

**A LEI 10.259/01 E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO
JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL – *NOVATIO LEGIS IN
MELLIUS* ? (ARTIGO 5º, XL DA CF/88) ***

Thales Tácito Pontes de Luz Cerqueira
Promotor de Justiça

1. Introdução.

1.1 A Lei 9.099/95. Visão panorâmica

A Lei 9.099/95 incorporou no cenário jurídico penal e processual penal, diversos institutos, dentre os quais se destacam:

a) A Autoridade Policial responsável (Civil ou Federal) fará um Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), que é um boletim de ocorrência um pouco mais aperfeiçoado, mais simples e célere como aquele, e enviará para o JECRIM Estadual ou JECRIM Federal. Assim, nas infrações de "menor potencial ofensivo", consideradas pela Lei 9.099/95, artigo 61 e atualmente derogado pelo artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01, haverá TCO. O que não se enquadrar neste contexto, pelo critério residual, provocará a instauração do Inquérito Policial;

b) O artigo 69, parágrafo único cuida da impossibilidade de "prisão em flagrante" se o autor do fato se comprometer a comparecer no JECRIM. Na verdade, o correto seria impossibilitar a formalização do flagrante via auto de prisão em flagrante delito e não o flagrante em si. Todavia, não se fala em abuso de autoridade, caso haja flagrante, pois não existe este crime na forma culposa, ou seja, se um policial militar, por exemplo, prende em flagrante uma pessoa por ameaça e depois a conduz para a Autoridade Judiciária, o fato desta não formalizar o flagrante, em virtude do termo de comparecimento no JECRIM pelo conduzido, não induz ao abuso de autoridade do policial que, naquele primeiro momento, prendeu aquele que estava nitidamente ameaçando outrem.

*Tese apresentada e avaliada em conjunto com a tese “A LEI 10.259/01 E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL – PARTE II – DOIS ASPECTOS POLÊMICOS: A LEGISLAÇÃO DE TÓXICOS (LEIS 6.368/76 E 10.409/02) E A “SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO VIRTUAL” “ (pág. 78 - 93). **Teses aprovadas, por maioria, com supressões às conclusões.**

Além destes institutos, a citada lei introduziu os chamados "quatro institutos despenalizadores", ou seja, composição civil dos danos (artigo 74), transação penal (artigo 76), representação nos crimes de lesão corporal dolosa leve e lesão corporal culposa (artigo 88) e suspensão condicional do processo.

Outra dúvida que atormentou o cenário jurídico da Lei 9.099/95 foi:

- O que seria "**infração de menor potencial ofensivo**", já que duas Leis (9.503/97 e 9.605/98) surgiram criando outros requisitos ?

Esta questão é de fundamental importância, pois saber o conceito de "infração de menor potencial ofensivo" definirá a aplicação dos seguintes institutos: artigo 69, parágrafo único, artigo 74 e artigo 76 da Lei 9.099/95.

Apesar da Lei 9.099/95 trazer um critério especial de "menor potencial ofensivo" (artigo 61), duas leis, posteriores à edição da Lei 9.099/95, permitiram a aplicação dos institutos despenalizadores daquela, sendo que, uma, para crimes com rito especial, em que pese o mesmo critério temporal (Legislação Ambiental - Lei 9.605/98, artigo 27) e a segunda, prevendo critério temporal até maior do que inicialmente estabelecido na Lei 9.099/95 (Código de Trânsito Brasileiro - Lei 9.503/97, artigo 291 e seu parágrafo único).

Estas duas "exceções" ao critério do artigo 61 da Lei 9.099/95 de "menor potencial ofensivo", tinham entendimento dominante da Jurisprudência pelo processo e julgamento na Justiça Comum, nas Varas Criminais e não no JECRIM (Juizado Especial Criminal).

Isto porque as duas exceções não estavam previstas na Lei 9.099/95, ou seja, não se enquadravam no critério legal de "infrações de menor potencial ofensivo", de forma que a Doutrina passou a denominá-las de "**crimes de médio potencial ofensivo**".

Assim, com o advento das Leis 9.503/97 e 9.605/98 tínhamos como gênero - "infrações de menor potencial ofensivo" - , tendo como espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo - previstas na Lei 9099/95, artigo 61;

b) crimes de médio potencial ofensivo, ou seja:

b.1- artigo 27 da Lei 9.605/98 (face o rito especial) e,

b.2- artigo 291, parágrafo único do CTB (face o critério temporal ser superior a um ano), ou seja, será possível aplicação dos institutos da transação penal, inclusive, para os crimes de lesão corporal culposa (artigo 303, cuja pena máxima é de 2 anos), de embriaguez ao volante (artigo 306, cuja pena máxima é de 3 anos), e de participação em competição não autorizada (artigo 308, cuja pena máxima é de 2 anos).

Mas a Lei 10.259/01 mudou novamente este conceito, conforme veremos.

II. A Lei 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal

2. A Lei nº 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal

2.1. Norma penal, processual penal ou mista?

A Lei 10.259 é de 12 de julho de 2001, mas publicada no DOU de 13.07.2001, tendo artigo expresso prevendo sua entrada em vigor em 6 meses, ou seja, a citada lei entrou em vigor em 13.01.2002.

Nesta, o artigo 2º da citada Lei, criou o Juizado Especial Federal Criminal, assim dispondo:

"Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativo às infrações de menor potencial ofensivo.

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".

Este único artigo da esfera penal, já que a Lei preocupou-se mais com a esfera cível da área federal, criou uma série de confusões, entrando em choque com o artigo 61 da Lei 9099/95.

Como visto, na Lei 9.099/95, o critério de "infração de menor potencial ofensivo" é distinto, conforme o quadro alhures analisado. Já na nova lei, aplica-se os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 (artigo 74 e 76) a crimes que também tenham procedimento especial, pois a lei não fez qualquer proibição.

A questão mais complicada da Lei 10.259/01 seria a análise de sua essência, no sentido de ser eminentemente processual (caso em que se aplicaria apenas na Justiça Federal) ou mista (processual e penal, por interferir na liberdade do autor do fato, já que trata-se de aplicação de institutos despenalizadores).

Assim, se a nova lei for considerada norma mista, segue as regras do Direito Penal no tempo, ou seja, retroage se beneficiar o "réu" e, como beneficia, o artigo 61 da Lei 9099/95 estaria derogado no prazo, ou seja, o artigo 74 e 76 da Lei 9099/95 teriam como prazo, a pena máxima de 02 anos e não mais de 01 ano.

Isto porque o comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69, parágrafo único), está contido no conceito de "infração penal de menor potencial ofensivo", ou seja, é através do resultado deste conceito que aplicamos estes institutos.

A pergunta agora deve novamente ser feita:

- O que é "infração de menor potencial ofensivo", com o advento da Lei 10.259/01?

Aqui começam os problemas.

Adotando a tese da norma mista, *data venia* aos demais processualistas penais, o critério mudou, face o artigo 5º, XL da CF/88 (*novatio legis in melius*).

Assim, teremos que:

a) na Justiça Comum Federal de primeira instância, no seu órgão JECRIM, o critério de "infração penal de menor potencial ofensivo" será para todos os crimes (já que a Justiça Comum Federal não tem competência para o julgamento de contravenções penais - artigo 109, IV da CF/88 c/c a Súmula 38 do STJ) a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

Mas, questiona-se:

b) E para a Justiça Comum Estadual de primeira instância, no seu órgão JECRIM, qual será o critério para "infração penal de menor potencial ofensivo", que redundará na aplicação dos artigos 69, 74 e 76 da Lei 9.099/95?

Neste particular, com o amparo da norma mista no tempo, chegaremos a conclusão de que a Lei 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, ficando o JECRIM Estadual com a seguinte competência:

- julgamento de todas as contravenções penais (daí porque o artigo 2º da Lei 10.259/01 apenas derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, já que o JECRIM Estadual ainda julgará as contravenções penais - Súmula 38 do STJ) e todos os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, pouco importando se no crime haja ou não procedimento especial.

Portanto, a maioria dos doutrinadores processuais penais, como Damásio Evangelista de Jesus¹, Fernando Capez, Mirabete, Luiz Flávio Gomes² e outros, entenderam, com muita propriedade, que o artigo 61 da Lei 9.099/95 foi derogado pela citada Lei, sendo que de agora em diante o JECRIM ESTADUAL será competente para aplicação de institutos despenalizadores (artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95 e ainda a impossibilidade do flagrante (artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/95), processo e julgamento de todas contravenções penais e crimes, com PENA MÁXIMA DE 02 ANOS ou multa, pouco importando se haja previsão ou não de procedimento especial.

