

Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso)

ALEXANDRE COUTO JOPERT (*)

Sabe-se que no dia 12 de julho de 2001 foi sancionada, e publicada no dia seguinte, a Lei n.º 10.259/01, disciplinando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

Da análise dos dispositivos a ela concernentes, percebeu-se, desde logo, que, apesar do legislador ter restringido seu alcance às ações e processos de competência da Justiça Federal, o novo diploma legal acabou por promover substanciais alterações na Lei n.º 9.099/95, mormente quanto ao novo conceito de infração de menor potencial ofensivo.

De fato, com o advento da Lei n.º 10.259/2001, o legislador ordinário voltou a conceituar as infrações penais de menor lesividade, em tese restrito ao âmbito federal, promovendo expressivo alargamento em seu conceito para abranger, também, os crimes cuja pena máxima cominada não fosse superior a 2 (dois) anos, e aqueles apenados alternativamente com multa. Vejamos o que diz o parágrafo único, do artigo 2º do aludido diploma legal:

“Art. 2º [...]

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, *os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.*” (grifo não-original).

Sobre o assunto, embora tenham sido erguidas isoladas vozes de resistência, a doutrina quase unânime concluiu pela inequívoca derrogação do art. 61, da Lei 9099/95, afirmando que a partir da entrada em vigor da Lei n.º 10.259/01, numa visão sistêmica do ordenamento jurídico, seriam infrações penais de menor potencial ofensivo: 1) As contravenções penais; 2) Os crimes punidos com pena privativa de liberdade, cuja pena máxima não fosse superior a 2 (dois) anos, independente de terem ou não procedimento específico.

O tema parecia se encontrar pacificado.

Todavia, em janeiro de 2004 passou a vigor a Lei n. 10.741/03, tida como Estatuto do Idoso, que, em seu Título VI, elencou uma relação de crimes, em que os idosos figurariam como sujeitos passivos, fixando as respectivas sanções penais. Nesse âmbito, o art. 94 da noticiada legislação, reacendendo a celeuma sobre a definição de menor lesividade, trouxe a seguinte determinação:

“Art.94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n.9099, de 26 de setembro de 1995 (GN), e, no que couber, as disposições do Código Penal e Código de Processo Penal”

Ora, ao inserir referido comando legal, o legislador ordinário nada mais fez, senão considerar que os crimes capitulados no Título VI, do Estatuto do Idoso, cujas penas máximas não ultrapassem quatro anos, devem ser reputados infrações de menor potencial ofensivo, seguindo, assim, o procedimento previsto na Lei 9099/95.

Não é difícil concluir, portanto, que, ainda que involuntariamente, o legislador acabou por promover um alargamento ainda maior na conceituação de infração de menor lesividade, englobando todos os crimes cujas penas máximas não ultrapassem 04 anos, sejam eles de competência da Justiça Federal ou Estadual, estejam eles inseridos ou não no Título VI, da Lei n. 10.741/03. Assim sendo, devem ser considerados tacitamente derogados o art. 61, da Lei 9.099/95, bem como o art.2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01.

Poder-se-ia alegar que as disposições da Lei n.º 10.741/03 não têm o condão de derogar os preceitos determinados pela Lei n.º 9.099/95, uma vez que aquela tem aplicação específica aos crimes capitulados no próprio Estatuto do Idoso, haja vista que o novo diploma, ao determinar a observância do procedimento sumaríssimo para os injustos cujas penas máximas não excedam 04 anos, faz a expressa ressalva de que o aludido comando é aplicável “para os crimes definidos nesta Lei” (art. 94).

Trata-se, no entanto, de argumentação falha e, portanto, inaceitável.

De fato, a Constituição brasileira de 1988 consagrou a chamada igualdade substancial ou real em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, em homenagem ao princípio da isonomia, devem ser tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as distintas (art. 5º, *caput*). A não ser que pretendamos menosprezar o noticiado princípio, torna-se evidente o fato de que a ressalva contida no art. 94, da Lei n.º 10.741/03, no sentido de que o conceito de menor potencial ofensivo ali arquitetado, só é aplicável para os injustos previstos naquela legislação, constitui-se em um nada jurídico, sem nenhuma aplicabilidade, pois o princípio da isonomia substancial afasta a distinção esdruxulamente pretendida pelo legislador ordinário.

Em atenção aos postulados da igualdade, razoabilidade e coerência, não há como não estender o procedimento da Lei 9.099/95 para todos os delitos, cujas penas máximas não superem quatro anos. Não há como estabelecer diferenciações em matéria processual penal de molde a fixar um conceito de infração penal de menor potencial ofensivo para os crimes cometidos contra os idosos, e outro diverso, a ser aplicável aos demais delitos.

