

## **SEM REVISÃO**

# **Infração de menor potencial ofensivo: prevalece o conceito da Lei nº 9.099/95**

Silvio de Cillo Leite Loubeh

Promotor de Justiça – SP

---

Atendendo ao comando constitucional do inc. I do art. 98, o legislador ordinário editou a Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Estadual e conceituou, no seu art. 61, as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Posteriormente, com o advento da E.C. nº 22, de 18 de março de 1999, permitiu a Constituição a criação de Juizados Especiais também no âmbito da Justiça Federal. Com este mister foi editada a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. No entanto, ao editar a nova lei, o legislador criou no par. ún. do art. 2º um novo conceito, mais abrangente, de infração penal de menor potencial ofensivo e deixou claro que o mesmo aplicar-se-ia apenas nos Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal, o que causou uma série de questionamentos na doutrina.

Antes de tudo deve-se esclarecer que nada impede que, a qualquer momento, seja alterado o conceito de infração de menor potencial ofensivo, pois a Constituição deixou tal definição a cargo do legislador ordinário. Para tanto, basta revogar o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95 e, por meio de outra lei ordinária, fixar o novo conceito.

O legislador da Lei nº 10.259/01, entretanto, não substituiu o conceito de infração de menor potencial ofensivo, mas criou um novo conceito a ser aplicado nos Juizados Especiais Federais. Pretendeu que coexistissem dois conceitos diferentes definindo uma mesma coisa. Além da incoerência lógica incompatível com o caráter científico do direito, há evidente ofensa ao princípio fundamental da isonomia.

A ofensa ao princípio isonômico decorre do fato de que agentes que praticassem fatos de igual gravidade receberiam tratamento diverso da lei. Não que esteja vedado à lei, em qualquer circunstância, discriminar situações e submetê-las a tratamentos jurídicos diversos, todavia esta discriminação de situações só estará justificada se houver uma correlação lógica abstrata entre o *discrímen* adotado e a diferença de tratamento prevista na norma legal, segundo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello. O mesmo autor presta o seguinte

---

**Obs.:** Notas explicativas no final do artigo.

esclarecimento: “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles”.<sup>(1)</sup>

Sobre o fator de discriminação, ensina Bandeira de Mello que, “necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes”.<sup>(2)</sup> No caso em estudo o fator erigido pelo legislador como discriminante não diz respeito ao agente, não diz respeito ao bem jurídico tutelado nem à gravidade da conduta, mas diz respeito à competência do órgão julgador. O simples fato de determinado crime estar inserido no âmbito de competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual não é motivo bastante para que a lei confira um tratamento diferenciado.

Situações absurdas se configurariam na prática. Como anotou Victor Eduardo Rios Gonçalves, “se vingasse a diferenciação que a nova lei pretendeu estabelecer, o agente que desacatasse um policial federal seria julgado perante o Juizado Federal com direito a todos os benefícios que disto decorrem [...], enquanto aquele que desacatasse um policial estadual não teria o mesmo direito, uma vez que o desacato possui pena máxima de dois anos”. Em seguida conclui: “esta diferença de tratamento obviamente ofende o princípio da igualdade e evidencia uma total desproporcionalidade na aplicação da norma penal, já que fatos de igual gravidade teriam tratamentos diversos”.<sup>(3)</sup>

Segundo Victor Gonçalves, também se manifestaram pela ofensa ao princípio isonômico Luiz Flávio Gomes, Damásio de Jesus, César Roberto Bittencourt, Alberto Silva Franco, Fernando Capez, Adauto Suanes, Cláudio Dell Orto, Fernando Luiz Ximenes Rocha, José Renato Nalini, Paulo Sérgio Leite Fernandes, Mariana de Souza Lima Lauand e Roberto Podval. Segundo estes autores, a nova definição de infração de menor potencial ofensivo, trazida pela Lei nº 10.259/01, por ser norma posterior incompatível com o art. 61 da Lei nº 9.099/95, deve prevalecer e ser aplicada tanto no âmbito Estadual quanto no Federal.

Concordamos com a premissa, mas não com a conclusão. Para nós é evidente a ofensa ao princípio isonômico e nisto não vamos nos aprofundar mais, pois trata-se de entendimento amplamente majoritário já esmiuçado por notáveis penalistas. No entanto, para nós, a consequência desta premissa é a inconstitucionalidade do par. ún. do art. 2º da Lei nº 10.259/01.