Fundamentam os doutrinadores que a citada Lei dos Juizados Especiais Federais Criminais não poderia criar um prazo diferenciado para a Justiça Federal, para aplicação de composição civil dos danos e transação penal, pois isto provocaria a quebra dos princípios da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade.

1 JESUS, Damásio de, A exceção do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais em face da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), *in* www.damasio.com.br, ago.2001

2 Gomes, Luiz Flávio, "Lei dos juizados criminais federais e seus reflexos no âmbito da competência dos juizados estaduais", Síntese Jornal, Doutrina, fevereiro de 2002.

Como exemplos, poderíamos citar o absurdo de que, se assim não fosse, se uma pessoa desacatasse Juiz Federal, receberia transação penal no JECRIM FEDERAL, enquanto que se outra desacatasse Juiz Estadual, receberia denúncia e suspensão condicional do processo, o que quebra a proporcionalidade diante de uma mesma situação.

Da mesma forma, se os crimes contra a organização do trabalho forem praticados contra uma categoria de trabalhadores, o que provoca a competência da Justiça Comum Federal, no JECRIM FEDERAL receberão transação penal, enquanto que se o crime contra a organização do trabalho apenas voltar-se contra um trabalhador, o que provoca a competência da Justiça Comum Estadual (STJ - Conflito de Competência nº 338, DJU de 16.10.89, p.15.854), receberia denúncia, o que é mais absurdo ainda.

Igualmente em caso de crime de assédio sexual (artigo 216-A do CP), que na Justiça Federal (JECRIM FEDERAL) receberá transação penal, mas se fosse a nível estadual incidiria ação penal privada ou pública (artigo 225 do CP - Ação penal de regra é privada, podendo ser pública incondicionada ou condicionada) com suspensão condicional do processo.

Portanto, o artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/2001 não se trata de norma processual penal, mas norma mista, ou seja, em que pese ter caráter processual penal (no tocante à competência da Justiça Comum Federal, por seu Juizado Especial Criminal Federal), também tem forte previsão de direito material (Direito Penal), eis que importa na liberdade do indivíduo, ao prever institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 com pena máxima de 02 anos.

Assim, considerando que a lei mista segue as regras das leis penais no tempo, ou seja, pelo artigo 5º, XL³ da CF/88 retroagem somente para beneficiar o réu, o artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 10.259/2001 se aplica no JECRIM da JUSTIÇA COMUM ESTADUAL, seja para contravenções penais, seja para todos os crimes que a pena máxima seja igual ou inferior a 02 anos ou multa, pouco importando que haja procedimento especial, trazendo de volta à competência do JECRIM ESTADUAL os crimes contra a honra, de trânsito (artigo 291 da Lei nº 9.503/97) e os ambientais (Lei nº 9.605/98, artigo 27), bem como inaugurando uma série de outros que até então, não cabia sua aplicação, como:

- abuso de autoridade, porte ilegal de arma, porte de substância entorpecente (artigo 16 da Lei 6.368/76), rixa, incêndio culposo, violação de sigilo funcional, usurpação de função pública, resistência, desacato, fuga de pessoa presa, motim de presos, crimes contra a economia popular, crimes de imprensa (artigos 16, 17, 19, 21 e 22), crimes contra criança e adolescente (ECA- artigos 228/232; 234/236; 242/244); crimes contra as relações de consumo (CDC- artigos 63 a 74); crimes contra a ordem tributária (artigo 2º); crimes nas licitações (artigos 93, 97 e 98 da Lei 8.666/93); crimes

3 Princípio da irretroatividade da lei penal no tempo, salvo se for para beneficiar o réu.

contra a propriedade industrial, cuja ação penal é privada, exceto no caso do artigo 191 (Lei 9.279/96, arts. 183 a 195); crimes relativos a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante (arts. 17 a 20 da Lei 9.434/97); crimes ambientais (Lei 9.605/98) etc.

Portanto, o artigo 20 da Lei 10.259/01, que expressamente proíbe a sua aplicação na Justiça Estadual é inconstitucional, porque fere os princípios constitucionais da igualdade (artigo 5º, I da CF/88), razoabilidade e proporcionalidade (artigo 5º, LIV).

O professor Luiz Flávio Gomes define com exatidão o porquê da aplicação da Lei 10.259/01 na Justiça Estadual:

"Porque sobre o legislador ordinário está a vontade do Constituinte (a Constituição). Nenhum texto ordinário pode, sem justo motivo, discriminar situações. Se o crime da mesma natureza é julgado pela Justiça estadual e federal, deve receber o mesmo tratamento jurídico" ...

"Crimes exatamente idênticos (desobediência, assédio sexual, porte de drogas para uso, 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.

Um juiz (ou qualquer outro operador jurídico) formalista dirá: a Lei nº 10.259/01 é especial e, portanto, aplica-se tão somente aos Juizados federais. Para ele, pouco importa que a infração da mesma natureza tenha dois regimes jurídicos completamente distintos.

Juiz (estudante ou um operador jurídico) desse jaez não consegue transcender o nível da literalidade normativa. Continua trabalhando (napoleonicamente) com o método meramente substantivo. Esse modelo de juiz (de estudante e de jurista) está ultrapassado e morto. Só resta ser sepultado.

O juiz (e o intérprete) tem que ter comprometimento ético e buscar na sua atividade a realização do valor da justiça. Urge que alcance o método de ponderação, do equilíbrio e da razoabilidade".

2.2. Competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 e casos anteriores a vigência da Lei

Em todos os delitos citados exemplificadamente alhures, fixou-se definitivamente a competência do JECRIM (Federal ou Estadual) para aplicação dos institutos citados (69, 74 e 76 da Lei 9.099/95) e não pela Justiça Comum, salvo se o caso for de aplicação nas Justiças Especiais como a Justiça Eleitoral, já que a competência desta é em razão da matéria, assim definida na CF/88. Portanto, crimes eleitorais que permitirem

os artigos 69, 74 e 76 da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01, terão os benefícios, processo e julgamento na Justiça Eleitoral, face a CF/88.

A pergunta que surgirá:

Como poderá um crime de lei especial, por exemplo, artigo 16 da Lei 6.368/76 parar na competência do JECRIM? Não haveria quebra da ampla defesa, já que o rito deste é Sumaríssimo?

A competência do JECRIM é de Juízo⁴, ou seja, competência absoluta, diante da Lei de Organização Judiciária, que, se não observada, provoca a nulidade absoluta dos atos e termos realizados. Assim, com o advento da Lei 10.259/01, o JECRIM passou a ser o competente para qualquer benefício legal que importe na conhecida "infração de menor potencial ofensivo"(artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei 9.099/95).

Assim, mesmo que o rito seja especial, o JECRIM será o competente para tais benesses e não a Justiça Comum. Desta forma, mesmo que a transação penal, por exemplo, no artigo 16 da Lei 6.368/76 não seja aceita ou não seja caso de aplicá-la(face ausência de requisitos subjetivos), a denúncia será ajuizada no JECRIM, com o rito do artigo 81 da Lei 9.099/95(com aplicação subsidiária da Lei 6.368/76 e 10.409/02 e ainda o CPP) e somente retornará para a Justiça Comum, com o rito originário daquele crime, no caso de complexidade da causa(artigo 77, §2º da Lei 9.099/95) ou de necessidade de citação editalícia (artigos 66, parágrafo único da Lei 9.099/95), ainda que depois do edital, seja localizado o autor do fato.

Nesse sentido:

Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Art. 77, § 2º. Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do artigo 66 desta Lei.

Concluimos, assim, que todo o crime que tiver procedimento especial, a partir de 13.01.2002(data em que entrou em vigor a Lei 10.259/01), deverá dirigir-se para o JECRIM, para aplicação de benefícios, processo ou julgamento, somente retornando para a Justiça Comum se a causa for complexa ou necessitar de citação editalícia. Nestes crimes com rito especial, aplicar-se em primeiro lugar o rito da Lei 9.099/95, artigo 81. No caso

⁴ Juízo ou Vara é uma entidade jurídica criada para delimitar a competência quanto à matéria, dentro de uma comarca, zona eleitoral, Auditoria ou Seção Judiciária. A Lei de Organização Judiciária cuidará do tema.

de omissão ou lacuna deste rito, de forma subsidiária, aplicar-se-á o rito da lei especial que regula aquele crime e ainda, o Código de Processo Penal. Ademais, não há que se falar em prejuízo para a defesa com o novo rito do artigo 81 da Lei 9.099/95, eis que o rito sumaríssimo tem defesa preliminar, interrogatório por último, dez dias para apelação etc.

Mas a pergunta que provocará a maior balbúrdia jurídica, inclusive nas Capitais brasileiras (face o imenso acúmulo de serviço) será:

- E os processos que estavam tramitando antes da entrada em vigor da Lei 10.259/01 na Justiça Comum, deverão ser remetidos para o JECRIM ou continuarão tramitando na Justiça Comum?

