



Lei não altera infração de menor potencial ofensivo

15/01/2004

Em observância ao comando previsto no art. 98, I, da Constituição Federal, foi criada, em 1995, a Lei nº 9.099 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – que, baseada nos princípios da oralidade, simplicidade, celeridade, informalidade e economia processual (art. 2º da Lei), veio com a missão de acelerar a prestação jurisdicional e desafogar o Poder Judiciário, sem, contudo, suprimir ou restringir das partes o direito constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), com todas as garantias que lhe são inerentes.

Esta lei, no campo penal (art. 60 e seg.), recebeu o encargo de conciliar, julgar e executar as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, salvo os com procedimento específico, previstos em lei especial (art. 61).

Em suma, foi-lhe destinada a incumbência de cuidar dos delitos de baixa ofensividade, numa tentativa de instalar a política criminal do Direito Penal Mínimo, segundo a qual o cárcere é destinado apenas aos criminosos realmente perigosos para a sociedade. Assim fica reservado aos demais penas diversas de prisão, como a de multa ou a restritiva de direitos, em substituição ao falido sistema da reeducação e retribuição exclusivamente por meio prisional.

Pois bem, com a entrada em vigor da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001 – Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal -, instalou-se algazarra a respeito do conceito de infração de menor potencial ofensivo, vez que o parágrafo único do art. 2º teria estendido de um para dois o limite de pena máxima cominada aos delitos para que fossem considerados de menor potencial ofensivo.

Essa polêmica, porém, mais doutrinária do que jurisprudencial, foi logo superada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, intérprete maior da Lei Federal, que firmou entendimento segundo o qual o parágrafo único do art. 2º, da Lei nº 10.259/01, derogou o art. 61 da Lei nº 9.099/95 e, deste modo, modificou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, assim considerada, a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.259/01, aquela cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, prevista ou não na Lei nº 9.099/95, como se vê do recente julgamento, verbis:

“Penal. Recurso especial. Lei nº 10.259/01 e Lei nº 9.099/95. Derrogação. Ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Não provimento.

Consoante precedentes firmados por este Tribunal, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo como sendo crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos ou multa, derogou o artigo 61, da Lei n.º 9.099/95, ampliando, destarte, o conceito de tais crimes também no âmbito dos Juizados Estaduais.



Recurso desprovido. (STJ RESP 543075, DJ 10.11.03)”

Nessa senda, ainda: STJ, RESP 541182; CC 38513 e CC 38355.

Além da ampliação do conceito de infração de crime de menor potencial ofensivo, com a redação dada ao parágrafo único, do art. 2º, revogou a ressalva “excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”, antes prevista no art. 61, da Lei 9.099/95, de modo que crimes como porte de entorpecentes (art. 16, Lei 6.368/76), e todos os demais que estejam dentro do novo limite de dois anos de pena máxima, passaram a ser da competência do Juizado Especial Criminal, acabando, expressamente, com a antiga divergência de outrora.

Em janeiro de 2004, entrou em vigor a Lei 10.741 – Estatuto do Idoso – que, a exemplo do que o ECA, Lei 8.069/90, fez pelas crianças e adolescentes, foi elaborado para assegurar e regular os direitos dos idosos, assim considerados aqueles com idade igual ou superior a sessenta anos (art. 1º, Lei 10.741).

Referido Estatuto introduziu alterações no campo penal e processual penal, dentre elas – e que nos interessa no momento – o art. 94, in verbis:

“Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.”

Diante da redação desse artigo é de se indagar: o Estatuto do Idoso alterou, mais uma vez, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, aumentando de dois para quatro o limite da pena máxima do crime para que seja considerado de menor potencial? A partir dele, todo delito cuja pena máxima abstrata não ultrapassar quatro anos se submeterá ao procedimento previsto na Lei nº 9.099/95?

Tudo indica que, a exemplo do rumor causado pela Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais, o Estatuto do Idoso também trará nova algazarra a respeito desse assunto.

Já existem, pelo menos, duas correntes, a saber: a da ampliação e a da não ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo.

A primeira corrente, a da ampliação, argumenta que, se um crime cometido contra um idoso, com pena máxima de quatro anos, submete-se à competência do Juizado Especial, é corolário que o art. 94 da Lei nº 10.741/03 modifica a competência de toda a Lei nº 9.099/95, pelo princípio da isonomia constitucional, pois, assim não fosse, seria mais vantajoso uma vítima idosa, incentivando-se com isso o cometimento de crime contra pessoas idosas, em vez de aplicar-se a agravante. Assim, a partir da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, todos os processos de crimes com pena máxima de quatro anos terão que ser processados na forma da Lei nº 9.099/95.

