

A nova lei de tráfico: uso indevido de drogas e juizados especiais

Autor: Élcio Pinheiro de Castro

Desembargador Federal do TRF da 4ª Região

Publicado na Edição 15 - 22.11.2006

Frente ao espantoso crescimento de organizações criminosas, o combate ao tráfico ilícito de drogas vem merecendo cada vez maior atenção do Estado. Sobre o tema, além do intenso debate, incontáveis são os estudos no meio jurídico e social, não só no âmbito doméstico como também nos demais países.

Nosso objetivo não é outro senão o de promover brevíssima análise das recentes modificações no campo dos Juizados Especiais quanto ao uso de entorpecentes, buscando com isso apontar algumas dúvidas, estimular maiores reflexões e assim colaborar com os operadores do direito na solução de cada caso.

Em síntese, a nova Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, indica medidas para prevenir a utilização indevida, cuidados especiais, bem como a recuperação social de usuários e dependentes de substâncias tóxicas. Estabelece, ainda, normas para reprimir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de alucinógenos, além de definir os respectivos crimes.

Segundo o comando inscrito no art. 28, quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; e III – comparecimento a programa ou curso educativo.

Como se vê, no que pertine às reprimendas, trata-se de rol exaustivo, sendo nula a sentença que colocar em prática qualquer outra sanção ao usuário.

Diversamente da revogada Lei 6.368/76, embora tenha alargado sua área de atuação, a nova norma não mais comina pena privativa de liberdade aos consumidores e daí sua retroatividade por mais benéfica, devendo alcançar os crimes ocorridos antes de sua publicação, não só por força do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, mas também pelo disposto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Dessa forma, estando o processo na fase de audiência de instrução e julgamento, ao sentenciar, sendo a decisão condenatória, deve o juiz empregar as novas reprimendas. O mesmo deverá acontecer no segundo grau de jurisdição (Turma Recursal) ou em sede de recurso extraordinário. Após o trânsito em julgado, caberá ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento das partes, o exame da *lex mitior*, nos termos da Súmula 611 do STF.

Contudo, resta saber se tais punições devem ou não ser aplicadas em conjunto.

Apesar da locução “será submetido às seguintes penas”, podem as referidas sanções ser empregadas de forma autônoma (art. 27 c/c § 5º do art. 48) nada impedindo ao julgador, diante de cada caso, reunir duas delas tendo em conta, por exemplo, os antecedentes, ou até impor as três se socialmente recomendáveis frente às circunstâncias, à personalidade ou à conduta do infrator.

A duração das medidas educativas deve observar o prazo máximo de cinco meses. Em caso de nova infração, pode ser estipulada em até dez meses.

Pretendendo alcançar fins pedagógicos, deixou o legislador registrado que seu cumprimento dar-se-á em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção ao consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

Em princípio, as tarefas devem ser cumpridas à razão de uma hora por dia de condenação (no máximo), fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do agente (art. 46, § 3º, do CP).

Entretanto, não tendo a norma estipulado o número de horas semanais a serem executadas durante o período de prestação de serviços à comunidade e tratando-se de infrações de menor potencial ofensivo, é de se deduzir que sua fixação deve ser pautada consoante a sensibilidade do julgador frente ao caso concreto, desde que respeitado o tempo de duração da reprimenda.

Importa ressaltar que, não satisfeita a obrigação (sem plausível justificativa), é facultado ao magistrado infligir a pena de admoestação verbal e, se ainda assim não surtir efeito, determinar o pagamento de multa, que não poderá ser inferior a 40 nem superior a 100 dias-multa. O cálculo, entre os apontados limites, deverá ser realizado com apoio exclusivamente na reprovabilidade da conduta, observando-se o princípio da proporcionalidade a fim de assegurar a

indispensável individualização. Firmado o número de unidades, o julgador prescreverá o valor de cada dia-multa (entre 1/30 e 3 vezes o maior salário mínimo) segundo a capacidade econômica do recalcitrante. Tais importâncias, após o recolhimento, serão destinadas ao Fundo Nacional Antidrogas e não mais ao Tesouro Nacional.

De outra parte, o agente de qualquer das indigitadas condutas, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 do novo Diploma, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais (§ 1º do art. 48).

Por outras palavras: a competência para a conciliação, transação, julgamento e execução das infrações penais em tela permanece atribuída aos juizados especiais, exceto quando houver concurso com um dos referidos crimes, de competência da justiça comum.

