

# **A EFETIVIDADE DAS TRANSAÇÕES PENAIS IMPOSTAS NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA COMARCA DE VENÂNCIO AIRES/RS EM PROCEDIMENTOS RELATIVOS À APURAÇÃO DO CRIME INSCRITO NO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/06**

Kelly Helfer Reis<sup>34</sup>

Diego Romero<sup>35</sup>

## **RESUMO**

O artigo trata sobre a efetividade das transações penais realizadas na Comarca de Venâncio Aires/RS em procedimentos relativos à apuração do crime inscrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Pretende-se analisar, discutir e apresentar os principais aspectos teóricos que envolvem essa problemática, assim como avaliar a aplicabilidade e eficácia do cumprimento das penas estabelecidas no delito de posse de drogas na cidade de Venâncio Aires/RS. Para tanto, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores que tratam desse problema, e, ainda, de pesquisa de dados coletados do Juizado Especial Criminal da Comarca de Venâncio Aires/RS. Partindo-se do pressuposto de que o uso de drogas é um problema que atinge a sociedade de forma cada vez maior e agressiva, bem como considerando os principais aspectos atinentes à literatura em foco, o tema ora tratado apresenta-se como fundamental para a sociedade no que tange aos usuários de drogas, cujo vício afeta não só o indivíduo, mas também toda sua família e aqueles com quem convive.

---

<sup>34</sup> Acadêmica de Direito do 10º Semestre da UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, *campi* Venâncio Aires/RS. Endereço eletrônico: kellyhreis@hotmail.com

<sup>35</sup> Especialista em Direito Penal Empresarial e Mestre em Ciências Criminais ambos títulos concedidos pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processual Penal da UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, *campi* Capão da Canoa/RS. Advogado Criminalista. Endereço eletrônico: diegoromero@unisc.br

## **Palavras-chave: Lei de Drogas; juizado especial criminal; transação penal.**

### **1 Introdução**

A justiça consensual ganhou seu espaço no Poder Judiciário de uma forma exorbitante, ao ponto de se ampliarem os Juizados de Pequenas Causas, à vista dos excelentes resultados apresentados, de forma que foi regulamentado constitucionalmente o Juizado Especial Criminal (JECRIM). Este Juizado desafogou as vias criminais, mas, até hoje, é alvo de críticas, principalmente quanto às transações penais que são ofertadas aos autores do fato, como um instituto despenalizador, uma vez que as penas aplicáveis são restritivas de direito ou pecuniárias. Dependendo do delito, como o de posse/porte – comumente conhecido como usuário - de drogas previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, aplica-se uma advertência, medida de prestação de serviços à comunidade ou comparecimento em programas educativos.

Atualmente, verificamos inúmeros crimes de menor potencial ofensivo, como o de posse de drogas, ora tratado neste trabalho, de cujos procedimentos desponta a relevância de acordos entre acusação e defesa para não ensejar futura persecução penal *in judicio* e o real comprometimento do autor do fato com aquilo que foi acordado.

Isso significa que, nesses acordos, há um compromisso do acusado para com aquilo que lhe foi oferecido através da proposta de transação penal formulada pelo do agente do Ministério Público, cabendo precipuamente ao Poder Judiciário, fiscalizar o cumprimento de tais medidas aceitas.

Tudo isso para que se alcancem os objetivos de fazer valer a eficiência da justiça criminal, não deixar impune o autor do fato delitivo previsto na lei penal e, em contrapartida, de extinguir a punibilidade do agente em face do acordo cumprido.

De outra parte, especificamente no que se refere ao delito de posse de drogas, sempre houve dificuldade em estabelecer a diferença entre o usuário e o traficante, ao passo que as penas não tinham finalidade terapêutica, ou seja, de reeducação e ressocialização do indivíduo, algo que até 2006 não era regulado. Passados alguns estágios, e com implantação da Lei n. 11.343/2006, a chamada Lei de Drogas, foi criado o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o SISNAD, trazendo a prevenção relativamente ao uso de drogas e à reinserção social de dependentes, bem como estabelecendo normas de repressão contra o tráfico de drogas.

Efetivamente, após a implantação da Lei de Drogas, a justiça terapêutica passou a ser aplicada no caso concreto com relação à posse de substância considerada droga, ao dispor de medidas socioeducativas para o usuário, distinguindo-o do traficante.

