito Penal –Constituição e Estado Democrático de Direito”, consultar Copetti, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito, Livraria do Advogado, 2000.

série de valores constitucionais coletivos necessitam de proteção penal, enquanto os primeiros, ainda presos às matrizes penais iluministas, resistem ao obstaculizar a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade. Continuam, pois, a pensar o Direito a partir da idéia de que há uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo. Para eles, o Estado é necessariamente mau, opressor, e o Direito Penal tem a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. Por isso, boa parte dos penalistas (que aqui denomino de liberais-iluministas) continuam – no ano de 2002, em pleno Estado Democrático de Direito, no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora –, a falar na mítica figura do “Leviatã”.

A partir de tais considerações e do que se pode extrair de uma análise da tradição jurídica brasileira, é razoável afirmar que a dogmática penal não tem condições de legitimar teoricamente um novo conceito de bem jurídico. Isto se deve a duas razões fundamentais entre outras:

- a) a primeira, porque suas construções contemporâneas têm se baseado unicamente em sua (in)coerência interna, prescindindo de fundamentações e correlações com as correntes mais gerais do pensamento humano, especialmente a filosofia política;
- b) a segunda, porque todos os seus juízos e análises estão profundamente marcados por pré-conceitos liberais-individualistas. A partir disto, estabeleceu-se uma “pax dogmática” em torno de uma concepção ultrapassada de bem jurídico que continua a macular os produtos legislativos pelo desprezo de uma cultura coletiva, geradora de bens desta ordem, que se estruturou no pensamento ocidental desde os primórdios do século XX.

Dito de outro modo, os bens jurídicos sujeitos à tutela penal não são mais somente aqueles que compõem o rol de bens que estruturaram o arcabouço valorativo constituinte do direito penal liberal-iluminista. A tradição cultural penal brasileira já indica a necessidade de proteção de bens sociais desde o Código Criminal do Império, documento normativo que encerrava em sua segunda parte os crimes públicos, mesmo sendo a Constituição de 1824 uma Carta Constitucional de flagrante influência liberal. Também desta forma sucedeu com o Código Penal de 1890, onde havia uma série de bens de interesse coletivos tutelados, inobstante a Constituição Republicana pouco privilegiar tais bens. E assim surgiu uma tradição normativa de prever a tutela



de bens coletivos, de interesses públicos que, indubitavelmente, extrapolam o âmbito individual. Essa situação normativa ficou ainda melhor estruturada a partir das Constituições elaboradas na Era Vargas que inspiraram o Código penal da década de 40, ainda hoje vigente em sua parte especial.

Essa é a nossa cultura que a partir da CF/88 *solidificou-se* em termos normativos, e parece não haver mais qualquer dúvida de que o direito penal também deve servir de instrumento interventivo, organizador e transformador da sociedade. Afinal, não é demais lembrar que o Direito e o Estado passaram por profundas transformações no decorrer dos séculos: de um Direito meramente ordenador, próprio da tradição liberal-individualista, passamos para um Direito de feição promovedora e transformadora, produtos do surgimento da concepção de Estado Social e Democrático de Direito.

Com efeito, apesar de, somente na condição de indivíduos, valorizarmos certas coisas, julgarmos certas realizações como boas, considerarmos certas experiências como satisfatórias ou certos resultados como positivos, essas coisas, como bem leciona Charles Taylor, só podem ser boas de certa maneira, ou satisfatórias ou positivas à sua forma particular, por causa da compreensão de pano de fundo desenvolvida em nossa cultura.<sup>2</sup> E a nossa cultura não deixa dúvidas de que a concepção de vida boa ou de felicidade dos indivíduos dentro de uma comunidade necessita da tutela de determinados bens que não pertencem particularmente a ninguém, mas que são de interesse geral e que, portanto, tem um importante papel dentro da estrutura social, muito maior do que o atribuído a certos bens individuais. E não há como negar, utilizando as palavras de Marilena Chauí, que toda cultura e cada sociedade institui uma moral, isto é, valores concernentes ao bem e ao mal, ao permitido e ao proibido, e à conduta correta, válidos para todos os seus membros.<sup>3</sup>

Portanto, não é aceitável, nem tampouco válido, que uma penada legislativa equipare bens culturalmente tão diversos dentro de uma solução que, provavelmente, face ao quadro de descrédito geral da população em relação ao sistema penal e aos poderes públicos, venha suscetibilizar ainda mais o sentimento de reconhecimento dos indivíduos como pertencentes a uma comunidade de Direito. *O direito penal também tem esta função de, mediante a proteção de determinados bens jurídicos gerar este sentimento de reconhecimento.* E não vacilo em afirmar que a possibilidade de transação estendida a bens jurídicos tão diversos, através de uma artificial isonomia legal,

<sup>2</sup> Cf. Taylor, Charles. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000, p. 152.

<sup>3</sup> Cf. Chauí, Marilena. *Convite à filosofia*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 339.

lentamente irá corromper alguns valores de relevante importância dentro do nosso pacto social e jurídico.

É nesta verdadeira “isonomia” às avessas (ou isonomia *ad-hoc*) que reside, pois, a *primeira violação da Constituição Federal*, uma vez que, se a Constituição estabelece que o Brasil é uma República Federativa, *que se institui como Estado Democrático de Direito*, é porque, seguindo o moderno constitucionalismo, *fica implícito que estamos diante de uma Constituição normativa e dirigente*. Isto, à evidência, acarreta compromissos e inexoráveis conseqüências no campo da formulação, interpretação e aplicação das leis. Para tanto, parto da premissa – e não há nenhuma novidade em dizer isto – que a Constituição de 1988 é dirigente e compromissória, apresentando uma direção vinculante para a sociedade e o Estado.<sup>4</sup>

Logo, em assim sendo, continuo a insistir (e acreditar) que *todas as normas da Constituição têm eficácia*,<sup>5</sup> e as assim denominadas normas “programáticas”, como as que estabelecem a busca da igualdade (redução da pobreza, proteção da dignidade etc), *comandam a atividade do legislador*, buscando alcançar o objetivo do constituinte. Esse comando (ordem de legislar) traz implícita - por exemplo, no campo do direito penal – a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas. Dito de outro modo: *o estabelecimento de crimes e penas não pode ser um ato discricionário, voluntarista ou produto de cabalas*.

O manejo do Direito Penal fica, portanto, subordinado – como não poderia deixar de ser – à materialidade da Constituição. *Criminalizações e descriminalizações devem estar umbilicalmente ligadas aos propósitos do núcleo político essencial da Constituição*. Nesse sentido, vem a magistral lição de Palazzo, para quem, “enquanto as indicações constitucionais de fundo (que atuam no sentido da descriminalização) são, ainda, expressão de um quadro constitucional característico do Estado Liberal de Direito, pressupondo, outrossim, uma implícita relação de “tensão” entre política criminal e direito penal, *as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal*: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não

---

<sup>4</sup> Ver, para tanto, Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, 712 p., em especial capítulo 3, onde aponto para a construção de uma Teoria da Constituição Adequada a Países de Modernidade Tardia.

<sup>5</sup> Torna-se despiendo elencar, aqui, os constitucionalistas cujo posicionamento aponta para a ampla eficácia de todas as normas da Constituição (Canotilho, Jorge Miranda, Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira de Melo, Eros Grau, para citar apenas alguns).

infreqüentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, *contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente)* na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, *o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal*, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição.<sup>6</sup>

O jurista italiano afirma, ainda, que junto às expressas cláusulas de penalização (registre-se que, no Brasil, há o comando expresso de penalizar com rigor os crimes hediondos, da tortura, do racismo, etc) *existem outras que, tacitamente, obrigam o legislador a estabelecer penalizações*. Isto porque o que se acha no bojo da ordem constitucional e impõe a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo objeto de uma cláusula expressa de penalização, *há, de qualquer modo, de ser entendido como parte integrante do que foi expressamente afirmado pelo constituinte*.<sup>7</sup>

Dito de outro modo, não há dúvida, pois, que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e *aqueles que protegem os direitos fundamentais* (honra, por exemplo, que é cláusula constitucional pétrea) e *os delitos que protegem bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado* (desobediência, desacato), *além da proteção da dignidade da pessoa, como os crimes de abuso de autoridade, sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual* como os delitos praticados contra o meio ambiente, as relações de consumo etc.

## 2.1) A Constituição como remédio contra maiorias

Não há dúvida, pois, que o legislador está umbilicalmente obrigado a legislar de acordo com a Constituição, entendida no seu todo principiológico (seu conteúdo material), sendo os princípios a condição de possibilidade do sentido da Constituição (não se olvide que princípios são normas e, portanto, vinculam!). Nenhuma lei pode

---

<sup>6</sup> Cfe. Palazzo, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Trad. de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1989, p. 103.

<sup>7</sup> Idem, ibidem, p.105.

ser editada se qualquer de seus dispositivos confrontar um princípio da Lei Maior. É por isso que a Constituição é um remédio contra maiorias, como bem lembra Ferrajoli.

No moderno constitucionalismo, uma das conquistas reside exatamente na nova configuração da relação entre os poderes do Estado. A renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX, outro aspecto assume lugar cimeiro: trata-se da circunstância de as Constituições serem erigidas a condição de norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência, à segurança, ao trabalho, etc). A nova concepção de constitucionalidade une precisamente a idéia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.<sup>8</sup>

Nenhum campo do Direito está imune dessa vinculação constitucional. Consequentemente, na medida em que a Constituição é o alfa e o omega do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa. Ou seja, a partir do paradigma instituído pelo novo constitucionalismo e a partir daquilo que o Estado Democrático de Direito representa na tradição jurídica, o legislador não mais detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal-iluminista. Nesse (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a idéia de tipos penais no Direito Penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com o todo constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito.

No campo do direito penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente etc), os delitos que devem ser penalizados com (mais) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendo, assim, que, de forma exemplificativa, é possível afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar

---

<sup>8</sup> Cfe. Fioravanti, Maurizio. Los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 1998.

apenas alguns) *merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito as relações meramente inter-individuais* (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça, é óbvio).

Não tenho dúvidas em afirmar que existe uma obrigação de criminalizar que pode ser retirada da materialidade da Constituição, isto porque a fundamentação filosófico-política que lhe subjaz não pode ser restringida a um caráter meramente atomista. Com efeito, é preciso destacar que os valores culturais positivados constitucionalmente formam um conjunto moral e racional poliárquico, em que os direitos básicos de liberdade e a satisfação das necessidades fundamentais não podem compor um quadro de rivalização, como o que ora constata-se no âmbito da teoria do bem jurídico de viés liberal e, conseqüentemente, de formulação e incidência da lei penal.

É possível afirmar, com razoável firmeza, que há, nos processos de criminalização e descriminalização, uma necessidade de harmonização desses valores constitucionalizados, sem perder de vista a importância particularizada de cada um deles para a concretização de um pacto social que não privilegia de forma absoluta a autodeterminação dos indivíduos. Existe este espaço de autodeterminação, mas ele não pode ser considerado desde um enfoque libertarista ou liberalista, nos quais se considera que os indivíduos não necessitam de nenhum contexto social para desenvolver e exercer suas capacidades. A autodeterminação, noutro sentido, deve ser conceitualizada desde a consideração de que esta capacidade somente pode ser exercida em um tipo particular de sociedade, com um certo entorno social.<sup>9</sup> Conseqüentemente, torna-se necessário que diferenciemos bens individuais de bens sociais, para que se torne possível a adequada tutela dos mesmos por via de lei penal, o que não se verificou na lei n. 10.259. Isto implica a renúncia da neutralidade estatal liberal, uma vez que o Estado neutro não pode defender adequadamente o ambiente social necessário para a autodeterminação.

Nesse sentido, *não parece razoável* supor que delitos como porte ilegal de arma, abuso de autoridade, desacato, desobediência, crimes contra crianças e adolescentes, crimes contra a ordem tributária, crimes nas licitações, para citar apenas alguns, possam ser epitetados como de *menor potencial ofensivo* (sic) a partir de uma simples formalidade legislativa. A propósito: *alguém acredita que o crime de abuso de autoridade ou o crime de abandono de recém nascido sejam infrações com*

---

<sup>9</sup> Ver a respeito Kymlicka, Will. Filosofia política contemporânea. Una introducción. Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p.239 e segs.

*pequeno potencial ofensivo?* Ou não tem muita importância a autoridade abusar do cidadão, o empresário sonegar tributos, o desacato à autoridade constituída, ou, ainda, que alguém abandone um recém nascido? Através de uma “penada legislativa”, tais infrações adquiriram o status de “crimes proto-insignificantes”, “soft crimes” ou “crimes quase-bagatelares”, senão propriamente “crimes de bagatela”.

### 3) O PRAGMATISMO INCONSEQÜENTE DA LEI 10.259

Sejamos claros: estamos diante de uma arrematada ficção metafísica, onde se perde totalmente aquilo que na fenomenologia hermenêutica chamamos de diferença ontológica. O legislador parece ter recebido uma nítida inspiração sofisticada-nominalista, como a de um personagem de Alice no País das Maravilhas, que diz: “*Eu dou às palavras o sentido que quero!*”. Ou seja: *Não há tradição (no sentido hermenêutico). Há uma nomeação!* Ou seja, para o legislador, o crime não é de menor ou maior potencial ofensivo porque exurgente de uma relação tipo penal-bem jurídico, mas, sim, porque a lei o nomina de “menor potencial ofensivo”.

Ora, é evidente que, se por um lado, um crime não é um crime porque o tipo penal, ontologicamente (ontologia clássica), refletiria a essência da coisa designada (concepção realista das palavras de Platão, a partir da qual, p. ex., na palavra estupro estaria a “essência” da “estuprez” – sic), por outro, *também parece evidente que um delito não tem sua concepção de lesividade alterada simplesmente porque recebeu nova denominação* (no caso, o epíteto de menor potencial ofensivo). Para não ir muito longe, até mesmo a semiologia de Saussure poderia dar uma resposta ao problema. Afinal, como dizia o mestre genebrino, *se queres saber o significado de um significante, pergunte por aí...!* Dizendo de um modo mais simples: perguntemos por ai se o cidadão considera que o abandono de uma criança ou o abuso de autoridade são ofensas leves, pequeníssimas, a ponto de poderem ser transacionadas por cestas básicas (sic)?<sup>10</sup>

<sup>10</sup> A praxis tem demonstrado dois problemas, que levam à banalização da idéia de transação penal e, assim, dos próprios Juizados Especiais Criminais: o primeiro decorre da construção de “penas alternativas sociais”, representadas pelas já conhecidas “cestas básicas”, sobre o que não é necessário muito dizer...; o segundo decorre da equivocada compreensão dos Juizados Especiais, naquilo que diz respeito ao papel dos conciliadores (leigos), que, na prática, assumem o papel de magistrados nos JEC’s. Deixar a cargo dos conciliadores a tarefa de transacionar é abrir mão da função jurisdicional. Quando a Constituição estabelece a presença de conciliadores, o faz em forma de prestação de auxílio. Em nenhum momento o conciliador pode assumir o papel reservado estritamente ao juiz togado. Conciliador não tem função jurisdicional. Não pode ele realizar qualquer ato judicial. *O conciliador sequer ocupa cargo. Apenas exerce uma função administrativa.* Com isto, a tarefa do juiz togado não é meramente a de homologar (ou não) aquilo que os conciliadores conciliaram. A presença física do juiz togado é condição de possibilidade da validade do ato. Entender o contrário é conspurcar a Constituição e sua principiologia. Qualquer transação feita sem a presença do juiz togado é nula, pois.

Não tenho dúvidas em afirmar que, desta vez (ou uma vez mais), o legislador foi além de suas chinelas. Logo, deve ser corrigido, consoante será demonstrado no seguimento, tudo na estrita conformidade da jurisdição constitucional.

A questão, pois, é muito mais grave do que possa parecer. A nova Lei 10.259 é típico exemplo de um pragmatismo inseqüente que destrói a diferença. Esse pragmatismo vira ceticismo, porque, na medida em que cada ato humano tem um conteúdo fático, torna-se absolutamente problemático o processamento da validade desse ato. Com efeito, se elimino o elemento diferencial que identifica cada ato (valorado como delito), caio no cinismo, uma vez que tanto faz qual o delito do extenso rol epitetato como de menor potencial ofensivo que vou cometer, porque a punição é a mesma, produto de uma transação.

Por isso, está-se diante de um pragmatismo irresponsável. Ora, a delinqüência ocorre quando um ato vulnera algum valor. Ora, no momento que a vulnerabilidade é subsumida em uma espécie de “impunidade de cunho universalizante” – em face da equiparação ad hoc de infrações absolutamente díspares e discrepantes entre si – desaparece a função do Direito enquanto interdito. A lei se auto-suprime, em face da possibilidade de todos não mais cumpri-la; logo, não será mais “lei”. Essa “impunidade de cunho universalizante” nada mais é do que o produto de uma pasteurização das transgressões, no interior do qual não dá mais para distinguir um ente de outro. Dizendo de um modo mais simples, pode-se afirmar que, tendo o legislador “isonomizado” (sic) dezenas de punições, é possível delinqüir de 50 ou mais modos diferentes, porque exatamente está-se diante de uma “zona cinzenta”, em que todos os gatos são pretos.

Essa isonomização abstrata impede a aplicação concreta do princípio da lesividade.<sup>11</sup> Historicamente este princípio tem desempenhado um papel fundamental na configuração do moderno Estado de Direito, especialmente para evitar aplicações absurdas de pena, ao possibilitar a distinção em fatos efetivamente lesivos e não lesivos. Contrariamente ao expediente legislativo adotado na lei nº 10.259, que considerou a falta de ofensividade abstratamente, o

---

<sup>11</sup> Esse princípio pode ser recebido em dois planos diversos da operacionalização jurídica: no plano da elaboração legislativa e no da aplicação judicial da lei. No primeiro, volta-se o princípio da ofensividade ao legislador no momento de formular o tipo penal, forçando-o a eleger uma espécie fática dotada de um real conteúdo ofensivo dos bens jurídicos mais relevantes; no segundo dirige-se ao juiz e ao intérprete, para impelir-los a averiguar concretamente a existência no fato histórico da lesividade sobre o bem jurídico atingido. Assim, o princípio da lesividade tem dupla tarefa limitadora: a de seleção do objeto destinado a transformar-se em conteúdo da norma penal e a de restrição da destinação da lei penal somente a casos concretos em que efetivamente tenha havido uma lesão ou dano a bem jurídico relevante.



princípio da lesividade somente pode ser aplicado concretamente, o que explica a sua necessária indeterminação significativa.<sup>12</sup>

#### **4) DOS OBSTÁCULOS (CONSTITUCIONAIS) À APLICAÇÃO DA NOVA LEI**

Em face disto, respeitando sobretudo opiniões em contrário, entendo estar evidenciado que a nova lei 10.259 *não pode abranger a totalidade dos delitos cujas penas máximas sejam de dois anos*. Isto por várias razões, a seguir delineadas:

##### **4.1) Tratamento igualitário de bens jurídicos díspares: uma isonomia incompatível com a Constituição ou de como não devemos banalizar/pausteurizar o direito penal**

O dispositivo sob comento encontra sérios obstáculos para a sua aplicação porque, fosse possível aplicar o benefício da transação *a todas* as infrações alcançadas lato sensu pela Lei 10.259, estaríamos, como já dito, solapando a teoria do bem jurídico, eis que colocaríamos em pé de igualdade delitos das mais variadas espécies.

Não se está, à evidência, defendendo a (velha) teoria do bem jurídico subjacente ao atual Código Penal. A teoria do bem jurídico, *filtrada constitucionalmente*, deve estar em consonância com os ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito e seus objetivos de resgate das promessas da modernidade e do respeito aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. *Impossível, destarte, por incompatibilidade constitucional, a permanência da serôdia teoria do bem jurídico que sustenta nosso Código, no interior do qual a propriedade*

<sup>12</sup> Pontuadamente quanto a esse aspecto de indeterminação do princípio da ofensividade, no dizer de Palazzo, há uma espécie de *paradoxo metodológico* que marca o seu funcionamento no juízo de constitucionalidade das leis: *da um lato, si tratta di un principio contenutistico, nel senso sopra precisato di canone attinente al piano dell'oggetto della tutela; dall'altro, però, esso è privo di un contenuto prescritivo realmente predeterminato al giudizio di costituzionalità da parte della Corte*. Esta indeterminação conceitual característica do princípio da lesividade vem a ser a sua grande virtude pragmática. Nesta perspectiva, a observância do princípio da necessária lesividade do fato histórico estende-se inteiramente sobre o plano concreto da manifestação naturalística e material do delito, a partir de um referencial constitucional, excluindo-se qualquer aplicação da norma incriminadora àqueles fatos concretamente destituídos de ofensividade. Para Palazzo, *tale possibilità applicativa pressuppone una norma incriminatrice che sia, nella sua dimensione astratta e legislativa, già dotata di un contenuto di disvalore concepibile in termini di offesa ad un bene giuridico*. Cf. Palazzo, Francesco. **Offensività e Ragionevolezza nel Controllo di Costituzionalità sul Contenuto delle Leggi Penale**. Não publicado, Firenze, p. 13.



*recebe proteção infinitamente superior à vida, à integridade corporal, à honra etc.* O Código Penal vigente, de há muito, agoniza, pois. Disso parece não restar dúvidas.

O Direito Penal sustenta-se justamente na diversidade dos bens jurídicos que os tipos penais protegem. Assim, torna-se quase que despidendo – pela obviedade que representa (embora isto seja óbvio, esta obviedade deve ser desvelada) – registrar que *não pode uma lei equiparar ou isonomizar delitos como abuso de autoridade, a sonegação de tributos e crimes contra o meio-ambiente, com os crimes de esbulho possessório; rixa (sic) e a ofensa a moral e aos bons costumes (sic)*, os primeiros nitidamente crimes graves, que violam e causam múltiplas lesões a bens jurídicos que vão desde a dignidade humana até os difusos e coletivos, e os segundos, restritos que são ao patrimônio (meramente) individual e comportamental. Simples, pois!