Não obstante, na dicção de Júlio Fabbrini Mirabette, “por se tratar de competência *ratione materiae* fundada na Constituição Federal, não é admissível que o processo estabelecido para os Juizados Especiais Criminais seja objeto de feitos em curso no Juízo Comum, estadual ou federal. Não é possível invocar os princípios da isonomia, igualdade e equidade, como às vezes já se tem feito, para permitir a aplicação dessas normas nos órgãos judiciários comuns. É a própria Constituição Federal que, excluindo tal possibilidade, reserva aos juizados a competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. Nenhum princípio genérico pode sobrepor-se às normas expressas na Carta Magna” (in Juizados Especiais, 4. ed. Editora Atlas, p. 39).

Nessa linha, segundo Ada Pellegrini Grinover, “havendo conexão ou continência deve ocorrer a separação dos processos para julgamento da infração de competência dos Juizados e da infração de outra natureza. Não prevalece a regra do art. 79, caput, que determina a unidade de processo e julgamento de infrações conexas, porque, no caso, a competência dos Juizados Especiais é fixada na Constituição Federal, não podendo ser alterada por lei ordinária” (in Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099/95, 4. ed. Editora Revista dos Tribunais, p. 67).

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Sendo inquestionável a prevalência de norma constitucional sobre qualquer legislação infraconstitucional, não pode o Código de Processo Penal, na parte que regula as hipóteses de unificação de processos pela conexão ou continência, sobrepor-se às regras constitucionais de competência. Havendo previsão, na Constituição

Federal, da competência dos Juizados Especiais Criminais, na hipótese de conexão ou continência entre delito de competência destes e outro de procedimento ordinário, cada qual deverá ser processado e julgado pelo respectivo juízo, não sendo possível a unificação” (Recurso Especial nº 611.718-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, publicado em 03.11.2004). No mesmo sentido veja-se o HC 40.040 tendo como Relatora a Ministra Laurita Vaz, publicado no DJU de 23.05.2005 além do HC 41.172, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, publicado em 16.05.2005.

Como se depreende, a questão é polêmica. Ainda se discute sobre a possibilidade ou não de julgamento conjunto das pequenas infrações conexas com os crimes da competência do juízo comum, e daí o debate que poderá se instaurar quanto à legitimidade do apontado dispositivo legal.

É certo que, recentemente, objetivando solucionar a controvérsia, a Lei 11.313/06 ao dar nova redação ao art. 60 da Lei 9.099/95 bem como nele incluir um parágrafo, assim deixou averbado: “O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.”

Além disso o mencionado parágrafo único foi lavrado nas seguintes letras: “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”.

Pensamos não haver qualquer ofensa à Constituição Federal, isso porque está escrito no seu art. 98: “A União, no Distrito Federal e nos territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Concludentemente, para que uma causa possa ser atribuída ao Juizado, primeiro é preciso dizer que não se cuida de questão complexa (quando a discussão é no cível) ou que se trata de infração de menor potencial ofensivo (quando criminal). Diante da indefinição do constituinte, essa incumbência, sem dúvida, restou delegada ao legislador ordinário. Portanto, é ele quem dirá se determinado feito, por sua complexidade ou por sua gravidade, deve ou não ser examinado pelo juízo comum. Em suma, a Constituição da República

autorizou tão-só a criação dos Juizados, sem fixar qualquer regra de competência.

Atendendo ao referido preceito constitucional, vieram ao mundo jurídico a Lei 9.099/95 e posteriormente a Lei 10.259/01 regulando as hipóteses de transação e julgamento de tais crimes. Saliente-se que a própria Lei 9.099/95 coloca ao largo de seu alcance algumas situações. A propósito, veja-se aquela que em razão de sua complexidade não permite formulação imediata da denúncia (art. 77, § 2º). Outra, assegurando que, não sendo encontrado o acusado para ser citado, o juiz deve encaminhar as peças existentes ao juízo comum para a adoção do procedimento previsto em Lei (art. 66, parágrafo único) e agora, também de forma expressa, quando houver conexão ou continência com crime de maior gravidade (art. 60, parágrafo único).

Portanto, a partir dessa nova regra, todas as infrações afetas ao Juizado Especial, quando ligadas (de qualquer modo) a crimes dele excluídos, deverão ser encaminhadas ao Juízo Comum competente para o julgamento do ilícito mais grave, aplicando-se o disposto no art. 78, II, do Código de Processo Penal.

É evidente que, por força do concurso, o crime de uso não mais será objeto de Termo Circunstanciado, mas sim de inquérito policial, instrumento adequado para o levantamento de todas as infrações penais cometidas.

