

Infração penal de menor potencial ofensivo: o artigo 94 da Lei 10.741/03 não determinou nova definição do conceito

RENATO FLÁVIO MARCÃO

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.
Mestre em Direito Penal, Político e Econômico
Especialista em Direito Constitucional.
Professor de Direito Penal, Processo e Execução Penal (Graduação e Pós)
Coordenador Cultural da Escola Superior
do Ministério Público do Estado de São Paulo
Sócio-fundador e Presidente da AREJ – Academia
Rio-pretense de Estudos Jurídicos, e ex-Coordenador
do Núcleo de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia.
Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP)
Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)
Membro do Instituto de Ciências Penais (ICP)
Membro do Instituto de Estudos de Direito Penal e Processual Penal
Membro da Comissão Regional de Bioética e Biodireito da OAB –
São José do Rio Preto-SP
Autor dos livros: Lei de Execução Penal Anotada (2001) e Tóxicos – Leis
6.368/76 e 10.409/02 anotadas e interpretadas (2004).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995; 3. A Lei 10.259, de 12 de julho de 2001; 4. As discussões advindas; 5. A Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003; 6. O art. 94 da Lei 10.741/03 determinou um novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo?; 7. Conclusão.

1. Introdução

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1998, em seu artigo 98 dispõe que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados, “criarão juizados especiais, providos de 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 procedimento oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Estabeleceu-se, nestes termos, a autorização Constitucional para a criação e instalação dos juizados especiais criminais, e é necessário se reconheça a grande virtude de tais “juizados”, nos termos em que inicialmente pensados, e reclamados por juristas de escol.

A idéia embrionária dos ditos “juizados especiais criminais”, e que merece aplauso, é a de se estabelecer valioso instrumento na agilização da prestação jurisdicional no tocante as denominadas *infrações penais de menor potencial ofensivo*,

entretanto, desde o primeiro instante a definição que fixa a competência dos juizados tem causado enorme inquietação na comunidade jurídica. Ademais, demonstrando pouca ou quase nenhuma afinidade com as questões penais e processuais penais, o Poder Legislativo tem contribuído de forma significativa para o agravamento do quadro, que é um tanto mais preocupante do que se imagina, visto esbarrar suas molduras em questão de ordem constitucional, atingindo princípios verdadeiramente caros a toda a sociedade.

Os problemas que vêm sendo proporcionados pelo Legislador desatento ou despreparado não se referem, como pensaria o leigo ou aquele dado a conclusões apressadas e de pouca raiz, de simples questões processuais. As preocupações são mais profundas e estão a revelar que diante de tal quadro os operadores do Direito vêm adotando posturas que buscam “contornar” as verdadeiras ciladas legislativas, não sem grande risco de ferir princípios constitucionais, notadamente o da igualdade de todos perante a lei, estatuído do *caput* do artigo 5º da Carta Magna.

2. A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995

No âmbito normativo infraconstitucional, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que passou a dispor sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no seu art. 61 buscou estabelecer o conceito de “infração penal de menor potencial ofensivo”, assim o fazendo nos seguintes termos:

“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 procedimento especial”.

Longe da esperada boa técnica, o dispositivo em comento trouxe para o campo jurídico profundas discussões quanto ao seu conteúdo e alcance, cumprindo destacar, nesse passo, a questão relacionada a previsão de “procedimento especial”, a excluir do âmbito de incidência dos Juizados Especiais Criminais as infrações a eles submetidas, conforme a ressalva contida na parte final do texto legal.

3. A Lei 10.259, de 12 de julho de 2001

No âmbito da Justiça Federal, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram instituídos pela Lei 10.259, de 12 de julho de 2001.

Novas discussões surgiram com o advento da nova lei, e o debate mais acalorado fincou raízes na questão da ampliação ou não do conceito de infrações penais de “menor potencial ofensivo”.

É que o Novo Diploma legal estabelece no parágrafo único do art. 2º 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 2 (dois) anos, ou multa”.

De substancial para a análise proposta, nota-se que com o texto legal passaram a ser considerados de menor potencial ofensivo os crimes punidos com pena máxima não superior a 2 (dois) anos e multa. Não se renovou a ressalva relativa a existência de procedimento especial, a excluir a infração do rol de incidência da Lei mais benéfica.

4. As discussões advindas

Após o advento da Lei 10.259/01 a discussão se estabeleceu nos planos doutrinário e jurisprudencial.

