

DIREITO PENAL/DIREITO PROCESSUAL PENAL

A NOVA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS NÃO AMPLIOU O CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Odone Sanguiné
Procurador de Justiça/RS

Sumário:

1. Introdução
 2. A tese da ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo
 3. A definição de infração de menor potencial ofensivo se restringe unicamente ao âmbito federal
 - 3.1 A Constituição Federal outorgou à lei federal permissão para regular a matéria somente no âmbito da Justiça Federal
 - 3.2 A *ratio* da repartição de competência constitucional entre justiça federal e estadual e ausência de vulneração do princípio da isonomia
 4. Inconstitucionalidade parcial do parágrafo único do art. 2º, da Lei nº 10.259/2001
-

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 10.259/2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal (doravante LJF), provavelmente a questão mais relevante e mais discutida que surgiu foi a da ampliação ou não do conceito de infração de menor potencial ofensivo. A preexistente Lei dos Juizados Especiais Criminais já definira, no âmbito estadual, em seu art. 61, como infrações de menor potencial ofensivo, as infrações penais com

pena corporal máxima de um ano, enquanto a LJJ dispõe que se consideram infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos.

No âmbito de nossas atribuições junto à 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, não obstante a rápida difusão da tese de que teria ocorrido ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo pela derrogação do art. 61 da Lei n. 9.099/1995 pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/2001, após refletir sobre o assunto, elaboramos parecer refutando-a. Nossa opinião – completamente isolada no início – mereceu acolhida em alguns votos vencidos proferidos em julgamentos no Tribunal de Justiça do Estado, revelando que se tratava de tese, pelo menos, plausível. Mais recentemente, duas Câmaras Criminais se posicionaram no mesmo sentido da tese por nós defendida.

Ademais, interpusemos diversos Recursos Especiais – todos eles já admitidos – e que serão em breve apreciados pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça. Enquanto esperamos pelo pronunciamento da Corte Superior, atendendo sugestão de alguns colegas, deliberamos levar à publicação o texto do parecer, com leves modificações, para meditação dos colegas juristas.

2. A TESE DA AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.

A doutrina amplamente majoritária opina que o § 2º da Lei nº 10.259/2001 derogou tacitamente a parte final do art. 61 da Lei nº 9.099/95, ampliando, portanto, o conceito de infrações de menor potencial ofensivo. Desta maneira, segundo o estabelecido pela nova Lei dos Juizados Federais, *consideram-se infrações de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*. Por conseguinte, os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum Estadual passam a ter competência sobre todos os crimes sancionados com, no máximo, pena detentiva até dois anos, ainda que tenham procedimento especial. Inconstitucional o disposto no art. 20 da LJJ, segundo a qual a lei nova não se aplica aos Juizados Especiais Criminais da Justiça Estadual.

O fundamento jurídico para tal tese se apóia no *princípio da igualdade ou isonomia*. Se o crime da mesma natureza é julgado pelas Justiças Estadual e Federal, deve receber o mesmo tratamento jurídico. Crimes exatamente idênticos (desobediência, desacato, assédio sexual,

porte de drogas para uso pessoal, porte ilegal de arma de uso permitido etc.) não podem ter tratamento diferenciado só porque a vítima de um deles é funcionário público federal enquanto a outra é estadual, porque o crime ocorreu em terra ou dentro de um avião etc. Não se poderia admitir – segundo os defensores dessa tese – 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 atingidos. O valor do bem e a intensidade do ataque é a mesma. Fatos iguais devem receber tratamento isonômico (Luiz Flávio Gomes: Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos, RT, 2002, p. 21; Damásio de Jesus: Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, Saraiva, 2002, p. 22, dentre outros fatores dessa postura). Essa foi também a tese acolhida pelo enunciado 46 dos magistrados brasileiros coordenadores dos Juizados Criminais: *“A Lei 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, excetuados aqueles sujeitos a procedimento especial”*, seguida, igualmente, pelo Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Estado. A 5ª Câmara Criminal do TJRGS também entendeu que *“com o advento da Lei 10.259/01, restou ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, por exigência da isonomia”* (RSE nº 70003736428, j. em 20.02.2002, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).

3. A DEFINIÇÃO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO SE RESTRINGE UNICAMENTE AO ÂMBITO FEDERAL

Pensamos, pelo contrário, que a definição de infração de menor potencial ofensivo se circunscreve ao âmbito dos Juizados Especiais Federais, sem alterar a definição preexistente no art. 61 da Lei nº 9.099/95, que continua, portanto, em vigor no âmbito da Justiça Estadual.