Seguindo essa linha, o delito de posse de drogas previsto no artigo 28 da aludida legislação é um dos principais problemas enfrentados em nossa sociedade, e identi-

ficar se realmente a política de punição ao usuário é efetividade cumprida, ao ponto de extinguir sua punibilidade, desencadeia esse articulado.

O efeito do abuso de drogas divide famílias e enfraquece a sociedade, pois causa grandes perdas econômicas, devido aos custos com saúde e o aumento da do crime.

Dentro desse contexto, este ensaio aborda a evolução do JECRIM ao processar crimes de menor potencial ofensivo, com ênfase no delito da posse de drogas, tratando da proposta da transação penal.

Por fim, realizou-se pesquisa de dados coletados junto à Comarca de Venâncio Aires, órgão da Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, com posterior análise de informações processuais e termos de audiência, a fim de revelar dados concernentes ao cumprimento dos acordos e à extinção da punibilidade dos usuários, no período compreendido de julho de 2014 a julho de 2015.

## 2 Juizado Especial Criminal

Criado com o intuito de desafogar as varas criminais, visando uma solução que fosse célere, e, da mesma forma, possibilitando que o Estado apresentasse um desfecho para a criminalidade em infrações de menor potencial ofensivo, sem despenalizar de forma integral tais condutas, bem como pelos ótimos resultados que os Juizados de Pequenas Causas<sup>36</sup> vinham apresentando, o Juizado Especial Criminal foi regulamentado por meio da norma contida no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

### 2.1 Histórico

Com a norma datada em 1988, o Congresso Nacional, órgão responsável por essas diretrizes, não tomou providências de imediato, a fim de estabelecer quais seriam as infrações de menor potencial ofensivo, como seria dado o procedimento sumaríssimo e como seria realizada a transação penal, pois indispensável seria a criação de uma lei ordinária específica para tal providência (TOURINHO FILHO, 2011).

No ano de 1989, o Estado do Mato Grosso do Sul passou a estudar sobre o JECRIM, e, somente em 1990, nasceu a Lei Estadual n.º 11.071 discorrendo sobre o tema. A referida legislação tratava dos delitos de menor potencial ofensivo considerando-os como todos os crimes dolosos com punição de até um ano de reclusão ou

---

<sup>36</sup> Instituído pela Lei n.º 7.244/84, na área cível, os Juizados Especiais foram criados para resolver, gratuitamente, causas consideradas simples. São orientados pelos critérios da simplicidade, informalidade, rapidez e economia processual, buscando sempre a conciliação entre as partes. Essa é a principal razão da eficácia dos Juizados, permitindo que a maioria dos casos sejam resolvidos já na primeira audiência.

de até dois anos de detenção, os crimes culposos e as contravenções. Seguindo essa linha, o Estado da Paraíba, através da Lei Estadual n.º 5.466/91, regulamentou, em seu artigo 59, as infrações de menor potencial ofensivo, vindo a adotar o mesmo critério do legislador sul-mato-grossense (TOURINHO FILHO, 2011). Todavia, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais as leis estaduais criadoras de Juizados Especiais Criminais antes do advento da Lei n.º 9.099/95.

Dessa forma, em 26 de setembro de 1995, a Lei n.º 9.099, introduziu, por meio de legislação ordinária, o ajustamento sobre a pena, o processo e o JECRIM (GIACOMOLLI, 2009).

Não há dúvida de que a Lei n.º 9.099/95 rompeu com a estrutura tradicional de solução de conflitos, representando um marco, na medida em que a adoção de medidas despenalizadoras trouxe um novo modelo no tratamento da violência (LOPES JR., 2014). Tal instrumento legislativo criou não apenas o Juizado Especial Criminal, mas também os institutos como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

## **2.2 Conceito das infrações de menor potencial ofensivo**

No início, o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo (IMPO) era definido no artigo 61 da Lei n.º 9.099/95, que dispunha que os crimes e contravenções penais que não ultrapassassem um ano de pena máxima cominada seriam de competência para processo e julgamento por parte do JECRIM (LOPES JR., 2014).

Somente em 2001, aproximadamente seis anos após a criação da Lei regulando o Juizado Especial Criminal, é que o conceito do crime de menor potencial ofensivo foi ampliado para aqueles cuja pena máxima cominada em abstrato para punição do delito não ultrapassasse o patamar de dois anos, retirando a vedação dos casos em que há procedimento especial. Dessa forma, ocorreu uma contradição referente à competência da Justiça Estadual, algo que se resolveu em 2006, com nova redação do artigo 61, alterado pela Lei n.º 11.313/06.