A resposta desta questão não é fácil e somente determinando a natureza jurídica do artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01 é que chegaremos a resposta correta.

Assim, surgirão três correntes:

1ª corrente - o artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01 é norma eminentemente **processual penal** e como tal, somente se aplica para a Justiça Comum Federal, sendo irretroativa para o JECRIM Estadual, que continua com o prazo e demais regras previstas no artigo 61 da Lei 9.099/95 - *esta posição, além de minoritária pela doutrina, tende a ser afastada pelos Tribunais brasileiros;*

2ª corrente - o artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01 é norma mista e como tal, segue as regras da lei penal no tempo (artigo 5º, XL da CF/88). Isto provocará o fenômeno da retroatividade da lei para casos anteriores à sua vigência, na parte penal (aplicação dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei 9.099/95). Mas, na parte processual pena l(fixação da competência), apenas terá aplicação imediata (artigo 2º CPP) com a entrada em vigor da lei estipulada para 13.01.2002, sendo que, os TCO's ou processos em curso antes desta data, continuarão com a Justiça Comum.

Note que aqui, o intérprete estará simplesmente separando o conteúdo penal do processual penal da norma mista, agindo como se fosse legislador, quebrando o sistema constitucional do *check and balance* (artigo 2º da CF/88), que não prevê esta modalidade de separação de lei pelo Poder Judiciário.

Esta corrente ganhou, no Estado de Minas Gerais, a adesão do Poder Judiciário, que na Portaria Conjunta nº 24/2001(publicada no Diário do Judiciário, edição de 11/12/2001), por seu honroso e culto Presidente, Exmo. Dr. Des. Gudesteu Biber e nobre Corregedor-Geral de Justiça, Exmo. Des. Murilo José Pereira, nos artigos 1º e 2º, assim estabeleceram:

"Artigo 1º - Os processos criminais de delitos com pena máxima não superior a dois anos ou multa, ajuizados perante as varas criminais comuns até o dia 12 de janeiro de 2002, não serão encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, continuando a tramitar perante aquelas varas, até decisão final" ;

"Artigo 2º - A partir de 13 de janeiro de 2002, data da vigência da Lei Federal nº 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicar-se-á, para fixação da competência dos Juizados Especiais Criminais do Estado, o disposto em seu art. 2º, parágrafo único".

Nota-se, por esta portaria, que o Poder Judiciário Mineiro, por seu Presidente e Corregedor, separam a parte processual penal (artigo 1º da Portaria - efetivando a fixação de competência do JECRIM somente a partir de 13.01.02) da parte penal (artigo 2º da Portaria - dando aplicação constitucional de retroatividade de lei penal mais benéfica - artigo 5º, XL da CF/88), ou seja, interpretam a Lei 10.259/01 como lei mista, mas separam, em relação ao tempo, instituto processual penal do instituto penal.

Seguindo o mesmo norte, o enunciado Criminal nº 2, do I Encontro Regional dos Juizados Especiais de Minas Gerais, realizado em Poços de Caldas nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2001, dispõe:

"Os processos criminais de delitos com pena máxima não superior a dois anos ou multa, em curso até 12/01/2002, permanecerão na Vara Criminal da Justiça Comum, onde será examinada a possibilidade de incidência dos institutos da lei nº 9.099/95 (aprovado por unanimidade)".

Ressalta-se que, em que pese a Portaria e o Enunciado alhures mencionados, estes não têm o condão de ferir a independência funcional dos juízes, garantia constitucionalmente prevista, pois a presente portaria e o enunciado não têm efeito normativo e sim, meramente informativo e institucional.

3ª corrente - o artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01 é norma mista e como tal, segue as regras da lei penal no tempo (artigo 5º, XL da CF/88). Isto provocará o fenômeno da retroatividade da lei para casos anteriores à sua vigência, pois é mais benéfica ao réu. E, também, deslocará a competência para o JECRIM e não mais para a Justiça Comum, pois norma mista, seguindo a regra do penal, a este também se subsume, de forma que não poderá o intérprete simplesmente utilizar a parte penal da lei (aplicação dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei 9.099/95) e aplicá-la de forma retroativa (artigo 5º, XL da CF/88) mas, não usar a parte processual (fixação de competência do JECRIM), deixando de aplicar aos processos anteriores a Lei. Enfim, na lei mista, ou retroage tudo ou não retroage nada, a saber:

- se a norma mista for benéfica ao réu, retroage tudo (parte penal e processual penal - artigo 5º, XL da CF/88);
- se a norma mista for *in malla partem*, nada retroagirá, apenas terá aplicação da sua vigência em diante.

Filio-me a esta corrente, sob pena do aplicador da lei usurpar função legislativa, separando partes da lei onde o legislador não separou.

Aliás, esta mesma questão (se pode ou não norma mista ser separada), foi resolvida pelo STF e STJ, na discussão se a Lei 9.271/96⁵, que entrou em vigor em 17/06/96.

Na época, surgiram três correntes:

Aplicam-se, por inteiro, os institutos da nova lei (suspensão do processo e da prescrição) porque beneficiam o réu - aplicação pura e simples do artigo 2º do CPP. *Todavia, a suspensão da prescrição prejudicava o réu, razão pela qual esta corrente, data venia, foi falha, já que a CF/88 não permite que a lei retroaja para prejudicar o réu. Esta corrente entende que o artigo 366 do CPP é apenas norma processual penal e não mista. Esta corrente, quando a lei surgiu, foi dominante no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo;*

Não se aplicam, por inteiro, os institutos da nova lei, mas apenas à parte que beneficia o réu (suspensão do processo - parte retroativa). Logo, não se aplica a suspensão da prescrição, sendo esta irretroativa. *Esta corrente, data venia, contrariou o princípio da igualdade de tratamento, prejudicando o autor - MP ou querelante. Além do mais, a suspensão do processo deve ser provocada, mas a suspensão da prescrição não (é ex vi legis). Por fim, se isto fosse possível, o juiz estaria legislando, já que o legislador não criou esta possibilidade. Esta corrente acerta ao interpretar o artigo 366 do CPP como norma mista, mas peca por quebrar o princípio da igualdade entre as partes no Processo Penal;*

Aplica-se a Suspensão Condicional do Processo (beneficia o réu) e a Suspensão do Prazo Prescricional (beneficia o autor), apenas após a vigência da lei já referida. Assim, *por esta corrente, a norma é mista e como tal, na parte penal prejudica o réu; logo, não pode retroagir, ainda que em parte, devendo ser aplicada somente da sua vigência em diante, pois a norma mista ou retroage tudo (parte penal ou processual penal- se for benéfica ao réu) ou não retroage nada (se for maléfica ao réu).*

A corrente que entendeu que a norma mista não poderia ser fracionada foi a que vingou. O STF (RHC nº 74.695, 2ª turma, rel. Min. Carlos Velloso, em 11.03.97, v.u), o STJ e, em Minas Gerais, a Súmula 26 TJMG pacificaram o seguinte entendimento: a Suspensão do Processo e a Suspensão do Prazo Prescricional somente se aplicam aos processos iniciados após 17/06/96. A Súmula 26 do TJMG, assim impõe:

"A suspensão do processo e da prescrição, prevista na Lei 9.271/96, só se aplica às infrações cometidas após sua vigência (17/06/96), não retroagindo, mesmo quando revel o acusado (unanimidade)".

5 A Lei 9.271/96 deu nova redação ao artigo 366 do CPP (revelia no processo penal), criando institutos processuais penais da revelia, quais sejam, produção de prova de caráter urgente e suspensão do processo, bem como, institutos penais da revelia, quais sejam, suspensão da prescrição e prisão preventiva.

Curiosamente, o Tribunal de Justiça Mineiro, na discussão da Lei 9.271/96, por unanimidade, sumulou a matéria onde lei mista retroage em sua inteireza somente se for benéfica ao réu, que neste caso não era. O Tribunal, portanto, não separou a norma mista em penal e processual penal, dando tratamento distinto, agindo corretamente.

Todavia, agora, na discussão da Lei 10.259/01, o Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor-Geral de Justiça, editaram uma Portaria Conjunta, reconhecendo que a citada lei é mista, mas separando o conteúdo penal do processual penal, ou seja, na parte penal a Lei deve retroagir por ser benéfica ao réu, mas, na parte processual penal, o JECRIM somente terá competência para processos a partir do dia 13.01.2002.

Esta contradição, certamente será resolvida pelo Plenário do E.TJMG, além do próprio STF como órgão de cúpula, sem prejuízo de eventuais conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público Mineiro que trabalham junto as Varas Criminais e junto ao JECRIM, caso em que será resolvido pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Estado.

