

## SEÇÃO CRIMINAL

### **A Lei dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo**

Jorge Assaf Maluly  
Promotor de Justiça – SP

Pedro Henrique Demercian<sup>(\*)</sup>  
Promotor de Justiça – SP

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 CF, a Lei nº 10.259, de 12.7.2001, 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

(\*) Mestre e doutorando em Direito Processual Penal pela PUC-SP.

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*, 27.7.2001);

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, parece 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, essa 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.

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, à qual os demais Poderes da República devem obediência, em respeito ao princípio da harmonia e independência que informa o relacionamento entre eles.

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 Nelson 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 arrepiro 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 18.5.01, pág. 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 17.4.98, em acórdão relatado pelo Ministro Sydney Sanches decidiu contrariamente a essa pretensão, apresentando os seguintes argumentos:

"4. A Lei nº 9.455, de 7.4.1997, 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.

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 nº 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 nº 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 artificiosa 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 nº 9.099/95), a composição dos danos com vistas à extinção da punibilidade (74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95), 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 Ministério Público 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 nº 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 segs. 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 dos art. 61 da Lei nº 9 099/95 e art 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 nº 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.