De um lado, vários juristas passaram a sustentar que a lei que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal não ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo para além dos limites da competência da Justiça Federal. Vale dizer: permanecia a definição dada pela Lei 9.099/95 para os crimes de competência da Justiça Estadual, e para os crimes de competência da Justiça Federal era de se observar os parâmetros firmados no parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01.

De outro vértice, não faltaram aqueles que passaram a sustentar que a nova definição legal, por ser ampliativa e, portanto, mais benéfica, deveria estender-se a toda e qualquer infração, fosse ela ajustada ao âmbito de competência da Justiça Estadual ou Federal. O argumento de base foi o princípio constitucional da isonomia ou igualdade, exortado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse sentido se posicionaram, desde logo, autores de nomeada como Alberto Silva Franco, Damásio E. de Jesus,¹ Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando

¹ “Interpretando as disposições, verifica-se que o art. 61 da Lei n. 9.099/95 leva em conta a pena máxima abstratamente imposta aos crimes em quantidade não superior a *um ano*, ao passo que a lei nova prevê que o máximo da sanção detentiva não pode ser superior a *dois anos*. Tratando 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, chega-se à conclusão de que empregam valorações diferentes. Diante disso, prevalece a posterior, de Direito Penal material, que, mais benéfica, derroga a anterior (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único), ampliando o rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Assim, o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001 derogou o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95). Em consequência, 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 maneira 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 privativa de liberdade não superior a dois anos (até dois anos) ou multa, entendimento adotado por quase a unanimidade da doutrina e acatado pela 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no RHC n. 12.033, MS, rel. Ministro Félix Fischer, votação unânime, julgado em 13.8.2002”, *in*, JESUS, Damásio de. Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor

Capez, Luiz Flávio Gomes e Victor Eduardo Rios Gonçalves, dentre outros. Tal entendimento acabou encampado pelos Tribunais e hoje a jurisprudência dominante é no sentido de que “a Lei nº 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95”.²

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente que “em função do Princípio Constitucional da Isonomia, com a Lei nº 10.259/01 – que instituiu os Juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, o limite de pena máxima, previsto para a incidência do instituto da transação penal, foi alterado para 02 anos”.³

Nessa mesma linha argumentativa também já se decidiu que “com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito, nada se falando a respeito das exceções previstas no art. 61 da Lei nº 9.009/95. Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção”.⁴

Aliás, com o surgimento da Lei 10.259, de 12 de julho de 2.001, o Ministério Público do Estado de São Paulo, por seu Procurador Geral de Justiça, baixou recomendação firmando o entendimento de que não se deveria aplicá-la no âmbito da Justiça Estadual,⁵ sendo que tal posicionamento fora agora modificado, reconhecendo-se a ampliação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo para o âmbito da Justiça Estadual.⁶

potencial ofensivo e Estatuto do Idoso. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2003. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

² STJ – Rec. Ord. em HC nº 14.141 - SP (2003/0026950-8), rel. Min. Paulo Medina, DJU 09.06.03, Seção 1, p. 305, j. 13.05.03, EDRHC 12.033/MS.

³ STJ – CC Nº 36.545 - RS (2002/0119661-3), rel. Min. Gilson Dipp, DJU 02.06.03, Seção 1, p. 183, j. 26.03.03.

⁴ STJ - HC nº 22.881 - RS (2002/0069304-5), rel. Min. Felix Fischer, DJU 26.05.03, Seção 1, p. 371, J. 08.04.03.

⁵ Aviso nº 074/02-PGJ: “O PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e por solicitação do Coordenador em exercício do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, Dr. Rodrigo Canellas Dias, DD. Promotor de Justiça AVISA que em reunião realizada no dia 6 de fevereiro de 2002, no auditório azul da Procuradoria-Geral de Justiça, o GRUPO DE TRABALHO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS editou a seguinte recomendação: “Respeitada a independência funcional do Membro do Ministério Público, RECOMENDA-SE o entendimento de que não se aplica a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2.001, no âmbito da Justiça Estadual” (DOE de 07.02.2002).”

⁶ Aviso nº 618/2003-PGJ: “O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais, AVISA que, tendo em vista o entendimento uniforme da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (CC nº 37.819/MG, Terceira Seção, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 09/06/03, p. 170; CC nº 38.513/MG,

5. A Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003

Publicado no Diário Oficial da União em 03 de outubro de 2003, o denominado Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, terá vigência, segundo dispõe seu artigo 118, em 90 dias contados da sua publicação,⁷ com exceção ao disposto no artigo 36, *caput*, que entrará em vigor em 1º de janeiro de 2004, e traz em seu texto, entre outros temas, diversos dispositivos de natureza penal e também regras processuais penais.

