

## **A aplicação da Lei n. 10.259/01 no âmbito dos Juizados Especiais Criminais da Justiça comum em face do princípio da igualdade**

Gustavo Marcondes Cesar Affonso

Acadêmico de Direito da Instituição Toledo de Ensino – Bauru/SP (3.º ano)

### **Introdução**

Integrada à classificação doutrinária referente às diversas espécies delitivas consagradas no arcabouço jurídico pátrio, encontra-se a “infração de menor potencial ofensivo”. Sua definição foi acostada ao ordenamento com o advento da Lei n. 9.099/95, que, regulamentando o inciso I do art. 98 da Constituição Federal, em seu artigo 61 dispõe, *in verbis*:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimentos especiais.

De acordo com o que se deduz da redação do dispositivo acima transcrito, afora a figura das contravenções penais, para que um crime conforme uma “infração de menor potencial ofensivo”, há que ser considerado o limite de pena máxima a ele atribuído quando de sua tipificação, não podendo exceder um ano.

De fato, o Poder Legislativo de 1995 logrou estabelecer espeque de suma importância, diante da hodierna tendência de adoção de penas alternativas em nossa ordem jurídica atual.

Em 18 de março de 1999, foi publicada a Emenda Constitucional n. 22, que acrescentou um parágrafo único ao citado art. 98 da Constituição. Em sua locução, revelou que “lei federal disporá sobre a criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”, tarefa essa incumbida à Lei n. 10.259/01.

O conceito de infração de menor potencial ofensivo, antes delineado pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95, foi ampliado por ocasião da vigência da mencionada lei federal, qual seja, a de n. 10.259 de 12 de julho de 2001.

Destarte, aqueles ditames concernentes à não extrapolação do máximo de pena de um ano, para que fossem concedidos os respectivos benefícios (transação penal, por exemplo), foram colhidos pela ampliação do limite para pena máxima não superior a dois anos, ou multa. Houve, por conseguinte, uma maximização das hipóteses de caracterização das infrações penais como sendo de menor potencial ofensivo, fazendo com que delitos antes não açambarcados pelo beneplácito, agora sejam brindados por essa distensão.

É o que estabelece o parágrafo único, do art. 2.º, da Lei dos Juizados Especiais Federais, 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”.

A inovação legislativa aparenta revestir-se de simplicidade, quando de um exame perfunctório. No entanto, a aplicação da nova definição, consoante a disciplina inserta na lei de 2001, tem esbarrado em algumas imprecisões que, em decorrência de interpretações meramente positivistas, alheias aos mandamentos principiológicos consagrados em nossa Carta Política, impedem, por vezes, sua aplicação no âmbito dos Juizados Especiais Criminais instalados na Justiça Estadual.

Convém obtemperar que o âmago da discussão e, por conseguinte, do presente ensaio, reside na repercussão do novo conceito sobre a figura dos crimes, apartando-se, pois, nesta oportunidade, a figura das contravenções penais.

### **As sistemáticas distintas constantes das Leis 9.099/95 e 10.259/01**

Desde 26 de setembro de 1995, como expressão concreta da já aludida previsão insculpida no art. 98 da Lei Maior, vivemos sob a égide de uma sistemática segundo a qual, em sendo um crime considerado infração de menor potencial ofensivo, em conjunto com as contravenções penais e atendidos, pois, os respectivos requisitos, é de ser concedido o benefício da transação penal, entre outros. Alternativamente aos regimes sancionatórios previstos pelo Código Penal de 1940, passou-se a admitir a aceitação da proposta formulada pelo representante do Ministério Público, referendada pelo juiz, como fator de elisão do próprio oferecimento da peça acusatória, ou seja, da denúncia.

Em outro dizer, diante do cabal cumprimento da penalidade alternativa proposta pelo representante Ministerial, desde que observados os requisitos elencados no § 2.º do art. 76 da Lei n. 9.099/95, não há que se falar no oferecimento da competente denúncia, salvo no caso de frustração do imperativo aplicado. Assim, fulmina-se, para o acusado, a incerteza de posterior condenação, implicando, pois, para o Judiciário e para o *Parquet*, a “economia” de mais um processo crime apto a congestionar as atividades persecutórias e jurisdicionais, respectivamente.

É essa, portanto, a sistematização traçada pela Lei n. 9.099/95, no que atina às implicações inerentes às infrações de menor potencial ofensivo. Em consonância com suas disposições, o benefício da transação penal, que depende irrefragavelmente da fixação de tal conceito para sua utilização, somente poder-se-ia ser deferido ao autor de crime cuja pena máxima não superasse um ano e, ademais, desde que observados os requisitos conducentes a tal benesse.