2.2.1- Aplicação da Lei 10.259/01 na Justiça Eleitoral

Sobre a aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Eleitoral, é de se observar que o artigo 76 da citada lei, que cuida da transação penal, não se lhe aplicava, até o advento da Lei nº 10.259/2001, por serem as leis eleitorais, leis extravagantes que não tinham previsão expressa para a transação penal, como possui o artigo 27 da Lei 9.605/98 (Lei Ambiental) e o artigo 291 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Todavia, com o advento da Lei 10.259/01, que mudou o critério, não mais exigindo ritos especiais, é possível a aplicação dos institutos dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei 9.099/95, desde que sejam operacionalizados na própria Justiça Eleitoral e não no JECRIM, pois a competência da Justiça Eleitoral é fixada pela CF/88 em razão da matéria.

Da mesma sorte, aplicar-se-á, de agora em diante, o artigo 69 da Lei nº 9.099/95, ou seja, como o critério de "infração de menor potencial ofensivo" mudou, em face da Lei 10.259/2001, aplicando-se assim, na Justiça Eleitoral os institutos dos artigos 74 e 76 da Lei nº 9.099/95, não poderá haver prisão em flagrante se o infrator eleitoral se comprometer a receber transação penal na Justiça Eleitoral. Portanto, não será preciso sequer levar o autor do fato ao Juiz Eleitoral.

Noutro giro, os crimes de lesão corporal leve e culposa, conexos com um crime eleitoral, são julgados pela Justiça Eleitoral (art. 78, IV do CPP) e para os quais se aplica o artigo 88 da Lei 9.099/95 (exigência de representação).

Já para *suspensão condicional do Processo* (art. 89), presentes todos os requisitos objetivos e subjetivos, e ainda, no que couber, se aplica na Justiça Eleitoral, como antes já vinha se aplicando, mas ainda com o mesmo prazo (pena mínima de até 1 ano, pois a Lei nº 10.259 nada mudou neste sentido).

Havendo suspensão condicional do Processo, o Promotor Eleitoral deve ficar atento a eventual dano causado à sociedade ou ao pleito eleitoral, devendo a reparação dos danos ser condição precípua, para que o Estado não suporte um ônus que não deu causa, salvo provada documentalmente a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de crime de falsidade ideológica.

2.3. Aplicação da Lei 10.259/01 para infrações penais com rito especial

Com a Lei 10.259/01, os crimes que possuam rito especial, também estarão sujeitos aos benefícios dos artigos 69, 74 e 76 da Lei 9.099/95

Esta nova aplicação se extraia do artigo 61 da Lei 9.099/95, que proibia expressamente a aplicação da transação penal para os crimes previstos em leis especiais, somente permitindo-a para as contravenções.

Nesse sentido:

Art. 61 da Lei 9.099/95:

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 um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Art. 69. *A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.*

Parágrafo único. *Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.*

Após recente lei (2002), o artigo 69, parágrafo único ainda deu a possibilidade do juiz usar, no processo penal, de uma espécie de "separação de corpos" em caso de violência doméstica.

Concluía-se, portanto, que o flagrante era possível nos crimes que tivessem procedimento especial, ou seja, não se aplicava o artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95 para crimes com procedimento especial, porque o artigo 61 da Lei 9.099/95 não considerava infração de menor potencial ofensivo os crimes em que a *lei especial* previsse procedimento especial, possibilitando assim, o flagrante nos crimes eleitorais, no artigo 16 da Lei 6.368/76 etc, justamente por não serem passíveis de transação penal. No caso, poder-se-ia conceder Liberdade Provisória com ou sem fiança, mas a prisão em flagrante era possível e não cabia transação penal.

Mas tudo isto mudou, em face da Lei 10.259/2001, que regulamentou o Juizado Especial Federal Criminal e derogou o artigo 61 da Lei nº 9.099/95.

Portanto, a vingar a tese de que a Lei 10.259/01 é norma mista, ou seja tem também conteúdo penal, não poderá haver qualquer espécie de interpretação restritiva da nova lei, visando proibir a sua plena aplicação para crimes que tenham procedimento especial, pois do contrário estar-se-ia violando norma constitucional (artigo 5º, XL da CF/88).

Neste particular, *data venia*, o enunciado Criminal nº 1, do I Encontro Regional dos Juizados Especiais de Minas Gerais, realizado em Poços de Caldas nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2001, é visivelmente inconstitucional, contrariando o artigo 5º, XL da CF/88, pois o mesmo interpreta *contra o réu*, norma que a Lei 10.259/01 não proibiu. Ora, o que não está proibido juridicamente, ainda mais em Direito Penal, está permitido.

Diz o enunciado:

"As infrações consumadas a partir da vigência da Lei nº 10.259/01(13.01.02), com pena máxima não superior a dois anos e multa, não sujeitas a procedimento especial, estarão afetas aos Juizados Especiais (aprovado por unanimidade)".

Nota-se, portanto, o visível caráter inconstitucional do enunciado.

2.3.1 - Os crimes de trânsito

Os crimes de trânsito, por força do artigo 291 e seu parágrafo único da Lei 9.503/97, tinha aplicação dos artigos 74, 76 e 88 da Lei 9.099/95, nos moldes do artigo 61 e com mais uma peculiaridade: os crimes de lesão corporal culposa (artigo 303, com pena máxima de 2 anos), embriaguez ao volante (artigo 306 - com pena máxima de 3 anos) e participação em competição automobilística não autorizada (artigo 308, com pena máxima de 2 anos), permitia também as benesses alhures, mesmo o prazo da pena máxima não sendo de 1 ano, como exigia o artigo 61 da Lei 9.099/95.

Daí porque estas três exceções se processavam na Justiça Comum e eram chamadas de "infrações de **médio** potencial ofensivo".

Com a Lei 10.259/01, os crimes dos artigos 303 e 308 do CTB, que eram exceções, passaram a ser regra, pois aceita-se o novo conceito para infrações penais de pena máxima de até 2 anos.

Mas como ficará o crime de embriaguez ao volante, cuja pena máxima é de 3 anos?

Terá aplicação das benesses da Lei 9.099/95, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei 9.503/97.

Assim, podemos dizer, hoje, que o conceito de "infração de menor potencial ofensivo" passou ser gênero, do qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo - previstas na Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de 2 anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) - a competência para aplicação das benesses (artigos 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e se for o caso, processo e julgamento, será do JECRIM, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de **embriaguez ao volante** (artigo 306 do CTB, cuja pena máxima é de 3 anos), cuja competência para benesses, processo e julgamento será da Justiça Comum, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei 9.099/95.

2.3.2 - Os crimes de abuso de autoridade e porte ilegal de arma

Com o advento da Lei 10.259/01, muitos Promotores e Juízes se indignaram com a aplicação de transação penal ou mesmo o rito do JECRIM para o crime de abuso de autoridade e porte ilegal de arma, não no sentido de terem estes ritos especiais ou porque a pena é inferior a dois anos, mas pela objetividade jurídica que os mesmos regulam, já que a vida, integridade física e saúde das pessoas é norma constitucional que não permite aplicação de institutos do Direito Penal Mínimo.

Para estes adeptos, como a Lei 10.259/01 tem retroatividade imediata, por ser norma mista, resta-lhes apenas o caminho do controle difuso de constitucionalidade, visando a não aplicação da Lei 10.259/01, usando os argumentos constitucionais ligados a objetividade jurídicas destes.

Em que pese o forte argumento da não incidência da Lei 10.259/01 nestes crimes, ainda assim entendo que a Lei 10.259/01 deve retroagir, face o artigo 5º, XL da CF/88, deslocando sua competência para o JECRIM e aplicando os institutos da Lei 9.099/95 (artigo 69, parágrafo único, 74 e 76).

Isto porque o crime de abuso de autoridade, via regra, não vem isolado, e sim em concurso de crime com outro, o que, somando-se as penas máximas, não induz a aplicação da Lei 9.099/95, face a complexidade da causa, ficando desde já na Justiça Comum (artigo 77, §2º da Lei 9.099/95).

Todavia, quando o mesmo permitir a aplicação das benesses da Lei 9.099/95, o JECRIM tem perfeitas condições de aplicar os benefícios legais ao autor do fato, pois devemos separar o joio do trigo e tentar recuperar o autor do fato, por exemplo, com palestras ligadas a cursos de direitos humanos etc.

Neste sentido, tenho sustentado a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95, que proíbe a aplicação das benesses da citada lei para a Justiça Militar. Todavia, o entendimento majoritário é que não cabe aplicação da Lei 9.099/95 para crimes militares.

Outra parte da doutrina apenas entende aplicável dois dos quatro institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95:

1 os crimes de lesão corporal leve e culposa passaram a ser crime de Ação Penal Pública Condicionada à representação;

2) suspensão condicional do Processo (artigo 89).