Esta situação impõe que venhamos a repensar e redefinir o princípio da fragmentariedade do direito penal. Originariamente, dentro dos cânones do direito penal liberal, este princípio determina que a zona de incidência da lei penal deva compor-se pelos fatos mais graves, socialmente intoleráveis. Ou seja, há uma delimitação do âmbito penal em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico. Poderíamos denominar este aspecto de fragmentariedade externa. Por outro lado a complexidade da sociedade moderna e a conseqüente quantidade de bens que passaram a ser protegidos pela lei penal, impõe que este princípio seja considerado também sob o aspecto interno do ordenamento jurídico-penal, e sob este aspecto, *benefícios como o da transação penal não podem ser concedidos, dentro de um mesmo conjunto de condutas, para bens que expressam um interesse público de alta significação social da mesma forma que se estende para outros de natureza meramente individual.*

Dito de outro modo, *isonomizar (sic) delitos que lesam bens tão díspares nada mais é do que banalizar/pasteurizar o direito penal, reforçando (ainda mais) a tese de que o direito penal cumpre uma missão secreta na sociedade, qual seja, a de apontar as suas baterias para as camadas excluídas da sociedade, sem condições de enfrentar, adequadamente, as ditas “transações” do mesmo modo que as camadas incluídas o fazem.*

#### **4.2) O conceito de «infrações de menor potencial ofensivo» e o fetichismo da lei: uma crítica necessária ou a pergunta que não quer calar**

Passados tantos anos desde a entrada em vigor do atual Código Penal, parece(ria) razoável supor que o conceito de bem jurídico, enfim, da densificação do que seja menor ou maior potencial ofensivo, forjados no modelo liberal-individualista, merece(ria)m uma (re)discussão. Afinal, o que significa a expressão “infração de menor potencial ofensivo? Mais do que isto, é preciso repetir a pergunta: Poderia o legislador – fazendo tábula rasa – isonomizar tipos penais tão discrepantes entre si, envolvendo bens jurídicos tão díspares?

A noção de bem jurídico, a toda evidência, deve estar ancorada na Constituição, entendida a partir de sua materialidade, engendrada pelo novo paradigma estabelecido pelo Estado Democrático de Direito. O bem jurídico é um valor que tem direta relação com a concretização da democracia, dos direitos fundamentais e, fundamentalmente, levando em conta que no Brasil a modernidade é tardia, a realização dos direitos sociais. É nesse sentido que Domitilla de Carvalho vai dizer que:

“(...) a missão do Direito Penal consiste na proteção dos valores elementares da consciência, do caráter ético social e, só por acréscimo, a proteção de bens jurídicos particulares. Portanto, é preciso buscar na Constituição a gênese e função social do bem jurídico. E como a Constituição representa o ideal de direito de um determinado momento histórico, não estando alheia, pois, aos interesses da estrutura social, nem sobrevivendo fora deles, existe uma relação entre a norma jurídica e o interesse em que ela se alicerça. Logo, toda perquirição do bem jurídico tem, evidentemente, de levar em consideração a investigação da relação social concreta: da posição que nela ocupam os indivíduos e da integração sofrida por eles em relação aos outros entes existentes no meio social.”<sup>13</sup>

O lugar cimeiro assumido pela Constituição, entendida em sua principiologia, leva, inexoravelmente, ao sopesamento entre os fins almejados pelo Estado e os meios aptos a esse desiderato. A materialidade constitucional guarda relação intrínseca com a modalização do bem jurídico-penal. Veja-se, assim, de pronto, que:

- a) infrações como abuso de autoridade guardam relação com o direito de liberdade, da integridade físico-intelectual e da dignidade da pessoa;

---

<sup>13</sup> Cfe. Carvalho, Marcia Domitilla de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre, Fabris, 1992, p. 37.

- b) o delito de desacato guarda direta relação com a preservação do princípio da eficiência e da própria noção de interdito consubstanciado na noção de Estado, enquanto produto de uma opção entre civilização e barbárie;
- c) na mesma linha, estão os demais delitos contra a administração da justiça, como o da desobediência;
- d) em alguns casos, a relação bem jurídico-Estado Social e Democrático de Direito aparece com mais nitidez, como é o caso dos crimes de sonegação de tributos;
- e) em outros, a moralidade administrativa assume foros de imperiosa tipificação, como é o caso da corrupção e da lavagem de dinheiro;
- f) finalmente, no que tange aos crimes contra o meio-ambiente, parece absolutamente relevante chamara a atenção para o vínculo teleológico entre os objetivos do Estado Democrático de Direito e a preservação dos direitos transindividuais.

Logo, é a partir dessa intrincada principiologia, norteadora da valorização e mensuração da teoria do bem jurídico, *que devemos estabelecer as condições de possibilidade para o aferimento da noção de infrações de menor (ou maior) potencial ofensivo*. A lei não tem um sentido em-si-mesmo. Tampouco trás ínsito um sentido que possa ser desacoplado (*Auslegung*) pelo intérprete. Há, pois, uma atribuição de sentido (*Sinngebung*), que se dá no contexto de uma situação hermenêutica, a partir da pré-compreensão do intérprete.

*Não há, assim, uma liberdade de cunho convencionalista, pela qual o intérprete do Direito, ou o legislador, venham a atribuir qualquer sentido aos entes jurídicos*. É preciso ter presente que os sentidos não são determinados livremente a partir da consciência de si do pensamento pensante do sujeito-intérprete e nem decorrem da aferição da essência das coisas. O intérprete parte sempre de possibilidades. Esse campo de possibilidades está limitado pela linguagem em que está inserido o intérprete. Há, na esteira do que ensina Gadamer, um mundo daquilo que é “opinável”, não sendo possível atribuir “qualquer” sentido a algo. Apenas são possíveis sentidos *possíveis*. O intérprete engendra o processo interpretativo a partir daquilo que Gadamer chama de indagação objetiva centrada na coisa mesma (*sachliche*

*Fragstellung*).<sup>14</sup> É a coisa mesma (*Sache selbst*), resultante de uma síntese hermenêutica,<sup>15</sup> que evitará a relativização ou a arbitrariedade das interpretações. É a coisa mesma que suplantará a noção metafísica de dedução ou subsunção.

Parece evidente, assim, que a atribuição de sentido acerca do que seja delito de menor potencial ofensivo não pode decorrer de “arbitrariedades semânticas”, “abusos significativos”, ou “extorsões de sentido”. Afinal, como já indicava Shakespeare, no Ato II de Romeu e Julieta, “*Que há num simples nome? O que chamamos rosa, com outro nome não teria igual perfume?*” Desnecessário referir que há um campo de possibilidades - engendrado pela tradição jurídica na qual estamos todos inseridos - que estabelece o limite do sentido e o sentido do limite dessa atribuição de sentido. Delito de menor potencial ofensivo é um sentido atribuível somente a determinadas infrações penais, *cujo sentido se dá a partir dessa indagação centrada naquilo que os juristas têm dito a respeito de cada um dos delitos* (cada delito tem sua peculiaridade, porque viola um determinado bem jurídico).

Ou seja, o sentido se dá a partir dessa “indagação objetiva centrada na coisa mesma”. Hermeneuticamente, não se pode falar de “categorias delituosas” e tampouco de um conceito universalizante de “menor potencialidade lesiva/ofensiva”. Há sempre um determinado delito, pois. *Isto significa poder dizer que a atribuição de sentido não pode decorrer de ficções significativas decorrentes de “nominações legislativas”, sob pena de concordarmos com a idéia de que os significados das coisas variam de acordo com o que queremos que elas sejam, o que nada mais é do que resvalar em direção a um idealismo inconseqüente.*

Por isto, e do mesmo modo, a discussão acerca da interpretação do alcance da nova Lei 10.259 não deve ser simplificada, a partir de uma ultrapassada (e perniciosa) liberdade de conformação legislativa, pela qual se confere carta branca ao legislador para que, à revelia da Constituição, estabelece, sponte sua, e sem qualquer controle advindo da jurisdição constitucional, que o critério para o reconhecimento do que seja “potencial ofensivo” advenha de um *metafísico nominalismo*, fazendo *tabula rasa* de toda teoria do bem jurídico. Ora, o texto legal - que é um ente no seu ser - não pode ser abstraído das condições históricas e nem de sua necessária inserção na sociedade, e que, mais do que isto, *hermenêutica é aplicação; fazer hermenêutica é produzir atribuir sentido ao texto, que passará a ser norma a partir da interpretação.*

<sup>14</sup> Cfe. Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr, 1990, pp. 295 e segs.

<sup>15</sup> Ver, para tanto, Streck, *Hermenêutica*, op.cit.

Essa atribuição de sentido (*Sinngebung*), como já dito, não é livre, pois deve levar em conta a Constituição em sua materialidade, isto é, com toda carga eficaz da principiologia. Por isto, *em termos de relação social, mergulhando no rio da história, é absolutamente razoável afirmar que o epíteto de menor potencial ofensivo é somente cabível aos delitos bagatelares (soft crimes), onde se enquadram condutas que não apresentam potencial de lesividade e que não tem o caráter de transcendência em relação a terceiros, entendida aqui uma comunidade organizada regida por uma Constituição que, a toda evidência, hierarquiza bens jurídicos.* Neste exato sentido, e até para comprovar a veracidade/plausabilidade da assertiva anterior, poder-se-ia perguntar se alguém tem dúvidas que o crime de sonegação de impostos causa mais danosidade social do que determinados crimes contra o patrimônio individual. Ou se alguém tem dúvidas que o crime de porte de arma apresenta forte (ou maior) potencial ofensivo? Retornando a Saussure: *Se alguém tem dúvidas, pergunte por ai...*

*Repito, pois, a pergunta que não quer calar:* tinha o legislador carta branca, isto é, tinha ele absoluta discricionariedade para equiparar e estabelecer o elenco de infrações passíveis de receber o epíteto de “menor potencial ofensivo” e, portanto, passíveis de receber o favor legis de transacionar? Tinha o legislador discricionariedade para equiparar/isonomizar crimes do naipe da sonegação de tributos (*de cunho trans-individual*, por lesarem milhões de pessoas, cometidos pelas camadas médio-superiores da sociedade), *com delitos de cunho interindividual*, como esbulho, perturbação do sossego (sic), ameaça, esbulho etc, cometidos, via de regra, pela patulêia?

#### **4.3) A necessária incidência da Constituição na discussão dos critérios para a aplicação da Lei 10.259**

As condições de possibilidades para a aplicação do novo dispositivo legal demandam, definitivamente, uma discussão acerca da efetiva inserção do direito penal no âmbito do direito constitucional. Parece não haver dúvida de que o direito penal do Estado Democrático de Direito implica uma *indispensável adequação da tipicidade penal aos valores e princípios constitucionais, discutindo-se os limites à criminalização e a vinculação do poder legiferante aos princípios da Constituição.* Dito de outro modo, é preciso retirar essa espécie de blindagem posta em torna do direito penal, que o torna praticamente imune e imunizado em relação à jurisdição constitucional.

Isto ocorre porque no campo da assim denominada dogmática jurídica – tecnicista – *ocorre uma metafísica equiparação entre vigência e validade da lei.* Vigente

a lei, todos passam a interpreta-la como se fosse produto de uma vontade divina. No máximo, discute-se eventual contradição da lei no contexto das antinomias. Entretanto, no mais das vezes esta é a contradição secundária do problema, *uma vez que a contradição principal se localiza na falta de uma análise que leve em conta a parametricidade constitucional*. É o caso da Lei 10.259, em que até mesmo os setores mais conservadores do direito penal se renderam – cedo – à mera vigência da Lei, sucumbindo diante do “conflito de antinomias”.

Para ser mais claro e incisivo, de há muito estou convicto de que o “legislador” não tem liberdade para *incluir ou excluir tipos penais de leis que visem beneficiar acusados de crimes e tampouco para prejudicá-los*. Do mesmo modo que a hediondez de um crime, isto é, as condições de possibilidades de um determinado delito ser ou não tipificado pela lei como “hediondo”, há de ser perquirida na Constituição – visto que a lei penal não pode criar tutelas que *desatendam à hierarquia dos bens jurídicos constitucionais e tampouco ignorar o valor atribuído pela Constituição aos interesses de dimensões ultra-individuais e coletivas – não tenho dúvida em afirmar que também o elenco dos delitos sob o manto da nova lei 10.259 deve estar condizente com os valores Constitucionais*.

Desse modo, o legislador ordinário, ao estabelecer que *qualquer infração cuja pena máxima não ultrapasse 02 (dois) anos é uma infração de menor potencial ofensivo, sem exigir qualquer outro requisito de ordem objetiva ou subjetiva, violou, frontal e escandalosamente, preceitos fundamentais e a principiologia do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição*. Entre a Constituição e seus valores e as exigências de uma efetividade quantitativa do sistema penal, o legislador brasileiro optou pelo caminho mais fácil, isto é, por uma pragmática inconseqüente, próximo a uma razão cínica, no interior da qual, como bem ironizava Peter Sloterdijk, invertendo uma famosa frase de Marx (*Sie wissen das nicht, aber sie tun es*), eles sabem o que fazem (e como sabem...), e continuam fazendo do mesmo modo!

Ora, a teoria do delito deve ter utilidade social. Crime é uma ação (interpretada como) típica, ilícita e culpável. A tipicidade é material/substancial. Calha registrar, a lição de Bricola, que conceitua o delito como um fato previsto de forma taxativa pela lei, de realização exclusiva do agente ou reconduzível ao mesmo através de uma atitude culpável (dolosa ou culposa), idônea para ofender um valor constitucionalmente significativo, ameaçado com uma pena proporcional também ao significado do valor tutelado, e estruturalmente caracterizado pelo teleologismo constitucionalmente atribuído à sanção penal.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Cfe. Bricola, Franco. *Novissimo Digesto Italiano*, Editrice Torinese, 31ª ed., 1957.



A errônea compreensão acerca da (inexorável) relação entre delito, bem jurídico e Constituição, pode levar à banalização do direito penal. Se o legislador pode tudo, não pode surpreender ninguém que, amanhã, estabeleça em lei que o delito de atentado violento ao pudor, cometido sem violência física, é de menor potencial ofensivo... Afinal, o atentado ao pudor, mediante fraude, já foi incorporado ao elenco dos crimes de menor potencial ofensivo! Portanto, nada está a justificar a isonomia feita às **avessas**, equiparando infrações penais não equiparáveis.

### **5) DA DERROGAÇÃO DA EXCEÇÃO ESTABELECIDADA PELO ART. 61 DA LEI 9.099 – A QUESTÃO DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS: Uma discussão anterior ao exame da (in)constitucionalidade do art. 2º, par. único, da Lei 10.259**

Uma questão que suscita grandes controvérsias diz respeito à derrogação ou não por parte da Lei 10.259 da exceção prevista no art. 61 da Lei 9.099, acerca dos procedimentos especiais. Uma corrente se posiciona no sentido de que a exceção permanece, não sendo a nova Lei aplicável, portanto, às infrações a que a lei prevê procedimento especial. Para esta, fixada a competência, se não houver restrição, aplicar-se-á a todos os casos a ela submetidos. No caso sob exame, os procedimentos especiais estariam nela compreendidos. Outro grupo sustenta que a nova Lei derogou a antiga exceção, aplicando-se o favor legis a todas as infrações cuja pena máxima não ultrapasse os 02 (dois) anos.

Creio que a segunda posição é a mais razoável.<sup>17</sup> A nova Lei se aplica independentemente do procedimento (com exceção, talvez, do crime de abuso de autoridade, em

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido pela Quinta Turma, entendendo que o art. 61 da Lei 9.099 foi derogado pela Lei 10.259, sendo o limite de um ano alterado para dois (RHC 12.033-MS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 13.08.2002). Na ocasião, o STJ decidiu estender os benefícios da Lei 10.259, deixando assentado que a mudança de 1 para 2 anos de que fala a nova Lei deve ser acrescentada à parte final da Súmula 243, “visto que as alterações da lei penal que são benéficas para os réus devem retroagir”. *No caso sub exame, o STJ deu provimento ao RHC para afastar o limite de um ano e estabelecer o de dois anos para a concessão da suspensão condicional do processo.* Tenho que a decisão do STJ mostrou-se equivocada. No plano pragmático, a decisão tem o condão de – a prevalecer tal entendimento – abarcar parcela considerável dos tipos penais do Código Penal e das leis esparsas. Não se pode olvidar que a suspensão do processo é instituto previsto na Lei 9.099, que trata dos Juizados Especiais, portanto, matéria que diz respeito ao julgamento de *soft crimes* (crimes de menor potencial ofensivo). Ou seja, a suspensão condicional do processo é para crimes dessa espécie. A extensão procedida pelo STJ refoge ao núcleo essencial da idéia de Juizados Especiais prevista na Constituição (art. 98). Para exemplificar, crimes como abuso de incapazes, sonegação de tributos, corrupção, concussão, peculato, passariam (passarão?) a fazer parte de um extenso rol de crimes aos quais se poderia aplicar a suspensão condicional do processo. Dito de outro modo: na medida em que o instituto da suspensão condicional do processo está umbilicalmente ligado à idéia de crimes de menor potencial ofensivo,

face da especificidade da pena autônoma de perda de cargo). Se assim não fosse, a própria Lei poderia ficar esvaziada, porque muito poucos delitos ficariam sob a abrangência dos JEC's. De outra banda, a menor potencialidade (ou a baixa lesividade ou proto-insignificância) não decorre de uma mera nomeação legislativa, mas, sim, do valor que os bens jurídicos possuem. Logo, contendo um delito “um baixo teor de ofensividade”, não é o procedimento especial que terá o condão de retirá-lo do âmbito do favor legis.

Dito de outro modo, o favor legis não decorre do procedimento, mas, sim, de sua “baixa lesividade”. Desse modo, considero despicienda e sem maior importância a discussão intra-sistemática acerca da derrogação ou não da exceção constante no art. 61 da Lei 9.099. A não menção/repetição da exceção no texto da Lei 10.259 não é lacunar e tampouco fruto de silêncio eloqüente do legislador. O que existe é o texto legal que estabelece novo regramento sobre a matéria. Tampouco importa buscar a intenção do legislador ou indagar acerca da “vontade da norma” (sic). Na moderna hermenêutica tais argumentos não passam se artifícios de retórica. Aliás, tivesse alguma validade científica o argumento da “busca da intenção do legislador”, poder-se-ia dizer que, quisesse o legislador manter a exceção dos procedimentos excepcionais, teria expressamente assim se posicionado. Assim, ao não mais falar sobre a exceção, falou, através de um ‘silêncio eloqüente’. Em outras palavras: ao não dizer, disse. Isto, porém, não é necessário. A nova Lei contém outro tipo de vício. O problema não está em catapultar dezenas de infrações para o seio dos JEC's. Afinal, isto decorre da própria Constituição. Logo, o procedimento – porque em algumas infrações é especial – não pode servir de obstáculo à aplicação da Constituição. *O problema está, sim, nos critérios utilizados para a aferição do que seja “infrações de menor potencial ofensivo”.* Este é o ponto, pois.

## **6) DO EXAME DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE *STRICTO SENSU* DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI 10.259**

Como veremos no decorrer da exposição, a problemática tem dois âmbitos, uma vez que a nova Lei 10.259, além de aumentar o limite de incidência dos delitos aptos à transação, teria, em face do silêncio (eloqüente) do legislador, estendido o

---

tem-se que a interpretação da 5ª Turma do STJ incluiu indevidamente no rol de crimes de menor potencial ofensivo *um conjunto de delitos absolutamente incompatíveis com a tese dos Juizados*. Por isto, por desbordar da idéia de Juizados Especiais previstos na Constituição e por violar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entendo como inconstitucional a decisão proferida pela 5ª Turma do STJ, na parte em que procedeu o afastamento do limite de 1 ano e estabeleceu o de 2 anos para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.



*favor legis* também às infrações regidas por procedimentos especiais. Nesse sentido, tenho que o problema dos procedimentos é um ponto acessório a ser debatido. Antes de tudo, independentemente dos procedimentos, deve estar a discussão acerca das condições de possibilidade de o legislador ter feito *tabula rasa* para a inclusão das assim denominadas infrações de menor potencial ofensivo.

### **6.1) A inconstitucionalidade da inclusão de infrações incompatíveis com o *nomen juris* de “infrações de menor potencial ofensivo”: a necessidade da correção mediante a aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto**

Por tudo isto, na discussão em tela, em que se coloca em xeque a aplicação genérica (tábula rasa) da nova Lei a todos as infrações cujas penas cominadas em abstrato não ultrapassem 02 (dois) anos, é necessário que se faça um exame acerca da constitucionalidade da citada Lei. Com efeito, *não sendo o Poder encarregado de elaborar as leis, livre para estabelecer quais os delitos que podem receber os favores de uma transação penal* (pela simples razão de que não dispunha de carta branca para tal!), a questão deve ser resolvida no âmbito do controle da constitucionalidade, com a necessária intervenção do Poder Judiciário. Repita-se: a Constituição é remédio contra maiorias parlamentárias!