Já a corrente contrária, a da não ampliação, sustenta que:

“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 de 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 um impondo regras sobre institutos diferentes, sendo incabível a invocação do princípio da proporcionalidade.”

Em que pese ao respeito pelos que defendem a corrente da ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo, parecem mais consistentes os argumentos da corrente contrária, ou seja, da não ampliação. Contudo, necessárias se fazem algumas ponderações, a saber:

1- De fato, o art. 94 do Estatuto do Idoso não redefiniu o conceito de infração de menor potencial ofensivo; estabeleceu apenas que o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 será aplicado aos crimes nele previstos, sempre que a pena máxima abstrata não for superior a quatro anos.

Destaque-se que referido artigo faz a ressalva de que o procedimento da Lei nº 9.099/95 só será aplicado “aos crimes previstos nesta Lei”, ou seja, aos delitos tipificados no Estatuto do Idoso. Logo, delitos tipificados em outras leis, ainda que possuam pena máxima não superior a quatro anos e sejam praticados contra idoso, não se submeterão aos moldes da Lei nº 9.099/95, exceto se a pena máxima não ultrapassar dois anos, conforme entendimento pacífico do E. STJ, firmado após a entrada em vigor da Lei nº 10.259/01.

Assim, por exemplo, não seguirá o procedimento da Lei nº 9.099/95 o processo que apurar crime de furto simples (CP, art. 155 caput) praticado contra um idoso. Por outro lado, se submeterá ao rito da Lei nº 9.099/95 o processo que tratar do delito previsto no art. 98 do Estatuto do Idoso, apenado de 6 meses a 3 anos de detenção.

É um argumento inválido afirmar que o idoso será o escolhido pelos criminosos para ser vítima dos delitos porque o limite de quatro anos de pena máxima só será aplicado quando se tratar dos crimes especiais previstos no Estatuto do Idoso. Para qualquer infração penal prevista fora dele, valem as leis gerais. Deste modo, se o idoso for vítima de um furto simples, o criminoso será processado pelo rito ordinário (394 a 405 e 498 a 502, do CPP), mas terá a pena agravada, nos termos do art. 61, III, h, do Código Penal. O procedimento previsto no art. 94 da Lei nº 10.741 não incidirá no caso. Portanto, continua sendo mais grave furtar um idoso do que alguém de idade média.

2- O tratamento mais rigoroso, exigido para aquele que praticar um delito contra o idoso, encontra-se na quantidade das penas fixadas nos delitos previstos no Estatuto do Idoso,

substancialmente maiores do que as previstas nos tipos genéricos do Código Penal; não na possibilidade ou não da transação. Como exemplo do que se afirma, pegue-se o art. 97 caput do Estatuto do Idoso, cuja pena vai de 6 meses a 1 ano e multa; já o delito previsto no art. 135 do Código Penal, é apenado de 1 a 6 meses ou multa. Sensível, destarte, o tratamento mais rigoroso para aquele que deixar de prestar assistência ao idoso, delito especial em relação ao art. 135 do CP, conforme manda o princípio da especialidade, segundo o qual a lei especial afasta a aplicação da geral.

Portanto, não há falar em contradição no fato de o Estatuto do Idoso admitir transação penal ao autor de fato típico nele previsto. Contraditório, data venia, é afirmar que a Lei nº 10.741/03 admite o procedimento da Lei nº 9.099/95, mas veda a transação penal, um dos mais inerentes institutos dessa Lei.

Até porque transação penal não é sinônimo de impunidade ou de tratamento invariavelmente mais benigno para o autor do fato típico. Bem aplicada, pode surtir grandes efeitos, máxime se considerado o dogma segundo o qual a eficácia do Direito Penal está diretamente ligada à rapidez da aplicação da sanção ao autor do delito.

Assim, por intermédio da transação penal, aplica-se imediatamente ao autor da infração penal pena pecuniária ou restritiva de direitos, ao passo que, no rito ordinário, é comum verificar a extinção da punibilidade pela prescrição (CP 107, IV), e conseqüentemente, a não aplicação de qualquer pena, o que gera o descrédito do Direito Penal e, conseqüentemente, da fé na Justiça.

Ora, se o Poder Judiciário não aproveita todo o potencial da transação penal como meio de combate ao crime, e se limita a fixar apenas as “cestas básicas” ou multas baixíssimas como pena, deixando de aplicar outras mais significativas, como as restritivas de direito, é caso de melhor se aplicar a Lei; não de tachá-la de ineficaz ou de criadora de impunidade. Além disso, saliente-se que, como a lei prevê, sem restrições, a aplicação do procedimento da Lei nº 9.099/95 aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, não pode o aplicador da lei, ao seu alvitre, simplesmente suprimir do rito desse procedimento a transação penal, pois ensejaria irreparável lesão ao direito constitucional da ampla defesa (CF 5º, LV), já que se estaria vedando ao autor do fato acesso ao instituto da transação penal, que está contido no procedimento da Lei nº 9.099/95.