Todavia, sou adepto no sentido de que se aplicam a Justiça Militar os 4 institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, sendo que dois (74 e 76) são com reservas, ou seja:

- aplicam-se os artigos 88 e 89 da Lei nº 9.099/95, dois institutos despenalizadores de grande relevância;

- a **transação penal** (artigo 76) somente pode ser aplicada nas contravenções e nos crimes com pena máxima de dois anos ou multa, seja com ou sem procedimento especial (Lei 10.259/01);

- Já o instituto da **composição civil dos danos** (artigo 74 da Lei nº 9.099/95), segue os mesmos critérios de aplicação do artigo 76(transação penal) citado acima.

Assim, a Lei 9.839/99, que inseriu o artigo 90-A da Lei 9.099/95, é inconstitucional.

Como muito bem destaca o Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes, em sua monografia jurídica de final de Curso de Graduação em Direito (Faculdade de Direito do Oeste de Minas, dezembro de 2001), *"a Inconstitucionalidade da Lei nº 9.839/99"*, a teleologia da Lei nº 9.839/99 foi exatamente vedar os institutos da Lei nº 9.099/95 por serem incompatíveis com os princípios que regem o Direito Penal Militar, entre eles, a "hierarquia e disciplina", cuja tutela é prioritária para o Direito Castrense.

Assim, prossegue o monografista, *"por interferência direta, à época, dos Ministros Militares - Marinha, Exército, Aeronáutica e Chefe do Estado Maior das Forças Armadas- foi submetido à consideração do Sr. Presidente da República a Exposição de Motivos Interministerial nº 6, de 30 de janeiro de 1998"*, esta que deu origem a Lei nº 9.839/99.

Neste contexto histórico, destacam-se os seguintes dizeres dos Ministros:

"Não é difícil imaginar o caos que se instalaria nos quartéis e os irreparáveis danos para a disciplina e a operacionalidade das Forças Armadas, com a aplicação dos institutos inovadores trazidos pela Lei 9099 de 1995, como a necessidade de representação do ofendido, nos crimes de lesões corporais, bem assim a suspensão do processo até quatro anos, como direito subjetivo do acusado";

"Diante da certeza da suspensão do processo quantos subordinados hesitariam em praticar violência contra superior (artigo 157 do Código Penal Militar)? E o que dizer da violência do superior contra o subordinado (artigo 175 do mesmo código)..." - (frases retiradas da monografia do Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes).

Pois bem, fácil para um aplicador do Direito dizer que uma norma é inconstitucional. Difícil é explicá-la.

Pois bem, por que a Lei nº 9.839/99 é inconstitucional?

Simplesmente porque cometeu um erro grave, que já era previsto desde os primórdios da civilização, como explica a Bíblia: não separou o joio do trigo (Mateus, 13-24) !!!

O militar deve ser considerado numa sociedade moderna como pessoa mais preparada que um civil, tendo portanto, códigos mais rígidos, já que diuturnamente lida com vidas, patrimônios, liberdade e integridade física de outrem.

Daí porque se praticar um estupro, deveria ser apenado com a pena do crime hediondo e não sem este rigorismo, pois seria um *contra-sensu* para o civil responder assim e o militar, cuja disciplina e hierarquia são inerentes, não sofrer os rigores da hediondez do crime. Aqui nota-se que a Lei dos Crimes Hediondos errou, onde deveria dar mais rigor.

Assim, no âmbito penal, devemos considerar o princípio da alteridade, de Claus Roxin, onde o Direito Penal deve se preocupar com atitudes que ofendam bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, de forma séria, e não condutas meramente pecaminosas, do ponto de vista subjetivo ou de **pequena** repercussão na Objetividade Jurídica.

A Lei nº 9.099/95, ao elevar determinadas infrações a categorias de "menor potencial ofensivo", com posterior ampliação deste conceito pelo artigo 2º da Lei 10.259/01, após previsão Constitucional de penas de prestação social alternativa (artigo 5º, XLVI, "d"), não disse o Constituinte de 1988 que "são infrações de menor potencial ofensivo àquelas previstas em lei, exceto para militares", pois isto seria, em lei ordinária, quebra do princípio da isonomia, sem elemento diferenciador previsto por Aristóteles, qual seja, "tratar desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade".

Ora, se houvesse tratamento diferenciado entre civil e militar no tocante a benefícios em **INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO**, deveria o sê-lo para o militar, já que corre atrás de bandidos, troca tiros, recebe baixos salários, tem problemas emocionais causados pelo serviço e atendem ao público de forma contínua, vendo os dramas dos seres humanos.

Portanto, *data venia*, não aplicar os institutos despenalizadores aos militares que cometem "infrações de menor potencial ofensivo" é sem dúvida, tratar desigual os iguais (civil e militar, NESTE PARTICULAR), fomentando a discórdia e desprotegendo os bons militares que passam por momentos difíceis em sua carreira.

Ora, militares bons que erram são exemplos de seres humanos e não de monstros ou criminosos perversos ou nocivos ao meio social, já que a infração é, repito, de "menor potencial ofensivo", bem como o que se garante é a representação da vítima na lesão corporal dolosa leve ou culposa, ou ainda, suspensão condicional do processo para crimes com pena mínima de 01 ano ou menos, bem como transação penal e composição civil dos danos com os critérios da Lei 10.259/01, igualando, assim, com os civis.

Portanto, os notáveis Ministros citados, preocupados com a disciplina e hierarquia, generalizaram situações distintas, quais sejam, crimes graves, cuja repressão

aos militares deve ser mais rígida, sem sombra de dúvidas, com "infrações de menor potencial ofensivo", cuja repressão aos militares não se justifica ser mais rígida da que um civil, já que não há nada que os distinga neste aspecto, ou seja, tanto o civil como o militar, sendo bons mas com deslize na seara penal, devem ser beneficiados com os institutos da Lei nº 9.099/95, já que é preciso atender não somente os requisitos objetivos já vistos, MAS TAMBÉM OS REQUISITOS SUBJETIVOS.

Neste sentido, a preocupação dos Ministros em um "subordinado hesitar em praticar violência contra superior (artigo 157 do Código Penal Militar) e o superior contra o subordinado (artigo 175 do mesmo código), sabedores que receberiam benefícios da Lei nº 9.099/95", passa a ser um sofisma, já que para receber tais benefícios precisariam provar que atenderam os requisitos SUBJETIVOS, que, nas hipóteses levantadas, não estariam presentes, já que o Direito não privilegia situações de torpeza ("ninguém pode receber benefícios alegando a própria torpeza").

O Direito Penal moderno exige que "se separe o joio do trigo", pois é muito mais fácil recuperar um militar que recebe os benefícios da Lei nº 9.099/95, em situações demonstradas neste parecer, do que simplesmente generalizar os casos, sob falsas premissas (sofisma), com o fim único de usar o Direito Penal como instrumento meramente repressor, vingativo, punitivo, sem preocupar-se que a pena também deveria ter seu aspecto de prevenção geral (reinsserir o apenado à sociedade).

Quando um pai pune o filho com tapas e socos, sem explicar-lhe o erro e dar chance de recuperação e retomada da consciência, está criando na sociedade um criminoso, do ponto de vista psicológico.

Todavia, quando o pai conserta o homem que existe em seu filho, ensinando que errou, mas dando chances de entender seu ato e recuperá-lo, está criando um CIDADÃO, que saberá igualmente educar seu filho e assim sucessivamente.

Ao permitir, em hipóteses muito bem fundamentadas pelos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário da Justiça Militar, os benefícios da Lei nº 9.099/95 ao militar, estar-se-á dando, exatamente o que os citados Ministros desejam: DISCIPLINA E HIERAQUIA na Justiça Militar, pois os militares bons que cometem infrações de menor potencial ofensivo, após estas benesses, voltarão conscientes do que praticaram e terão oportunidade de melhor servir a comunidade, o Estado que são lotados, e via de consequência, o PAÍS E A PÁTRIA !!!

No entanto, se generalizarmos os militares que cometem infrações de menor potencial ofensivo, daqueles que praticam crimes graves, estaremos punindo os bons, que certamente, ao verem estas incompatibilidades, chegarão a falsa ilusão de que nada adiantou servir a Pátria, pois esta lho deu as costas, quando eles mais precisavam dela.

Ninguém está defendendo os militares que cometem crimes graves, já que estes não merecem nenhum benefício legal, pois representam "o joio" (Mateus, 13-24).