Em primeiro lugar, a LJP deixou claro que o conceito de infrações de menor potencial ofensivo aplicar-se-ia unicamente ao âmbito da justiça federal, como se deduz de seus próprios termos.

Por outro lado, 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 cientificado o 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 (STF, RE 173.252/SP, rel. Min. Moreira Alves). Não pode, porém, o intérprete alterar conceitos legais pela via jurisdicional. Por isso, a solução não consiste na ampliação da definição legal de infrações de menor potencial ofensivo no âmbito da Justiça Estadual, mas na supressão de uma das leis ou mesmo na edição de uma nova lei, corrigindo o desequilíbrio de tratamento dado aos autores de crimes. Em consequência, a eventual incoerência do legislador, sendo mais condescendente com os possíveis autores de crimes federais, não autorizaria 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, ampliando os limites do art. 61 da Lei nº 9.099/95 (*Vid.*, nesse sentido, Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian, em artigo publicado *in www.direitocriminal.com.br*). Acolheu esse ponto de vista, o Entendimento Uniforme nº 08/02, da 3ª Procuradoria de Justiça de São Paulo, tornado público pelo Aviso nº 62/02 da Procuradoria Geral de Justiça, DOE de 05.02.2002, p. 35, conforme o qual “se por hipótese uma lei ofende o princípio da isonomia e se revela inconstitucional, não pode o juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros crimes e a outras penas, não previstos pelo legislador. É que nesse campo o juiz atua como legislador negativo, apenas lhe sendo lícito declarar a inconstitucionalidade da lei. É defeso ao julgador atuar como legislador positivo, como poder criador, ampliando os efeitos da decisão de forma a açambarcar outras hipóteses não previstas na lei. De outro modo o Judiciário se tornaria um superpoder, quebrando a independência e a harmonia entre os poderes da República”.

A meu ver, e sem prejuízo dessas considerações, a solução correta somente pode ser encontrada desde a perspectiva da hermenêutica constitucional e do sistema federativo acolhido na Carta Magna, conforme passamos a explicar.

3.1. A Constituição Federal outorgou à lei federal permissão para regular a matéria somente no âmbito da Justiça Federal

O parágrafo único do art. 98 da CF, acrescentado pela EC nº 22/1999, estabeleceu que “*Lei federal disporá sobre a criação de juizados*

especiais no âmbito da Justiça Federal”. Até então, o permissivo constitucional somente autorizava que a criação de juizados especiais a nível estadual, o que se consolidou com a Lei nº 9.099/95. Por conseguinte, resulta claro que o constituinte permitiu que a lei federal regulasse a matéria de juizados especiais no “*âmbito da Justiça Federal*” (vid. GLAUBER PESSOA ALVES, Francisco: “Constitucionalidade da Lei nº 10.259/01: desvirtuamento do princípio isonômico, interpretação equivocada e juízes-legisladores”, in *www.jus.com.br*). Precisamente o art. 2º da Lei nº 10.259/01, explicitou que a competência do Juizado Especial Federal se circunscrevia a “processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo”, não se estendendo, obviamente, aos crimes de competência da justiça estadual. Além disso, o parágrafo único do art. 2º definiu 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*”. Por último, embora com impropriedade técnica, a última parte do art. 20 da nova lei determina que está “*vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual*”. Em conseqüência, tem-se que o próprio parágrafo único do art. 98 da CF autorizou o *discrímen*, que tem base também no próprio sistema constitucional de repartição competencial.

3.2. A *ratio* da repartição de competência constitucional entre justiça federal e estadual e a ausência de vulneração do princípio da isonomia

A primeira delimitação competencial realizada pela Constituição Federal leva em conta a natureza da lide. É a fixação da competência *ratione materiae* no plano constitucional. Assim, a competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF), militar (art. 124 CF e 125, § 4º, da CF) e os crimes de competência da Justiça Federal elencados no art. 109 da CF. Os crimes que não forem da competência dessas Justiças, ou ainda da Justiça Eleitoral, serão da competência da Justiça Estadual (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: Manual de Processo Penal, Saraiva, 2001, p.169).