No caso em pauta, está-se diante de um típico caso de *declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou, se quiser, inconstitucionalidade sem redução de texto*, técnica derivada do direito alemão (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*) que, aliás, o Supremo Tribunal já vem adotando em nosso direito.<sup>18</sup> Muito embora a

---

18 . Nesse sentido, a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido pela Quinta Turma, entendendo que o art. 61 da Lei 9.099 foi derogado pela Lei 10.259, sendo o limite de um ano alterado para dois (RHC 12.033-MS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 13.08.2002). Na ocasião, o STJ decidiu estender os benefícios da Lei 10.259, deixando assentado que a mudança de 1 para 2 anos de que fala a nova Lei deve ser acrescentada à parte final da Súmula 243, “visto que as alterações da lei penal que são benéficas para os réus devem retroagir”. *No caso sub exame, o STJ deu provimento ao RHC para afastar o limite de um ano e estabelecer o de dois anos para a concessão da suspensão condicional do processo.* Tenho que a decisão do STJ mostrou-se equivocada. No plano pragmático, a decisão tem o condão de – a prevalecer tal entendimento - abarcar parcela considerável dos tipos penais do Código Penal e das leis esparsas. Não se pode olvidar que a suspensão do processo é instituto previsto na Lei 9.099, que trata dos Juizados Especiais, portanto, matéria que diz respeito, *no plano conceitual*, ao julgamento de *soft crimes* (crimes de menor potencial ofensivo). *A extensão procedida pelo STJ refoge ao núcleo essencial da idéia de Juizados Especiais prevista na Constituição (art. 98).* A Lei 10259, ao elevar o patamar de 1 para 2 anos como pena máxima para receber o benefício da transação penal, não tem o condão de, automaticamente, alterar o disposto no art. 89 da Lei 9.099, que trata de outro instituto (suspensão condicional do processo). Assim agindo, o STJ confundiu os institutos da transação e da suspensão do processo. Com efeito, considerando-se revogado o art. 61 da Lei 9.009 (e neste ponto está correto o STJ), tem-se que são passíveis de transação penal todos os delitos cuja pena MÁXIMA não ultrapasse os 2 anos (com as ressalvas que faço acima, acerca da não liberdade de conformação

confusão que se possa fazer entre a declaração de nulidade sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição, deve ficar claro, com Gilmar Ferreira Mendes, que, enquanto nesta se tem, dogmáticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, naquela ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.<sup>19</sup>

Mais ainda, diz Mendes, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional – e este é o caso em discussão, uma vez que algumas hipóteses penais não podem ser objeto da aplicação da Lei 10.259 –, *dispõe o Tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações*, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão<sup>20</sup> (no caso em exame, o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 é inconstitucional se aplicável às seguintes hipóteses: abuso de autoridade, desacato etc...; ou, *a contrário sensu*, como constou na decisão da ADIn 491, *a norma impugnada só é constitucional se se lhe der*

---

legislativa). A considerar correta a tese esgrimida pela 5ª Turma do STJ, estarão, agora, passíveis de receber o benefício da suspensão condicional do processo todos os crimes cuja pena MÍNIMA não ultrapasse os mesmos 2 anos fixados na nova Lei 10.259. Ora, há que se diferenciar limites máximos de limites mínimos de pena. *Teto não é piso*. Aliás, a equiparação de um balizamento máximo com um balizamento mínimo demonstra exatamente a impossibilidade da equação. Há uma contradição insolúvel. O art. 89 não trata da transação, mas, sim, somente da suspensão condicional do processo. Neste ponto, poder-se-ia apontar para a própria inconstitucionalidade parcial do art. 89, que, ao incluir a suspensão do processo em uma lei destinada a regulamentar o art. 98 da CF – que tratou apenas de delitos de menor potencial ofensivo – estendeu/equiparou conceitos não equiparáveis. O resultado disto é que, alterado o limite MÁXIMO para 2 anos nos casos de delitos de menor potencial ofensivo (Lei 10.259), tal circunstância acarretará – sendo vencedora a tese da 5ª Turma do STJ – em uma banalização da idéia nuclear do que sejam crimes de menor potencial ofensivo, *ratio* da Lei 9.099, e, ao mesmo tempo, crimes que mereçam o benefício da suspensão condicional do processo. Para tanto, basta ver que crimes como abuso de incapazes, sonegação de tributos, corrupção, concussão, peculato, para citar apenas alguns, passariam (passarão?) a fazer parte de um extenso rol de crimes aos quais se poderia aplicar a suspensão condicional do processo, o que afronta qualquer critério de proporcionalidade e de razoabilidade, além de solapar a teoria do bem jurídico penal-constitucional. Ora, a suspensão do processo, por ter sido incluída (criada) no bojo da Lei que regulamentou o art. 98 da CF, tem a sua *ratio* ligada ao que seja delitos de menor potencial ofensivo. Dito de outro modo, quando o art. 98 diz “abrangidos ou não por esta Lei”, isto não significa que os crimes não abrangidos pela Lei dos Juizados Especiais sejam outros que não de potencialidade lesiva pequena. Ao estabelecer a equiparação ficta para fins de suspensão (pela expressão “ou não”), o legislador desbordou da Constituição, uma vez que igualou crimes sujeitos ao benefício da transação com crimes submetidos ao regime mais grave, que é o da suspensão. Dito de outro modo: na medida em que o instituto da suspensão condicional do processo está umbilicalmente ligado à idéia de crimes de menor potencial ofensivo, tem-se que a interpretação da 5ª Turma do STJ incluiu indevidamente no rol de crimes de menor potencial ofensivo *um conjunto de delitos absolutamente incompatíveis com a tese dos Juizados*. Por isto, por desbordar da idéia de Juizados Especiais previstos na Constituição e por violar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entendo como inconstitucional a decisão proferida pela 5ª Turma do STJ, na parte em que procedeu o afastamento do limite de 1 ano e estabeleceu o de 2 anos para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

<sup>19</sup> Cfe. Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 275.

<sup>20</sup> Cfe. Mendes, op.cit., p.275.

a interpretação que este Tribunal entende compatível com a Constituição).<sup>21</sup> É o que se chama de inconstitucionalidade parcial qualitativa.<sup>22</sup>

Adverta-se que, em sede de controle difuso, a ser feito pelo juiz singular ou pelo órgão fracionário do Tribunal, a fórmula dirá respeito àquele determinado delito (caso concreto) que está sub judice (obviamente se se enquadrar no elenco de infrações que não poderiam ter sido classificadas como “de menor potencial ofensivo”). Assim: a norma do art. 2º par. Único da Lei 10.259 é inconstitucional se interpretada no sentido de que o seu âmbito alcance o crime X, por não ser esta uma infração a que se comine o epíteto de “menor potencial ofensivo”; a inclusão da infração X viola o seguinte princípio ou preceito da Constituição... Desnecessário dizer que, na hipótese de controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal deverá elencar o conjunto de delitos que devem ser expungidos do sentido da norma.

Não se pode olvidar que a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (do mesmo que a interpretação conforme a Constituição) objetiva salvar o texto da lei, apenas com uma nova interpretação. Ou seja, *não se está a dizer que todo o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 é inconstitucional*, até porque algumas infrações, de fato, mesmo que suas penas máximas chegam ao limite de dois anos, corretamente devem estar sob a égide dos Juizados Especiais Criminais. Contesta-se apenas a *inclusão de determinados delitos* que, nem de longe, poderiam Ter sido epitetados como “de menor potencial ofensivo”. Desse modo, em tais circunstâncias, ao se aplicar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto, o dispositivo permanece vigente, *sendo sua interpretação condicionada a uma releitura constitucional*. Tal possibilidade está prevista na Lei 9.868/99,<sup>23</sup> onde o legislador reconhece, explicitamente, a possibilidade de o Poder Judiciário aplicar corrigendas aos textos legais aprovados pelo parlamento.

Mas, poderia alguém objetar, se ela, a lei (parágrafo único do art. 2º) permanece inteiramente vigente no sistema, o que autoriza o Poder Judiciário a não aplicar essa Lei? Apenas uma resposta, *in casu*, é possível: *é porque parte dela – isto é, algumas de suas incidências - é inconstitucional*. Consequentemente, em sede de Tribunal de segundo grau, bastará que se aplique a técnica, sem qualquer necessidade de

<sup>21</sup> Para uma melhor compreensão acerca do funcionamento dos institutos da interpretação conforme e da nulidade parcial sem redução de texto, ver Streck, *Jurisdição Constitucional*, op.cit., pp. 512 a 536.

<sup>22</sup> Exemplo nesse sentido podem ser vistos nos Acórdãos 75/85, 132/85 e 336/86 do TC de Portugal. Cfe. Streck, *Jurisdição*, op.cit., p.477.

<sup>23</sup> Ver, para tanto, Streck, *Jurisdição*, op.cit, em especial cap. 11.

suscitação do respectivo incidente de inconstitucionalidade.<sup>24</sup> Já em sede de julgamento em primeiro grau, bastará que o juiz faça a aplicação da técnica nos moldes aqui preconizados, uma vez que o controle difuso de constitucionalidade concede essa prerrogativa ao magistrado.<sup>25</sup> Com efeito, entendo que não há qualquer óbice constitucional que impeça juizes e tribunais de aplicarem a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto.<sup>26</sup> Entender o contrário seria admitir que juizes e tribunais (que não o STF) estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem, no mínimo em parte, ser salvaguardados no sistema, mediante a aplicação das citadas técnicas de controle. Em síntese, *a suscitação do incidente somente tem fundamento quando um texto é expungido do sistema*.

Observo que a Lei 9.868, no parágrafo único do art. 28, ao estabelecer o efeito vinculante às decisões decorrentes do controle abstrato de constitucionalidade, equiparou a declaração de inconstitucionalidade *stricto sensu* à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e até mesmo à interpretação conforme à Constituição. Isso significa dizer que, no caso específico, qualquer tribunal pode, além de declarar a inconstitucionalidade de uma lei – em sede de acolhimento total ou parcial quantitativa –, entender, por exemplo, que esta é somente parcialmente inconstitucional, permanecendo o dispositivo em sua literalidade. Ou seja, assim como o controle de constitucionalidade não é prerrogativa do Supremo Tribunal, os seus diversos mecanismos – incluídos aí a interpretação conforme e a nulidade parcial – também não o são. *Por que o Juiz de Direito – que, desde a Constituição de 1891 sempre esteve autorizado a deixar de aplicar uma lei na íntegra por entendê-la inconstitucional – não pode, também hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, aplicá-la tão somente em parte?* O mesmo se aplica aos Tribunais, que, neste caso, não estão dispensados de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, quando se tratar da técnica da nulidade parcial sem redução de texto.

---

<sup>24</sup> Sobre a desnecessidade de suscitação de incidente de inconstitucionalidade nos casos de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ver meu Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, op.cit, cap. 11.

<sup>25</sup> Em face da complexidade que envolve a aplicação das técnicas da interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, permito-me remeter o leitor ao meu Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, op.cit.

<sup>26</sup> Veja-se, neste sentido, interessante exemplo advindo do direito espanhol, mais especificamente a sentença 105/88 do Tribunal Constitucional. Nesse julgamento, esteve em discussão a constitucionalidade do art. 509 do Código Penal, que penalizava com pena de prisão todo aquele que *fosse detido na posse de gazúas ou outros instrumentos destinados a praticar furtos e não pudesse dar suficientes explicações acerca de sua aquisição ou posse*. Apreciando um caso concreto, o Tribunal entendeu que aquele texto normativo era contrário à Constituição (princípio da presunção de inocência), qualquer interpretação do tipo penal que castigue a simples posse dos instrumentos idôneos, isto é, “(...) *en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito*”. No caso hispânico, o texto permaneceu na íntegra, sendo inconstitucional somente se (ou “enquanto”, “na medida em que” ou “na parte que”, para utilizar a fórmula do Tribunal Constitucional de

Dito de outro modo, a possibilidade de os tribunais e até mesmo o juiz singular fazer uso dos citados mecanismos fundamenta-se no controle difuso de constitucionalidade. *Impedir esse uso pelos juizes e tribunais inferiores seria restringir a própria modalidade de controle difuso; seria uma espécie de meio-controle.* E não se objete com o exemplo dos Tribunais Constitucionais europeus, como, v.g., o da Alemanha, isto porque, no modelo tedesco, existe o instituto do incidente de inconstitucionalidade, pelo qual toda questão constitucional deve ser submetida diretamente à Corte Constitucional (Lei Fundamental, art. 100, I; Constituição austríaca, art. 140, (1)). Na Alemanha, na Áustria e na Espanha, para citar alguns modelos, *os Tribunais Constitucionais detêm o monopólio do controle de constitucionalidade.*

Já no Brasil, não existe esse monopólio *stricto sensu*, em face da vigência do controle difuso (incidental) de constitucionalidade. Desse modo, se entre os vários modos de controlar a constitucionalidade se inserem mecanismos como o da interpretação conforme e o da nulidade parcial sem redução de texto, parece razoável sustentar que tais instrumentos também podem ser manejados no âmbito do controle *incidenter tantum*.

Em apoio à tese da possibilidade de Tribunais e Juizes aplicarem a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto vem o texto de Vitalino Canas, para quem, *seja a interpretação conforme a Constituição uma regra para a concretização da Constituição, uma regra de fiscalização da constitucionalidade, ou uma regra de interpretação, sempre o juiz ordinário terá competência para a sua utilização. Na verdade, ele encontra-se diretamente subordinado à Constituição, sendo, também, os Tribunais órgãos de fiscalização da constitucionalidade e competindo-lhes a interpretação da lei.*<sup>27</sup> No mesmo sentido, Rui Medeiros,<sup>28</sup> que entende que não há fundamento para atribuir ao fiscal da constitucionalidade (Tribunal Constitucional) uma maior liberdade no recurso à interpretação conforme do que aquela de que dispõem os tribunais em geral.

O exemplo austríaco vem corroborar a tese aqui exposta. Lá, o uso da interpretação conforme não constitui um monopólio do Tribunal Constitucional, não obstante

---

Portugal) interpretado de determinada maneira. Observe-se, também, a decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, de 30 de outubro de 1963, interpretando restritivamente o art. 129 do Código Penal, que estabelecia penas de prisão aos membros de associações que promovessem determinadas atividades inconstitucionais. O dispositivo foi considerado válido, desde que se excluísse da noção de "associações" os partidos políticos. Cfe. Béguin, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois em République Fédérale D'Allemagne*. Paris, Economica, 1982, p.194.<sup>27</sup> Cfe. Canas, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, op.cit., p. 38. Embora o autor trate do sistema jurídico português, é importante notar que, como no Brasil, Portugal adota a dúplice fórmula de controle de constitucionalidade: concentrado e difuso.

<sup>28</sup> Cfe. Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa, Univ. Católica, 2000, p. 309.

ser um sistema em que não há controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, todo o órgão estadual aplicador de normas, especialmente os demais Tribunais Superiores, têm de entender o material jurídico a aplicar em cada caso em conformidade com a Constituição. De referir que, quando o Tribunal Constitucional, no controle abstrato ou concreto de normas, interpreta uma lei em conformidade com a Constituição, ele apenas afasta aquela(s) hipóteses(s) de interpretação que conduz(em) a um resultado inconstitucional. Ao contrário de outros órgãos aplicadores da lei, ele não tem, pois, competência para, sem mais, declarar qual dentre as várias interpretações possíveis conformes a Constituição é a correta. O Tribunal Constitucional devia, desse modo, limitar-se, também ao fazer uso da interpretação conforme a Constituição, à função do “legislador negativo”, não atribuindo à lei um único sentido, a seu ver o mais correto. Ou seja, constitui tarefa do Tribunal Constitucional, no âmbito da interpretação conforme a Constituição das leis, apenas o afastamento do sentido da lei considerado inconstitucional e não o apuramento de um conteúdo único conforme a Constituição. A prática do Tribunal, no entanto, não observa tais considerações em toda a sua extensão.<sup>29</sup>

Assim, sendo pacífica, pois, no direito comparado, a possibilidade de os tribunais inferiores e os juizes singulares lançarem mão da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial qualitativa (sem redução de texto), há que discutir acerca da necessidade ou não da suscitação do respectivo incidente de inconstitucionalidade pelos órgãos fracionários dos Tribunais da República. Pelas peculiaridades com que se revestem tais institutos, entendo dispensável tal suscitação. Afinal, como bem diz Mendes, quando, pela interpretação conforme, se fixa uma dada interpretação, o Tribunal não declara – nem poderia fazê-lo – a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo. No âmbito da interpretação conforme, a norma não é declarada inconstitucional e sim, constitucional, sendo que esta continuará, após a declaração, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinários, que também são competentes para a aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição.<sup>30</sup>

Em se tratando de decisão de acolhimento parcial qualitativa, isto é, quando uma das incidências (preceito ideal) é abduzida do texto, permanecendo, portanto, o texto em sua integralidade, o raciocínio deve ser o mesmo. Desse modo, a solução está justamente na diferença entre ao que seja inconstitucionalidade parcial qualitativa

---

<sup>29</sup> Cfe. Oberndorfer, Peter. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais, op.cit., p.159 e segs.

<sup>30</sup> Cfe. Mendes, Jurisdição, op.cit, p. 228 e 275.



e inconstitucionalidade parcial quantitativa. Com efeito, enquanto na primeira o texto permanece intacto no sistema, na segunda ocorre a expunção formal de uma parte do dispositivo ou da lei.

Veja-se, neste sentido, interessante exemplo advindo do direito espanhol, mais especificamente a sentença 105/88 do Tribunal Constitucional. Nesse julgamento, esteve em discussão a constitucionalidade do art. 509 do Código Penal, que penalizava com pena de prisão todo aquele que *fosse detido na posse de gazúas ou outros instrumentos destinados a praticar furtos e não pudesse dar suficientes explicações acerca de sua aquisição ou posse*. Apreciando um caso concreto, o Tribunal entendeu que aquele texto normativo era contrário à Constituição (princípio da presunção de inocência), qualquer interpretação do tipo penal que castigue a simples posse dos instrumentos idôneos, isto é, “(...) *en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idôneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito*”. No caso hispânico, o texto permaneceu na ínte-gra, sendo inconstitucional apenas se (ou “enquanto”, “na medida em que” ou “na par-te que”, para utilizar a fórmula do Tribunal Constitucional de Portugal) interpretado de determinada maneira.

Assim, não é o fato de a nulidade parcial sem redução de texto ser uma técnica de controle de constitucionalidade que terá o condão de obrigar a suscitação do incidente de inconstitucionalidade, até porque a interpretação conforme também é um mecanismo de controle e não se há de falar em suscitar incidente para tal. *Na verdade, a característica de sentenças interpretativas é que torna dispensável o incidente*. Apenas um dos sentidos da lei (portanto, repita-se, o texto permanece) é que afrontará a Constituição. O texto, do mesmo modo como ocorre com a interpretação conforme a Constituição, foi otimizado.<sup>31</sup> Em síntese, *a suscitação do incidente somente tem fundamento quando um texto é expungido do sistema*.

Por último, releva anotar, parafraseando Medeiros e Prüm, que não se justifica aplicar o regime de fiscalização concreta, ou seja, suscitar o incidente de inconstitucionalidade – que é o modo previsto no sistema jurídico brasileiro de aferir a constitucionalidade no controle difuso de forma *stricto senso* – aos casos em que esteja em causa tão somente a inconstitucionalidade de uma *das possíveis interpretações da lei*, pois o juízo

<sup>31</sup> Observe-se a decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, de 30 de outubro de 1963, interpretando restritivamente o art. 129 do Código Penal, que estabelecia penas de prisão aos membros de associações que promovessem determinadas atividades inconstitucionais. O dispositivo foi considerado válido, desde que se excluísse da noção de “associações” os partidos políticos. Cfe. Béguin, Jean-Claude. Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale D'Allemagne. Paris, Economica, 1982, p.194.

de inconstitucionalidade de uma determinada interpretação da lei não afeta a lei em si mesma, não, pondo em causa, portanto, a obra do legislador.<sup>32</sup> De novo, aqui, a *importância da hermenêutica*, no sentido de que a interpretação implica, sempre, em um processo de *applicatio*, ou seja, há sempre uma hipótese em que o texto tem uma determinada incidência, emanando daí, uma norma. Não há um texto que não esteja relacionado com uma determinada “situação” hermenêutica.<sup>33</sup>

Ainda aqui vale referir uma questão que, de certo modo, já foi exposta, no sentido de que, mesmo que se equipare (como querem autores do porte de Wassilius Skouris, Albert Von Mutius e Karl Bettermann), isto é, mesmo que se dê o mesmo tratamento aos institutos da interpretação conforme a Constituição e à nulidade parcial sem redução de texto, sempre estar-se-á excluindo os sentidos do texto normativo que o conduzem à inconstitucionalidade. Permanece, pois, o texto normativo no sistema, afastando-se tão somente aquele (ou um dos) sentido(s) contrário(s) à Constituição. Por isso, a desnecessidade da suscitação do incidente.

Em face do exposto, proponho que, na aplicação do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 *seja declarada a nulidade parcial do aludido dispositivo sem redução de texto, afastando-se a sua incidência nas hipóteses de infrações penais que, efetivamente, não podem ser classificadas como de menor potencial ofensivo. À toda evidência, a tarefa de especificar o elenco de delitos que devem ser excluídos não é nada fácil. Se de um lado há um leque de infrações que, nitidamente, devem ser excluídas do rol dos crimes que tenham menor potencial ofensivo, há outro conjunto de infrações que ficam em uma zona cinzenta.*

Entendo a preocupação de setores da comunidade jurídica com a questão de se retirar a incidência de algumas hipóteses previstas pela Lei. Miranda Coutinho<sup>34</sup> diz ter sérias dúvidas em deixar para os juízes (ou o judiciário no plano do controle concentrado) a escolha de quais seriam as infrações que não poderiam receber o epíteto de “menor potencial ofensivo”. Segundo o professor paranaense, estar-se-á, assim, retirando do legislador a atribuição constitucional de estabelecer os citados critérios. Muito embora, em tese, haja razões de sobra para essa desconfiança com o Judiciário, há que se entender que a jurisdição constitucional apresenta sempre esse risco, até mesmo quando os juízes (controle difuso) ou o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) atua como legislador negativo. As preocupações de Miranda Coutinho são pertinentes.

<sup>32</sup> Ver, nesse sentido, Medeiros, *op.cit.*, p. 330, e Prüm, Hans Paul. *Verfassung und Methodik*, Berlin, 1977, pp. 188 e segs.

<sup>33</sup> Nesse sentido, ver Streck, *Jurisdição, op. Cit.*

<sup>34</sup> Miranda Coutinho, Jacinto Nelson. Debate acerca da Lei 10.259. Porto Alegre, 16 de agosto de 2002.



Entretanto, sou mais otimista. Com efeito, entendo que os mecanismos da interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto já estão incorporados na tradição do Estado Democrático de Direito (e até mesmo na legislação brasileira – Lei 9.868). Creio que, em sendo a Constituição remédio contra majorias, há momentos em que – e a história do constitucionalismo é pródigo em exemplos – a justiça constitucional (difusa ou concentradamente) tem a tarefa de corrigir as distorções operadas por leis que desbordam da Constituição. Aliás, o garantismo de Ferrajolli aponta exatamente nessa direção, a partir da distinção entre vigência e validade. Trago a colação, à propósito, julgado da 5ª Câmara Criminal do TJRS, aplicando a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto:

“Penal. Roubo majorado. Circunstância agravante. Crime cometido contra irmã. Controle da constitucionalidade. Agressão aos princípios da igualdade, secularização e racionalidade. Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 61, inc. II, ‘e’, do Código Penal. – O patrimônio e a integridade da irmã do denunciado, enquanto bens jurídicos, merecem a mesma proteção que é alcançada a qualquer do povo, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade. – Se a condição parental não facilitou a consumação do crime, tampouco revestiu descumprimento de dever jurídico assistencial ou causou dano psicológico à vítima, não há razão alguma para o acréscimo de pena, pois a valoração de circunstância que em nada altera o juízo de reprovação agride o princípio da racionalidade. – A exasperação da pena, calcada tão-somente no descumprimento de um dever moral de fidelidade de um irmão para com o outro, agride o princípio constitucional da secularização. – *Compete ao julgador fiscalizar a constitucionalidade da lei, suprimindo, dentre seus sentidos possíveis, aqueles incompatíveis com os preceitos constitucionais utilizando-se da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (lição do Prof. Lenio Luiz Streck).* – À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo” (TJRGS – Ap. 70004388724 – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).