O que se defende é outra categoria de militares ("o trigo" - Mateus 13/24), justamente aqueles que por descuido ou por contingência da vida, num momento de

extrema infelicidade, cometem infrações de menor potencial ofensivo, não sendo perigosos e tampouco nocivos ao meio social e militar, já que, inclusive, paralelamente aos benefícios dos artigos 88 e 89 da Lei nº 9.099/95, sofrerão reprimendas administrativas, quiçá mais graves que a própria pena abstrata do delito, já que entregar uma farda e armas a Instituição é entregar um ideal de amor e sentimento de respeito a Pátria.

Pois bem, é justamente esses militares que merecem tais benefícios, que não serão analisados apenas no âmbito objetivo, mas também subjetivo e, repito, somente em infrações de menor potencial ofensivo.

O requisito subjetivo para os militares, na maioria das vezes, deve ser extraído das Notas de Prêmios e Castigos(ficha funcional), devendo sempre prevalecer a segurança coletiva propiciada e os benefícios que o mesmo trouxe a comunidade e à nação brasileira com seus atos operacionais, conforme sabiamente ensina o filme que retrata a história de militares norte-americanos- *"REGRAS DO JOGO"* (*"Rules of Engagement, 2000, Paramount Pictures, com Tommy Lee Jones, Samuel L.Jackson, Guy Pierce Bem Kingsley e Anne Archer"*)⁶.

Conforme caminhou muito bem em sua monografia já mencionada, o Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes coloca uma situação ainda mais injusta: imaginem que numa grande operação conjunta entre Polícia Civil (como Polícia Judiciária) e Polícia Militar, um militar e um policial civil, agindo em co-autoria, previamente ajustados, cometem um desatino, dando causa a uma infração de menor potencial ofensivo.

O policial militar simplesmente verá o policial civil se beneficiar dos institutos da Lei nº 9.099/95(transação penal no JECRIM, face a Lei 10.259/01), enquanto que ele, pelo mesmo ato de co-autoria, sofrerá uma reprimenda dura na esfera penal, sem prejuízo da seara administrativa.

Houve dois pesos e duas medidas neste caso? Isto é Justiça? Qual elemento diferenciador que justifica punir neste caso o militar mais severamente que o policial civil, se houve co-autoria delitiva?

Assim, a missão do Ministério Público junto as Auditorias Militares e ao próprio órgão do Poder Judiciário atuando nas Auditorias Militares é uma missão extremamente difícil, pois terá que separar o joio do trigo, em benefício da própria nação, argüindo,

6 **REGRAS DO JOGO:** O filme inicia em 1968, quando o Coronel Childers(Samuel L. Jackson) e o Coronel Hodges(Tommy Lee Jones) lutam nos campos do Vietnã. Separado do grupo de Childers, o grupo de Hodges sofre uma emboscada. Seriamente ferido e com todos os seus homens mortos, Hodges é salvo por Childers. Quase trinta anos mais tarde, o Cel. Childers é chamado para liderar o grupo de fuzileiros designado a proteger o embaixador americano de uma violenta manifestação de árabes no Iêmen. Depois de salvar o embaixador, mas perder fuzileiros no confronto, Childers manda atirar na multidão, matando 83 pessoas entre mulheres, velhos e crianças, deflagrando uma crise internacional.

Os E.U.A decidem levar o condecorado Cel. Childers à Corte Marcial.

O Cel. Childers, então, chama o Cel. Hodges, que tornou-se advogado, para defendê-lo. As regras do jogo darão seu destino.

Portanto, neste filme, há uma missão de resgate. Um grupo de fuzileiros entre a vida e a morte. **E, um código a seguir !!!**

incidenter tantum, ou seja, na parte fundamentadora da sentença, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.839/99 (controle difuso de constitucionalidade), para na parte dispositiva da sentença, no mérito, aplicar aos bons militares que cometerão infrações de pequeno potencial ofensivo, os benefícios da Lei nº 9.099/95 (com o conceito da Lei 10.259/01), da mesma forma que aplicariam para um civil, não havendo, portanto, quebra dos princípios da igualdade, do *favor rei* e do *jus libertatis*, da proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, entendo, *data venia*, que os crimes militares cabe aplicação da Lei 10.259/01, porém, na Justiça Castrense, sendo inconstitucional o artigo 90-A da Lei 9.099/95, por quebrar o princípio da igualdade (artigo 5º, I da CF/88), proporcionalidade e razoabilidade (artigo 5º, LIV da CF/88)

Some-se a isto que o crime de abuso de autoridade e porte ilegal de arma de fogo permitida, em que pese suas objetividades jurídicas, são da competência do JECRIM e sujeitam-se ao conceito de infrações de menor potencial ofensivo, até porque, no caso do crime de abuso de autoridade, por força do artigo 6º, §4º da Lei 4.898/65, a pena de perda do cargo nem sempre é aplicável, aliás, dificilmente se chega a mesma, face a aplicação das penas alternativas dos artigos 44 e 77 do Código Penal e muitas vezes, face a prescrição deste crime em 2 anos (artigo 109 do CP).

2.3.3 - Os crimes de competência de foro pela prerrogativa de função

Os crimes cujas competências são pelo foro pela prerrogativa de função, inclusive cujo rito especial está estipulado na Lei 8.038/90, também terão possibilidade de aplicação dos institutos da Lei 9.099/95, em face do novo conceito trazido pela Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único.

2.3.4- A Lei 10.259/01 e a legislação de entorpecentes

Conforme já relatado, o artigo 16 da Lei 6368/76 também permitirá a aplicação da transação penal da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 não proibir sua aplicação para rito especial. Todavia, deve no JECRIM ser oferecido para o autor do fato, proposta de internação em clínica, às expensas do infrator, para tratamento psicotrópico, como forma de reinserção social da pessoa viciada.

Como na Justiça brasileira existem milhões de crimes do artigo 16 da Lei 6.368/76, o ideal é designar Audiência Preliminar em conjunto, nos salões do Tribunal do Júri ou acomodações maiores, para que o JECRIM não delongue no procedimento ou na benesse, nem fique impraticável com o imenso volume de serviço.

O comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69), está contido no conceito de "infração penal de menor potencial ofensivo", ou seja, é

através do resultado deste conceito que aplicamos estes institutos. Assim, os institutos dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão condicional do processo) não tem qualquer ligação com o conceito de "infração de menor potencial ofensivo", ou seja, tem características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei 9.099/95. Daí porque são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129 (no caso do artigo 88 da Lei 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (artigo 89 da Lei 9.099/95).

O TAMG e o TJMG (este, em conflitos de competência), no entanto, têm negado aplicação da Lei 10.259/01 (transação penal) ao delito do artigo 16 da Lei 6.368/76, sob o argumento de que este passou a ser regulado em lei posterior (Lei 10.409/02), que prevê procedimentos incompatíveis com os princípios informadores do JECRIM (celeridade, informalidade etc)⁷.

Referido Areópago, *data vênia*, tem andado na contra-mão jurídica, pois a Lei 10.259/01 foi a única lei que possibilitou a "transação ambulatorial ou Justiça terapêutica" para usuários de drogas, ao invés de puni-los com pena privativa de liberdade ou artigo 44 do CP. A Lei 10.409/02, na parte criminal que foi inteiramente vetada pelo Presidente da República, previa tratamento ao usuário. Mas foi vetada. Assim, a Lei 10.259/01 foi a salvação das vítimas dos algozes traficantes.

Ora, o argumento de que o rito da Lei 10.409/02 é incompatível com o JECRIM é sofisma, uma, porque há grandes dúvidas se aplica a Lei 10.409/02, já que o Capítulo III da mesma impunha a parte processual apenas aos crimes daquela lei, sendo que os crimes foram todos vetados; duas, porque, ainda que se aplique a parte processual da Lei 10.409/02, Capítulo IV, isto não a torna incompatível com o JECRIM, que num primeiro momento pode realizar transação penal com o usuário e, caso este não aceite ou não faça jus ao benefício, o JECRIM, diante da complexidade da causa (artigo 77 da Lei 9.099/95), remeterá os autos a Justiça Comum para denúncia com rito da Lei 10.409/02. Note que não haveria nenhuma incompatibilidade e mais, o usuário seria tratado com dignidade, com uma Justiça terapêutica ao invés de uma Justiça retributiva tão somente, que apenas faz dissimular ainda mais o vício, por ser ineficaz e sem supervisão.

2.4 - Concurso de infrações e transação penal

Pode ocorrer que, uma vez delimitado, de regra, a competência do JECRIM para infrações de menor potencial ofensivo (exceto para crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral e exceto o crime de embriaguez ao volante, cuja competência é da Justiça Comum), haja duas ou mais infrações, cuja pena máxima, somadas, ultrapassam dois anos.

Ex: porte ilegal de arma e uso de substância entorpecente.