Nessa amplitude de estabelecer quais seriam os delitos de menor potencial ofensivo, alcançou-se a homogeneidade dos Juizados Especiais Criminais, regulados, então, pelas leis n.ºs 9.099/95 e 10.259/01 (âmbito federal), e consolidou-se, após incorporação da Lei n.º 11.313/2006, que os delitos atingidos por este tipo de procedimento seriam aqueles em que a pena máxima não fosse superior a dois anos, não importando se esta viesse cumulada ou não com multa, afastando, para tanto, a existência de rito especial para aqueles delitos que estabelecessem este procedimento (AVENA, 2011).

Deve-se salientar, ainda, que os Estados e Distrito Federal apenas possuem competência residual para estabelecer normas procedimentais e de processo, podendo

complementar as da Lei Federal, mas não possuem a faculdade de ampliar o rol dos delitos de menor potencial ofensivo (GIACOMOLLI, 2009).

Assim, com o sistema do JECRIM, impede-se a aplicação de pena privativa de liberdade àqueles que cometem delitos de pequena potencialidade, aplicando-lhes penas restritivas de direito, mediante aceitação do autor do fato, outrora considerado apenas como indiciado pelo sistema processual penal, que, usufruindo o direito de dispor ou não do devido processo, assim consente (KYLE, 2014).

Nesse diapasão, conforme expõe Kyle (2007, p.102):

nosso sistema penal possui dois tratamentos, quais sejam, o *subsistema clássico*, chamado de espaço de conflito, que tutela as infrações cujas penas sejam superiores a dois anos; e o *subsistema consensual*, chamado de espaço de consenso, que cuida, como já visto, das infrações de pequena e média ofensividades. (Grifos originais).

Portanto, além das finalidades de diminuir a sobrecarregada justiça penal tradicional, permitir o acesso ao judiciário, possibilitar a solução mais célere e justa, entre outras, a Lei que instituiu o JECRIM, em seu artigo 2º, parte final, estabelece a finalidade deste, ao buscar “sempre que possível a conciliação ou transação”, complementando com artigo 62, “a reparação dos danos sofridos pela vítima e a não-aplicação da pena privativa de liberdade”.

## 2.3 Objetivo da Lei do Juizado Especial Criminal

Consoante Giacomolli (2009, p. 26), corroborado com o entendimento de Prado (2006, p. 209) ao tratar que a lei referida trouxe

a singular aplicação de dois institutos diferentes de tudo quanto até então existia – a transação penal, principalmente, e a suspensão condicional do processo – e, mais do que isso opostos ao pensamento corrente da aplicação da pena como forma exclusiva de resolução dos casos penais.

Portanto, no que tange às modificações realizadas através da Lei n.º 9.099/95, esta

[...] envolveu aspectos tais como *a efetividade do processo, o acesso à justiça e a concepção unitária do conflito*, revitalizando também o papel da vítima e a promoção do consenso, palavra-chave para entendermos os novos institutos, tudo conforme uma visão prática e real do processo, desafetado e, em alguns pontos, imu-

nizado contra o vírus do excesso de formalismo (PRADO, 2006, p. 209, grifos originais).

Assim, verifica-se que a justiça do Juizado busca o consenso entre as partes, mais do que isso, visa tutelar a vítima em relação ao delito sofrido, ao mesmo tempo em que orienta o autor da infração a compor os danos civis ou aceitar a transação penal como forma de medida alternativa em relação à pena privativa de liberdade. Com isso, dá-se celeridade ao procedimento, uma vez que apresenta resultados formais mais rápidos, sem o enfrentamento de uma longa persecução penal.

Por fim, a finalidade maior que se busca em um Juizado Especial é a conciliação, e não a punição, dirigindo-se a tutelar a vítima do crime. Nesse sentido, tem-se a figura do conciliador criminal, que é visto como um auxiliar da justiça, conforme dispõe o artigo 73 da Lei n.º 9.099/95.

Com a edição da Lei n.º 9.099/95, verificou-se que era importante dar visibilidade às infrações penais de menor capacidade de lesão aos bens jurídicos. Devido ao aumento desta demanda, fora necessário desenvolver mecanismos para diminuir o congestionamento da justiça criminal. Tais mecanismos estão previstos na Lei n.º 9.099/95 e o principal deles é a transação penal (PRADO, 2005).