Em face do exposto, proponho que, na aplicação do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 *seja declarada a nulidade parcial do aludido dispositivo sem redução de texto, afastando-se a sua incidência nas hipóteses de infrações penais que, efetivamente, não podem ser classificadas como de menor potencial ofensivo. À toda evidência, a tarefa de especificar o elenco de delitos que devem ser excluídos não é nada fácil. Se de um lado há um leque de infrações que, nitidamente, devem*

ser excluídas do rol dos crimes que tenham menor potencial ofensivo, há outro conjunto de infrações que ficam em uma zona cinzenta.

De todo modo, como se trata de aplicar a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pela qual retiraremos a incidência do parágrafo único do artigo 2º em alguns tipos penais, é possível deixar assentado, desde já e com razoável margem de segurança, *um rol inicial de delitos que jamais poderiam ter sido epitetados como “de menor potencial ofensivo”*. Ou seja, a pergunta que cabe é: a transgressão a um delito que está umbilicalmente ligado a um bem jurídico protegido pela Constituição pode ser classificado como de menor potencial ofensivo? Se a resposta for negativa, está diante de uma indevida inclusão no rol estabelecido pela Lei 10.259. Assim, não são de menor potencial ofensivo as seguintes infrações penais, que podem ser classificadas em dois grupos: o primeiro diz respeito às infrações com penas até dois anos, previstos no Código Penal e em leis especiais, e o segundo, que abrange o elenco de infrações a que a lei prevê procedimentos especiais. Assim:

### **6.1.1) Primeiro grupo – infrações previstas no Código Penal e em leis especiais sem previsão de procedimento especial:**

a) EXPOSIÇÃO OU ABANDONO DE RESCÉM NASCIDO (art. 134) e SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES (art. 249): a inserção destes crimes no rol de infrações de menor ofensivo viola explicitamente os arts. 1º, III, e 227 da CF; a criança e o adolescente recebem especial tratamento constitucional, não podendo o legislador, de forma ficta, retirar a gravidade da ofensividade de tais infrações, existentes no sistema para proteger esses relevantes bens jurídicos.

b) VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, cometido durante a noite ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma ou por duas ou mais pessoas (art. 150, par. 1º): não há liberdade de conformação do legislador para transformar esse crime em “quase bagatela”, pela simples razão de que a casa é o asilo inviolável do cidadão, cláusula pétrea constitucional. Não se pode olvidar que há uma contradição em si mesma nessa “inclusão” no rol das infrações de menor potencial ofensivo, traduzido pelo próprio tipo penal: um crime cometido com emprego de violência ou de arma... Logo, há que se indagar: onde está a “lesividade *light*” desse crime?

c) FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA (art. 203), cuja pena de 1 a 2 anos foi estabelecida recentemente pela Lei 9.777/98: a toda

evidência, trata-se de bem jurídico visceralmente ligado aos capítulo dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. Não parece razoável supor que a violação de um direito trabalhista assegurado por lei (leia-se, fundamentalmente, a Constituição da República) possa vir a ser considerado como infração de baixa lesividade (*soft crime*).

d) ATENTADO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE (art. 216): a inclusão deste crime no rol dos que têm menor (ou baixo) potencial ofensivo aponta para a flagrante violação do princípio da dignidade humana e da liberdade sexual. Nem de longe é razoável supor que o legislador tenha liberdade de conformação para “transformar” um delito dessa jaez em um crime passível de transação penal.

e) DESACATO (art. 331), DESOBEDIENCIA (art. 359) e FRAUDE PROCESSUAL (art. 347): a inclusão destes crimes no rol de infrações “proto-bagatelares” representa confronto com o princípio da eficiência do Estado (art. 37, caput, da CF), sem mencionar a função do Estado e do Direito enquanto interditos. Parece arrematada ficção (ou irresponsabilidade legislativa) “fazer pouco caso” de delitos que objetivam proteger bens jurídicos que dizem respeito ao exercício da autoridade pelo Estado soberano, que deve zelar pela eficiência da administração lato sensu e pela probidade administrativa. Numa palavra: admitir que uma fraude processual tenha “menor potencial ofensivo” é colocar uma pá de cal na teoria do bem jurídico!

f) *CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA* (art. 2º da Lei 8.137): sua inclusão no rol de infrações de menor potencial ofensivo ofende frontalmente o art. 3º, I, III, 4º, II, da CF, normas-programa que apontam para a construção de um Estado Social, representado por uma sociedade justa e igualitária, com a obrigação da erradicação das desigualdades sociais, pelas quais, à toda evidência, crimes como sonegação de impostos, não podem ser equiparados - e nem receber o mesmo favor legis - a crimes como esbulho, dano ou qualquer contravenção penal etc... (aqui, a violação é do art. 5º, caput), além da violação dos princípios constitucionais como da proporcionalidade e da razoabilidade (a Lei 10.259 representa um desvio de finalidade em relação à Lei 8.137); além de que é absolutamente despropositado a Constituição apontar para a realização de um Estado Social, onde está ínsita a tese de que o recolhimento de impostos é um caminho privilegiado da efetivação de direitos sociais (saúde, educação etc), (há, sem dúvida, um dever fundamental de pagar impostos) e ao mesmo tempo uma Lei ordinária (des)classificar o crime de sonegação de tributos para a classe de infrações de “menor potencial ofensivo”, *ao ponto de considera-lo menos ofensivo que o crime de furto simples*. A violação da Constituição é, mais do que visceral, escandalosa.

g) CRIMES AMBIENTAIS (art. 45 da Lei 9.605): esta espécie de tipo penal protege bens jurídicos de terceira geração, albergados no art. 225 da CF); a aceitar a tese do legislador, é mais grave – isto é, bem mais grave – “passar” um cheque sem fundos do que incendiar uma floresta. Trata-se de flagrante violação de bens jurídicos de índole transindividual.

h) CRIMES COMETIDOS CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE (arts. 228, 229, 230, 232, 234, 235, 236, 242, 243 e 244 da Lei 8.069): a inserção destes crimes no rol de infrações de menor ofensivo viola explicitamente os arts. 1.º III e 227 da CF. Uma simples leitura do rol de crimes previstos no ECA e, agora, reunidos sob a denominação de “menor potencial ofensivo”, demonstra o pragmatismo inconseqüente do legislador. Com efeito, como convencer o homem de “*la caje*”, que o ato de ministrar ou entregar a uma criança produtos que causem dependência física (como substâncias tóxicas), seja um “*soft crime*”? E o ato de privar a criança ou o adolescente de sua liberdade? É ato a ser considerado de baixa lesividade, a ponto de a punição ser “barganhada”? Não se ignora, aqui, a importância da subsidiariedade. Entretanto, e isto vale para todos os delitos aqui delineados, é exatamente o limite da subsidiariedade que deve ser questionado.

i) CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA (art.10, caput, e parágrafo primeiro, incisos I, II e III, da 10.437): a inclusão é indevida, por duas razões: primeiro, porque sua inclusão no rol de crimes “quase-insignificantes” representa ato para o qual o legislador não tem liberdade de conformação, por se tratar de conduta criminal que viola um bem jurídico coletivo, na medida em que o uso de arma sem autorização, em hipóteses que não violem a presunção da inocência,<sup>35</sup> acarretam perigo a terceiros, bastando para tanto examinar as estatísticas acerca da criminalidade; controlar o uso de armas é obrigação do Estado, a partir de uma espécie de antecipação de tutela penal; segundo, porque, em tendo sido alteradas as penas para o porte ilegal de arma, catapultando-o da categoria de contravenção para a categoria de crime, parece evidente que não mais se discute o grau de potencialidade desse tipo de infração. E não pode ser uma penada legislativa que vá ter o condão de “arrefecer” a lesividade da referida infração penal...

---

<sup>35</sup> Sobre o assunto, ver Streck, Lenio Luiz. O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade. In: Revista ITEC n.1. Porto Alegre, ITEC, 2001.

### **6.1.2) Segundo grupo – infrações a que a lei prevê procedimento especial**

a) CALÚNIA (art. 138), DIFAMAÇÃO (art. 139) e INJÚRIA (art. 140), porque os crimes contra a honra, assim como outras infrações (abuso de autoridade etc) devem ser analisados a partir de duas questões, que impedem sua inclusão no rol dos Juizados Especiais Criminais. Ou seja, não fosse a impossibilidade de inclusão de determinados tipos de infrações pelas razões já apontadas, há outro obstáculo que impede a competência dos JEC's. Assim, especificamente com relação aos crimes contra a honra, sua inclusão no elenco de delitos de menor potencial ofensivo viola cláusula pétrea constitucional, conforme previsão no art. 5º, X, da Constituição. Fazendo um raciocínio bem simples, é possível dizer que, se a Constituição estabelece a honra como cláusula pétrea, não é possível admitir que o legislador tenha liberdade de conformação para transformar os crimes cometidos contra a honra em infrações de menor potencial ofensivo. A se admitir tal liberdade, admitir-se-á também a própria descriminalização dos crimes contra a honra.

b) CRIMES OCORRIDOS NAS LICITAÇÕES (arts. 93, 97 e 98 da Lei 8.666), porque sua capitulação como de menor potencial ofensivo viola o princípio da moralidade administrativa (art. 37, caput, da CF); parece óbvio que não há qualquer proporcionalidade entre o ato de considerar como de menor potencial ofensivo as infrações que colocam em xeque a lisura do processo de gastos e despesas públicas, que movimenta bilhões de reais a todo ano, que são os crimes decorrentes de fraude em licitações, e o ato de, a contrario sensu, considerar como de maior potencial ofensivo o ato de receptar um simples botijão de gás... Fraudar licitações passou a ser "soft crime"; enquanto isto, o furto continua sendo um "hard crime"!!!

c) CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE, porque sua inserção no elenco das infrações de menor potencial ofensivo é escandalosamente inconstitucional, uma vez que se trata de um delito que tem como bem jurídico fundante a dignidade da pessoa, sua integridade física, não possuindo o legislador qualquer liberdade de conformação para incluir este delito no rol daqueles que podem ser transacionados... Nesse sentido, imagine-se o paradoxo decorrente de uma transação penal envolvendo um ato de abuso de autoridade, cambiável por um módico pagamento de R\$ 120,00 (prestação social alternativa)...

Por derradeiro, releva registrar que *o elenco acima especificado não esgota a matéria*. Trata-se, apenas, de delinear as bases de uma discussão acerca de um rol

de infrações que, com uma margem mínima de incerteza, deve ser excluído da classificação de “menor potencialidade ofensiva”.

## 7) À GUIA DE CONCLUSÃO – ESCLARECIMENTOS FINAIS

A presente proposição de que se expunja do elenco de delitos aqueles que não poderiam ter recebido o selo de “infrações de menor potencial ofensivo” não significa que, para estes, estar-se-ia apontando a pena de prisão como solução. *Longe disto*.<sup>36</sup> O que ocorre é que já existe a Lei 9.714, que considerou passíveis de receber o benefício de substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas a todos as penas concretizadas que não ultrapassem o limite de 04 (quatro) anos, e desde que estes não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Em conseqüência, parece despidendo alertar para a *diferença que existe entre crimes passíveis de transação*, que têm o condão de até mesmo evitar a ação penal (o que ocorre em 90% dos casos), e *aqueles delitos que, concretizadas as penas, podem receber a substituição da pena por restritivas de direitos*. Portanto, os delitos que, expungidos do rol que os epitetou de menor potencial ofensivo, podem, sempre, receber a substituição de penas por restritivas de direitos. Em caso de descumprimento, há a conversão em pena privativas de liberdade. Não é o caso da transação. O mesmo se diga em relação à suspensão do processo prevista na Lei 9.099.<sup>37</sup>

Refira-se, como reforço, que a necessidade (e a possibilidade) do controle da constitucionalidade das leis com base nos princípios constitucionais (explícitos e implícitos) e das próprias normas “programáticas” tem sido defendida por inúmeros doutrinadores (Canotilho, Jorge Miranda, Bonavides, Bandeira de Mello, Dallari, para citar apenas alguns). Lamentavelmente, os tribunais têm permanecido reticentes e refratários a esse controle. *Sair dos livros e das teses da academia para o mundo*

---

<sup>36</sup> Aliás, é relevante registrar que há um considerável elenco de infrações que, de fato, necessitam receber o epíteto de “condutas bagatelares” ou infrações de baixa lesividade, às quais se destinam os Juizados Especiais Criminais. Para respeitar a teoria do bem jurídico, parece evidente que o legislador deveria elaborar uma adequada classificação dessas infrações. Conforme já deixei registrado em outros textos (v.g., Tribunal do Júri, 4ª ed., Livraria do Advogado, 2001), as condutas hoje enquadradas como contravenções devem todas sofrer uma redefinição. O atual cenário das condutas contravençionais aponta para uma recepção destas, em face do princípio da secularização do Direito. O Estado não pode punir, criminalmente, vícios e condutas dos cidadãos, questão que fica bem clara à luz do garantismo ferajolano.

<sup>37</sup> Claro que há sérias dúvidas acerca da própria constitucionalidade da Lei 9.714, que, a exemplo da Lei 10.259, *isonomizou delitos absolutamente discrepantes*. Mas isto outra questão. Ver, para tanto, meu artigo As novas penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do controle da constitucionalidade. In: A Sociedade, a violência e o direito penal. Ney Falet (org). Poro Alegre, Livraria do Advogado, 2000.



*vivido, trazendo esse tensionamento para o âmbito do judiciário: este é o desafio e o dilema.* Como bem lembra Fernando Facury Scaff,<sup>38</sup> qualquer ato ou norma que venha a infringir os princípios fundamentais da Constituição Federal, como os que estabelecem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional erradicando a pobreza e a marginalização e reduza as desigualdades sociais e regionais, deve ser considerado *inconstitucional*, através de controle difuso ou concentrado, por magistrado de qualquer instância, *a fim de permitir que a Constituição prevaleça, e que a vontade do povo ao instituir aquele documento não seja posta de lado.*

E não se diga que, ao restringir o uso da nova Lei, estar-se-á fazendo uma analogia *in malam partem* ou uma interpretação *in pejus*, ou, ainda, uma violação do princípio da legalidade. Não há analogia *in malam partem* em relação ou contra à Constituição. Há que deixar claro, de uma vez por todas, que o legislador não tem discricionariedade para estabelecer tipos, penas e favores legais. Além disto, a lei penal não tem qualquer imunidade em relação à Constituição, mesmo aquela que descriminaliza. Registre-se, aqui, o conhecido acórdão do Tribunal Constitucional da Alemanha (BverfGE 39, 1, 45), que declarou inconstitucional legislação que descriminalizou o aborto (impunidade do crime se ocorrido nos três primeiros meses de gravidez), sob a fundamentação de que o legislador não pode renunciar por completo a proteção mediante o Direito Penal. Em outras palavras, não há liberdade de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais.

Não há, pois, qualquer blindagem que “proteja” a norma penal do controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador etc).

Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar o delito de corrupção, a sonegação de tributos, o estupro, etc., tudo em nome do princípio da legalidade (*norma vigente = norma válida???*)! Não se ignora que a proteção de bens jurídicos não se realiza somente através do Direito Penal. O Direito Penal não deve intervir quando há outros meios de proteger os bens em questão. A pena tem a missão de proteger subsidiariamente os bens jurídicos. Entretanto, não há precedentes que comprovem que bens jurídicos não insignificantes possam ser protegidos tão somente por medidas administrativas. Considero correta a

<sup>38</sup> Cfe. Scaff, Fernando Facury. Controle Público e Social da Atividade Econômica. XVII Conferencia Nacional dos Advogados. UERJ. 31.8.99, p.21.

assertiva de Roxin, para quem o legislador deve recorrer, subsidiariamente, à contravenção e à multa administrativa, em vez da incriminação e à pena, somente quando a perturbação social pode ser anulada com a sanção menos onerosa. É evidente que esse limite é difícil de traçar. Entretanto, assevera, *no campo nuclear do Direito Penal as exigências de proteção subsidiária de bens jurídicos requerem necessariamente um castigo penal em caso de delitos de um certo peso*. Em contrapartida, diz Roxin, ainda que em princípio se incluam condutas como o furto e a fraude (estafa) neste “âmbito nuclear” de exigência de punição por parte do Direito Penal, nada se oporia a que os casos de bagatelas neste campo (p. ex., furto de gêneros comestíveis) fossem tratadas como contravenções.<sup>39</sup> Observe-se, desse modo, que a discussão dos limites entre condutas que devem ser consideradas como crimes e as que devem ser epitetadas como contravenção, primeiramente é de tipo quantitativo; entretanto, quando se ultrapassa o terreno das condutas “bagatelares” – assim entendidas na tradição jurídica – *a discussão necessariamente assumirá foros qualitativos*. E é neste ponto que a Constituição deve ser o topos conformador dos critérios de aferição do conceito de “delitos puníveis com pena de prisão, substituíveis por restritivas de direito ou não, e as condutas que podem ficar no âmbito contravençional ou no terreno da transação penal”. *De certo modo, delitos de menor potencial ofensivo nada mais são do que condutas contravençionais*. O problema, portanto, enquanto permanecer no terreno das infrações que, de fato, não oferecem maior potencialidade lesiva, pode ficar restrito – e ser resolvido – *a partir de critérios objetivos-quantitativos; no entanto, quando se tratar de infrações que atinjam bens jurídicos que longe estão daquilo que a tradição tem classificado como infrações bagatelares, está-se, inexoravelmente, diante de uma aferição qualitativa*, razão pela qual deverão ser discutidas as condições de possibilidade, à luz do conceito material de delito, da inclusão ou exclusão de determinadas infrações do conceito de “menor, médio ou maior potencial ofensivo”. Ou seja, o critério quantitativo – utilizado na Lei 10.259 – somente pode vingar no âmbito de uma certa homogeneidade de infrações; *na ocorrência de uma heterogeneidade, o critério deve ser qualitativo*. Nesse sentido, calha a advertência de *Stratenwerth*, em sua palestra inaugural das Jornadas de Professores de Direito Penal realizadas em Basileia em 1993:

“Que haya que renunciar a la pena, que es la sanción..., más dura que conoce nuestro Derecho, precisamente allí donde estás en juego intereses vitales no sólo de los individuos, sino de la humanidad en su totalidad, es algo que considero... inadmisibile”.

<sup>39</sup> Cfe. Roxin, Claus. Derecho Penal – Parte General, Tomo I. Madrid, Civitas, pp. 72 e 73



Registre-se, por fim, que a crise que atravessa a dogmática jurídica tem obstaculizado a necessária filtragem hermenêutico-constitucional do direito penal. Vige, ainda, a crença no caráter fetichista da lei, *no interior do qual confunde-se vigência com validade*. Dai a necessária constitucionalização do direito. Por vezes penso dar razão a Jimenez de Azua, quando disse, certa vez, que, ao se promulgar uma nova Constituição, dever-se-ia fazer novos Códigos, para evitar a aplicação das leis anteriores (fruto do sistema constitucional derogado) ao arripio do novo fundamento de validade (novo modelo de Direito representado pela nova Constituição). Nessa linha, em vista do total desrespeito ao texto constitucional e permitindo-me ser irônico, acrescentaria ao dizer de Azúa que talvez o constituinte brasileiro de 1988 devesse ter incluído um dispositivo, *determinando que todas as leis que viessem a ser feitas a partir daquela data deveriam respeitar o conteúdo formal e material da Constituição, sob pena de serem inconstitucionais...* Afinal, há que se avisar a comunidade jurídica que princípios valem, regras vigem, como diz Bonavides, e que a violação de um princípio é mais grave do que a violação de uma norma, como assevera Celso Antonio Bandeira de Mello. É necessário, pois, dizer o óbvio: a Constituição constitui; a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal. Esse óbvio, porém, utilizando a linguagem heideggeriana, é mera aparência, isto porque o óbvio, para se manter “como” óbvio, deve permanecer oculto. A obviedade exsurgirá “como” obviedade a partir de seu desvelamento (alétheia).

**Lenio Luiz Streck,**  
**procurador de Justiça-RS,**  
**mestre em Direito, doutor em Direito do Estado,**  
**pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica,**  
**professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado**  
**em Direito da UNISINOS-RS**



**A PROPÓSITO DA APLICAÇÃO  
DA LEI 10.259/2001 AOS JUIZADOS  
ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS**

**Ruy Alberto Gatto**



# A PROPÓSITO DA APLICAÇÃO DA LEI 10.259/2001 AOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS

*Ruy Alberto Gatto*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Entendimento Uniforme da 3ª Procuradoria. 2.1. Limites da autorização constitucional. 2.2. Questão de “alçada”. 2.3. Inviabilidade da interpretação extensiva 3. Precedentes 4. Tática de elaboração legislativa 5. Crítica ao paternalismo 6. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

As presentes anotações têm sua origem em discussão surgida na 3ª Procuradoria de Justiça, do Ministério Público do Estado de São Paulo, que reúne um grupo de Procuradores e Promotores de Justiça que atuam, de forma especializada, nos pedidos de *habeas corpus* e de mandados de segurança em matéria criminal, da competência originária dos Tribunais do nosso Estado.

Há várias peculiaridades nessa atuação, merecendo destaque a constatação de que, pela celeridade dos procedimentos de *habeas corpus* (que constituem a quase totalidade dos feitos distribuídos àquela Procuradoria) nos coloca de frente, quase sempre, com a matérias ainda em fase de elaboração. A cada momento em que se cogita uma alteração Legislativa, antes mesmo da promulgação e vigência de qualquer lei, surge uma preocupação com as possíveis controvérsias hoje em dia cada vez mais numerosas em face do fenômeno da proliferação legislativa, fruto de um processo legislativo desestruturado, que gera normas conflitantes, situação agravada pela propensão cada vez mais acentuada de ampliar o alcance de textos legais, reconhecendo-se neles princípios nem sempre evidentes ou extraindo-se conseqüências que acabam por espelhar uma tendência de ampliar, cada vez mais, o alcance da norma.

No *habeas corpus*, isso se sente de uma maneira extremamente particular porque quem se preocupa em fazer um estudo um pouco mais detido a respeito da história deste importante instituto – e essa perspectiva é muito mais fácil de ser

percebida na nossa prática do dia-a-dia – vai verificar que em nenhum outro instituto se mostra tão presente esta tendência interpretativa que acaba por “criar” direitos nem sempre muito claros e às vezes contrários até mesmo à finalidade da norma. Dentro deste quadro atual, o *habeas corpus* teve uma evolução que acabou por transformar sua natureza original, de instrumento para coibir abusos na liberdade de locomoção estritamente considerada (daí os termos da lei, ainda hoje preservados, que remetem à atualidade ou iminência do abuso ou ilegalidade) para, hoje em dia, na prática, se constituir em instrumento de controle de todo o procedimento penal, às vezes até em procedimentos que nem poderiam levar à conclusão de que haveria perigo de se colocar em risco a liberdade de locomoção (vide, por exemplo, a concessão de *habeas corpus* em hipóteses que cuidam de pena de multa sem qualquer possibilidade de que esta venha a se transformar em pena corporal).