A competência em razão da matéria determina a distribuição da jurisdição penal entre os distintos órgãos, considerada a *indole* e a *gravidade* do crime. Essa distribuição do poder jurisdicional se faz por *dúplice* critério: *qualitativo* e *quantitativo*, ou seja, em razão da *indole do crime*, quando, *independentemente da gravidade da infração*, a atribuição

da jurisdição se faz em relação ao *bem jurídico atingido* ou a uma *particular situação do sujeito ativo*. O critério qualitativo leva em consideração a *medida da pena* como único parâmetro objetivo para aferir a *gravidade* do crime (XAVIER DE AQUINO, José Carlos G. Xavier/RENATO NALINI, José: *Manual de Processo Penal*, Saraiva, 1997, p.114). Convém recordar que a Justiça Federal foi criada para assumir as causas que a nossa Constituição Federal vigente identifica como *assuntos de alto grau de importância para a nação* (APRIGIO LIMA, Gilmar: *Organização Judiciária*, Síntese, 1999, p. 57). Conforme o art. 109 da CF, aos juízes federais compete processar e julgar “IV – “os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira: (...) IX – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro. Portanto, um crime de dano contra o INSS, por exemplo, que afete um bem, serviço ou interesse da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, cai na órbita de competência da Justiça Federal. Um crime de desacato ou corrupção ativa cometido contra funcionário federal relacionado com sua função, é da competência da Justiça Federal (Súmula nº 147 do STJ) porquanto se estima que *os atos ilícitos repercutem em serviço ou interesse da União* (RTJ 125/1.088); Os crimes contra a organização do trabalho ou decorrentes de greve (arts. 197 a 207 do CP) serão da competência da Justiça Federal *somente quando ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e os deveres dos trabalhadores*, de maneira que estão excluídos dessa competência os crimes que atingem apenas *determinado empregado* (RTJ 94/1.218; JSTJ 18/201; 26/227). Assim, o crime de falsificação de carteira de trabalho, mediante anotação falsa, não é da competência federal porque não lesa qualquer bem, serviço ou interesse da União. O crime de dano contra prédio da União, cometido durante uma greve, será de competência da Justiça Federal, mas se atingir pessoas isoladamente não. O crime de falso testemunho cometido em processo trabalhista perante Juiz do

Trabalho *atenta contra a administração da Justiça especializada da União Federal*, competindo seu processo e julgamento à Justiça Federal (Súmula 165, STJ). O crime de sonegação fiscal, relativo a tributo da competência da União, praticado por Prefeito Municipal, desloca a competência para a Justiça Federal. Entretanto, crime de desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal, compete à Justiça Estadual (Súmula 209, STJ). O crime de furto de coisa em poder de servidor da ECT, *empresa pública da União*, em pleno exercício das funções, atrai a competência da Justiça Federal, uma vez que causa *detrimento de serviços e interesses da União*. Por fim, compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que indígena figure como autor ou vítima (Súmula nº 140, STJ). Não obstante, tratando-se de *genocídio de indígenas*, a competência é da Justiça Federal. Também quando os crimes praticados por indígenas envolvem disputa de interesses de suas comunidades, tal como conflito sobre terras indígenas, a competência é da Justiça Federal. O tráfico internacional de drogas é da competência federal precisamente porque *atinge interesses da União, embora o bem jurídico seja nos dois casos a saúde pública*. Apesar de que se trate de mesmo bem jurídico protegido, *a repercussão da lesão ao bem jurídico é completamente diferente*. Nesses casos, não se trata apenas de lesão ao bem jurídico individual, mas que transcende ao indivíduo por atingir (secundária ou mediatamente) interesses coletivos ou difusos de maior relevância e que justificam, em geral, penas mais graves. Essa *ratio* da atribuição de competência à Justiça Federal e não à Estadual.

Portanto, há um *aspecto comum* que identifica esse *rol de crimes* que a Constituição Federal indicou como de sua competência da Justiça Federal: trata-se de infrações penais praticados em *detrimento de serviços e interesses da União* ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas ou *crimes que envolvam matérias de alto interesse nacional*, tais como um crime previsto em Tratado Internacional, contra a organização do trabalho, sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, cometidos a bordo de navios ou aeronaves etc.

Portanto, no plano normativo é possível identificar uma *diferença valorativa na lesão dos bens jurídicos*, isto é, nos crimes de competência da Justiça Federal sempre é necessário que haja uma *lesão que transcenda a ofensa individual ao bem jurídico e que atinja, portanto, bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades ou empresas públicas*.