Entrementes, a homenagear a antes aduzida tendência de maximização da aplicação das penas alternativas, em 13 de julho de 2001 foi publicada a Lei n. 10.259/01, conforme o que anteriormente esposado, ampliando o conceito em apreço. Tal diploma, por seu turno, trouxe a lume celeuma intrincada, uma vez que alguns dos profissionais atuantes na Justiça Estadual têm dissentido de sua aplicação no âmbito dessa competência, insistindo na manutenção do pleno emprego da Lei n. 9.099/95.

De acordo com o que anteriormente elucidado, o arcabouço jurídico pátrio foi surpreendido pela edição da Lei n. 10.259/01, a qual dispõe expressamente acerca do conceito de infração de menor potencial ofensivo (art. 2.º, § 2.º), no que diz respeito, exclusivamente, à alçada da Justiça Federal. Vale dizer, da mesma forma com que a Lei n. 9.099/95 restringe seu campo de aplicação à seara da Justiça comum, a lei em tela, inclusive na ementa que apresenta seu conteúdo, delimita sua destinação específica, qual seja, a sua incidência apenas no âmbito dos Juizados Especiais a serem integrados aos Juízos Federais.

Vislumram-se, *prima facie*, duas sistemáticas distintas, cujos lindes correspondem a meros aspectos formais, segundo os quais os dois textos (Leis 9.099/95 e 10.259/01) não se confundem.

Reiterando, aos operadores do direito foi compulsada, através de elementos de ordem essencialmente nominativos, a convivência com a disparidade ora esquadrihada, ou seja, com a segregação entre o conceito de infração de menor potencial ofensivo “pertinente à esfera da Justiça comum” (crimes apenados com prisão

de no máximo um ano) e o novo balizamento conferido somente aos crimes cujo processo e julgamento compete à Justiça Federal (crimes para os quais a pena máxima não ultrapassa dois anos, ou multa).

Ora, não é de se comprazer com o *discrímen* ora expendido. Se a problemática for enfrentada sob o ponto de vista eminentemente infraconstitucional, legislativo, corre-se o risco de quedar-se pela ineficiência já exprimida na redação dos arts. 1.º, 2.º e 20 da Lei n. 10.259/01.

Por razões de ordem axiológica e hierarquicamente superiores, não há que se admitir contentamento com as expressões concebidas no texto da referida lei, no sentido de restringir sua justaposição ao recinto exclusivamente federal (art. 1.º - no que não conflitar com esta lei -, art. 2.º - para os efeitos desta lei -, art. 20 – vedada a aplicação desta lei na Justiça Estadual).

Muito embora haja essas explícitas disposições legislativas em sentido contrário, o posicionamento mais escorreito é aquele que se ampara na sobreposição da vontade do Constituinte por sobre a mencionada vontade legiferante, ordinária. Cumpre, por conseguinte, encarar a questão à sombra do Direito Constitucional, eis que flagrante a violação de um seu princípio. Senão vejamos.

### **A violação ao princípio da igualdade**

A Lei n. 10.259/01, nos aspectos acima citados, maltrata sensivelmente o mandamento nuclear do princípio da igualdade, consagrado no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal. Isto porque, malgradamente, estabelece discriminação entre situações materialmente idênticas, prescindindo da plausibilidade fundamental para tal segmentação deveras ostensiva.

É certo que o princípio da igualdade reveste-se de caráter relativo, não matemático. No *civil law* praticado no Brasil, prima-se pela igualdade material, segundo a qual, desde os estudos de Aristóteles, deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na própria medida das suas desigualdades. Para tanto, faz-se mister, quando necessário, a discriminação “na lei”, “dentro da lei”, desde que se lance mão dos pressupostos atinentes a tal atividade discriminatória.

Em outro dizer, para que o pacto de igualdade petrificado na cabeça do art. 5.º da *Lex major* seja efetivado, situações há em que o legislador, ao confeccionar o

instrumento normativo, deve praticar verdadeira “desigualação”, com o fito de equiparar condições até então díspares.