Em suma, esta tendência ampliativa é muito presente e, em função disso, a Procuradoria, sempre que surgem esses assuntos, busca se antecipar, buscando um posicionamento, porque a tendência é de que surja sempre, e primeiro, sem que haja elaboração a respeito, pedidos deduzidos em *habeas corpus*.

## **2. ENTENDIMENTO UNIFORME DA 3ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA**

Pois bem, com o advento da lei federal n.º 10.259, houve ensejo para debater a questão desde logo entrevista no texto da lei, que à primeira vista, estabelecia um conceito mais ampliado de crime de menor ofensivo. Do debate ocorrido nas reuniões da Procuradoria, surgiu o entendimento uniforme já publicado, que assim ficou redigido:

“NÃO APLICAÇÃO DA LEI n.º 10.259/2001 NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ESTADUAL – INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20, PARTE FINAL, DA LEI n.º 10.259/2001. FUNDAMENTAÇÃO: A Constituição Federal estabeleceu dois sistemas distintos de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o federal e o estadual (art. 98, I). A Lei n.º 10.259/2001 foi editada a serviço de um objetivo lícito e singular: organizar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Assim, não há concluir que a lei nova distinguiu de forma não razoável ou arbitrária, vale dizer, de maneira puramente discriminatória, um tratamento específico a pessoas diversas.

Demais disso, nesse campo estaria o Poder Judiciário apenas autorizado a declarar a inconstitucionalidade da lei nova atuando como legislador negativo, proibida sua atuação como legislador positivo, pena de estender, por via jurisdicional, o conceito de crime de menor potencial ofensivo a hipóteses não contempladas pelo novo texto legal, o que representaria usurpação da competência constitucional do Poder Legislativo.” (Aprovado, por votação unânime, em Reunião da 3ª Procuradoria de Justiça de 23.01.2002)

O entendimento foi brilhantemente relatado em trabalho muito bem fundamentado, subscrito pelos ilustres Promotores que vêm atuando na Procuradoria, os drs. CARLOS EDUARDO FONSECA DA MATTA, FÁBIO ANTONIO PINESCHI, HERMAN HERSCHANDER, MARCO ANTONIO GARCIA BAZ e THARCILLO TOLEDO NETO.

O entendimento uniforme da Procuradoria se colocou no sentido de que não se deve aplicar a Lei 10.259 no caso dos Juizados Especiais Estaduais, para tanto invocado dúplice fundamento: num primeiro momento, a conclusão deve ser no sentido de que a lei nova não fere o princípio da isonomia, na medida em que criou discriminação (se é que há, mesmo, discriminação) que na verdade é autorizada pela Constituição Federal.

## **2.1. Limites da autorização constitucional**

Neste sentido, se a Constituição entendeu de estender ao âmbito da Justiça Federal a experiência dos Juizados Especiais. O legislador constituinte emitiu uma autorização para que se regulamentasse a questão na esfera da Justiça Federal por causa das suas peculiaridades, das condições específicas, de determinadas necessidades. É perfeitamente possível compreender que foi exatamente em função destas mesmas peculiaridades é que quando se percebeu que a regra constitucional não permitia ou não dava essa autorização, procurou-se, através do processo de Emenda Constitucional, incluir disposição que autorizasse, então, uma sistematização dos Juizados Especiais também na área federal, com vistas a superar o que vem sendo chamado de “crise do Poder Judiciário” e com o evidente objetido de “desafogar” os serviços dos Tribunais Superiores (cf., neste sentido, artigo do ex-Advogado Geral da União, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, GILMAR MENDES: “Juizados especiais

federais: o resgate de uma dívida social”, publicado no *Informativo IASP*; Instituto dos Advogados de São Paulo, n.º 57, maio/junho-2002, p. 9).

Contudo, ao estabelecer normas que dizem de perto com a competência dos órgãos jurisdicionais não se pode perder de vista que as regras procedimentais, quase sempre, implicarão em reflexo no direito material.

## 2.2. Questão de “alçada”

Aprovada a emenda constitucional, a lei regulamentadora necessariamente deveria tratar, como tratou da competência dos juizados. Para isso, consideradas as já referidas peculiaridades da Justiça Federal, lançou mão o legislador de critério de alçada, comumente utilizado para a separação e organização das diversas esferas jurisdicionais.

O art. 3º, da Lei 10.259, ao estabelecer a competência do Juizado Especial Federal Cível, especifica o limite de alçada: sujeitam-se ao juizado as causas que não excedam o valor de 60 salários mínimos (o art. 3º, inciso I, da Lei 9.099, fixa o valor da causa de até 40 salários mínimos).

Paralelamente, o mesmo critério de limitação foi utilizado em relação à esfera criminal. Na verdade, a regra que estabeleceu o conceito de crime de menor potencial ofensivo no âmbito da Justiça Federal, evidentemente, tem esse aspecto de estabelecer uma alçada, o que seria o valor em termos de Direito Penal. Nisto não há nenhuma novidade. O professor FREDERICO MARQUES já apontava a existência deste critério quantitativo, ao anotar, nos seus *Elementos de Processo Penal*, que “se no cível a alçada é dada pelo valor da causa, este elemento valorativo, na esfera penal, é exatamente a quantidade da pena” (*Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 4. n.º 1.001. p. xxx).

Daí se extrai que a regulamentação trazida pelo novo diploma penal está contida nos limites da autorização constitucional. Se está bem claro que a lei 10.259/2001 organizou o juizado especial levando em conta o universo de crimes processados pela Justiça Federal e as dificuldades singulares dessa seara, é lícito inferir que os limites estabelecidos levam em conta razões de política criminal. Não há como concluir tenha o legislador ignorado o reflexo da normatização, na esfera do direito material. Daí a preocupação de explicitar, em várias oportunidades, que o âmbito da lei nova



se cinge à Justiça Federal, expressamente afastada a incidência da norma na esfera estadual, como era (é) a vontade que emana da norma constitucional. Por isso que, além dos outros argumentos colocados com relação à interpretação de que a norma não extrapolou os limites da autorização constitucional, é que a primeira conclusão da Procuradoria, no aludido entendimento uniforme, é neste sentido de que a Lei n.º 10.259/2001 foi editada **com a finalidade específica e bem delineada** de **organizar** os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, não sendo válida interpretação que leve à conclusão de que esteja estabelecida discriminação arbitrária e discriminatória.

### 2.3. Inviabilidade da interpretação extensiva

Consequência lógica, nesta linha de argumentação, é a de que, se se entender que a norma ordinária conduz a tratamento desigual **não autorizado** pela Constituição, não pode o intérprete extrair daí uma extensão indevida, para, digamos, *sanar* a inconstitucionalidade. Dito por outro modo: se a lei ofende o princípio da isonomia e é inconstitucional, não pode o juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outras situações. Ao fazê-lo, o juiz estará agindo como legislador positivo, “criando”, por interpretação, “lei que não existe”, para contornar o vício de inconstitucionalidade que, assim, não estaria na lei, mas no que decorre da atividade interpretativa.

Parece óbvio: se a exegese conduz a uma inconstitucionalidade, não há como aplicar uma lei que, segundo determinado entendimento, desborda dos limites estabelecidos na Carta Magna. Resta ao aplicador do direito reconhecer a inconstitucionalidade, declarando-a, consistindo em verdadeira *contraditio in terminis* a ampliação do âmbito de incidência da norma, para só então considerá-la válida.

Ao contornar o vício adotado como premissa, estendendo indevidamente a aplicação da norma para lhe proporcionar um alcance que, definitivamente, não está na origem da regulamentação, implica em considerar parte da norma como inconstitucional ou, o que é o mesmo, em verdadeira **criação** por meio de processo interpretativo, de nova norma, nova lei, travestindo-se, o intérprete, em legislador, atividade que merece total censura, desde há muito tempo. Contudo, e infelizmente, é o que mais se tem verificado, nos dias que correm.

Analogamente, em boa hora foi tolhido entendimento doutrinário e jurisprudencial que, ante o advento da lei 9471/95, que alterou o art. 336 do Código de Processo Penal, estabelecia verdadeira fusão de normas vigentes em épocas diferentes para chegar a uma terceira via, que aproveitava retalhos de uma e de outra disposição, ao alvedrio de interesses nem sempre explicitados.

### 3. Precedentes

Tentativas deste naipe não são raras, infelizmente. Pode ser invocado um outro exemplo, extraído de julgado do C. STF, relativo às regras do livramento condicional, que com a reforma de 1984 sofreram modificações. Naquele caso, a lei antiga exigia, para a concessão do benefício, “o cumprimento de mais da metade da pena”, e a lei nova, reduzindo a exigência para “mais de um terço”, condicionou o direito ao benefício a que o sentenciado ostentasse “bons antecedentes”. Pretendia-se, então, a aplicação de parte da lei nova – que diz com o requisito temporal – e parte da lei anterior, que **não** exigia o requisito dos bons antecedentes. O voto do então Ministro PAULO BROSSARD, citando precedentes do Pretório Excelso e abalizadas opiniões da doutrina italiana e brasileira, termina com a conclusão que merece transcrita:

“Assim, em que pesem conclusões em sentido contrário a que chegaram ilustres tribunais e doutrinadores, entendo que os princípios da ultra e da retroatividade da *lex mitior*, tal como formulados, não autorizam a combinação de duas normas para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Penso que o desígnio das normas postas foi o de reservar a aplicação da *lex mitior* na sua integridade e não o de favorecer os agentes dos crimes praticados durante a vigência de normas que se conflitam no tempo, com uma terceira norma não legislada que traga benefícios que excedam os previstos nas outras duas consideradas de *per si*.” (STF – HC n.º. 68.416-5/DF – 2ª Turma – rel. Min. Paulo Brossard – j. 8-9-92 – v.u.).

Pode-se objetar que, no caso dos juzizados especiais federais, trata-se apenas de considerar revogado um único dispositivo da lei 9099/95, pela superveniência da lei de 2001. Fica claro, contudo, que o raciocínio é análogo e o resultado é o mesmo: combina-se o preceito de um e de outro dos diplomas legais, para chegar a um resultado que implica em ampliação do conceito de delito de menor potencial ofensivo,

fazendo-se tabula rasa das peculiaridades de uma e outra das esferas de jurisdição que, em última análise, conduziram a que fosse previsto o instituto apenas em relação à Justiça Estadual e, só posteriormente, fosse possibilitada a criação de sistema análogo (mas não idêntico, como se vê), para a Justiça Federal.

Um ponto que me parece importante acentuar é exatamente essa questão que diz com a teratológica concepção e imediata aplicação de “leis” que, na verdade, são verdadeira “colagem” de dispositivos esparsos, contidos em fragmentos de artigos, parágrafo, incisos de outras leis, estas regularmente editadas. Tais interpretações ganham força e se reproduzem, desde que reflitam um discurso coerente e compatível com a índole da nossa vigente Constituição-cidadã, desde que se invoquem princípios nem sempre expressos na Lei Maior, mas extraídos *a fórceps* como fruto de um discurso pretensamente progressista e protetor de interesses mais relacionados a questões ideológicas do que, propriamente, vinculados à percepção da realidade social.

Estabelece-se, assim, como verdade apriorística, que aquela interpretação não comporta divergência, acabando por se converter em argumentos de autoridade, havendo até um certo sentido de rotular (e tratar de modo, aí sim, discriminatório) aqueles que por acaso se inclinam para um posicionamento contrário ao que foi determinado pelo *establishment*.

#### 4. “TÁTICA” DE ELABORAÇÃO LEGISLATIVA

Na verdade, esta tendência vem estendendo sua influência até mesmo para o processo de elaboração legislativa. Têm se amiadado o anúncio de encaminhamento de projetos de lei, no âmbito penal, que são apresentados como verdadeiros instrumentos de agravamento dos rigores repressivos e que, na prática, contêm pequenos artifícios que, depois de convertidos em lei, comportam interpretações que conduzem a resultado bem diverso, revelando a verdadeira intenção subjacente ao discurso que, aparentemente, atende aos reclamos da sociedade cada vez mais atingida pela violência.

Notícia autêntica, que bem exemplifica o que acima afirmamos, pode ser extraída de voto do hoje Ministro do **STF**, NELSON JOBIM, que quando Ministro da Justiça foi, segundo disse, “acusado pela imprensa de estar reduzindo a pena dos crimes hediondos”.

De fato, o eminente Ministro buscou “abrandar” os rigores da lei 8072/90, conforme se vê registrado em ata do julgamento de *habeas corpus* (HC nº 76.733-0/SP, 25-3-1998, j. 25/3/98, DJ 19.03.99, Ementário nº 1943-1).

O tema em discussão dizia respeito à possibilidade de exensão dos efeitos da lei 9455/97, cujo § 7º possibilitou que os condenados por crime de tortura **iniciassem** o cumprimento da pena no regime fechado, o que deu azo à interpretação de que a progressão se estenderia a todos os delitos equiparados aos hediondos, ab-rogando a lei 8.072/90.

Eis, textualmente, o que asseverou o ilustre Ministro:

”Em 1995, por inspiração do Professor Assis Toledo, mudou-se o eixo da concepção em relação ao tema do regime carcerário.

Entendeu-se que alguém condenado a vinte ou trinta anos de reclusão, em regime fechado, sem a possibilidade de progressão do regime, criaria – e os levantamentos eram nesse sentido – imenso problema na administração carcerária.

O fato de se estar condenado a trinta anos, e tendo a idade de cinquenta, corresponda a uma prisão por toda a vida.

Tínhamos um imenso problema pelo fato de não se ter a possibilidade de progressão do regime.

Este era o ponto prático de um lado, e de outro, absolutamente condizente com a mudança do eixo desse processo.

Paralelamente, transitava na Câmara dos Deputados um projeto de lei – não era de nossa autoria -, definindo o crime de torturas.

De imediato, o Professor Assis Toledo e eu – posso informar que o texto da lei n. 9.455 é da lavra do Professor Assis Toledo – negociamos todo esse texto, em cima de um projeto que então tramitava.

**Incluímos o § 7º, cuja redação teve o objetivo de viabilizar sua aprovação.**

Por isso, redigimos com a forma: “*iniciará o cumprimento da pena em regime fechado*”.

**Se ficasse explícito, que haveria progressão de regime no crime de tortura, o projeto não seria aprovado.**

**Como já disse, no processo legislativo, a ambigüidade é necessária para a formação de maioria.**

**Esta é uma condição de aprovação de projetos de lei.**

**O projeto não teria sido aprovado se deixássemos expressa a regra da progressão do regime.”**

Abstraída a questão da validade ou não de tal procedimento, hoje **expressamente vedado** pela lei complementar n.º 95, de 26 de fevereiro de 1998, especialmente seus art. 7.º, incisos III e IV <sup>(\*)</sup>, a clareza do artifício dispensa maiores comentários.

## **5. CRÍTICA AO PATERNALISMO**

Urge, então, se estabeleça uma crítica a este posicionamento paternalista, próprio dos regimes republicanos (draconianos), que privilegia a noção de que certos iniciados, dotados de melhor condição intelectual, detém o poder de “saber o que é melhor para a sociedade”, malgrado o sentimento dos que a integram.

Daí a crítica, aqui estabelecida, no sentido de que a tarefa de interpretar e aplicar o Direito não prescinde de uma reflexão mais detida em relação aos conceitos vigentes e à constatação de que estamos vivendo um processo em que existe, de um lado, uma tendência de privilegiar “verdades” aprioristicamente estabelecidas,

Na mesma medida que existe um reclamo geral com relação ao crescimento da violência, a essas questões mal resolvidas com relação à elaboração legislativa e tudo o mais, por outro lado, percebe-se que há, sem correr risco de generalizar, uma grande parcela de operadores do Direito buscando aplicar a toda força os seus conceitos pretensamente ideológico-progressistas, às vezes deixando de lado as recomendações que os clássicos doutrinadores sempre fizeram no sentido de que deveria haver um mínimo de distanciamento do intérprete, embora a imparcialidade total se reconheça que é impossível, mas no sentido de que devemos nos dirigir à constituição de um ordenamento jurídico que tenha certa consistência em termos de segurança da sua aplicação.

---

<sup>\*</sup> A propósito, cabe lembrar pertinente observação contida no trabalho do Dr. José Roberto Barreto, que aponta para a inconstitucionalidade da lei 10.259/2001, advinda da inobservância desta mesma lei complementar n.º 95/1998, que regulamentou o disposto no parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, estabelecendo normas a respeito da elaboração, redação, **alteração** e consolidação das leis.

É muito louvável que se procure fazer com que os princípios constitucionais sejam sempre respeitados, mas quase sempre o raciocínio que você percebe nas manifestações é o do caminho inverso: o intérprete assume uma postura e vai buscar, então, respaldo no que chama de “princípio”, a ponto, às vezes, de, no conflito entre dois dispositivos constitucionais, escolher um deles e dizer que o outro é inconstitucional, embora conste da Constituição.

Em função disso, queria deixar aqui assentado, devemos realmente nos deter em uma análise mais contida e nos colocarmos diante de todo este contexto, até histórico mesmo, a respeito da elaboração Legislativa.

Ampliando o que já foi dito com relação às mazelas que conhecemos em termos de elaboração legislativa, eu diria que, na verdade, na hora da aplicação do Direito também está havendo uma certa precipitação: mal editada uma lei, surgem obras com interpretações “definitivas”, sem contar que decisões pretorianas se apressam a aplicar a lei antes mesmo de sua vigência (já que ela é “benéfica” e será aplicada de qualquer modo, mesmo) e, na hipótese de, por descuido, a “melhor” exegese acabar contida em um voto vencido, não há pejo em se extrair excerto do voto minoritário para publicação em respeitáveis repertórios, que cuidarão de atribuir a necessária credibilidade, de molde que o voto vencido acabe gerando jurisprudência. Os que têm acompanhado a questão dos julgados especiais e outros temas controvertidos sabem que não há aqui exagero algum.

Seria recomendável, pois, que se deixasse de lado, ao menos em parte, o exercício interpretativo extremado, que se beneficia, como foi visto, do conturbado processo legislativo hoje vigente. Seria recomendável, para tanto, a leitura atenta de obras clássicas hoje em dia muito mais citadas do que lidas e uma atitude mais crítica em relação a toda esta situação, de modo a não prevalecerem conclusões apressadas, estereotipadas, distantes da realidade e que só favorecem interesses determinados, em detrimento do bem público.

## **6. CONCLUSÃO**

Em suma, sem receio algum de qualquer distanciamento do tema proposto, cabe-me concluir que esta atitude crítica deve, necessariamente, ser levada em conta na análise de questões como a que se apresenta com o advento da lei 10.259/2001,

sob pena de crescer cada vez mais a insegurança, inclusive sob o aspecto jurídico-institucional, situação que não se compadece com o que se convencionou chamar de Estado de Direito.

Não se ignora que em breve a questão estará superada, quanto ao diploma legal que deu ensejo a estas notas (especialmente, a julgar pelas referências já feitas), não sendo difícil o prognóstico de que prevalecerá a corrente mais liberal, com a dicção jurisprudencial tendendo a “completar” o quadro, na já demonstrada simbiose legislador/intérprete.

Outros temas surgirão, multiplicando-se as leis “interpretadas” segundo critérios que nem sempre são os que atendem ao interesse da coletividade (já que à turba não é dado o privilégio de saber o que quer).

Com isso, o dissenso entre o ordenamento jurídico positivo e o regramento efetivamente aplicado será cada vez mais sensível, não se sabendo a que consequências tal desvio conduzirá.

***Ruy Alberto Gatto,***  
***procurador de Justiça do Estado de São Paulo***





**LEI 9.099/95 *VERSUS* LEI 10.259/01**

**Carlos Henrique Maciel**



# LEI 9.099/95 *VERSUS* LEI 10.259/01

*Carlos Henrique Maciel*

**SUMÁRIO:** 1. *A História* - 2. *A Polêmica* - 3. *A Hermenêutica* - 4. *A Competência*  
- 5. *A Isonomia* - 6. *A Circunstância* - 7. *A Inferência*.

**“Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real”**

(RUI BARBOSA, *Oração aos Moços*)

## 1. A HISTÓRIA

Na esteira do panorama mundial, e para o desconforto dos mais conservadores, o art. 98 da Constituição da República promulgada em 1988 ordenou, dentre outras medidas, a instituição da *justiça penal consensual* no país. Em que pese inovador, o texto ainda era tímido:

**“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.”<sup>1</sup>

A fim de dar exequibilidade à Regra Superior, o Congresso Nacional elaborou a **Lei Federal nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995, que dispõe “sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais” nos Estados-Membros, no Distrito Federal e nos Territórios, “para conciliação, processo, julgamento e execução, *nas causas de sua competência*” (art. 1º).<sup>2</sup> Na seara penal, permitiu-se a **transação** entre as partes: o

---

<sup>1</sup>Destaquei.

<sup>2</sup>Destaquei.

Ministério Público proporia e o autor do fato, assistido por seu Patrono, anuiria à aplicação *imediate* de pena não privativa de liberdade (art. 72) consistente em restrição de direitos ou multa (art. 76, *caput*), seguindo-se, caso não houvesse óbice legal (art. 76, § 2º), a homologação pelo juiz (art. 76, § 4º).

A benesse só atingiria as infrações penais de menor potencialidade ofensiva, assim caracterizadas:

**“Art. 61.** Consideram-se infrações 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 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”<sup>3</sup>

O vácuo deixado pela redação original da Carta Política só veio a ser preenchido com a edição da **Emenda Constitucional nº 22**, de 18 de março de 1999, que efetuou a necessária ampliação do instituto para a órbita da Justiça da União, *in verbis*:

**“Art. 98.** .....

**Parágrafo único.** Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.”

O dispositivo acima foi regulamentado pela **Lei Federal nº 10.259**, de 12 de julho de 2001, responsável pelo estabelecimento dos “Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal”. Referido Diploma, após exigir a aplicação subsidiária da Lei Federal nº 9.099/95 (art. 1º), assim comanda:

**“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.”<sup>4</sup>

Destarte, o cânon legal autorizou, dentre outras medidas, a *transação penal* durante os trabalhos da Justiça Comum da União.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Destaquei.

<sup>4</sup> Destaquei.