Considera-se idoso, para os termos de tal lei, a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

No âmbito do Código Penal o Estatuto alterou os seguintes dispositivos: art. 61, inc. II, letra *h*; art. 121, § 4º; art. 133, § 3º, inc. III; art. 140, § 3º; art. 141, inc. IV; art. 148, § 1º, inc. I; art. 159, § 1º; art. 183, inc. III, e art. 244.

A Lei de contravenções Penais sofreu modificação em seu art. 21. Também sofreram alterações as Leis de Tortura (Lei 9.455/97, em seu art. 1º, § 4º, inc. II), e a Lei Antitóxicos (Lei 6.368/76, no art. 18, inc. III).

Na lógica do “Estatuto do Idoso”, buscou-se punir com maior rigor as infrações praticadas contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Ocorre, entretanto, que seu artigo 94 *aparentemente* contraria a lógica que parecia evidente, ao dispor que:

“Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente,

Terceira Seção, rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 15/09/03, P. 233; RHC nº 14.088/SP, Quinta Turma, rel. Min. FÉLIX FISCHER, DJ 23/06/03, p. 393; HC nº 25.682/SP, Quinta Turma, rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 18/08/03, p. 220; RHC nº 14.084/SP, Quinta Turma, rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 01/09/03, p. 301; RHC nº 13.959/SP, Sexta Turma, rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 15/09/03, P. 403), bem como o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 83.104/RJ, Segunda Turma, rel. Min. GILMAR MENDES (Informativo do nº 326) no sentido de que o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 revogou o art. 61 da Lei nº 9.099/95, esta Procuradoria-Geral de Justiça decidiu modificar o seu anterior posicionamento e adotar a orientação de que se aplica no âmbito da Justiça Estadual, para fins de transação penal, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, previsto no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais), conforme manifestação prolatada nos autos do Protocolado PGJ nº 107.798/03 (Art. 28 do CPP - Processo nº 471/02 da 3ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara)”.

⁷ Nesse passo, é de rigor observar o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei Complementar 95/98, *verbis*: “§ 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. (Parágrafo incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)”.

no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal”.

Ora, o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, é o que se aplica às infrações penais de menor potencial ofensivo, assim reconhecidas nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01, e se o desejo era punir com maior rigor as infrações destacadas no novel Diploma, exatamente por entender-se que as mesmas são mais graves, qual a razão lógica para dar-lhes o tratamento dispensado àquelas de menor gravidade?

A questão de fundo é saber, ainda, se com as disposições do art. 94 da Lei 10.741/03 ampliou-se ou não, novamente, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, devendo ser considerados como tal, a partir da vigência da nova lei, e por igual, todos os crimes “cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos”.

Observado o foco central do estudo que ora se faz, passaremos a analisar a questão no tópico seguinte.

6. O art. 94 da Lei 10.741/03 determinou um novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo?

Certamente não.

A própria redação do art. 94 não faz qualquer menção a “infração penal de menor potencial ofensivo”. O legislador não indicou que os crimes cuja reprimenda buscou exasperar são considerados de menor potencial ofensivo; apenas determinou que em relação a eles se observe o procedimento da Lei 9.099/95, que é mais célere.

É certo que em sentido amplo, dito procedimento estabelece, dentre outros benefícios, o da possibilidade de transação penal antecedente à denúncia, quando preenchidos os requisitos legais, o que se revela, sem sombra de dúvida, extremamente vantajoso ao “autor do fato”.

Não é razoável concluir, todavia, que fora intenção do legislador aplicar o procedimento da Lei 9.099/95 em sentido amplo, visando permitir, por exemplo, a transação penal.

Não seria lógico impor punição mais severa e permitir em relação aos mesmos delitos o instituto da transação penal, abrandando o tratamento inclusive em relação à forma de punição pretérita à vigência do Novo Diploma Legal. Haveria inaceitável antagonismo; uma verdadeira autofagia.