Com efeito, considerando os enunciados prescritos na Lei 10.259/01, é admissível indagação no sentido de haver o legislador observado o princípio da igualdade, deferindo tratamento diferenciado aos crimes de competência da Justiça Federal e, máxime, vedando sua aplicação no âmbito estadual. Entretanto, ao examinar o tema, aplicando as regras matrizes lecionadas com autoridade no magistério do eminente Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup>, verifica-se a ocorrência de hipótese oposta. Avista-se vítria violação ao princípio sob enfoque.

Para que a tarefa legislativa tendente a diferenciar, objetivando buscar a paridade de situações dessemelhantes, seja lograda às vistas da correição, há que serem observados, imprescindivelmente, três requisitos, a saber: *a)* a eleição de um fator de discriminação; *b)* a correlação lógica dessa discriminação com a situação em pauta, e; *c)* a prestação de um ou mais valores constitucionais.

Em apertada síntese, é esse o quadro do princípio da igualdade no Brasil, de acordo com o que explanado na excelente obra o autor ora citado. Passemos, doravante, à tentativa, obviamente frustrada, de enquadrar a situação em apreço, referente à discriminação constante na Lei n. 10.259/01, nas exigências que concernem ao referido mandamento constitucional de isonomia.

Ao elaborar o texto da Lei dos Juizados Especiais Federais, o legislador ordinário tomou, certamente, como fator de discriminação, o fato de serem os crimes de competência da Justiça Federal, os que mereceriam o manto da ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Destacaram-se, pois, esses crimes, dos delitos cuja incumbência de processo e julgamento recaía sobre a Justiça Estadual.

À evidência, tal fator de *discrímen* deve apresentar, de forma inequívoca, a correlação lógica com a situação a qual pretende apartar. Aí exsurtem as invencíveis dificuldades, eis que crimes idênticos, no atual contexto da lei de 2001, mereceram tratamento diferente pelo simples motivo de, em certos casos, competirem à alçada da Justiça Federal. Ao ensejo, convém lançar mão da lição do douto Luiz Flávio Gomes:

[...] Mas *crimes exatamente idênticos* (desobediência, assédio sexual, porte de drogas para uso, porte ilegal de arma de uso permitido etc.) não podem ter tratamento diferenciado só porque a vítima de um deles é funcionário público

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

federal enquanto a outra é estadual, porque o crime ocorreu em terra ou dentro de um avião etc.

Não se pode admitir o disparate de um desacato contra policial federal ser infração de menor potencial ofensivo (com todas as medidas despenalizadoras respectivas) e a mesma conduta praticada contra um policial militar não o ser. Não existe diferença valorativa dos bens jurídicos envolvidos. O valor do bem e a intensidade do ataque é a mesma. Fatos iguais devem receber tratamento isonômico.<sup>2</sup>

Exemplos outros poderiam ser citados, que não os insertos no sublime ensaio do autor ora mencionado. Todavia, é despiciendo prosseguir na elucidação de situações concretas, deflagradoras de infringência ao princípio da igualdade, eis que a aversão dos preceitos consignados na Lei dos Juizados Especiais Federais, no que pertine à sua não aplicação ao Juízo comum, à contextura que impregna o princípio em tela, já se investe da tarefa de rotulá-los inconstitucionais.

Contudo, convém aproveitar trecho do estudo de Cláudio Dell'orto que, além de elencar uma série de crimes sobre os quais recai o dito disparate, exprime sua opinião:

A alteração do art. 61 da Lei 9.099/95 torna-se inevitável e, até mesmo obrigatória, em homenagem ao princípio da igualdade. Se não fosse alterado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo e prevalecesse a expressão "para os efeitos desta Lei" contida no art. 2.º parágrafo único da Lei 10.259/2001, teríamos situações como a do art. 351 do CP, onde a promoção de fuga de preso de um estabelecimento federal, seria infração penal de menor potencial ofensivo, tendo o réu direito a medidas despenalizadoras e ao processo e julgamento pelo Juizado Especial Criminal Federal, enquanto que, no âmbito estadual, o crime seria da competência da Vara Criminal comum, com a aplicação de suspensão condicional do processo, se cabível. A mesma situação se repete em outras hipóteses de incidência comportamental, entre as quais destacamos as tipificadas nos artigos 359-F, 359-B, 359-A, 359, 354, 347, 346, 341, 335, 331, 329, 328, 325, 313-B, 308, 301 § 1.º, 289 § 2.º, 284, 282, 272 § 2.º, 270 § 2.º, 269, 267 § 2.º - 1.ª parte, 262, 253, 250 § 2.º, 249, 245, 234, 216, 205, 203, 201, 179, 175, 165, 152, 137 e 134 do Código Penal. A categoria da infração penal dependeria da qualidade do sujeito passivo.<sup>3</sup>

É o que se infere da lição do preclaro J. J. Gomes Canotilho, ao asseverar que “quando não houver motivo racional evidente, resultante da ‘natureza das coisas’, para desigual regulação de situações de *facto* iguais ou igual regulação de situações de

<sup>2</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 21/22.