<sup>5</sup> Anote-se que a suspensão condicional do processo perante a Justiça Federal já era possível diante dos dizeres inculpidos no art. 89 da Lei 9.099/95 (cf. Ada Pellegrini GRINOVER e outros, Juizados Especiais Criminais, Ed. RT, S. Paulo, 3ª ed., 1999, p. 48).

Além de dilatar a concepção de “infrações penais de menor potencial ofensivo”, a Lei 10.259/01 acertadamente deixou de excepcionar “os casos em que a lei preveja procedimento especial”. Então, esta ressalva, existente no art. 61 da Lei 9.099/95, não constrange a jurisdição federal. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Vale dizer: no foro da União, poder-se-á transacionar em relação ao delito que acate os estritos pressupostos do art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 (c/c o art. 76, § 2º, da Lei 9.099/95), **ainda que a persecução esteja regulamentada em rito peculiar**.

A colocação pós-vírgula da expressão “ou multa”, no final daquele parágrafo, trouxe apreensão. Mal redigida, ela serviu para desastrar ainda mais a leitura. Por exemplo: alguns doutrinadores nela visualizaram o impedimento à transação penal em face de delito apenado com privação de liberdade e multa, porquanto, se somadas no preceito da norma incriminadora, revelar-se-ia um *plus* incompatível com a noção de ilícito de menor potencial ofensivo. Para eles, a transação penal só seria viável quando concebida, *isolada* ou *alternativamente* com multa, pena privativa de liberdade até dois anos, inclusive; não assim se ambas estivessem fixadas *cumulativamente*. Pensam que, se a Lei nada argüiu em relação a esta última hipótese, a interpretação não poderia criá-la. Mas acabam incorrendo no próprio erro que apontam... Distinguiram aquilo que o Legislador não distinguiu.

Na verdade, podem transacionar no Juizado Especial Federal os autores de infração penal castigada com reclusão ou detenção em até dois anos, “quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”, se quisermos aderir ao conceito legal de **crime** efetuado pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914/41); daquele âmbito ficam tematicamente excluídas todas as **contravenções penais**, por força de manifesta proclamação da Constituição Nacional (art. 109, IV). No art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, a alocação “ou multa” vem precedida de uma vírgula, que traduz *clarificação*, não uma dissociação estanque. Ao aludir à “multa”, outra não pode ter sido a *intentio legis*, senão evitar que aqui se repetisse o que acontecera no tocante à redação do art. 61 da Lei 9.099/95: como o dispositivo nada dissera acerca da pena pecuniária, alguns juristas – abusando das sutilezas – chegaram a teorizar que ele só se reportara aos delitos apenados *isoladamente* com até 1 ano de privação da liberdade; se o tipo incriminador, embora respeitado aquele limite máximo de encarceramento, concebesse *cumulativamente* a multa, o benefício já não seria juridicamente possível, eis que o notório recrudescimento da punição elidiria a idéia da infração como de menor potencial ofensivo. É óbvio que a tese não vingou; todavia, o Legislador

acautelou-se ao elaborar a Lei 10.259/01. Não mais do que isso! Logo, pretende a lei significar que estão sob o crivo do Juizado Especial Criminal Federal os crimes com quantidade abstrata de pena celular igual ou inferior a 2 anos, no máximo, tenha ela sido estabelecida *isoladamente*, bem assim se fixada *alternativa* ou *cumulativamente* com a pecúnia. Esta é, s.m.j., a ilação correta da expressão “ou multa”.

Como se percebe, a função daquela conectividade é exatamente oposta ao que alguns defenderam.

## 2. A POLÊMICA

Emerge uma antinomia, contudo. A norma posterior (Lei nº 10.259/01) alargou a possibilidade transacional em relação ao que constara da norma pretérita (Lei nº 9.099/95): enquanto esta limitava o acordo aos crimes apenados *in abstracto* com privação da liberdade no máximo em até 1 (*um*) ano, aquela aludia às infrações penais capituladas no art. 109 do Estatuto Básico, desde que a penalidade cominada não ultrapassasse a 2 (*dois*) anos, ou multa. Resumindo: para um mesmo conceito (“infração de menor potencial ofensivo”), conteúdos divergentes (diversos lindes sancionadores).

Visando à solução do impasse, duas correntes doutrinárias de imediato despontaram:

a) houve os que, em apego ao “princípio da isonomia”, pretenderam a incidência reflexa da Lei nº 10.259/01 aos feitos sob tramitação na Justiça Estadual, reclamando a extensão do instituto da transação penal para *todos* os crimes legalmente apenados, no máximo, com dois anos de confinamento, por se tratar de disciplina mais favorável ao réu; e

b) houve os que, ao lembrarem que a Lei nº 10.259/01 efetuara uma definição singular de “infração de menor potencial ofensivo” somente para seus próprios efeitos (art. 2º), bem como vedara sua incidência na esfera estadual (art. 20, *in fine*), negaram aquela possibilidade, pugnando pela plena vigência da Lei nº 9.099/95 naquilo que com ela não conflitasse (art. 1º), ou seja, os autores de delitos que não fossem levados ao cuidado da Justiça Federal só poderiam receber a proposta de avença penal caso o delito fosse punido em até 1 (*um*) ano de privação da liberdade (art. 61 da Lei nº 9.099/95).

Ambas as posições são *absolutistas*, e portanto, equivocadas: optando pela pura revogação parcial do art. 61 da Lei nº 9.099/95, **os primeiros foram arbitrários**; fazendo *tabula rasa* da *lex nova*, **os segundos foram estreitos**. O embate entre as normas existe, porém deve ser bem situado. Quando se opera no campo das Ciências, não se pode descer a radicalismos. As duas regras podem ser acomodadas sob as luzes do intelecto e do método. É o que recomenda a exegese.

Assim como EINSTEIN não revogou NEWTON, apenas o colocando num patamar mais definido, considero que o art. 61 da Lei nº 9.099/95 - sobretudo na parte em que informa o tempo da pena - não foi expungido do sistema positivo brasileiro. Seu *campo de incidência* é que restou limitado em razão da superveniência do art. 2º da Lei nº 10.259/01. As mencionadas regras jurídicas são perfeitamente conciliáveis, conforme será exposto adiante.

### 3. A HERMENÊUTICA

Vêm a talho as ponderações de CARLOS MAXIMILIANO: “Contradições absolutas *não se presumem*. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de *parte da mesma*, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irreduzível, porém *parcial*, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior.”<sup>6</sup>

Mais adiante, assegura o emérito jurista: “Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito *não se presume*; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra. O jurisconsulto Paulo ensinara que - as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada com argumentos sólidos: *Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint idque multis argumentis probatur.*”<sup>7</sup>

Segundo esse comentário, prevalece o axioma da continuidade das leis no tempo. “Sempre se presume que se não quis substituir, de todo, a norma em vigor; a

<sup>6</sup> Cf. Carlos MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 9ª ed., 1979, p. 356.

<sup>7</sup> Cf. Carlos MAXIMILIANO, *Idem*, p. 358.

revogação da lei deve ficar bem clara.”<sup>8</sup> Cada norma jurídica é tida como vigente até o momento em que, de maneira inarredável e indiscutível, é extirpada do ordenamento legal ou modificada por outra mais jovem pronunciada por igual ou superior escalão. Simples impropriedade do órgão que legisla não tem o condão de afastar norma jurídica anterior, até porque sempre se supõe a subsistência desta; antes disso, deve ser adaptada ao sistema jurídico dentro dos critérios lógico-rationais.

O choque normativo entranhado no fenômeno da revogação é apenas ilusório: duas regras grafadas da mesma categoria parecem, *simultaneamente*, regular com disparidade a *mesma* hipótese fática, quando, em realidade, tão-somente uma delas - a mais recente - é que incide. **Se a identidade de objeto não ficar comprovada *quantum satis*, haverá que se dar aplicação às duas, nas partes em que não se colidirem.**

Mas, se não ocorreu derrogamento do art. 61 da Lei 9.099/95, a que plano ficou relegado sua execução em face do art. 2º da Lei nº 10.259/01? **Aquele dispositivo segue aplicável a todas as matérias que não forem comuns à alçada da Justiça Federal.** Não havendo o conflito temático, a norma precedente continua, com a ressalva, em vigor.

A conclusão acima leva em conta o regime de distribuição da *competência* jurisdicional e o real significado do apotegma da *isonomia*.

#### 4. A COMPETÊNCIA

Embora conceitualmente indivisível e una, a jurisdição nacional admite, com vistas à racionalidade de seu exercício, uma descompressão funcional entre os vários órgãos do Poder Judiciário, acompanhando, em linhas gerais, a liturgia federalista fundada na *predominância do interesse*, sobremodo no que tange à previsão das jurisdições federal e estadual. Já que, no Brasil, “o Estado unitário descentralizou-se em Unidades federadas autônomas, *enumerando* para o governo central (federal) os poderes que se entendera conveniente, deixando o *resto*, a *sobra* (isto é: o que remanesce da enumeração dos poderes da União e da indicação dos poderes municipais), para os Estados”,<sup>9</sup> é coerente a afirmação de que à Justiça Federal competirá

<sup>8</sup> Cf. Carlos MAXIMILIANO, *Idem*, p. 139.

<sup>9</sup> Cf. José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, S. Paulo, 8ª ed., 1992, p. 526.



apenas o rol de demandas contido *taxationis causa* no art. 109 do Estatuto Fundamental, ao passo que as Justiças dos Estados-Membros processarão e julgarão, **por eliminação**, os litígios ali não abrangidos, nem, evidentemente, aqueles submetidos às chamadas Justiças Especializadas (trabalhista, eleitoral e militar).

Ensinam ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“Onde nada diz a Constituição, a competência é da Justiça comum (Justiça Federal e Justiças ordinárias dos Estados); no seio da própria Justiça comum, também há alguma relação de especialidade, cabendo: a) à Federal, as causas em que for parte a União ou certas outras pessoas, ou fundadas em tratado internacional, e ainda as referentes aos crimes praticados contra a União (Const., art. 109); b) às Estaduais, as demais (competência residual - CF, art. 25, § 1º).”<sup>10</sup>

É, igualmente, a preleção de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

“Apenas a competência da Justiça Comum Federal é prefixada na Magna Carta. Quando se trata da Justiça Comum Estadual, tem ela competência firmada por exclusão. Tudo quanto escape da esfera de atribuições das Justiças Especiais e da Justiça Comum Federal será da competência da Justiça Comum Estadual.”<sup>11</sup>

No terreno criminal, o elenco do art. 109 da CF acolheu - com a ressalva da atribuição especial das Justiças Militar e Eleitoral - duas técnicas interligadas:

a) a **competência exclusiva** da Justiça Federal Comum foi fixada *ex ratione materiae*. Para a enumeração, tomou-se por base a natureza da transgressão. Nesses casos (“delitos federais próprios”), o tipo penal determina por si só a competência federal, jamais podendo ser apreciado pela Justiça Estadual. É o que acontece com os “crimes políticos” (inc. IV, 1ª hipótese), os “crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira” (inc. VI), e os “crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro” (inc. X); e

<sup>10</sup> Cf. Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER & Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, Ed. Malheiros, S. Paulo, 14ª ed., 1998, p. 176.

<sup>11</sup> Cf. Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 21ª ed., 1999, v. II, p. 81.

b) a **competência concorrente** da Justiça Federal Comum foi fixada *ex ratione personae*. Nesses casos (“delitos federais impróprios”), o *typus* está, em princípio, sujeito a processo e julgamento pelo Judiciário do Estado e da União; porém, deve este último predominar quando o crime for, *ex directo* e *in terminis*, praticado “em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas” (inc. IV, 2ª hipótese), a que se ligam os “crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente” (inc. V), já que somente a União pode firmá-los (art. 21, I, da CF), e os “crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves” (inc. IX), já que cumpre apenas à União policiar os espaços marítimo e aéreo (art. 21, XXII, da CF).

Há delitos que, por sua tipologia, estão de antemão afetos *unicamente* à cognição da Justiça Federal, como no caso de “contrabando” (art. 334, *caput*, do CP); outros, por fugirem à enumeração constitucional, só poderão ser conhecidos pela Justiça do Estado-Membro, do Distrito Federal e dos Territórios, dada sua qualidade *remanescente*, como no caso de “entrega de filho menor a pessoa inidônea” (art. 245, *caput*, do CP); por final, os demais são em tese perseguíveis *difusamente*, prevalecendo a ação da Justiça Federal só quando houver prejuízo a bem, serviço ou interesse da União, como no caso de “desacato” (art. 331 do CP), em que a competência será estabelecida em conformidade com o atributo jurídico do funcionário público (federal ou não).

A distinção teórica é culminante. Fácil perceber que a desarmonia entre o art. 61 da Lei 9.099/95 e o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, só se restringe aos delitos federais *impróprios*. Os preceitos não se contudem quando se estiver diante de um delito federal próprio (porquanto submetido à alçada exclusiva da Justiça Federal Comum) ou diante de um crime sob o pálio residual da Justiça Estadual (porquanto falecerá competência da União). Se as matérias são perfeitamente separáveis, não se pode argüir acerca de antinomia, pois cada qual é tratada em disposição diversa, em arenas inconfundíveis, conforme o próprio Legislador sintomaticamente estampou com a advertência “para os efeitos desta Lei”, em ambos os enunciados. E, no direito objetivo, sem impossibilidade ideativa não há revogação tácita da primeira regra pela segunda.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup>Cf. art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42).

## 5. A ISONOMIA

A preocupação com a **isonomia** é bem remota. ARISTÓTELES já apresentara, em linhas gerais, o nexos ontológico entre o *igual* e o *justo*: “parece que a igualdade seja justiça, e o é, com efeito; mas não para todos, e sim somente entre os iguais. A desigualdade também parece ser, e o é com efeito, mas não para todos; só o é entre aqueles que não são iguais.”<sup>13</sup> O *Estagirita* insinuara a *relatividade* da pregação isonômica, querendo significar que **a realização da autêntica igualdade consiste em atribuir-se cuidado igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade**. O que estava no pensamento filosófico só adquiriu maior solidez política com as conquistas burguesas, a universalização do ideário individualista e o advento da Idade Contemporânea no Ocidente. O modo de produção capitalista, sobretudo industrial, não poderia conviver com o escravagismo da Idade Antiga, os pactos de sujeição da Idade Média e os favoritismos da monarquia absolutista da Idade Moderna. Nada que afrontasse a iniciativa privada poderia ser mantido. A ideologia das **liberdades públicas** – dentre elas, a tese de que todos os humanos nascem livres e *iguais* diante do poder estatal - foi sendo incorporada nas chamadas *Declarações de Direitos*.<sup>14</sup> “E, como as declarações se haviam tornado o capítulo mais importante dos Códigos Políticos dos Estados, constituindo, mesmo, em alguns, o preâmbulo, o milenar postulado adquiriu, por fim, a força, o vigor e o prestígio de preceito constitucional.”<sup>15</sup>

Não tardou para que a ciência positiva detectasse em tais assertivas uma compreensão meramente *formal*: psíquica e biologicamente, nenhum indivíduo é inteiramente *igual* ao outro (concepção natural), embora o possam ser, ou não, perante a ordem normativa (concepção jurídica). O direito fundamental à igualação diante da lei não poderia equivaler à igualação econômica. À lei não cumpre igualizar *materialmente*; não lhe é dado recusar a variedade entre os seres, inibir a evolução, até porque as leis políticas devem estar de acordo “com a ordem das coisas sobre as quais são elas estabelecidas.”<sup>16</sup> **Igualdade não é igualitarismo**. Então, qual o sentido

<sup>13</sup> Cf. ARISTÓTELES, *A Política*, Ed. Atena, S. Paulo, 1951, liv. 3º, cap. V, § 8º, p. 106.

<sup>14</sup> Na América do Norte, a “Declaração de Direitos do Bom Poro de Virgínia”, de 12/6/1776 (art. 1º); na França, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 26/8/1789 (art. 1º); na OEA, a “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”, de 2/5/1948 (art. 2º); e, na ONU, a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, de 10/12/1948 (art. 7º).

<sup>15</sup> Cf. Paulino JACQUES, *Da Igualdade Perante a Lei*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1957, p. 25.

<sup>16</sup> Cf. MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, Coleção “Os Pensadores”, Ed. Abril Cultural, S. Paulo, 1979, liv. 1º, cap. III, p. 28. “Não é demais repetir que igualdade não significa uniformidade, mas, pelo contrário, pressupõe heterogeneidade e pluralidade. A uniformidade é própria do caos, a variedade, da organização. A vida social, como a biológica, não pode ser outra coisa que diferenciação constante, especialização permanente, individualização eterna. Viver é diferenciar-se, especializar-se, distinguir-se.” (cf. Paulino JACQUES, *op. cit.*, p. 228).

primordial da igualdade jurídica? Cuida-se de postulado ético-político-ideológico apanhado pelo direito objetivo de maneira genérica, a fim de compelir o Estado a encarar os súditos eqüitativamente, coibindo-lhe editar legislação tendente à criação de regalias e perseguições pessoais ou grupais.

Nesse passo é que PAULINO JACQUES<sup>17</sup> efetua o desdobramento da **igualdade jurídica** em várias espécies: a) *igualdade civil*, mediante a qual se assegura a todas as pessoas a capacidade de contrair direitos e obrigações (art. 1º, do novo CC); b) *igualdade política*, envolvendo, senso estrito, os direitos ligados à nacionalidade (art. 12, § 2º, da CF) e à cidadania ativa (art. 14, *caput*, da CF) e passiva (art. 14, § 3º, da CF), e, senso lato, o exercício de função pública (art. 37, I, da CF); c) *igualdade social*, por meio da qual se eximem as distinções de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, da CF), repelindo-se preconceitos, como o de raça, credo, convicção política ou filosófica, idioma, profissão, fortuna, idade, nascimento e sexo; d) *igualdade fiscal*, que, em regra, proíbe seja o contribuinte tributado diferentemente daqueles que possuam equivalente sumidade econômica (art. 145, § 1º, da CF); e) *igualdade jurisdicional*, pelo que se garante a todo cidadão não ser julgado em foros privilegiados ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF). “Assim, o postulado jurídico igualitário contém uma norma de direito objetivo, obrigando, sobretudo, o Estado, supremo regulador das relações jurídicas. Por isso envolve uma obrigação negativa para o poder público - a de não fazer leis desigualitárias, nem conferir privilégios, nem instituir jurisdições excepcionais.”<sup>18</sup>

Ao *direito* à igualdade, de que a pessoa é titular, corresponde o *dever* do Estado no se abster de elaborar, sob pena de inconstitucionalidade, ato normativo com discrimen (igualdade *na lei*), bem como o de aplicar a regra jurídica sem isenções (igualdade *perante a lei*). “Todas as pessoas das mesmas condições que se encontrarem em idênticas circunstâncias, hão de ser tratadas igualmente, isto é, terão os mesmos direitos civis e políticos, poderão invocar os mesmos preceitos legais e comparecerão diante dos mesmos juízos, pois, se assim não acontecer, lhes assistirá ação para compelirem o Estado, ou quem quer que lhes haja negado tratamento igual, a reconhecer o seu direito de igualdade.”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Cf. Paulino JACQUES, *idem*, p. 169 *usque* 217.

<sup>18</sup> Cf. Paulino JACQUES, *idem.*, p. 225.

<sup>19</sup> Cf. Paulino JACQUES, *idem.*, p. 226.

Todavia, o que argumentar diante do fato de que a lei nada mais faz senão, a todo momento, *distinguir* pessoas, categorias, objetos, fenômenos, estados e situações? O dilema pode ser solvido a partir da análise de três *relações* inconfundíveis. Ensina FRANCO MONTORO:<sup>20</sup> na **identidade** há conformidade dos entes quanto à *essência* (A é “o mesmo” que B); na **semelhança**, conformidade quanto à *qualidade* (A é “como” B); e, na **igualdade**, conformidade quanto à *quantidade* (A é “igual” a B). No dístico aquinense: *Idem est unum in substancia, simile unum in qualitate, aequale, vero unum in quantitate*. Ora, o ordenamento jurídico não atine ao “princípio da identidade” nem ao “princípio da semelhança”, mas apenas ao “princípio da igualdade” (*aequalitas*). As pessoas devem ser tratadas *igualmente* não por sua coincidência de substância (identidade); se não, seria recair na metafísica: todas elas, independentemente de sua existência atual, têm idêntica natureza (humana). Tampouco devem ser tratadas *igualmente* por sua coincidência de caracteres físicos ou mentais (similitude); se não, seria incorrer no biopsicologismo: em sua vida real, todas elas possuem as mesmas propriedades. Devem, sim, ser tratadas *igualmente* em harmonia com o *quantum* de vantagens e desvantagens a elas vinculadas e formadoras de um *status* jurídico próprio.

No exercício de sua tarefa distributiva, o direito objetivo cuida de repartir os bens jurídicos entre os seres humanos, individual ou coletivamente considerados. A divisão atende a peculiaridades que tornam a pessoa habilitada àquele recebimento. “Não se trata de dar a todos, de modo uniforme, as mesmas coisas ou quantidades iguais, mas de respeitar uma igualdade proporcional.”<sup>21</sup> Ou seja, a igualdade não é algo a ser considerado em si mesmo, pois sempre diz respeito a uma relação; não é valor absoluto, pois está sob condições; não é dogma, pois não se o aceita sem exame ou discussão. Logo, o princípio da isonomia é *relativo, condicional e metódico*.

As principais restrições, que interdita a transfiguração da igualdade em identidade ou semelhança, decorrem do “princípio jurídico da razoabilidade”, isto é, o conjunto das proposições fundadas no raciocínio, por meio das quais se arregimenta possível uma coerência na elaboração, interpretação, integração e aplicação das normas de conduta, com vistas ao alcance dos limites do justo. Tem por mote o *bom senso*, implicando na capacidade ordinária da razão para efetuar juízos corretos perante cada caso particular da vida, a fim de que se realize o discernimento entre o verdadeiro e o

---

<sup>20</sup> Cf. André Franco MONTORO, *Introdução à Ciência do Direito*, Ed. RT, S. Paulo, 24ª ed., 1997, p. 135.

<sup>21</sup> Cf. André Franco MONTORO, *idem*, p. 190.

falso, a virtude e o vício, o reto e o iníquo.<sup>22</sup> A norma irrazoável é inexecutável. Disso deriva o “princípio jurídico da proporcionalidade”, também subjacente ao arcabouço constitucional, segundo o qual o conteúdo e o cumprimento da regra de direito devem observar o balanceamento entre as razões técnicas da *garantia* e da *restrição* dos direitos subjetivos.