Doutrinando sobre a matéria, o insuperável DAMÁSIO E. DE JESUS, com sua inteligência de sempre, dá a seguinte lição: “O art. 94 somente pretendeu imprimir à ação penal por crimes contra o idoso, com sanção abstrata máxima não superior a quatro anos, o *procedimento* da Lei n. 9.099/95, conferindo maior rapidez ao processo. Não seria razoável que, impondo um tratamento penal mais rigoroso aos autores de crimes contra o idoso, contraditoriamente viesse permitir a transação penal, instituto de despenalização (art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais). A ampliação do limite

máximo viria permitir a concessão da roupagem de infrações de menor afetação jurídica a delitos de gravidade, como aborto consentido, furto e receptação simples, rapto, abandono material, contrabando etc. O art. 61 da Lei n. 9.099/95 contém a conceituação de crimes de menor potencial ofensivo para efeito da competência dos Juizados Especiais Criminais. O art. 94 do Estatuto do Idoso disciplina a espécie de procedimento aplicável ao processo, não cuidando de infrações de menor potencial ofensivo. Temos, pois, disposições sobre temas diversos, cada uma impondo regras sobre institutos diferentes, sendo incabível a invocação do princípio da proporcionalidade”.⁸

Na visão de LUIZ FLÁVIO GOMES e THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA, “o Estatuto do Idoso apenas quis emprestar da Lei 9.099/95 o rito dos artigos 77 a 83, chamado de **rito sumaríssimo**, que é mais célere, tendo o litígio uma rápida solução processual”.⁹ Bem por isso, no mesmo trabalho, dentre outras conclusões apresentam as seguintes: 1ª “o conceito de ‘procedimento’ do artigo 94 do Estatuto do Idoso está vinculado com o procedimento *strito sensu* (artigos 77 a 83) da Lei 9.099/95 e não o procedimento *lato sensu* (Audiência Preliminar dos artigos 70/73 da Lei 9.099/95, transação penal, composição civil dos danos e representação nas lesões para **pena máxima de 4 anos**, como sugeriu de início”); 2ª : “continua a vigor no Brasil o conceito de infração de menor potencial ofensivo com pena máxima até 2 anos (artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01) e, ainda, o conceito de infração de médio potencial para embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB), cuja pena máxima é de 3 anos, porém, cabendo nesse caso os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 (artigo 291, parágrafo único da Lei 9.503/97)”.

Cuidando do mesmo assunto e seguindo a mesma linha de raciocínio acima indicada, JAYME WALMER DE FREITAS apresenta as seguintes conclusões em excelente artigo que redigiu¹⁰: “a) O Estatuto somente inovou no campo processual ao ampliar a competência, em razão da matéria, dos Juizados Especiais Criminais, trazendo como consequência a possibilidade de processar e julgar os crimes contra idosos não considerados de menor potencial ofensivo que tenham pena máxima superior a dois anos e igual ou inferior a quatro anos. b) Não alterou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, até o momento, privativo de leis específicas (Lei 9099/95 e 10259/01). c) Não permitiu, a exemplo do Código de Trânsito Brasileiro, que os institutos da composição civil de danos e da transação penal fossem aplicados às infrações que refogem ao âmbito das de menor potencial e apenas até 4 (quatro) anos, mantendo o *status quo* ante inalterado”.

⁸ JESUS, Damásio de. Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2003. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

⁹ GOMES, Luiz Flávio, e CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O estatuto do idoso ampliou o conceito de menor potencial ofensivo?, *in*, <http://www.speretta.adv.br/>

¹⁰ FREITAS, Jayme Walmer. O Estatuto do Idoso e a Lei 9.099/95, *in*, www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=981

No estudo do tema é inevitável mencionar a questão relacionada ao parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, onde se estabeleceu a possibilidade de transação penal e outros benefícios da Lei 9.099/95 em relação a infrações não consideradas de menor potencial ofensivo; direito que acabou reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, desde que satisfeitos os requisitos legais.¹¹

De ver-se, entretanto, que o parágrafo único do art. 291 do CTB faz expressa menção à possibilidade de aplicação do “disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099, de 26 de setembro”, o que não é o caso do art. 94 do Estatuto do Idoso.

7. Conclusão

Embora numa primeira e rápida leitura do disposto no art. 94 da Lei 10.741, de 03 de outubro de 2003, fosse até possível imaginar conclusão diversa, é necessário convir, pelos argumentos acima expendidos, sem prejuízo de outros, que o dispositivo em comento **não ampliou** o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, que hoje permanece intacto, conforme o entendimento ampliativo que se emprestou ao disposto no parágrafo único do art. 2º, da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, sendo injurídica qualquer pretensão de se permitir o instituto da transação penal aos delitos atingidos pela Lei 10.741/03 apenas e tão-somente for força do disposto em seu art. 94.

¹¹ STF, HC 81.510-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 11.12.2001, Boletim Informativo nº 254.