O fundamento jurídico dos autores que pretendem a prevalência do novo conceito trazido pela Lei nº 10.259/01 é o de que a inconstitucionalidade do dispositivo restringir-se-ia à expressão “para os efeitos desta Lei”, constante do par. ún. do art. 2º, com o que, *data venia*, não podemos concordar.

Ao se considerar a expressão “para os efeitos desta Lei” inconstitucional, preservando-se o restante do dispositivo, altera-se totalmente o seu sentido e inverte-se a intenção expressamente manifestada pelo legislador. Dá-se à norma um alcance que ela nunca teve, para abranger situações não previstas pelo legislador. Seria o mesmo, por exemplo, que declarar a inconstitucionalidade da palavra “não” do § 1º do art. 3º da mesma Lei nº 10.259/01 (“Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas...”). Haveria, na hipótese, evidente ofensa ao princípio fundamental da separação de poderes. Estaríamos admitindo, no caso, aquilo que a doutrina e a jurisprudência italiana denominam “sentença manipulativa” (*decisioni manipolative*), consistente em uma técnica de decisão transformadora do significado da lei.<sup>(4)</sup> O princípio fundamental da separação de poderes é, evidentemente, atingido quando se permite que uma decisão judicial “transforme o significado da lei”.

O Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, já se manifestou no sentido de que o Judiciário, quando exerce o controle de constitucionalidade das normas, não pode agir como “legislador positivo”, ainda que isto decorra da simples supressão de uma norma ou de parte dela: “A jurisprudência das turmas desta Corte é firme no sentido de que é vedado a este Tribunal, via de declaração de inconstitucionalidade de parte de dispositivo de lei, alterar o sentido inequívoco da norma. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo” (EAGAA-153334 / RS, Rel. Min. Maurício Correa, j. 20.10.1995, DJ 23.2.1996, pág. 3629).

É esclarecedor o seguinte trecho, extraído da ementa da ADIn 1063-DF: “A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador” (ADIMCQ-1063 / DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.5.1994, Trib. Pleno, DJ 27.4.2001, pág. 57).

No caso em estudo, a supressão da expressão “para os efeitos desta Lei” altera o sentido que o legislador imprimiu à norma, criando uma nova

norma “substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador”, com repercussões práticas gravíssimas que o legislador expressamente pretendeu excluir.

Recorremos mais uma vez à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “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” (HC 76.543/SC, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 3.3.1998, DJ 17.4.1998, pág. 6). Ressalvando-se o fato de que no caso ora em estudo há efetiva ofensa à isonomia, a ementa aponta a única solução possível em face do princípio da Separação de Poderes, qual seja, declarar a inconstitucionalidade da norma que ofende o princípio da isonomia e não estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros crimes.

Não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal pode restringir a declaração de inconstitucionalidade a uma expressão, ou mesmo a uma única palavra, da norma impugnada, como fez na ADIn 1127-8/DF, ao suspender cautelarmente a eficácia da expressão “ou desacato”, contida no § 2º do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Neste caso, entretanto, não foi alterado o sentido do restante do dispositivo nem se alargou o alcance da norma.

Assim, havendo inconstitucionalidade no par. ún. do art. 2º, como há, a solução que se impõe é a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal por via de Ação Direta, com efeitos *erga omnes*, e a utilização, nos Juizados Federais e Estaduais, do conceito de infração de menor potencial ofensivo previsto na Lei nº 9.099/95. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não é provocado a manifestar-se devem os operadores do direito afastar, nos casos concretos, a incidência do dispositivo inconstitucional.

#### NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 6ª tir., 1999, págs. 21-22.
- (2) *Idem, ibidem*, pág. 23.
- (3) VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES. “O Novo Conceito de Infração de Menor Potencial Ofensivo”. Boletim IBCCrim, São Paulo, nº 111, fev/2002, págs. 01-02.
- (4) Cf. J. J. GOMES CANOTILHO. “Direito Constitucional e teoria da Constituição”. Coimbra: Almedina, 4ª ed., [s.d.], pág. 990.