Por conseguinte, **as distinções impostas em lei são inofensivas ao Código Supremo se correspondentes aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Situações díspares não podem ser encaradas com absoluta equivalência pela regra jurídica. O *legalismo igualitário* é repugnado. A igualdade opera apenas em relação a elementos constantes de campos homogêneos; só são *iguais* - e assim deverão ser obrigatoriamente cogitados - os que estiverem sob o império de igual *status* jurídico. Daí, *verbi gratia*, não poderem os gravames previstos para o reincidente ser estendidos ao primário. A coisas diversas, tratamentos diversos. E como se notar, no bojo da norma, eventual presença de uma desigualdade indevida? Só há uma resposta: quando, no nível da evolução histórica da sociedade, e até por intuição, a discriminação for considerada **reprovável**.

Eis o axioma: **só se concede igual mérito ou demérito a quem se acha em igual situação**. Neste diapasão as orientações unânimes da *communis opinio doctorum*. Senão, vejamos.

- PAULINO JACCQUES:

“A igual proteção da lei não impede a diferenciação de classes ou de pessoas, quer pela profissão, quer pelas funções públicas que exerçam, nem tão pouco, que o mandamento legal se aplique a uma e não a outra que não se encontre nas mesmas condições e circunstâncias. Qualquer distinção deve ser *razoável* e não *arbitrária*, e ter em mira o bem geral.”<sup>23</sup>

- PONTES DE MIRANDA:

“Porque os homens não são aritmeticamente iguais e, além disso, a igualdade é coisa a *realizar-se*, e não realizada, o conceito de *igualdade* é sempre relativo”;<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Em sentido largo, **razoabilidade** significa o conjunto de conhecimentos obtidos a partir da faculdade humana no estabelecer liames lógicos entre coisas e pensamentos, emergindo como fundamento implícito a dar suporte intelectual às conclusões e preceitos das Ciências em geral. No terreno jurídico, não nos é uma regra explícita, o que não a torna inexistente. Cuida-se de um dos “princípios gerais do direito”, a que se reporta o art. 4º da LICC. Além disso, por sua implicitude, é o necessário fluido pensamental que, com leveza, perpassa todo o ordenamento jurídico e o enche de sensatez e prudência.

<sup>23</sup> Cf. Paulino JACCQUES, *op. cit.*, p. 112.

<sup>24</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, Ed. Max Limonad, S. Paulo, 2ª ed., 1953, v. IV, p. 42.

“O princípio da igualdade perante a lei é de respeitar-se, como regra jurídica geral; não cabe invocar-se tal princípio onde a Constituição mesma, explícita ou implicitamente, permite a desigualdade.”<sup>25</sup>

- JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais (...) e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social.”<sup>26</sup>

- ALEXANDRE DE MORAES:

“A Constituição de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a *igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito...”<sup>27</sup>

Enfim, à lei é permitido diferenciar, desde que o *discrímen* não traduza o ilógico, o abusivo, o infundado, o intolerável, o aberrante, o *nonsense*.

Entre nós, foi BANDEIRA DE MELLO quem trabalhou o assunto à luz da melhor técnica jurídica. Em sua excelente monografia intitulada *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, o renomado mestre responde às indagações fundamentais: Quem são os iguais e quem são os desiguais? Quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Inicia afirmando que “as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula*

<sup>25</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, *idem*, v. IV, p. 65.

<sup>26</sup> Cf. José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. RT, 6ª ed., 1990, p. 191.

<sup>27</sup> Cf. Alexandre de MORAES, *Direito Constitucional*, Ed. Atlas, S. Paulo, 11ª ed., 2002, p. 64.



*igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.*<sup>28</sup> E, pouco mais adiante, adverte: “Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.”<sup>29</sup>

Sabidamente, BANDEIRA DE MELLO aponta três critérios cumulativos para se atribuir validade à diferenciação em lei:<sup>30</sup>

a) **caráter amplo do fator discriminatório:** o ato normativo não pode conter disposições de modo a promover uma *individualização absoluta do sujeito*, ou seja, a desequiparação não deve descer a tal plano que só venha a atingir, atual e restritamente, um só indivíduo. Em regra, as leis são *genéricas* e *abstratas*, e, por isso, não maculam a igualdade; se *individuais* ou *concretas*, só serão sadias desde que, apesar disso, atinem a sujeito futuro, portanto indeterminado ou indeterminável na atualidade;

b) **correlação lógica entre o fator discriminatório e a desequiparação procedida em lei:** além de desinvestir no indivíduo específico, o elemento de discriminação deve entrar em congruência intelectual com a disciplina contida na lei. Há de existir, *in abstracto*, uma relação de pertinência racional do fator diferencial com as premiações ou dívidas distinguidas na norma jurídica, sob pena de se incidir no fortuito (p. ex.: só as mulheres poderão ingressar na Polícia Feminina); e

c) **correlação jurídica da discriminação legal com os interesses tutelados na Constituição:** além daquela pertinência abstrata entre o fator discriminatório e a prescrição em lei, o conteúdo da desigualação não pode violar *in concreto* o regime fundante do Estado. Os desníveis devem estar em conexão com os valores positivados pelo Estatuto Básico ou, ao menos, ser conciliáveis com os interesses protegidos pelo sistema constitucional.

“Então, se a lei se propôs distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os

<sup>28</sup> Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Ed. RT, S. Paulo, 1978, p. 24.

<sup>29</sup> Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *idem*, p. 25.

<sup>30</sup> Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *idem*, p. 27.



discrímens. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou do encargo não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais.”<sup>31</sup>

## 6. A CIRCUNSTÂNCIA

É hora de se investigar se as circunstâncias que nortearam a elaboração do art. 2º da Lei Federal nº 10.259/01 adimpliram, ou não, os requisitos constitucionais da *competência* e da *igualdade*. Disso dependerá a dedução acerca da derrogação ou sobrevivência do art. 61 da Lei Federal nº 9.099/95.

A Lei nº 10.259/01 veio com a finalidade *específica* de criar “juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”. Não poderia sua eficácia ir além dos estritos dizeres do art. 98, parágrafo único, da CF, lá inseridos pela Emenda Constitucional nº 22/99. Apanhou, por óbvio, somente os delitos enumerados como de atribuição dos juízes ordinários da União (art. 109 da CF). Uma interpretação extensiva, pretendendo ampliar sua incidência às infrações penais sob o cuidado *remanescente* das Justiças Estaduais, merece ser barrada, na medida em que, por trilhas tortuosas, burlaria a intenção do Constituinte reformador.

Logo, a definição e o limite punitivo (**até dois anos** de privação de liberdade, ou multa) dados à “infração penal de menor potencial ofensivo”, em conformidade com o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, só são aplicáveis nos foros federais, quer se esteja diante de um *crime federal próprio*, quer diante de um *crime federal impróprio*. Já os *delitos residuais* – escapes ao figurino do art. 109 da CF – não sofreram mudança. Dentre eles, seguem considerados de menor lesividade os que cominarem pena máxima **até um ano**, nos termos da redação *original* do art. 61 da Lei nº 9.099/95; acima desse limite, não se faculta a transação penal aos seus autores.

Se assim se afirma com base no critério da **competência**, não é muito diferente a solução se enfrentada a questão sob o prisma da **isonomia**.

APARÍCIO pratica crime federal próprio punível, no máximo, com 2 anos de detenção: poderá transigir perante a Justiça Federal (art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01); TÚLIO comete delito residual com previsão de idêntica pena máxima:

---

<sup>31</sup> Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *idem*, p. 57.

não lhe será possível receber aquele benefício junto à Justiça Estadual (art. 61 da Lei 9.099/95). Aos mais afoitos, essa diversidade de tratamento poderá parecer enorme injustiça, e, por isso, visível afronta ao postulado da igualdade. Contudo, a má impressão é logo dissipada quando se atenta para uma circunstância do maior relevo. Ocorre que, no fundo, APARÍCIO e TÚLIO não estão envoltos em igual *status* jurídico.

Os delitos federais próprios são de reconhecida gravidade (crimes contra a Segurança Nacional, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, etc...). É notório, por conseguinte, que suas reprimendas são tradicionalmente elevadas. Raríssimas as infrações de tal categoria com pena máxima abstrata de até 2 anos de prisão; com frequência, vão bem além dessa cifra. Não é o que acontece com os delitos residuais, mantidos sob a incumbência da Justiça Estadual, em que há inúmeros exemplos de transgressões com penas leves. Como o Legislador Constituinte houvera ordenado a instituição dos juizados especiais “no âmbito da Justiça Federal”, o Legislador Ordinário, para lhe dar fiel cumprimento, acabou compelido a encontrar, dentro de uma abalizada proporção, um *quantum* de penalidade máxima que justificasse, na esfera singular da União, o equivalente à “infração de menor potencial ofensivo” e, *ao mesmo tempo*, não virasse as costas à imposição constitucional, sendo-lhe defeso escolher limite tão acanhado de forma a inviabilizar qualquer transação, dada a magnitude das sanções.

Eis a explicação razoável para aquela disparidade. O trato diversificado das ocorrências observou todos os três critérios assinalados por BANDEIRA DE MELLO como indispensáveis à sua convalidação. Em primeiro lugar, a norma instituidora dos juizados especiais federais, graças aos seus caracteres de generalidade e abstração, manteve amplitude aceitável ao se destinar apenas aos autores de delitos sujeitos à competência da Justiça Federal (fator discriminatório), não sendo possível argüir-se em torno de individualizações. Em segundo lugar, aquele fator distintivo guardou pertinência lógica com o desiderato da própria lei em comento, que era o de traçar regras para a atividade jurisdicional frente a delitos de menor potencial ofensivo no exclusivo âmbito do Judiciário da União. Em terceiro lugar, o estilo com que se deu a legalização do *discrimen* obedeceu o mando superior (art. 98, parágrafo único, da CF), sem que infringisse nenhum outro interesse acolhido pelo complexo constitucional.

O Redator da Lei nº 10.259/01 ficou “entre a cruz e a espada”: se, de um lado, estava forçado à criação dos juizados especiais federais, deveria, de outro, precaver-se para não os converter em entidades *natimortas*. Se ele mantivesse o baixo limite de pena constante do art. 61 da Lei nº 9.099/95 (um ano), capitularia diante

do vazio, ao menos no que se refere aos delitos federais próprios; tornaria o instituto inexecutável, por falta de objeto, eis que não haveria ato infracional suscetível de ajuste entre as partes. Aí, sim, estaria profanando a Constituição. A inocuidade só pôde ser evitada com o alargamento daquela divisa: majorando-se o limite máximo de pena, ampliou-se o campo de incidência normativa, fazendo-a possível.

Ao se opor aos dizeres da Lei nº 9.099/95 (art. 61), a Lei nº 10.259/01 (art. 2º, parágrafo único) não descumpriu o “princípio da isonomia”; longe disso, preservou-o, pois, “assim como, no domínio da matemática, só se podem comparar quantidades homogêneas, *no mundo jurídico, só é dado equiparar pessoas que se encontrem nas mesmas condições e sob idênticas circunstâncias*, conforme acentuam, positiva e categoricamente, os juristas *yankees*.”<sup>32</sup> Pelas razões aventadas, quem comete crime federal próprio não pode ser tratado de modo igual ao que praticou um delito da alçada privativa (por residualidade) da Justiça Estadual. Ambos estão sob impérios distintos. Não é só! Com efeito, a Lei nº 10.259/01 racionalmente se guiou pelo “princípio da proporcionalidade”. A fim de se aproximar *proporcionalmente* ao número de casos apreciáveis pelos juizados especiais estaduais, procedeu àquela elevação do limite máximo da pena prevista na norma incriminadora.

Seria ignominiosa uma regra jurídica igual para entes desiguais. A simetriação entre coisas desniveladas é mecanismo artificial; é conduta de quem recusa o método científico e se entrega ao misticismo, por visualizar na igualdade um dogma absoluto, a-histórico e sem peias. Isonomia não é ocultismo; é algo a ser examinado à luz do intelecto. É por isso que, *exempli gratia*, o delito de “porte ilegal da arma de fogo”, somente perseguível perante a Justiça Estadual<sup>33</sup>, não oferecerá oportunidade ao benefício da transação penal, em que pese ser castigado com penitência máxima de 2 anos de detenção e multa (art. 10, *caput*, da Lei Federal nº 9.437/97). Aplica-se-lhe o art. 61 da Lei nº 9.099/95, não o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01.

Entendimento diferente deve ser dispensado aos crimes *impropriamente* federais, isto é, aqueles sob competência *ratione personae* da Justiça Federal Comum.

TÍCIO, fiscal de rendas da *União*, e FÚLVIO, fiscal de rendas do *Estado*, comparecem em determinada empresa, sendo que, no exercício de suas funções públicas, vêem-se desonrados pelo comerciante CÍCERO, que assim comete duplo

---

<sup>32</sup> Cf. Paulino JACQUES, *op. cit.*, p. 131.

<sup>33</sup> Cf. Luiz Flávio GOMES & William Terra de OLIVEIRA, *Lei das Armas de Fogo*, Ed. RT, S. Paulo, 1998, p. 206.

“desacato”, cada qual punível com detenção, de 6 meses a 2 anos, ou multa (art. 331 do CP). Em relação às ofensas dirigidas ao funcionário público *federal*, será lavrado simples Termo Circunstanciado, e o autor do fato poderá, no Juizado Especial Criminal Federal, ser premiado com a transação penal, tendo em vista a quantidade da sanção cominada (art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01); pelo delito perpetrado contra o funcionário público *estadual*, o agente será normalmente processado perante o Juiz de Direito, pois, ultrapassado o limite máximo permitido de pena (art. 61 da Lei 9.099/95), não poderá ser agraciado de igual maneira, com seríssima repercussão em seu *status libertatis* (não se perca a natureza de *direito material* da transação penal).

A solução acima apresentada reúne evidente iniquidade. A qualquer pessoa comum escandalizaria aquela dissintonia de tratamento, na medida em que as práticas delitivas encetadas por CÍCERO são, em tudo, *iguais*. É intuitivo que, ao desacatar as vítimas, o agente não mudou de *status* jurídico pela simples circunstância de TÍCIO ser um servidor federal, e FÚLVIO, estadual. Ambas as infrações estão definidas no mesmo *Tatbestand* e recomendam o mesmo *quantum* de desvantagem ao ofensor. Se “não há como desequiparar pessoas e situações quando *nelas* não se encontram fatores desiguais”,<sup>34</sup> avultaria, na hipótese, a nódoa da inconstitucionalidade, por lesão ao princípio da isonomia.

Logo, a resposta mais adequada deverá ser de outro calibre. Obviamente, CÍCERO será convocado perante Magistrados de competências distintas, porquanto assim exige o cânon constitucional do *juiz natural*. Contudo, **em ambos os foros poderá ser quinhoado com a proposta de transação penal**, a despeito do extravasamento da demarcação imposta no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Se o autor de desacato contra funcionário público federal pode, nos juizados especiais da União, negociar a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, também o poderá fazer, nos juizados especiais dos Estados, o autor de desacato contra funcionário público estadual, por analogia *in bonam partem*. Inelutável, pois, **para as duas situações de iguais níveis**, o pleno respeito ao **axioma da igualdade**: deve-se aplicar a ambos os casos *igual* regra (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01), ou seja, a mais benéfica ao réu (art. 5º, XL, da CF). O que não se pode, diante de tal quadro, é conceber a outorga do benefício num dos ambientes e negá-lo no outro. Ademais, não seria condizente com a realidade dos fatos, nem com o sistema jurídico, atribuir-se menor tutela penal aos servidores públicos da União.

<sup>33</sup> Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 45.

A lição é clara: “O princípio da contextualização, fundado na proporcionalidade e na igualdade (...) não autoriza para fatos idênticos reações (penais) estatais diferentes.”<sup>35</sup> O essencial é aferir-se o conteúdo descritivo da norma de incriminação: caso a infração penal - e só nesta hipótese - seja *a priori* sujeitável tanto à competência da Justiça dos Estados quanto da União (crime federal impróprio), deverá haver *igualdade* de tratamento em face da *igualdade* tipológica. Então, para que se impeça extrema perversão, considerar-se-á ineficaz o diminuto patamar conferido pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95 (1 ano), por ser mais prejudicial ao autor do fato, preferindo-se a execução do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 (2 anos), inclusive na órbita estadual.

Penso ser esse o melhor desfecho para a antinomia, sem que haja necessidade de socorro ao instituto da revogação tácita.

## 7. A INFERÊNCIA

Em face do exposto, atingem-se as seguintes conclusões principais:

- a **transação penal**, conforme indicação fornecida pelo art. 98 da CF, é instituto de *direito penal material*, com nítidos reflexos vantajosos à condição jurídica do autor do fato;

- o conceito de **infrações penais de menor potencial ofensivo** é efetuado pelas Leis nº 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais nos Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios) e 10.259/01 (Juizado Especial Federal Criminal);

- a **incongruência redacional** entre o art. 61 da Lei nº 9.099/95 e o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, não é bastante à *revogação tácita* do primeiro dispositivo pelo segundo, eis que ambos são racionalmente combináveis, cada qual aplicável ao âmbito jurisdicional apropriado;

- na área repressiva, é enumerada em favor do **Judiciário Comum da União** a atribuição para o processo e julgamento dos “crimes federais próprios”, assim definidos *ex ratione materiae* (competência exclusiva), e dos “crimes federais impróprios”, assim definidos *ex ratione personae* (competência concorrente). Ao **Judiciário dos Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios** garantiu-se, com privacidade, a apreciação das “infrações penais residuais” (competência remanescente), porquanto não

<sup>35</sup> Cf. Ada Pellegrini GRINOVER e outros, *op. cit.*, p. 50).

catalogadas no art. 109 da CF;

- o **art. 61 da Lei nº 9.099/95**, que restringe o conceito de “menor potencial ofensivo” às infrações penais abstratamente castigadas em até 1 (um) ano de confinamento, permanece aplicável, nos juizados estaduais, aos delitos residuais, isto é, aqueles que não entram em concurso com as tarefas da Justiça Federal (ex.: porte ilegal de arma de fogo);

- o **art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01**, que amplia aquela fronteira para 2 (dois) anos de prisão, ou multa, é aplicável, no *juizado especial federal*, aos crimes previstos no art. 109 da CF, e, nos *juizados especiais estaduais* (e equivalentes), aos ilícitos cuja tipologia coincida com a dos delitos federais impróprios (ex.: desacato);

- com isso, não há ferimento ao **princípio da isonomia**, que resiste ao Estado e cujo escopo não é outro senão evitar a consagração em lei de preferências ou perseguições *odiosas*. A igualdade não deve remeter à *aberratio naturalis*. “Assim é que, na verdade, só são iguais perante a lei as pessoas que se encontram sob iguais condições e circunstâncias.”<sup>36</sup>

- é **superstição principiológica** ministrar-se *ad extremum* o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, às infrações penais residualmente sujeitas aos juizados especiais dos Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios: essa regra expandiu o limite sancionatório de modo justificável, razoável e proporcional, para que, diante da alta envergadura punitiva dos crimes federais próprios, fosse tornado exequível o mando constitucional (art. 98, parágrafo único, da CF); e

- é **tiranía legalista** querer inibir, naquelas alçadas, a sobreposição da referida norma (mais benéfica ao autor do fato) ao art. 61 da Lei nº 9.099/95, quando se estiver perante um tipo penal *também* caracterizado como crime federal impróprio: como, em tese, há comunhão dos elementos descritivos, seria afronta à ordem constitucional outorgar-se tratamento divergente a pessoas sob igual estado jurídico ou a situações de igual jaez.

**Carlos Henrique Maciel,**  
**membro do Ministério Público do Estado de São Paulo,**  
**professor de Direito Constitucional da PUCAMP**

<sup>33</sup> Cf. Paulino JACQUES, *op. cit.*, p. 113.

**PROPOSTAS PARA ALTERAÇÃO  
LEGISLATIVA DA LEI 9.099/95**

**Ben-Hur Viza, Liliana Bittencourt,  
Sandra Aparecida Silvestre,  
Geraldo Luís Mascarenhas Prado,  
Joaquim Domingos de Almeida Neto,  
Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira  
e Ricardo Cunha Chimenti**





# PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DA LEI 9.099/95

(texto para conhecimento e discussão)

***Trabalho realizado pela Comissão Legislativa do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil: Ben-Hur Viza, Lílíana Bittencourt, Sandra Aparecida Silvestre, Geraldo Luís Mascarenhas Prado, Joaquim Domingos de Almeida Neto, Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira e Ricardo Cunha Chimenti. - FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais) -***

**a** - Alteração da expressão “autor do fato”, constante dos arts. 68, 69, 70, 72, 76 e 77 da Lei 9.099/95 por “investigado”.

**Justificativa:** Em respeito ao princípio da presunção de inocência e em virtude de o investigado não estar reconhecendo nenhum tipo de responsabilidade pelo fato pesquisado, a designação que lhe deve ser atribuída tem de ser alterada. Não podendo ser considerado autor do fato, será chamado investigado, pois há em realidade uma imputação provisória de infração penal de menor potencial ofensivo, que é levada a cabo, inicialmente, pela autoridade policial, e depois pelo Ministério Público, com definição do tipo de infração penal e determinação das circunstâncias, de sorte a permitir, até mesmo, a avaliação sobre competência do Juizado. Observa-se, aqui, a mesma denominação fornecida pela proposta de reforma do CPP, já em análise no Congresso Nacional.

**b** - Artigo 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 privativa de liberdade não superior a dois anos e/ou multa. Parágrafo único - Não serão levados em consideração para efeitos desta Lei os acréscimos resultantes do concurso formal de delitos e do crime continuado. Texto original: Artigo 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.

**Justificativa:** O Projeto do Executivo 3999/01, que cria o Juizado Especial Criminal Federal, já estabelece no art. 2º, parágrafo único, a competência sobre os

crimes com pena máxima não superior a dois anos ou multa, sem qualquer ressalva ao rito. O acréscimo seria mínimo em volume de trabalho e incluiria questões importantes para a sociedade e que teriam melhor tratamento no Juizado Especial Criminal, como o uso de entorpecentes. A exclusão do procedimento especial corrige erro do sistema, de excluir, apenas pelo procedimento, sem qualquer critério, infrações de pouca gravidade. Por outro lado, sedimenta-se, de uma vez por todas, a questão referente ao acréscimo de penas resultantes do crime continuado e do concurso formal. Os dois institutos representam benefício para o investigado, reconhecendo a Lei Penal a menor gravidade da conduta praticada nessas condições. Não podem, assim, representar uma agravamento da conduta, afastando a competência do Juizado Especial Criminal. Nesse sentido, vale lembrar o VII Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais - Vila Velha - (ES), 24 a 27 de maio 2000 - “Enunciado 11: Não devem ser levados em consideração os acréscimos do concurso formal e do crime continuado para efeito de aplicação da Lei 9.099/95”.