<sup>3</sup> DELL'ORTO, Cláudio. A nova definição de infração penal de menor potencial ofensivo. Efeitos da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2212>>. Acesso em 06 ago. 2003.

*facto* desiguais, pode considerar-se uma lei, que estabelece essa regulação, como arbitrária”.<sup>4</sup>

Prosseguindo, resta aferir o preenchimento ou não do derradeiro requisito imposto à válida discriminação legislativa, destinada a efetivar o pacto de isonomia. Trata-se da prestação de algum valor constitucional quando da prática do labor que pretende “desigualar”.

*In casu*, não só não foi homenageado qualquer mandamento constitucional, ao se manejar situações similares em planos desequilibrados, como se quebrou a garantia individual de que aos indivíduos situados em condições análogas sejam, assim e também, encarados como pares. É hialino o desrespeito à garantia individual e fundamental de igualdade.

## **Conclusão**

A acrescentar a fundamentação de derrogação das incompatibilidades presentes na redação do art. 61 da Lei n. 9.099/95, corrobora a tese de que a Lei n. 10.259/01 é posterior e, em conformidade com a regra insculpida no art. 2.º, §1.º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 “a lei posterior revoga a anterior quando (...) seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Além disso, a regra da retroatividade da lei penal mais benéfica reforça a tese adotada, porque desde de 13 de janeiro de 2002 vige o novo conceito, e ninguém terá dúvida de que operar-se-á a retroatividade *in bonam partem*, prevista nos art. 5.º, XL da Carta de 1988 e art. 2.º, parágrafo único do Código Penal.

Destarte, norteados pela perspectiva decorrente do princípio da igualdade e, ademais, pela sua direta inflexão no caso enfocado, não é de se admitir a conclusão de que a lei em tela é especial, destinando-se a arregimentar somente a esfera de competência da Justiça Federal. O célebre Norberto Bobbio, ao discorrer sobre os critérios de antinomia, certamente não declinaria desse exemplo para tipificar o critério da especialidade. Tal proposição somente emanaria, como infelizmente sói ocorrer, de algum desavisado e formalista operador do direito.

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra, 1982. p. 382 (apud DELL'ORTO. *Op. cit.*)

A propósito, cite-se o seguinte aresto, como exemplo do entendimento quase uníssono do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...] A Lei nº 10.259/01, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois (2) anos para a pena mínima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um (01) ano alterado para (2) dois anos, o que não escapa do espírito da Súmula 243 desta Corte. Recurso provido para afastar o limite de um (01) ano, e estabelecer o de dois (02) anos, para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo. STJ, RHC 12.033-MS, 5.ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 13/08/02, DJ de 09/09/02, p. 234.

No mesmo sentido, os seguintes julgados do STJ: HC 24.997/SP, RHC 14.141/SP, EDRHC 12.033/MS.

O hermeneuta, ao deparar-se com a literalidade imprecisa e pretensiosa da Lei n. 10.259/01, que almeja vedar a aplicação da ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo ao âmbito dos Juizados Especiais Criminais da Justiça Estadual, deve transcender o preciosismo positivista estampado nos ditos assertos (arts. 1.º, 2.º e 20).

Urge, pois, enfatizar a máxima de Kelsen, segundo a qual “a Constituição é a lei fundamental, é o dever ser no ápice do ordenamento jurídico”, no sentido de que se prime pela interpretação de cunho constitucional, em sistematicidade com os princípios eleitos para conformar os alicerces do Estado Democrático de Direito.

Desta feita, é de se filiar à tese de inconstitucionalidade dos dispositivos tendentes a rechaçar a aplicação do novo conceito de infração de menor potencial ofensivo ao hemisfério de atuação da Justiça Estadual, enquanto responsável pelas atividades dos Juizados Especiais instituídos pela Lei n. 9.099/95.

Assim, resta irrefragável a necessidade de que sejam aplicadas as vicissitudes constantes da Lei n. 10.259/01, também aos crimes submetidos à apreciação da Justiça Estadual, sob pena de insistir-se na violação ao princípio da igualdade encartado em nossa Constituição.