Inclusive, atualmente se preconiza a inclusão na competência da Justiça Federal dos *crimes contra os direitos humanos*, por sua repercussão

internacional e, portanto, para os interesses do governo e nação brasileira. Tem-se aí mais um exemplo de que se trata de bens jurídicos coletivos ou difusos nitidamente diferenciados dos crimes comuns que protegem bens individuais cuja competência é da Justiça Estadual. Precisamente o reconhecimento de bens jurídicos difusos ou coletivos e a necessidade de sua proteção penal é que levou à incriminação e ampliação da tutela penal, na moderna sociedade de risco, dos crimes de perigo abstrato, com a conseqüente modificação e reestruturação dos princípios de garantia da dogmática penal clássica. Nos casos de competência federal, muitas vezes, o que se protege não são bens jurídicos individuais, mas sim que transcendem a lesão de um só indivíduo, como ocorre em matéria ambiental, do consumidor, econômico-financeira etc. Nesses casos, a necessidade de proteção antecipada surgiu até mesmo da impossibilidade de identificação das vítimas lesadas. Logo, é um equívoco equiparar bens jurídicos distintos ou que, pelo menos, atingem, além da lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, também mediatamente *bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades ou empresas públicas*.

Por conseguinte, há uma base razoável para a discriminação legislativa realizada pela nova lei.

A desigualdade legislativa ocorre quando a norma distingue sem uma razão objetiva razoável. Os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado. Pelo contrário, as normas que criem distinções arbitrárias, sem uma finalidade razoável, serão consideradas inconstitucionais desde a perspectiva do *princípio da igualdade*.

O princípio de igualdade não quer dizer que toda desigualdade constitua necessariamente uma discriminação, pois não se proíbe toda diferença de tratamento no exercício dos direitos e liberdades, mas que a igualdade somente é violada quando ditas discriminações estão desprovidas de uma justificação objetiva e razoável. O *juízo de razoabilidade* se converte, destarte, em um elemento determinante para poder apreciar a violação do princípio da igualdade. Esse juízo de razoabilidade suscita a questão da desigualdade nas hipóteses de fato, a desigualdade nas conseqüências jurídicas e a relação de proporcionalidade que deve existir entre os meios empregados e a finalidade perseguida. Portanto, a falta de razoabilidade exige três requisitos: a) que exista a desigualdade; b) que haja motivos para pretender a igualdade

(teste da relevância) e que não exista uma justificação de dita desigualdade (teste da razoabilidade) (Enrique Álvarez Conde: *Curso de Derecho Constitucional*, volumen I, 3a ed., Tecnos, Madrid, 1999, pp. 313-314; idem, Francisco Balaguer Callejón *et alii*: *Derecho Constitucional*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1999, p. 75).

A meu ver, há motivos razoáveis para que o legislador estabeleça uma diferenciação conceitual quando se trata de crimes de competência da justiça federal em função do tipo de bem jurídico protegido (crimes políticos, previstos em tratado ou convenção internacional, crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira) ou da repercussão da lesão ao bem jurídico (infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquica ou empresas públicas), por envolver relações de direito penal internacional (crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro) ou porque pela condição especial do sujeito passivo atinge bens, interesses ou serviços da União etc.

Como se deduz, trata-se de categorias jurídicas diversas em razão de serem vítimas com características distintas (funcionário estadual x funcionário federal, no exemplo paradigma da doutrina majoritária aqui criticada). Por fim, convém lembrar que o legislador seguiu a lógica do Estado federativo e não unitário. Não se trata do mesmo nível. Observe-se que o *Estado de defesa* (art. 136 da CF) pode ser decretado para preservar a ordem pública em '*locais restritos e determinados*' enquanto o *Estado de sítio* (art. 137 da CF) somente é cabível no caso de '*comoção grave de repercussão nacional*' ou '*declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*'. Aqui também pode o legislador estabelecer uma definição diversa para os crimes de competência federal, estabelecendo regras peculiares.

Em conclusão, o *discrímen* legislativo da nova lei é razoável e proporcional, resultado adequado ao sistema constitucional federativo, um conceito dual de infração de menor potencial ofensivo, um da justiça federal (Lei nº 10.259/2001) e outro da justiça estadual (Lei nº 9.099/95). Rejeita-se, pois, a tese da suposta inconstitucionalidade.