**c - Artigo 73 - A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.**

§ 1º - Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente dentre bacharéis em direito, excluídos os que exerçam função na administração da Justiça criminal.

§ 2º - Os conciliadores deverão ser previamente capacitados em técnica de conciliação, abordagem de gênero e violência doméstica.

§ 3º - Sempre que possível a vítima e o investigado deverão ser ouvidos separadamente pelo conciliador.

§ 4º - O Juiz poderá suspender o procedimento antes da audiência preliminar, como medida preparatória do acordo civil ou da transação penal, encaminhando as partes para atendimento especializado.

§ 5º - No caso do parágrafo anterior ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição (art. 109 do Código Penal); decorrido esse prazo, recomeçará a fluir o da prescrição.

Texto original: Artigo 73 - A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único - Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente dentre bacharéis em direito, excluídos os que exerçam função na administração da Justiça criminal.

**Justificativa:** A capacitação dos Conciliadores é uma das questões que sempre vem à tona quando se estuda o sistema dos Juizados Especiais. Alguns Tribunais de Justiça já fazem esta capacitação através de suas escolas, sem que haja uma diretriz científica para tanto.

Este artigo está colocado na parte referente ao Juizado Especial Criminal, logo é fundamental que além de técnica de conciliação, a capacitação seja em torno das questões que estão presentes na maioria dos processos que estão em andamento nos Juizados Especiais Criminais, ou seja, a violência doméstica.

Para entender-se a violência doméstica, inafastável o estudo da abordagem de gênero, tratando-se as diferenças entre o gênero masculino e feminino, os distanciamentos sociais impostos entre os gêneros, que irão explicar as causas da violência doméstica.

Capacitados, os Conciliadores saberão lidar melhor com os casos de violência doméstica, difundindo as noções adquiridas entre os demais aplicadores da Lei. Nos crimes de lesão corporal dolosa ou de ameaça, é comum a vítima, em audiência de conciliação, retratar-se da representação, apenas por estar na presença do agressor.

Como nos Juizados Especiais Criminais, a maioria dos processos versa sobre estes crimes, é importante que a Lei contenha a orientação para o Conciliador e seus demais aplicadores no sentido de resguardar o interesse real das partes.

Ouvir em separado a vítima e o agressor na audiência de conciliação não fere nenhum direito das partes, uma vez que o que está se buscando é o acordo, e as partes, em geral, separadas, têm melhores condições de expor o problema e ouvir as propostas de conciliação.

Na experiência dos Juizados, é comum os conciliadores e serventuários narrarem que muitas vezes se repetem as agressões verbais e até ameaças na sala de audiência, em virtude da oitiva conjunta. Este dispositivo é uma das sugestões dos estudiosos da violência doméstica e de gênero com relação a esta Lei.

A partir de encontros com os movimentos sociais que estudam a questão da violência intra-familiar, foi iniciado projeto, hoje estabelecido em sete Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro, com bons frutos. Consiste a abordagem em encaminhar autor e vítima para grupos de reflexão que trabalham a questão da violência, buscando a auto-composição das partes e fornecendo subsídios para eventual prosseguimento do processo com adoção da medida penal mais adequada.

Somente assim se atinge a necessidade de individualização da pena.

Neste sentido já foram aprovados Enunciados que antecipam a mudança legislativa (Emerj: 30-3-01 - Enunciado 3 - Nas situações de violência doméstica as partes devem ser encaminhadas a atendimento por grupo habilitado, como medida preparatória pré-processual, visando a solução do conflito subjacente à questão penal e a adequação da solução pactuada”).

A questão da suspensão do prazo prescricional deve ser contemplada aqui e nas outras hipóteses de suspensão da marcha do processo, sendo adequado adotar a mesma sistemática prevista do projeto de reforma do Código de Processo Penal.

Transcreve-se, então a justificativa do projeto:

“E, quanto ao prático, solucionar, de sorte a evitar conhecida e desnecessárias discussões, os pontos controvertidos na aplicação da Lei nº. 9271, de 17 de abril de 1996, quais sejam: ... b) a fixação, com exação, do lapso prescricional determinante da extinção da punibilidade do acusado; .... 4. Desse modo, e como facilmente perceptível, além de tecnicamente aperfeiçoado, o dispositivo ficará livre dos debates que, diuturnamente, têm prejudicado, e muito, sua correta aplicação”.

**d** - Artigo 74 - A composição civil, que poderá versar sobre qualquer valor ou matéria, será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo competente.

§ 1º - Tratando-se de infração penal de ação penal de iniciativa privativa do ofendido ou de infração penal de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a extinção da punibilidade.

§ 2º - O juiz poderá diferir a homologação do acordo até o cumprimento da obrigação.

Texto original: Artigo 74 - A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único - Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

**Justificativa:** A Lei 9099/95 é uma lei principiológica, sendo o princípio norteador do Juizado Especial Criminal a descriminalização e a composição das partes a pedra de toque. Busca a Lei 9099/95 civilizar o conflito, e a paz social. Muitas das vezes, o ponto nodal do conflito não está na infração penal, mas em problemas que o antecedem, como questões de família. É muito mais fácil se obter acordo que atenda verdadeiramente aos interesses da mulher e da criança, no curso do processo penal, quando o suposto agressor se encontra em posição favorável a aceitar estabelecer um equilíbrio, ainda que provisório, do poder dentro da relação familiar.

Por que não se consagrar em acordo, com força de título judicial, estabelecendo cláusulas que servirão a afastar o litígio (sobre visitação, sobre alimentos, sobre a própria separação)?

Como já observado, a Lei 9.099/95 quebra o preconceito centenário da separação das jurisdições civil e penal. Traz para o direito pátrio o sistema da “cumulação de jurisdições”, com a visão do Juiz enciclopédico, que lida com questões humanas, não meramente com processo e questões jurídicas processuais, que no mais das vezes somente serve para inibir o direito material da parte.

A matéria já se acha consolidada em enunciado nacional de Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais: Enunciado 36 - Havendo possibilidade de solução de litígio subjacente à questão penal, poderá o JECrim colher em termo as respectivas cláusulas do acordo, encaminhando-o através de distribuição, para homologação no juízo competente, sem prejuízo das medidas penais cabíveis (São Paulo (SP), 24.11.2000).

Observe-se que o Juiz poderá afastar parte da matéria em discussão, sobre a qual não houver acordo, ou demandar discussão mais complexa, como partilha de bens, a exemplo do que ocorre na separação judicial. O diferimento da homologação do acordo civil pode servir com elemento de controle da efetividade da medida despenalizante, no resguardo do interesse da vítima carente.

**e - Artigo 76 -** Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de medidas penais, a serem especificadas na proposta.

§ 1º - São medidas penais: I - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, criança e ao adolescente; II - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; III - inclusão em

programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólicos e dependentes químicos; IV - advertência; V - multa; VI - cumprimento de trabalho comunitário semanal, por no máximo seis horas, e no período máximo de seis meses; VII - entrega de bens ou dinheiro a entidade pública ou privada, com destinação social, de importância não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos;

§ 2º - Nos casos de violência doméstica e de dependência química, serão preferencialmente aplicadas as medidas penais dos incisos I, II e III do parágrafo anterior.

§ 3º - Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o investigado condenado definitivamente à pena privativa de liberdade pela prática de crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; II - ter sido o investigado beneficiado anteriormente, no prazo de dois anos, pela aplicação de medida penal nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do fato, ser necessária e suficiente adoção da medida.

§ 4º - Aceita a proposta pelo investigado, ouvido seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 5º - Reputando cabível a proposta do Ministério Público, aceita pelo investigado, o Juiz determinará a suspensão do procedimento, por meio de decisão, dando-se início ao cumprimento da medida, salvo no caso de advertência, que será enunciada imediatamente, de tudo lavrando-se termo sumário.

§ 6º - Uma vez cumprida a medida, o Juiz extinguirá o procedimento mediante decisão declaratória de extinção da punibilidade, que será registrada apenas para impedir a aplicação de medidas penais, nos termos deste artigo, no prazo de dois anos.

§ 7º - A imposição das medidas de que trata o § 1º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no § 6º, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados proporem ação cabível no juízo cível.

§ 8º - para os fins desta Lei, o juiz fixará fundamentadamente o tempo de cumprimento das medidas previstas nos incisos I, II e III, do §1º, deste artigo, não podendo em nenhuma hipótese ser superior ao máximo da pena privativa de liberdade prevista para a infração penal;

§ 9º - Durante o período de cumprimento da medida ajustada ficará suspenso

o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição (art. 109 do Código Penal); decorrido esse prazo, recomeçará a fluir o da prescrição.

§ 10 - Na hipótese de descumprimento da medida, o juiz ouvirá, em audiência, o investigado e seu defensor e o Ministério Público para: I - renovar o prazo de cumprimento, computando-se o que já tenha sido cumprido; II - facultar a substituição da medida, mediante acordo entre o Ministério Público e o investigado, ouvido seu defensor; III - revogar a medida. (alterar) Artigo 77 - Na ação penal de iniciativa pública, quando não houve aplicação de medida, pela ausência do investigado, pela inocorrência da hipótese prevista no artigo 76 desta, ou pela revogação da medida, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§ 1º .... (inalterado) Texto original: Artigo 76 - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º - Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º - Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o investigado condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença nos termos deste artigo; II - ter o agente sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente adoção da medida.

§ 3º - Aceita a proposta pelo investigado e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º - Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo investigado, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º - Da sentença prevista no § anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta lei.

§ 6º - A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo,



e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados proporem ação cabível no Juízo Cível. Artigo 77 - Na ação penal de iniciativa pública, quando não houve aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela inoportunidade da hipótese prevista no artigo 76 desta, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

**Justificativa:** A presente proposta toma como ponto de partida o projeto do Dep. Antônio Carlos Biscaia, modificando-o, todavia, para melhor adequação do texto legal aos princípios constitucionais de ampla defesa, devido processo legal, *nulla poena sine iudicio* e à necessidade de dar efetividade às medidas adotadas com base na Lei 9.099/95.

Parte das inovações, como sublinhado antes, integra o Enunciado Nacional desde o VII Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais - Vila Velha - (ES), 24 a 27 de maio 2000 - “Enunciado 14: Não cabe oferecimento de denúncia após sentença homologatória, podendo constar da proposta de transação que a sua homologação fica condicionada ao cumprimento do avençado”.

Neste caso, as novas alterações que estão sendo propostas têm o objetivo de tornar compatíveis o texto constitucional e a Lei dos Juizados, aperfeiçoando a sistemática de solução efetiva dos conflitos sem com isso debilitar as garantias de ampla defesa e contraditório, preservando ainda o princípio da presunção de inocência e resguardando a boa técnica processual, que repudia de forma enfática a renovação do processo - agora com denúncia oral - quando a causa foi decidida em caráter definitivo, por meio de sentença de mérito homologatória de acordo penal.

Com efeito, um dos aspectos mais polêmicos da atual Lei consiste em admitir a aplicação de penas criminais por consentimento do acusado, que por eufemismo recebe designação de autor do fato. Dispensando o contraditório e a ampla defesa, o legislador da Lei 9.099/95 prevê a possibilidade de imposição direta de penas não privativas de liberdade. Menos precavido, deixou de deliberar sobre o procedimento adequado na hipótese de o autor do fato não cumprir, total ou parcialmente, a pena combinada e, por fim, revelou desamor à Constituição quando a título de regular de modo geral a execução penal estabeleceu no artigo 85 a possibilidade de converter multa em prisão.

O conjunto de modificações sugeridas corrige todos estes pontos críticos, ajustando-se ao que deve ser a atividade preliminar, no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo: municiar o juiz com medidas não punitivas orientadas à



efetiva composição do conflito civil subjacente. Essas medidas podem ser chamadas de medidas penais. No entanto, sua inspiração - são adotadas em países da Europa ocidental - está em oferecer alternativa não penal a questões cuja feição penal representa somente sintoma de situação social conflituosa para a qual a pena criminal tradicional tem escassa eficácia dissuasória ou mesmo preventiva.

Com a adoção das providências indicadas no artigo 73, § 3º (texto desta proposta), muitas vezes será possível identificar a causa do conflito social e os profissionais das equipes multidisciplinares poderão sugerir modelo de intervenção individual ou familiar mais conveniente e adequado ao enfrentamento e superação da situação problemática.

As medidas previstas no §1º, do artigo 76 estão todas dirigidas a resolver as questões que estão na base dos conflitos sociais, colocando-se à margem do receituário penal tradicional. Não são penas criminais - muito embora algumas possam servir, também, em outro contexto, como penas alternativas de acordo com a redação atual do artigo 43 do Código Penal - e, portanto, não têm caráter de estigma. Da mesma maneira, não sendo sanções penais não há que se falar em processo de cunho condenatório e as medidas são acordadas entre Ministério Público e a pessoa investigada sem conotação punitiva; por isso, igualmente, não é possível cogitar de reincidência de qualquer natureza.

Adotadas as medidas na fase preliminar - e não em processo de conhecimento condenatório - a extinção do procedimento é ordenada por decisão judicial de natureza administrativa que tem eficácia preclusiva, à semelhança da decisão de arquivamento do inquérito policial fundamentada no reconhecimento de causa de extinção da punibilidade (por exemplo, por morte do agente).

Relembre-se, em respeito ao princípio da presunção de inocência e em virtude de o investigado não estar reconhecendo nenhum tipo de responsabilidade pelo fato pesquisado, a designação que lhe deve ser atribuída também tem de ser alterada. Não podendo ser considerado autor do fato, será chamado investigado, pois há em realidade uma imputação provisória de infração penal de menor potencial ofensivo, que é levada a cabo, inicialmente, pela autoridade policial, e depois pelo Ministério Público, com definição do tipo de infração penal e determinação das circunstâncias, de sorte a permitir, até mesmo, a avaliação sobre competência do Juizado. Não cumprida a medida, o investigado estará sujeito ao processo penal tradicional, que se desenvolverá com integral e escrupulosa observância dos direitos e garantias

previstos na Constituição. Com isso, elimina-se a inconstitucional permissão de atribuir ao comportamento processual do investigado o poder de determinar a imposição de sanções criminais, que devem depender exclusivamente de estarem provadas, no curso do devido processo legal, a existência da infração penal e a respectiva responsabilidade do acusado.

**f - Artigo 79** - No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, renovar-se-ão a tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei. (acrescentar) Parágrafo único - Na ação penal de iniciativa privativa do ofendido o juiz, antes de ser dada a palavra ao defensor do réu para responder à acusação, nos termos do artigo 80 desta Lei, oferecerá às partes nova oportunidade para reconciliação, que poderá ter por objeto qualquer das medidas previstas nos incisos I, II e III, do §1º, do art. 76 desta Lei.

Texto original: Artigo 79 - No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á, nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

**Justificativa:** Adequar o texto legal às inovações sugeridas anteriormente, inclusive quanto aos crimes de ação penal privada, preservando a iniciativa particular. Na perspectiva da igualdade de tratamento que deve orientar a solução de situações equivalentes e ainda porque a ampliação da competência dos Juizados alcança agora infrações penais antes sujeitas a procedimentos especiais com conciliação prévia, sugere-se a nova redação, com acréscimo do parágrafo, harmonizando o sistema. Será possível estimular a conciliação entre particulares, evitando-se a punição de comportamentos em virtude da aplicação de soluções definitivas de caráter não penal.

**g - Artigo 89** - Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77º do Código Penal).

§ 1º - Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: a) reparação do dano, salvo

impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º - O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. (acrescentar)

§ 3º - Durante o período de prova o nome do beneficiário não poderá constar de cadastro de informações policiais ou do registro de distribuição, somente se fornecendo certidão por determinação judicial. (alterar)

§ 4º - Se o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até julgamento definitivo (art. 81, § 2º, Código Penal). (alterar)

§ 5º - A suspensão poderá ser revogada se o beneficiário vier a ser condenado definitivamente por crime ou contravenção penal, no curso do prazo, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 6º - Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. (acrescentar)

§ 7º - Após decorrido o período equivalente à metade do prazo da suspensão do processo, se não tiver ocorrido revogação e se tiverem sido cumpridas as condições, o Juiz poderá substituir o restante do prazo por outras condições ou declarar extinta a punibilidade, ouvidas as partes. (alterar)

§ 8º - Durante o período de cumprimento de prova ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição (art. 109 do Código Penal); decorrido esse prazo, recomeçará a fluir o da prescrição.

§ 9º - Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Texto original: Artigo 89 - Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77º do Código Penal).

§ 1º - Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º - O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º - A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º - Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º - Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º - Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

**Justificativa:** Primeiramente, a exclusão do nome do réu de cadastros policiais e de distribuição contribui para sua reinserção na vida normal. A existência de registro policial com seu nome, na maioria das vezes, é fator impeditivo de sua reintegração, dificultando, por exemplo, a obtenção de emprego. Ademais, uma das características do princípio da presunção de inocência, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, consiste em impedir a produção antecipada de efeitos decorrentes do reconhecimento definitivo da responsabilidade penal do processado.

Com certeza, uma das modalidades de produção indevida dos citados efeitos ocorre quando o processado se vê impedido de praticar atos da vida civil em razão, exclusivamente, da percepção social da sua condição de processado, confundida com a de alguém definitivamente condenado.

Apesar de a suspensão condicional do processo não constituir pena em sentido estrito, são estipuladas algumas condições equivalentes a algumas das penas não privativas de liberdade, como, por exemplo, prestar serviços à comunidade ou a prestação

social alternativa. Por outro lado, o comparecimento mensal equivale à proposta de autodisciplina, presente tanto no regime aberto, quanto no livramento condicional. Assim, se em nossa legislação, para a hipótese que é mais grave, de pena privativa de liberdade, existe a possibilidade de benefícios para o apenado, como é o caso do livramento condicional, da progressão de regime, além do indulto, todos condicionados ao efetivo cumprimento de um período da pena, somado ao bom comportamento, porque não aplicar a mesma solução na suspensão condicional do processo, pois que se busca também estimular a autodisciplina por meio do comparecimento mensal em cartório e o acompanhamento do réu durante um período, motivando-o a não delinqüir.

É regra basilar de hermenêutica jurídica que à vista da mesma razão há de se aplicar a mesma disposição jurídica: *ubi eadem ratio ibi idem dispositio*. Ou seja, após cumprimento efetivo de metade do tempo de suspensão condicional do processo é razoável prever a possibilidade de avaliar tanto a autodisciplina do réu, quanto o seu comportamento. Logo, estará justificada a extinção da punibilidade ou a substituição do prazo restante por condições outras, menos gravosas, como nova prestação social alternativa ou outro período de prestação de serviços à comunidade, lógico que inferior ao tempo restante. Não se admitir tal possibilidade é querer tratar o réu mais severamente do que se trata o condenado.

Busca a presente proposta corrigir, ainda, imperfeição existente na Lei 9.099/95, que trata a suspensão do processo com maior severidade do que a suspensão da pena. O art. 81 § 2º do Código Penal determina a suspensão do período de prova, e não a revogação do benefício, no caso de novo processo. Tal regra apenas espelha atendimento ao princípio da presunção de inocência, inscrito como cláusula pétrea da Magna Carta. Demais disso, em determinados casos nem mesmo a condenação deve servir como motivo suficiente para a revogação do benefício, cabendo ao juiz verificar, no caso concreto, se deve ou não haver revogação.

***Ben-Hur Viza, juiz de Direito - TJDF***

***Liliana Bittencourt, juíza de Direito - TJGO***

***Sandra Aparecida Silvestre, juíza de Direito - TJRO,***

***Geraldo Luís Mascarenhas Prado, Juiz de Direito - TJRJ***

***Joaquim Domingos de Almeida Neto e***

***Marcelo Castro Anatócles da Silva Ferreira, juízes de Direito - TJRJ***

***Ricardo Cunha Chimenti, Juiz de Direito - TJSP***



# MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Procurador-geral de Justiça**  
Luiz Antonio Guimarães Marrey

**Corregedor-geral do Ministério Público**  
Agenor Nakazone

## Conselho Superior do Ministério Público

Luiz Antonio Guimarães Marrey  
(presidente)  
Agenor Nakazone  
Antonio Hermen de Vasconcellos e Benjamin  
Eduardo Francisco Crespo  
Fernando Grella Vieira

Francisco Stella Júnior  
José Benedito Tarifa  
José Oswaldo Molineiro  
Newton Alves de Oliveira  
Paulo Hideo Shimizu  
Walter Paulo Sabella

## Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

### Membros Natos

Gomides Vaz de Lima Júnior  
José Roberto Garcia Durand  
Clóvis Almir Vital de Uzeda  
Jobst Dieter Horst Niemayer  
Guido Roque Jacob  
Luiz Cesar Gama Pellegrini  
Herberto Magalhães da Silveira Júnior  
René Pereira de Carvalho  
Francisco Moraes Ribeiro Sampaio  
Newton Alves de Oliveira  
José Ricardo Peirão Rodrigues  
Luiz Antonio Forlin  
José Roberto Dealis Tucunduva  
Eduardo Francisco Crespo  
Oswaldo Hamilton Tavares  
Fernando José Marques  
Irineu Roberto da Costa Lopes  
Regina Helena da Silva Simões  
Antonio Paulo Costa de Oliveira e Silva  
Roberto João Elias  
Claus Paione  
José de Arruda Silveira Filho

### Membros Eleitos

Cyrdêmia da Gama Botto  
Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz  
Adelina Bitelli Dias Campos  
Jethro Pires  
Carlos Roberto Barreto  
Paulo Álvaro Chaves Martins Fontes  
Carlos Henrique Mund  
Renato Nascimento Fabbrini  
Geraldo Félix de Lima  
Ruy Alberto Gatto  
Maurício Augusto Gomes  
Nelson Gonzaga de Oliveira  
Luiz Claudio Pastina  
Heloísa Antonia Barreiros de Souza  
Antonio Ferreira Pinto  
Rubens Rodrigues  
Paulo Marcos Eduardo Reali Fernandes Nunes  
Antonio Visconti  
José Correia de Arruda Neto  
Lúcia Maria Casali de Oliveira

## Conselho do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Luiz Antonio Guimarães Marrey  
Agenor Nakazone  
Renato Nascimento Fabbrini  
Walter Paulo Sabella

Júlio César de Toledo Piza  
Orides Boiati  
Roberto Luiz Ferreira de Almeida Júnior  
Luís Daniel Pereira Cintra