É absolutamente óbvio que o juízo de reprovação social não se modifica diante da espécie de lei penal na qual se encontra descrito certo crime, mas sim nos limites de pena a ele reservados. A natureza da menor ofensividade da infração, estribada na quantidade de pena, é única, e deve ser adotada sempre que a pena máxima não ultrapasse 04 anos. Seria subversão ao princípio da isonomia admitir-se que fatos típicos de mesma gravidade sancionatória, apenas por estarem ou não dentro de um diploma legal específico, tivessem distintas conceituações de menor lesividade, e recebessem tratamento processual diferente.

Sob pena de gerarmos verdadeira monstruosidade jurídica, não se pode admitir que um crime de submissão de idoso a condições desumanas, das quais advenham lesões corporais graves (art. 99, par. 1º, da Lei 10.741/03) seja considerado infração de menor potencial ofensivo (com todas as medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95) e o crime de furto simples (art. 155, *caput*, do CP) não o ser. Não existe diferença valorativa alguma na gravidade dos fatos. O valor dos bens e a intensidade do ataque são, no mínimo, iguais, eis que idênticos os limites de pena privativa de liberdade reservados aos dois injustos (reclusão de 01 a 04 anos).

Aqui mais do que nunca, impõe-se a máxima jurídica: "Para a mesma razão, a mesma solução". Para fatos de mesma gravidade, tratamento igualitário.

Por tais razões, pode-se afirmar, com segurança, que o art. 94, da Lei n.º 10.741/03, no que se refere à utilização da quantidade de pena cominada aos crimes, para definir a menor potencialidade ofensiva, acabou por efetuar a derrogação tácita do artigo 61 da Lei n.º 9.099/95 e do art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, uma vez que os dispositivos disciplinam a mesma matéria, utilizando-se do mesmo critério determinante. Por tal razão, deflui-se que a menor ofensividade no Brasil, seja para os crimes de competência da Justiça Federal, seja para os da Justiça Comum, estejam ou não incluídos no Título VI, do Estatuto do Idoso, está delimitada para todas as espécies delituosas, cuja reprimenda sancionatória não supere 04 anos, além, é claro, das contravenções penais, independentemente dos limites de apenação.

E não é só. A exemplo do sistema conceitual já desenvolvido pela Lei 10.259/01, o novo texto derogador não excluiu da competência do Juizado Especial Criminal os delitos que possuam rito especial, alcançando, por exemplo, não só crimes como furto simples, dano qualificado, abandono de incapaz, como também os delitos de rito específico, tais como os de injúria qualificada, peculato mediante erro de outrem, advocacia administrativa *etc.*

Nesse passo, não é difícil vislumbrar as enormes modificações no plano prático, com o início da vigência do Estatuto do Idoso, já que o processamento dos delitos, cujas penas máximas não ultrapassem 04 anos, deixarão de seguir as regras do CPP e das leis especiais que estabeleciam rito específico, para seguirem os ditames da própria Lei n. 9.099/95 no que se refere à fase policial e judicial. Dessa forma, a partir de janeiro de 2004, deverá ser lavrado termo circunstanciado e não auto de prisão em flagrante em relação àquele que, por exemplo, for detido subtraindo coisa alheia móvel para si ou para outrem. O procedimento a ser seguido em juízo, após a realização de audiência preliminar em que se frustrar a tentativa de transação, será o rito sumaríssimo da Lei n. 9.099/95 e não o rito ordinário, eis que o delito passou a ser considerado de menor potencial ofensivo.

Superada que está a questão da derrogação do art. 61 da Lei 9.099/95, e do art. 2º, par. único, da Lei 10.259/01, resta-nos analisar a problemática acerca da retroatividade do art. 94, do Estatuto do Idoso, aos fatos anteriores à sua vigência.

Nesse ponto, convém registrar, desde já, o claro dispositivo contido no parágrafo único, do artigo 2º, do Código Penal, que assim estatui:

“Art. 2º [...]”

Parágrafo único. A lei posterior *que de qualquer modo favorecer o agente*, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (grifo nosso)

Ora, a norma contida no art. 94, da Lei 10.741/03, ampliando ainda mais a definição de infração penal de menor lesividade, é inquestionavelmente mais benéfica que os dispositivos a ela antecedentes, fazendo com que os institutos despenalizadores, todos com conseqüências penais, tais como, composição do danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo penal alcancem um número ainda maior de injustos penais.

Por tais motivos, e em observância ao princípio da retroatividade da Lei Penal mais benéfica, pode-se afirmar que a nova sistemática conceitual operada pela Lei n. 10.741/03 deve ser aplicada inclusive aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Desta forma, os feitos em curso que noticiem a ocorrência de crimes, cujas penas máximas cominadas nos tipos legais não sejam superiores a 4 anos, tenham ou não rito especial, são merecedores de imediata aplicação dos institutos despenalizadores contidos na Lei 9099/95.

(*) ALEXANDRE COUTO JOFFERT é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal da Universidade Cândido Mendes, do Curso de Pós-graduação da Universidade Estácio de Sá e do Curso Jurídico CEPAD. Membro da Comissão da CONAMP, para reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal.
