



## Questões processuais da nova Lei de Tóxicos

A Lei 11.343/06 (sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) tem proporcionado grandes debates no meio jurídico, especialmente em função da novidade inserida no seu artigo 28. Isto porque, no mencionado dispositivo legal, encontra-se a descrição de um tipo penal no preceito primário, porém sem a atribuição de pena privativa de liberdade no preceito secundário<sup>1</sup>.

Com efeito, aquele que incidir nas condutas descritas do “caput” e no parágrafo 1º será submetido às seguintes penas: I — advertência sobre os efeitos das drogas; II — prestação de serviços à comunidade; III — medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Tais inovações não poderiam deixar de suscitar fértil debate acerca do caráter despenalizante, descriminalizante ou descarcerizador da norma<sup>2</sup>. Todavia, a par destes necessários questionamentos, pretendo examinar uma outra vertente: a das conseqüências processuais da inovação do artigo 28 da nova Lei de Tóxicos.

Em primeiro lugar, no que tange ao procedimento, o parágrafo 1º do artigo 48 é expresso ao determinar que será o traçado pela Lei 9.099/95, isto é, o do Juizados Especiais Criminais.

O parágrafo 2º também é bastante claro ao estabelecer que, tratando-se da conduta prevista no artigo 28, “não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários”. O parágrafo 3º, aparentemente desnecessário diante do dispositivo anterior, reforça que é “vedada a detenção do agente”, embora mencione o parágrafo 4º que, após ser submetido a exame de corpo de delito, o agente será “em seguida liberado”.

Surge então uma dúvida: como liberar alguém que não pode ser preso ou detido? O agente pode se recusar a submeter-se ao exame de corpo de delito? E se ele se recusar, pode ter sua liberdade restringida de qualquer forma até que se submeta ao exame? A resposta certamente há de ser afirmativa para a primeira situação (vedação da produção de prova contra si mesmo) e negativa para a segunda (constituiria flagrante violação ao direito de locomoção, ensejadora de Habeas Corpus).

Superada a fase de diligências por parte da autoridade policial com a lavratura de termo circunstanciado, o próximo passo é a realização de audiência preliminar (artigo 72 da Lei 9.099/95), quando o Ministério Público apresentaria proposta de transação consistente na aplicação de pena prevista no “caput” do artigo 28 da Lei 11.343. Todavia, pode ocorrer a ausência do agente, caso este tenha assumido compromisso de comparecer em juízo (parágrafo 2º do artigo 28, caso em que se aplicaria o artigo 71 da Lei 9.099, realizando-se a intimação através de oficial de justiça. Ainda assim, pode ocorrer que o oficial de justiça não localize o agente (situação bastante corriqueira ante a triste realidade dos usuários de entorpecentes, que muitas vezes não têm endereço fixo) e mesmo que diligências posteriores não alcancem este desiderato.

Anteriormente, sob a vigência da norma contida no artigo 16 da Lei 6.368/76, seria aplicável, antes ou



depois do oferecimento de denúncia, a regra do parágrafo único do artigo 66 da Lei 9.099, isto é, a remessa dos autos ao Juízo comum, para adoção do procedimento do Código de Processo Penal, citando-se o réu por edital e suspendendo-se o curso do processo e da prescrição (artigo 366, “caput”).

Parece-me, contudo, que com o advento do artigo 28 da nova Lei de Tóxicos, que tal providência resultaria absolutamente inócua. Isto porque, se aplicada a suspensão do processo ao réu citado por edital, não se poderia decretar a prisão preventiva, pois esta medida, embora possuindo natureza cautelar e não constituindo antecipação de pena, acaba por violar a norma contida no parágrafo 3º do artigo 28, que expressamente vedada a “detenção do agente”, ou seja, qualquer restrição de liberdade de caráter cautelar, impedindo-se igualmente eventual “condução coercitiva” caso seja intimado mas não compareça.

O resultado é que o processo ficaria paralisado, com os autos aguardando nos escaninhos dos cartórios até que o agente comparecesse espontaneamente.