7 Processos 000.271.397-2/00; 000.271709-8/00; 000.271289-0/00; 000.273000-0/00; 000273239-4/00; 000281039-8/00; 000282652-7/00; 000282654-3/00; 000282659-2/00

Neste caso, como deverá agir o JECRIM?

Poderá haver três alternativas:

a) oferecimento de denúncia e rito do próprio JECRIM (artigo 81 da Lei 9.099/95), usando da interpretação da Súmula 81 do STJ ou,

b) aplicação do artigo 77, §2º da Lei 9.099/95, ou seja, devolver os autos para Justiça Comum, diante da complexidade da causa;

Nos dois primeiros casos, não caberá a transação penal (usando da interpretação da Súmula 81 do STJ).

c) O JECRIM será competente para ambas, sendo que uma delas caberá transação penal, enquanto que para a outra haverá denúncia com o benefício da Suspensão Condicional do Processo, já que os artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95 são independentes e autônomos, ou seja, um não exclui o outro.

2.5 - Transação penal Vs. Suspensão Condicional do Processo

Com o advento da Lei 10.259/01, surgirá um problema técnico:

Os processos que estavam em curso antes do advento da Lei 10.259/01 e que tinham como benefício o artigo 89 da Lei 9.099/95, por exemplo, porte de substância entorpecente (artigo 16 da Lei 6.368/76), como ficarão, já que a nova lei trouxe possibilidade de transação penal para pena máxima de 2 anos, que é muito mais vantajosa do que a suspensão condicional do processo?

Realmente, a transação penal é mais vantajosa do que a suspensão condicional do processo, pois na primeira não existe denúncia (exceção ao princípio da legalidade da ação penal pública) e tampouco há necessidade de condições legais e judiciais de cumprimento, como comparecimento mensal em juízo, de 2 a 4 anos, para justificar suas atividades.

Neste caso, será que deverá o magistrado, com o pedido feito ou mesmo de ofício trancar o Processo Penal que estava suspenso via suspensão condicional do processo e abrir prazo para o Ministério Público oferecer transação penal?

Haverá duas correntes:

1ª corrente - os processos em curso não se sujeitarão a transação penal, pois trata-se de lei meramente processual, logo, com aplicação imediata, sem retroatividade (artigo 2º do CPP), isto é, aplicando-se apenas para os casos a partir de 13.01.2002. Ademais, como o recebimento do artigo 89 da Lei 9.099/95 não impede que o mesmo autor do fato receba o artigo 76 da Lei 9.099/95, por serem institutos autônomos, não haveria qualquer prejuízo;

2ª corrente - sendo norma mista, com retroatividade benéfica (artigo 5º, XL da CF/88), o magistrado, jamais de ofício, para evitar, via oblíqua, que invada a titularidade da ação penal pública, deverá abrir vista para o Ministério Público para que este concorde ou não com o trancamento do Processo para aplicação da transação penal. Se o Ministério Público discordar, sem justo motivo, o magistrado deverá aplicar, por analogia, o artigo 28

do CPP. Se o *parquet* concordar, o Processo Penal que estava suspenso via suspensão condicional do processo (art.89) será trancado, por falta de condição de ação (falta de possibilidade jurídica do pedido superveniente), remetido os autos para o JECRIM, a fim de que o Ministério Público ofereça a proposta de transação penal (artigo 76). O magistrado, porém, deverá comunicar a Secretaria do Juízo para que atualize a certidão cartorária criminal, constando o trancamento do processo por falta de condição de ação superveniente e conseqüente aplicação de transação penal.

Particularmente entendo que, antes de trancar o processo penal e perder a denúncia e o recebimento da denúncia (que interrompe a prescrição), o magistrado deverá notificar o advogado e o autor do fato a fim de aceitarem ou não a transação e somente após cumprida é que efetivamente se trancaria o Processo-Crime, sob pena de uso anômalo do direito (abuso do direito ou ato emulativo). Isto porque a Justiça pode ser cega, mas tem cérebro!

A defesa, caso não consiga este trancamento do Processo Crime, deverá impetrar *Habeas Corpus*, com base no artigo 5º, XL da CF/88 c/c artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01.

2.6 - A Lei 10.259/01 alterou, por analogia, o prazo do artigo 89 da Lei 9.099/95 para 2 anos também (como fez com o instituto da transação penal)?

Cumpra inicialmente ressaltar que a doutrina chama de forma equivocada a suspensão condicional do Processo como sendo "sursis processual"⁸.

Voltando a questão proposta, a resposta deveria ser negativa, ou seja, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 não deveria ter sido alterado pela nova lei, permanecendo o mesmo critério de **pena mínima** de 01 ano, para qualquer procedimento.

Esta conclusão se chegaria porque os institutos dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão condicional do processo) não tem qualquer ligação com o conceito de "infração de menor potencial ofensivo", ou seja, tem características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei 9.099/95.

Daí porque são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129 (no caso do artigo 88 da Lei 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (artigo 89 da Lei 9.099/95).

Por conseguinte, em que pese o prazo da transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95 c/c o conceito da Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único) ser de 2 anos (para

⁸ Imperioso observar que a suspensão condicional do Processo não se confunde com *sursis* (suspensão da pena). No primeiro caso, trata-se de instituto despenalizador da Lei nº 9.099/95 onde não há condenação (alternativa à pena); já no *sursis* há condenação (pena alternativa). Por esta razão, não é técnico usar a expressão "sursis processual", para designar o instituto do artigo 89 da Lei 9.099/95.

pena máxima) e o da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95) ser de 1 ano (para pena mínima), o que aparenta uma contradição, o prazo do artigo 89 da Lei 9.099/95 não deveria ter sido alterado pela Lei 10.259/01.

Ocorre que em brilhante Acórdão, o Ministro Félix Fischer do STJ, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12.033, MS, a 5ª Turma do STJ entendeu que *"a Lei 10.259/2001, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois anos para a pena máxima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei 9.099/95 foi derogada, sendo limite de um ano alterado para dois"*. A decisão do STJ também alcançou o artigo 89 da Lei 9.099/95, que disciplina a Suspensão Condicional do Processo, elevando para dois anos o limite mínimo restritivo. Assim, caberá, por esta interpretação a Suspensão Condicional do Processo nos casos de infrações penais com pena mínimo cominada igual ou inferior a dois anos.

O citado Acórdão, publicado no DJU de 09/09/2002, página 234, também recomendou a modificação da Súmula 243, que regula a matéria no concurso de crime.

Inicialmente, cumpre esclarecer que "crimes de menor potencial ofensivo" (artigo 61 da Lei 9.099/95) era critério para aplicação de dois Institutos despenalizadores apenas: Composição Civil dos danos (artigo 74 da Lei 9.099/95) e transação penal (artigo 76 da Citada Lei).

Por esta conceituação legal, o artigo 89 da Lei dos Juizados na verdade sempre foi um Instituto autônomo que deveria estar no CPP, por ser esta Lei genérica e não específica, na medida em que a Suspensão do Processo aplica-se a todo e qualquer tipo de crime e procedimento, diferente da transação penal vista alhures. A razão desta lógica se evidencia na reforma do CPP, que prevê a Suspensão Condicional do Processo em seu próprio corpo.

Por esta razão, sempre discordei que a Lei 10.259/2001 se aplicava também para a Suspensão Condicional do Processo. Para este Agente Ministerial a Lei 10.259/2001 artigo 2º, parágrafo único, que criou o JECRIM Federal, apenas mudou o conceito de "infração de menor potencial ofensivo", que volto a repetir, nada tem a ver com o artigo 89 da Lei 9.099/95, conforme é a posição do Professor Damásio Evangelista de Jesus, no site www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm, seguido por Ada Pellegrini.

Portanto, a Lei 10.259/2001 somente se aplica aos conceitos de Transação Penal e Composição Civil dos danos, além de proibir o flagrante em crime com pena igual ou inferior a dois anos, se o agente se compromete a assinar o Termo de Comparecimento perante o JECRIM (artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/95 com a interpretação da Lei 10.259/2001, artigo 2º, parágrafo único).

Todavia, para surpresa deste autor e Promotor de Justiça, depois de convicção já formada e por isso, com certo desestímulo em ler os argumentos do Ministro Félix Fischer, fui surpreendido por seus argumentos.

Assim, haveria contradição se não adotássemos esta nova posição pelo seguinte motivo:

Imagine o réu presente na sala de Audiências do Fórum, que responde a um processo do artigo 304 do Código Penal (uso de documento falso) cuja pena é de dois a seis anos de reclusão. Teria direito a Transação Penal? A resposta é negativa, pois mesmo com a Lei 10.259/2001 não haveria como aplicar-lhe a Transação penal porque a pena máxima do crime é superior a dois anos. Teria direito a Suspensão Condicional do Processo? Adotando a lógica alhures também não, porque a pena mínima do crime era superior a um ano, sendo que impossível aplicação.