Superada tal questão e não sendo possível a separação dos processos, resta indagar qual o procedimento a ser adotado pelo julgador ou pelo Ministério Público, nos casos de conexão ou continência entre crime comum e infração penal de menor potencial ofensivo, porquanto, como já visto, restou consignado na parte final do parágrafo único do referido art. 60 que deverão ser observados “os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”

Tendo em conta o novo texto legal e preenchidos os requisitos exigíveis, com certeza não pode a infração de maior gravidade obstar a possibilidade de transação penal e, conseqüentemente, a composição dos danos causados.

Acontece que o ressarcimento dos prejuízos somente se dá entre o autor do fato e a vítima. Na hipótese em estudo, cuidando-se de crimes fundados na aquisição, guarda ou transporte de entorpecente para consumo próprio, s.m.j. não há como se promover tal acordo, já que o sujeito passivo do ilícito é exclusivamente o Estado.

Afinal, deve ser oferecida peça acusatória única no juízo comum ou é facultado ao Ministério Público apresentar denúncia pelo fato mais grave e proposta de transação em apartado?

Entendemos que, não tendo o agente direito à transação, deve a peça acusatória ser oferecida, de imediato, abordando os dois crimes. Caso contrário, cuidará a mesma tão-só da infração de maior gravidade e, paralelamente (nos mesmos autos), da proposta de transação que, por economia processual, poderá ser efetivada por ocasião do interrogatório. Aceita a proposta, seguirá o processo exclusivamente quanto ao delito mais grave. Frustrada a transação por qualquer motivo, caberá ao Ministério Público formular aditamento apontando também a violação da lei penal de menor potencial ofensivo.

Todavia, cumpre lembrar que as medidas educativas apresentadas pela nova lei prescrevem em dois anos (art. 30), devendo ser observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do CP. Sendo o infrator menor de 21 anos à época do crime, esse espaço de tempo será reduzido à metade (art. 115 do CP).

E mais, à luz do art. 44 (reprisando regra contida no diploma dos Crimes Hediondos), as infrações previstas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória.

Assim, se o acusado estiver em liberdade, resta viabilizada a transação que deverá ser apresentada segundo o disposto no § 5º do art. 48 da nova lei, ou seja, "o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28, a ser especificada na proposta", e não mais com apoio no comando inscrito no caput do art. 76 da Lei 9.099/95.

Porém, estando preso (como normalmente acontece nos crimes de tráfico), em princípio estará obstruída a possibilidade da outorga do benefício de prestação de serviços à comunidade ou comparecimento a curso educativo, por serem tais sanções incompatíveis com o encarceramento, salvo, é claro, se a proposta do Ministério Público consistir exclusivamente no pagamento de multa que poderá ser reduzida até a metade, conforme estabelece o § 1º do referido art. 76 da Lei dos Juizados, objetivando, com isso, estimular a aceitação do acordo pelo infrator.

Não bastasse, consoante a melhor doutrina, os crimes conexos, embora estejam abrangidos por um só processo, mantêm sua autonomia e prescrevem separadamente (art. 119 do CP).

Poder-se-ia cogitar da regra que as penas mais leves prescrevem com as mais graves (art. 118 do CP). Nada obstante, tal entendimento não se ajusta ao caso de concurso de crimes, como na hipótese, mas sim tão-só às penas a serem aplicadas pelo mesmo delito.

Diante dessa perspectiva, frustrada a transação, com quatro instâncias a serem percorridas e não havendo marco interruptivo no segundo grau em caso de sentença condenatória, como impedir a ocorrência da prescrição no que tange às infrações de menor potencial ofensivo em tela? E se não prescritas em razão da celeridade processual, tendo em conta o disposto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, como executá-las se incompatíveis com o regime fechado, mantido pela nova lei, ou inicialmente fechado, por força da jurisprudência?

Como já salientado, a não ser que sejam criados cursos educativos e implantada prestação de serviços à comunidade dentro dos próprios presídios, não vemos como harmonizar o cumprimento das referidas penas com as privativas de liberdade.