Insustentável, portanto, a tese de que a transação penal, enquanto sanção, é, sempre, menos eficiente que a penal final a ser fixada na sentença proferida ao longo do devido processo legal, em seu rito ordinário. Por conseqüência, não há óbice algum em aplicá-la também aos delitos previstos no Estatuto do Idoso.

3- O Estatuto do Idoso, em seu art. 94, não fere o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º caput) que, segundo Aristóteles, consiste em tratar de forma igual os iguais, e de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

O citado art. 94 do Estatuto do Idoso, diferentemente do parágrafo único do art. 2º, da Lei nº 10.259, não fez surgir dois conceitos de crimes de menor potencial ofensivo, o que acarretaria a

quebra do princípio da igualdade; apenas previu a aplicação do procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 para os crimes nele previstos que tenham pena máxima não superior a quatro anos.

Portanto, buscar-se aqui o mesmo raciocínio de lesão ao princípio da isonomia, utilizado quando da entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01), representa, data venia, engano.

A Lei nº 10.259/01, em seu artigo 2º, parágrafo único, definiu o novo conceito de crime de menor potencial ofensivo, verbis:

“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.”

Note-se que a redação do artigo acima é clara quanto à definição do conceito de infração de menor potencial ofensivo; a do art. 94, do Estatuto do Idoso, porém, nada define; apenas determina que o procedimento da Lei nº 9.099/95 será utilizado nos delitos nele previstos, com penas não superiores a quatro anos. O quadro é bem diverso.

Quando da entrada em vigor da Lei nº 10.259, verificou-se a possibilidade de um mesmo crime receber tratamento diferenciado, conforme a competência para processá-lo fosse Federal ou Estadual, o que realmente feriria a igualdade, pois, a título de exemplo, pegue-se o delito de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal. Se praticado contra funcionário público federal, o procedimento a seguir seria o da 9.099/95; por outro lado, se a vítima fosse um funcionário público estadual, seria aplicável o procedimento do rito ordinário. Essa situação, de fato, geraria odiosa lesão ao princípio da isonomia, uma vez que autores de um mesmo crime receberiam tratamento diferente da lei.

Mas isso não se verifica no art. 94 do Estatuto do Idoso, porque ele não dá ensejo a que o autor de um mesmo crime receba diferente da lei conforme a circunstâncias do caso concreto; pelo contrário: todos os que cometerem um dos delitos previstos no Estatuto do Idoso receberão idêntico tratamento da lei. E é justamente nisso que consiste o princípio da igualdade, pois, como preleciona Alexandre de Moraes:

“A Constituição Federal 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” (Direito Constitucional, 9a Ed., Atlas, pág. 62)

O tratamento desigual, no caso, consiste na justificada quantidade superior de pena cominada aos delitos previstos no Estatuto do Idoso, sendo muitos desses novos crimes infrações especiais em relação às já anteriormente estipuladas no Código Penal. Mas isso não fere o princípio da igualdade, de sorte que também pelo princípio da isonomia não se pode admitir a extensão do conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Conclusão

O art. 94, do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.417/03, não ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, pois:

- a) não redefiniu o conceito de infração de menor potencial ofensivo; estabeleceu apenas que o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 será aplicado aos crimes nele previstos, quando as penas máximas abstratas não forem superiores a quatro anos. Não há que se confundir aplicação do procedimento da lei nº 9.099/95 com alteração do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Entender o contrário é forçar, extrapolar, dar à lei alcance que ela não tem, nem pretendeu ter.
- b) é cabível a transação penal nos crimes previstos no Estatuto do Idoso, pois o tratamento mais rigoroso, exigido para aquele que praticar um delito contra o idoso, encontra-se na quantidade das penas fixadas nos delitos previstos no Estatuto do Idoso, substancialmente maiores do que as previstas nos tipos genéricos do Código Penal; não na possibilidade ou não da transação;
- c) não fere a isonomia, na medida em que todos que praticarem um delito previsto no Estatuto do Idoso receberão idêntico tratamento da lei. Logo, não há que se falar em extensão do conceito de infração de menor potencial ofensivo pelo princípio da isonomia.

Agora, resta-nos aguardar a opinião dos Doutos e as decisões dos Tribunais. Está lançada a discussão que, em momento algum, se pretendeu encerrar com essas despretensiosas linhas.

Bibliografia

1- Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. 9a ed.: Atlas. 2- 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: [Complexo Jurídico Damásio de Jesus](#)

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2004-jan-15/lei_ao_altera_infracao_menor_potencial_ofensivo/