No plano da interpretação infraconstitucional, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo também rejeitou a criticada interpretação extensiva, declarando que "não se pode, em princípio, trasladar uma regra cujo teor se restringe, expressamente, aos efeitos

próprios de uma determinada lei, para repercutir sobre efeitos de outra lei (...). Não se pode, *simpliciter*, estender essa previsão para derogar, com apoio em preceito específico, situações de outra lei que não se acham indicadas pela nova normativa (...). Se o legislador da Lei 10.259/01 quisesse modificar integralmente o conceito de ‘infração de menor potencial ofensivo’, teria omitido a singular nota exceptiva que se acha nos termos ‘para os efeitos desta lei’, palavras inseridas na regra do parágrafo único do art. 2º da referida Lei 10.259, robustecidas no art. 20 do mesmo Diploma normativo. Mas, ao exprimir-se dessa forma, indicou o legislador penal o carácter exceptivo da nova regulativa. E o que excepciona, como visto, não modifica o que consta do direito comum. O que surpreende, ao fim, é o fato de que certa doutrina cogite de uma aplicação analógica da regra inscrita no parágrafo único do art. 2º, da Lei 10.259/01, não para regular uma situação lacunosa mas para derogar outra regra jurídica de direito. Ora (...) a circunstância de decidir-se, concretamente, sobre a pertinência de uma dada aplicação analógica – e não apenas sobre sua admissibilidade – exige um argumento de fundo, que não se satisfaz com a exclusiva motivação da favorabilidade de um preceito. Bastaria averbar, nesse campo, que o argumento de analogia – seja *a pari*, seja *a fortiori* – tem exatamente como contrapartida ‘formal’ o argumento *a contrario sensu*. Sem lacunaridade regulativa de tema para a qual se possa transportar, a analogia é formalmente inviável. Por definição, a analogia supõe a lacunosidade, e, no caso *sub examine*, longe de faltar, a Lei 9.099/95, prevê expressamente a figura do ilícito de pequeno potencial ofensivo (art. 61)” (HC 398.760-7, 11ª CC, TACrim-SP, j. 25.02.2002, rel. Juiz Ricardo Dip, unânime).

Aliás, tratando-se ambas de leis especiais com âmbito de regulação diferente, um federal e outro estadual, difícil sustentar derrogação da Lei nº 9.099/95. A Primeira Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal já decidiu que “A lei federal que instituiu os juizados especiais federais nada dispôs sobre os juizados especiais já existentes nos Estados, a eles não tendo aplicação, ressalvado eventual direito subjetivo dos infratores da lei penal a aplicação de disposições de natureza penal contidos na referida lei, o que independe do limite da competência do órgão judiciário perante o qual deva ser ou esteja sendo processado. Não existe princípio constitucional algum que determine aos estados adotarem, para seus órgãos judiciários, competência fixada em parâmetros assumidos pela legislação infraconstitucional para determinar a

competência de órgão da justiça da União. A não ser que a lei federal, com atribuição privativa para legislar sobre direito processual, assim o determine. E ocorre exatamente o contrário. A lei federal em comento deixa claro destinar-se exclusivamente a instituir e regular o funcionamento dos juizados especiais no âmbito da União, vedando expressamente sua aplicação no juízo estadual. No concernente a competência dos juizados especiais da justiça dos Estados nada foi alterado pela lei nova, que a eles não tem aplicação” (Conflito de Competência nº 70003921616, Primeira Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Ranolfo Vieira, em 27-03-2002).

Recentemente, também a egrégia 1ª Câmara Criminal do nosso Tribunal seguiu o mesmo entendimento aqui defendido: *“CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE VARA CRIMINAL E JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. LEI Nº 10.259/2001. NÃO ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA ESTADUAL. A Lei 10.259/2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, não alterou a competência desses Juizados no plano da Justiça Estadual. Nem poderia fazê-lo, eis que expressamente vedada a aplicação da lei no juízo estadual, a teor do art. 20. Conflito de competência julgado procedente”*. (Conflito de Competência e Atribuição nº 70004114229, 1ª C.Criminal, Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, j. em 24-04-2002).

4. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI Nº 10.259/2001

Uma solução que se mostra acertada é a apresentada por Marcellus Polastri Lima, segundo a qual é o parágrafo único do art. 2º da LJP que fere o princípio constitucional da isonomia, se entendermos que se aplica a delitos de incidência comum a ambas as Justiças (Federal e Estadual), estaríamos dando tratamento diferenciado, no âmbito da Justiça Federal, em detrimento da Justiça Comum para delitos com o mesmo bem jurídico lesionado.