### 3.1 Conceito

A transação criminal brasileira sofreu influências, de forma indireta, pelo sistema americano a partir do instituto do *plea bargaining*<sup>37</sup>. Todavia, é importante a observação de diferenças no que diz respeito aos limites do acordo, aos sujeitos processuais e às consequências da negociação (GIACOMOLLI, 2009).

Seguindo essa linha de antecedentes, importante mencionar os artigos 392 e 398 do Código de Processo Penal Português de 1987, que regula o processo sumaríssimo e dispõe que, quando os crimes com pena abstrata não forem superiores a três anos ou multa, o Ministério Público, motivadamente, quando entender não ser o caso de prisão ou medida de segurança, propõe uma pena alternativa, cuja solicitação depende do acusador na ação privada. Contudo, o juiz exerce um controle sobre o pedido, pois não precisa aceitá-lo, podendo considerar injusto ou desproporcional e determinar o prosseguimento do feito. Dessa forma, visualiza-se que os sujeitos processuais se limitam a emitir declarações escritas, aceitando-as ou não. Por outro lado,

---

<sup>37</sup> O *plea bargaining* é um instituto cuja origem remonta a *common law* e consiste na possibilidade de negociação entre o representante do Ministério Público e o acusado. Assim, o acusado pode apresentar importantes informações sobre o delito, ou sobre os autores do delito e o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente.

usufruem do benefício da informalidade e da ausência de audiências, entre outros (GIACOMOLLI, 2009).

A partir da leitura do artigo 72 da Lei n.º 9.099/95, vê-se que a transação é aplicável após o cumprimento de alguns requisitos, conforme elenca Kyle (2007, p. 117):

- 1 - Ser o crime de ação pública. Se de ação pública condicionada, a representação deverá ter sido formalizada para autorizar o Ministério Público a propor a transação; ou de ação pública incondicionada;
- 2 - Tentativa de composição dos danos, na audiência preliminar;
- 3 - Após o “autor do fato” ser informado da possibilidade de aplicação imediata de pena não - privativa de liberdade, no caso de a vítima efetivar a representação, ou de o Ministério Público denunciar;
- 4 - É necessário que a conduta cometida pelo “autor do fato” seja efetivamente delituosa, a ensejar uma ação penal; caso contrário, será arquivada. (Grifos originais).

Com a análise destes requisitos, constata-se que a transação penal precede a formação de uma relação processual. Nesse sentido, decorre que a transação penal deve ser proposta antes de formalizada a ação penal, pois se torna indispensável a análise das condições da ação pelo *Parquet*.

Todavia, há doutrinadores que entendem que a proposta de transação formalizada pelo Agente Ministerial constitui uma denúncia, ou seja, a ação penal pública em si, com a possibilidade de transigir com a outra parte uma pena diferente da restritiva de liberdade (KYLE, 2007).

Dessa forma, o Judiciário só pode verificar se estão presentes as condições legais, mas não poderá fiscalizar a oportunidade, a opção formulada pelo Ministério Público, titular da ação (MIRABETE, 2000).

### **3.2 Titularidade da proposta da transação**

Evidentemente a proposta de transação penal só pode ser apresentada no Juizado Especial Criminal, ou em outro juízo quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo, contanto que a pena máxima cominada não supere dois anos. Entendendo não ser caso de arquivamento, e existindo elementos suficientes para propor a ação penal pública, o agente ministerial poderá propor a aplicação de forma imediata de pena restritiva de direitos ou multa no caso de ação penal incondicionada. Quando se tratar de ação penal pública condicionada, poderá oferecer a proposta de transação quando tiver sido oferecida a representação, desde que não ocorra a composição civil

por danos sofridos pela vítima, pois neste caso acarretaria a extinção da punibilidade do agente, pela renúncia (MIRABETE, 2000).

Portanto, não se trata de consagrar os princípios da oportunidade e conveniência na ação penal pública, muito além disso, de modo que, colmatados os requisitos legais, o Ministério Público deverá ofertar a transação penal. “Dessa forma, é comum a afirmação de que se trata de uma discricionariedade regrada. Noutra dimensão é um poder-dever”, conforme expõe Lopes Jr. (2014, p. 979).

Nessa mesma linha, salienta Giacomolli (2009, p. 124):

ao Ministério Público não foi concedido um poder discricionário, uma faculdade subjetiva de exercer uma pretensão acusatória comum ou uma pretensão alternativa, mas uma alternativa legal, diante de determinados requisitos previamente estabelecidos. [...] No momento de analisar as circunstâncias fáticas, o acusador não tem opção, mas a obrigação de propor a solução mais favorável ao acusado.