Agora notemos o absurdo: O réu primário e de bons antecedentes, confessa o crime, tudo levando a crer que o Juiz, ao fixar a pena concreta, a dosaria no mínimo legal, ou seja, em dois anos de reclusão, o que caberia, se esta pena fosse abstrata, a Transação Penal. Ora, se coubesse a Transação Penal pela pena concretamente aplicada e não pela abstratamente aplicada ao crime, como deseja o legislador, porque não lhe aplicar a Suspensão Condicional do Processo, por política criminal, evitando assim, que o mesmo seja condenado e futuramente seja reincidente? Não é assim que fazemos com a prescrição virtual? Portanto, teremos, numa analogia *in bona partem* o benefício da "Suspensão Condicional do Processo virtual".

Diante dos argumentos do Ministro Felix Fisher e ainda, a tese da "Suspensão Condicional do Processo virtual" e que na verdade vem privilegiar pessoas como um réu confesso, primário, bem como atender a teleologia da própria Lei dos Juizados, ou seja, separar o joio do trigo (separar os crimes de menor potencial ofensivo, dando medidas despenalizadoras, dos crimes de médio e grave potencial ofensivo, que merece maior repressão penal), mudei minha posição e tenho entendimento de que caberá a suspensão condicional do processo para pena mínima igual ou inferior a dois anos, com base na Lei 10.259 e na projeção virtual da pena concretamente aplicada.

3. Conclusões

Por todo o exposto, usando da proporcionalidade e razoabilidade constitucional, podemos concluir que:

1º) O novo conceito de "**infrações de menor potencial ofensivo**" é gênero, da qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo - previstas na Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de 2 anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) - a competência para aplicação das benesses (artigos 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e se for o caso, processo e julgamento, será do JECRIM, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de **embriaguez ao volante** (artigo 306 do CTB, cuja pena máxima é de 3 anos), cuja competência para benesses,

processo e julgamento será da Justiça Comum, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei 9.099/95.

2º) A Lei 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, conceituando como "infração de menor potencial ofensivo":

- a) todas as contravenções penais;
- b) todos os crimes punidos com pena privativa de liberdade até dois anos, inclusive;
- c) todas as infrações penais punidas somente com multa;
- d) todas as infrações penais, pouco importando se tenham ou não procedimento especial

3º) A Lei 10.259/01 tem natureza jurídica de norma mista, seguindo as regras da Lei Penal no Tempo, ou seja, retroagindo por inteiro (inclusive no tocante a parte de processo penal - fixação de competência do JECRIM), consoante artigo 5º, XL da CF/88;

4º) a competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 será do Juizado Especial Criminal (JECRIM), inclusive em relação a casos anteriores à vigência da lei (casos anteriores a 13/01/2002). As exceções feitas à competência do JECRIM são as seguintes:

- a) nos crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral diante da competência constitucional em razão da matéria;
- b) nos crimes militares (considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95), cuja competência é da Justiça Castrense, diante da competência constitucional em razão da matéria;
- c) no crime de embriaguez ao volante (artigo 306 da Lei 9.503/97) (considerada "infração penal de médio potencial ofensivo"), cuja competência é da Justiça Comum.

5º) A Lei 10.259/01 se aplica para todas infrações penais com rito especial (incluindo neste contexto, os crimes de abuso de autoridade, porte ilegal de armas de fogo de uso permitido, porte de substância entorpecente, os crimes de competência do foro pela prerrogativa de função etc), inclusive para àquelas anteriores a entrada em vigência da Lei (antes de 13.01.2002), por se tratar de norma mista, devendo ser analisado os processos em curso para comprovação se o benefício da transação penal será mais vantajoso do que o da suspensão condicional do processo, caso em que haverá o trancamento do Processo-Crime originário por falta de condição de ação superveniente;

6º) No caso de concurso de infrações penais da competência do JECRIM, da Justiça Comum (artigo 306 do CTB), da Justiça Eleitoral (crimes eleitorais) ou da Justiça Militar (crimes militares, considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95), haverá três correntes no tocante a possibilidade ou não de aplicação de transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95 com a nova redação da Lei 10,259/01, artigo 2º, parágrafo único):

a) oferecimento de denúncia e rito do próprio JECRIM (artigo 81 da Lei 9.099/95), usando da interpretação da Súmula 81 do STJ ou,

b) aplicação do artigo 77, §2º da Lei 9.099/95, ou seja, devolver os autos para Justiça Comum, que será a competente para processo e julgamento, diante da complexidade da causa;

Nos dois primeiros casos, não caberá a transação penal (usando da interpretação da Súmula 81 do STJ).

c) o JECRIM será competente para ambas, sendo que uma delas caberá transação penal, enquanto que para a outra haverá denúncia com o benefício da Suspensão Condicional do Processo, já que os artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95 são independentes e autônomos, ou seja, um não exclui o outro.

7º) A Lei 10.259/01 alterou o prazo do artigo 89 da Lei 9.099/95, que passa ser aplicável para todas as infrações penais, com ou sem procedimento especial, desde que com previsão de pena mínima de 2 anos, inclusive, considerando a projeção virtual da pena que seria concretamente aplicada ao caso em tela, sem que com isso, se quebre a imparcialidade, já que esta projeção é apenas virtual, sem conteúdo meritório.

IV. BIBLIOGRAFIA

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, SP, Saraiva, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. Revista dos Tribunais;
GOMES, Luiz Flávio, "*Lei dos juizados criminais federais e seus reflexos no âmbito da competência dos juizados estaduais*", Síntese Jornal, Doutrina, fevereiro de 2002

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, SP, Saraiva;

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*, RJ, Aide;

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, RJ, Forense Universitária;

Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques, SP, Saraiva, 1982;

As nulidades no processo penal, SP, Malheiros, 1994

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. Saraiva;

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Forense;

JESUS, Damásio Evangelista de, A exceção do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais em face da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), in www.damasio.com.br, ago.2001

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*, SP, Saraiva, 1998;

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*, SP, RT;

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Edição histórica e tiragem controlada, Campinas, Millennium, 2000, revista, atualizada e complementada por José Renato Nalini e Ricardo Dip;

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, SP, Atlas; *Código de Processo Penal Interpretado*, SP, Atlas, 2000;

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, SP, Atlas, 2000;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, SP, Saraiva, volumes I, II e III, 2000.

SUPRESSÕES

- **Foram rejeitados, por maioria, os itens, 6 e 7 das conclusões.**
- **Foram aprovados, por maioria, os itens 1, 2,3, 4 e 5 das conclusões:**

1º) O novo conceito de "infrações de menor potencial ofensivo" é gênero, da qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo - previstas na Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de 2 anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) - a competência para aplicação das benesses (artigos 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e se for o caso, processo e julgamento, será do JECRIM, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB, cuja pena máxima é de 3 anos), cuja competência para benesses, processo e julgamento será da Justiça Comum, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei 9.099/95.

2º) A Lei 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, conceituando como "infração de menor potencial ofensivo":

- a) todas as contravenções penais;
- b) todos os crimes punidos com pena privativa de liberdade até dois anos, inclusive;
- c) todas as infrações penais punidas somente com multa;
- d) todas as infrações penais, pouco importando se tenham ou não procedimento especial

3º) A Lei 10.259/01 tem natureza jurídica de norma mista, seguindo as regras da Lei Penal no Tempo, ou seja, retroagindo por inteiro (inclusive no tocante a parte de processo penal - fixação de competência do JECRIM), consoante artigo 5º, XL da CF/88;

4º) a competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 será do Juizado Especial Criminal (JECRIM), inclusive em relação a casos anteriores à vigência da lei (casos anteriores a 13/01/2002). As exceções feitas à competência do JECRIM são as seguintes:

a) nos crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral diante da competência constitucional em razão da matéria;

b) nos crimes militares (considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95), cuja competência é da Justiça Castrense, diante da competência constitucional em razão da matéria;

c) no crime de embriaguez ao volante (artigo 306 da Lei 9.503/97) (considerada "infração penal de médio potencial ofensivo"), cuja competência é da Justiça Comum.

5º) A Lei 10.259/01 se aplica para todas infrações penais com rito especial (incluindo neste contexto, os crimes de abuso de autoridade, porte ilegal de armas de fogo de uso permitido, porte de substância entorpecente, os crimes de competência do foro pela prerrogativa de função etc), inclusive para àquelas anteriores a entrada em vigência da Lei(antes de 13.01.2002), por se tratar de norma mista, devendo ser analisado os processos em curso para comprovação se o benefício da transação penal será mais vantajoso do que o da suspensão condicional do processo, caso em que haverá o trancamento do Processo-Crime originário por falta de condição de ação superveniente;