Se é a interpretação de que o novo conceito da LJP se aplica na esfera federal a todos os crimes federais (e não só aos típicos ou específicos da competência federal) que provoca inconstitucionalidade, basta considerar o dispositivo da LJP, nesta parte, ou com esta interpretação, inconstitucional. Não se trata de incompatibilidade de leis constitucionais, mas de incompatibilidade da LJP que quebra um

princípio constitucional com outra Lei (9.099/95) perfeitamente constitucional. Havendo quebra de isonomia, a inconstitucionalidade estaria na lei posterior (LJF) e não na Lei nº 9.099/95 que já estava vigente. Seria um contra-senso, por outro lado, utilizar-se de uma norma inconstitucional para se interpretar que houve derrogação de outra norma perfeitamente constitucional, sendo que a inconstitucionalidade foi provocada por aquela norma posterior.

Em síntese, segundo o autor mencionado, o novo conceito de delito de pequeno potencial ofensivo da Lei nº 10.259/2001 é perfeitamente constitucional ou válido para os delitos específicos de competência federal ou para aqueles que só desafiam sua competência, mas, quando aplicado, na Justiça Federal, a delitos de incidência comum a ambas as Justiças (Estadual e Federal), seria inconstitucional. Ou seja, ocorre uma *inconstitucionalidade parcial* na aplicação do dispositivo da Lei Federal para crimes federais que também podem ter a competência estadual. Portanto, a solução consiste em se declarar, caso a caso, a inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a *nulidade parcial do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/2001, sem redução de texto*, tornando-o mais restrito, *para abranger somente os crimes típicos da Justiça Federal*. Portanto, *seria inconstitucional se pretender estender o novo conceito de infração de pequeno potencial ofensivo a crimes que também podem ser julgados na Justiça Estadual*. Assim, os delitos políticos, o delito de ingresso e permanência irregular de estrangeiro, o delito de contrabando em aeronaves, os delitos da Lei 7.492/86, etc., seriam abrangidos pelo novo conceito, mas, ao revés, *v. gr., os delitos de desacato contra funcionário federal ou de assédio sexual cometido em aeronave comercial, ficariam fora da incidência do Juizado Federal, já que aos mesmos, continuaria se aplicando o conceito tradicional da Lei nº 9.099/95*. Dessa forma, será preservada a vontade do legislador e evitada a balbúrdia jurídica consistente em incluir condutas que o legislador pretendeu tornar de *médio potencial ofensivo* como, por exemplo, os delitos de porte de arma (Lei nº 9.437/1997), antes mera contravenção, e o de assédio sexual criados após a Lei nº 9.099/95.

A melhor solução, portanto, não é a opção de se ampliar o conceito de pequeno potencial ofensivo no âmbito dos Estados, como forma de se preservar o princípio da isonomia, solução que vulnera a vontade do legislador, e estende para lei constitucional os efeitos de uma lei inconstitucional. A técnica da declaração de inconstitucionalidade, com nulidade parcial sem redução de texto, encontra previsão no art. 28,

parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 e tal *controle difuso de constitucionalidade* vem sendo adotada pelo STF. Trata-se de '*anulação parcial qualitativa*', isto é, quando a norma, no seu conjunto, não deve ser aplicada a certa situação, por tal aplicação ser inconstitucional. Este controle difuso da constitucionalidade pode ser feito *caso a caso*, mesmo pelos Tribunais de Justiça, não sendo imprescindível a suscitação do incidente de inconstitucionalidade. A solução preconizada é a única capaz de preservar a vontade do legislador e o sistema dos Juizados Especiais Criminais, bastando que os Tribunais declarem parcialmente inconstitucional o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/2001, *reduzindo sua interpretação para abranger somente as infrações específicas ou aquelas que desafiam somente a competência da Justiça Federal, sem incidência no âmbito da Justiça dos Estados, e deste modo não haverá ofensa ao princípio da isonomia*, permanecendo o texto intocável em sua literalidade. Caso contrário, teremos um inchaço dos Juizados Especiais Criminais contra a intenção inequívoca do legislador (*Vid.* LIMA, Marcellus Polastri: "A Lei nº 10.259/2001 e a pretendida ampliação do conceito de infração de pequeno potencial ofensivo da Lei nº 9.099/1995", *passim*, in www.ibccrim.org.br).