Por fim, reveladas as observações que nos animaram a promover o presente estudo, do exame das demais regras do novel Diploma Legal, ainda que de forma concisa, podemos concluir:

a) No tráfico ilícito de drogas a pena mínima foi majorada de 3 para 5 anos. A manutenção da máxima em 15 anos acabou por reduzir o cálculo do tempo médio de cada vetorial negativa. Entretanto, deve o juiz, na sua fixação, considerar, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância tóxica, além da personalidade e da conduta do agente.

b) A pena de multa (exacerbada pelo legislador) restou cominada em abstrato, entre 500 e 1.500 dias-multa. O valor de cada unidade não pode ser inferior a 1/30 nem superior a 5 vezes o maior salário mínimo. Havendo concurso, devem ser cumuladas, facultado seu aumento até o décuplo se a situação econômica do réu permitir e quando as circunstâncias indicarem sua necessidade.

c) Nas mesmas penalidades incorrerá quem de qualquer modo fornecer matéria-prima; cultivar plantas destinadas à preparação de drogas ou ainda aquele que consentir que imóvel sob sua administração seja utilizado para a guarda de entorpecente.

d) Cuidando-se de agente primário, com bons antecedentes e não integrando organização criminosa, tais sanções poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada sua conversão em restritivas de direitos.

e) O oferecimento, a qualquer título, de máquinas destinadas à produção ilegal de entorpecentes constitui crime, punido com reclusão de 3 a 10 anos.

f) Frente à gravidade, o financiamento ou custeio de tais crimes recebeu a maior pena fixada na nova lei, ou seja, de 8 a 20 anos.

g) Havendo associação de duas ou mais pessoas para a prática, reiterada ou não, dessas infrações penais, a reclusão será de 3 a 10 anos em concurso material.

h) Qualquer auxílio a grupo ou organização criminosa será punido com reclusão de 2 a 6 anos. Em contrapartida, o indiciado ou acusado que colaborar na fase policial ou em juízo na identificação dos demais co-autores e na recuperação do produto do crime terá a pena reduzida de um a dois terços.

i) Para o induzimento ou instigação ao uso indevido de droga a sanção restou estabelecida entre 1 e 3 anos.

j) A pena mínima do singelo oferecimento de substância tóxica, ainda que gratuito, para consumo em conjunto, foi assentada em 6 meses, e a máxima, em 1 ano de detenção, sem prejuízo das medidas educativas de que trata o art. 28.

l) As penas serão aumentadas de um sexto a dois terços nos seguintes casos: 1) se a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito o que, por certo, vai auxiliar a fixação da competência quanto aos fatos ocorridos nos municípios limítrofes com o exterior; 2) quando o agente realizar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; 3) o cometimento da infração ocorrer nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, recreativas, inclusive em transportes públicos; 4) se o crime tiver sido efetivado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo ou qualquer outro processo de intimidação; 5) quando caracterizado o tráfico entre Estados da Federação; 6) na hipótese de sua prática envolver ou visar atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, reduzida ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; 7) quando o agente financiar ou custear a execução do crime exceto, à evidência, no que pertine às infrações previstas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34, por já contar com tipificação autônoma no art. 36, sob pena de bis in idem.

m) A nova Lei Antitóxicos é omissa quanto ao regime prisional. Revogou tão-só as Leis 6.368/76 e 10.409/02. Nesse contexto, entendemos que permanecem as regras dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) e daí o cumprimento da pena no regime integralmente fechado. Entretanto, a guereada quaestio já nasceu vencida pela jurisprudência do Supremo. Satisfeitos dois terços da sanção, a norma autoriza a outorga do livramento condicional, vedada sua concessão ao reincidente específico.

n) Diversamente da legislação anterior, estando o indiciado preso, o inquérito policial deverá encerrar-se em 30 dias, ou em 90 quando solto. Havendo necessidade, devidamente justificada, tais prazos podem ser duplicados pelo juiz.

o) Ofertada a denúncia, o acusado será notificado para apresentar defesa preliminar em 10 dias, por escrito, nela expondo as razões que entender de direito, facultada a juntada de documentos. Poderá ainda especificar provas e arrolar até cinco testemunhas. Não manifestada tal resposta, o julgador nomeará defensor para tanto. Sendo imprescindível, determinará o comparecimento do preso, bem como a realização de diligências, exames e perícias.

p) Recebida a peça acusatória, o juiz designará dia e hora para audiência de instrução e julgamento. Na data aprazada, após o interrogatório do acusado e da inquirição das testemunhas, será dada a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa. Encerrados os debates, a sentença poderá ser prolatada de plano ou no prazo de 10 dias.

q) Salvo se primário e de bons antecedentes, em caso de condenação, é defeso ao réu apelar sem recolher-se ao cárcere, o que, certamente, vai gerar muita discussão.

r) Cuidando-se de tráfico transnacional, a competência será sempre da Justiça Federal, ainda que praticado em Município que não seja sede de vara da Justiça Federal. A competência residual, antes delegada à Justiça Comum do Estado, com recurso ao respectivo TRF, restou expressamente afastada em decorrência da expansão da Justiça Federal. </P