Dessa forma, impende reconhecer que a consequência no caso de não comparecimento do agente, ou de sua não localização, só pode ser a extinção do processo e o arquivamento dos autos, haja vista a inocuidade da suspensão do processo sem qualquer forma de retomada do andamento que não o comparecimento voluntário do réu, o que é bastante raro.

Outra questão a ser enfrentada é de transação penal descumprida ou recusada pelo agente. Seguindo o rito da Lei 9.099, seria caso de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, lembrando a possibilidade de formulação de proposta de suspensão condicional do processo (artigo 89), a qual pode novamente ser rejeitada ou descumprida pelo réu, caso em que o processo seguirá seu curso culminado com possível condenação, cujas penas poderão ser de advertência sobre os efeitos das drogas (artigo 28, inc. I), prestação de serviços à comunidade (inc. II), medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (inc. III)<sup>3</sup>. Todas estas medidas, se descumpridas, podem acarretar como únicas consequências, a aplicação sucessiva, pelo juiz, de admoestação verbal ou multa (parágrafo 6º).

A admoestação independe de cumprimento e, se já feita por ocasião da audiência preliminar – o que ocorre na maioria das vezes – revela-se absolutamente inócua sua repetição. Já a multa, na maioria das vezes não paga, teria de ser oportunamente executada, o que também não costuma acontecer, já que a Fazenda deixa de cobrar dívidas consideradas irrisórias, caso em que provavelmente se encaixariam a maioria das multas aplicadas.

Assim sendo, tem-se que os efeitos da condenação a serem mais sentidos pelo acusado por crime do artigo 28, ante seu caráter vinculativo e independente de sua vontade, seriam: a) perda de eventuais objetos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituam fato ilícito (CP, artigo 91, II, “a”); b) a suspensão temporária de direitos políticos (CR, artigo 15, III); e c) a informação desabonadora constante em registros de antecedentes.

Por esta razão, é bastante questionável a utilidade do provimento jurisdicional condenatório e, por conseguinte, do oferecimento de denúncia, o que traz efeitos diretos sobre o interesse de agir e a justa causa da ação penal.



Sob o prisma inspirador do moderno Direito Penal, não se pode criticar tal sistemática. É inegável que o grave problema social dos usuários de entorpecentes não se resolverá com encarceramento e nem mesmo através do processo penal. Por esta razão o intento do legislador foi menos sancionador do que preventivo e recuperador.

Na verdade, o papel do juiz e do promotor de justiça, no processo versando sobre crime do artigo 28, é o de atuarem principalmente como fiscalizadores de políticas públicas a serem executadas pelo Poder Executivo, sendo exemplo disso o comando contido no parágrafo 7º. Afinal, o artigo 1º deixa claro o objetivo da Lei. Para o “tráfico ilícito de drogas”: “repressão”. Já para os “usuários e dependentes”: “prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social”. Com efeito, novos institutos precisam ser entendidos sob novos vieses. Se a norma penal não visa punição mas recuperação, inegáveis serão os reflexos processuais. Há que se repensar, portanto, a finalidade da jurisdição penal, das instituições e dos atores envolvidos no processo.

### **Notas de rodapé:**

1 Conflitando, assim, com o vetusto art. 1º da Lei de Introdução ao Cód. Penal.

2 A respeito, vale conferir: MOREIRA, Reinaldo Daniel. “Algumas considerações acerca da pretensa descriminalização do uso de entorpecentes pela Lei nº 11.343/2006”, Boletim IBCCRIM nº 169, dez./2006; SAMPAIO, Denis. “Inovação legislativa do uso de drogas diante de uma visão processual: nova medida descaracterizadora”, Boletim IBCCRIM nº 170, jan./2007; e NETO, Orlando Faccini. Porte de droga para uso: abolitio criminis, por força da Lei 11.343/06. Disponível na internet [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 31.01.2007.

3 Embora o “caput” do art. 28 afirme que tais medidas sejam “penas”, o parágrafo 6º as denomina “medidas educativas”, o que, se por um lado revela a habitual incongruência do legislador, por outro deixa bastante clara sua intenção: despenalizar.

### **Date Created**

30/03/2007