Posteriormente, cabe ao juiz analisar a presença dos requisitos legais e individualizar a sanção, porque cabe a ele essa função, e não às partes, não podendo modificar o acordo criminal realizado (GIACOMOLLI, 2009).

### **3.3 Efeitos da transação penal**

Um efeito imediato, visto do ponto de vista processual, é a terminação de um processo de forma antecipada. Não se produz defesa, instrução contraditória, nem mesmo um juízo condenatório ou absolutório (GIACOMOLLI, 2009).

Por outro lado, não havendo o consenso e não aceita a proposta de transação penal, o juiz determinará o seguimento do processo, pelo rito sumaríssimo estabelecido no JECRIM.

Imperioso salientar que a aplicação da medida consensual, ou seja, transação penal, não gera antecedentes criminais e nem reincidência, sendo registrada somente para fins de não haver novo acordo nos próximos cinco anos, prazo estipulado no artigo 76, § 4º, da Lei n.º 9.099/95 (GIACOMOLLI, 2009).

#### 4. Lei n.º 11.343/06

O Brasil ratificou, através do Decreto n.º 154 de 26.12.1991, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, ocorrida em Viena, no ano de 1988, na qual acelerou a batalha contra o narcotráfico. Além da dificuldade de estabelecer uma diferença entre o usuário e dependente do traficante de drogas, verificou-se que a pena para esses tipos de delitos não tinham em sua essência a função de ressocialização, de reeducação, ou seja, não tinham finalidade terapêutica (KYLE, 2007).

Segundo Guimarães (2004), citado por Kyle (2007, p. 146), a Lei do JECRIM trouxe enorme mudança quanto à classificação dos delitos de menor potencial ofensivo, ao dispor que a lei

que criou os Juizados Especiais Criminais, provocou uma completa mudança na classificação dos crimes, como, por exemplo, a conceituação de crimes de menor potencial ofensivo (art. 61). Nessa categoria, enquadra-se o crime tipificado no art. 16 da Lei 6.368, de 1976 (pena de detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de vinte a cinquenta dias multa). Passou-se a conceder a suspensão condicional do processo para o autor desse ilícito, condicionada aos requisitos do art. 89. No entanto, com o advento da Lei 10,259, de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais e alterou a definição dos crimes de menor potencial, passou-se a permitir a aplicação da transação penal aos infratores do art. 16 da Lei 6.368, de 1976.

Sucessivamente, a Lei n.º 10.409/02, tentava empreender tratamento diferenciado entre usuário e o dependente de drogas, privando-lhes de tratamento terapêutico. Todavia, tais medidas já eram utilizadas em outras Nações, denominada de justiça terapêutica, onde o usuário tem o acompanhamento de uma equipe multidisciplinar, na qual é adotado o melhor tratamento para determinado caso, além de o usuário ser submetido a esse acompanhamento de forma gratuita (KYLE, 2007).

Com o advento da Lei n.º 11.343/06, foi instituído o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, que “prescreve medidas para prevenção ao uso indevido, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, além de estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”, conforme expõe Kyle (2007, p.148).

Em seu artigo 28, reporta-se ao usuário, antes regulamentado no artigo 16 da Lei n.º 6.368/79, ora revogada, e as penas foram substituídas por advertência, prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programas ou cursos educativos. Quanto ao artigo 12 da Lei n.º 6.368/76, que regulamentava o delito de tráfico, este

foi transposto para o artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, aplicando tratamento penal mais duro que o anterior.

Com efeito, verifica-se que o novo preceito legal passou a aplicar uma justiça diferente do que a política criminal aplicada anteriormente. Assim, aparta o usuário do traficante, ao passo que o primeiro dispõe de mecanismos que propiciam sua inserção a medidas socioeducativas como intuito de impedir sua reincidência no sistema e o último com a impossibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras, pois está sujeito à pena privativa de liberdade elevada que não comporta os termos do JECRIM (KYLE, 2007).

Embora não haja auto de prisão, o autor do fato será apresentado ao juiz ou, na sua falta, realizado termo circunstanciado perante a autoridade policial. Órgãos de persecução tratam como se crime fosse, reservando o papel de educadores aos magistrados, que deverão advertir os usuários com relação aos efeitos das drogas e admoestar verbalmente em caso de descumprimento de medidas socioeducativas (THUMS E PACHECO, 2010).

#### **4.1 Das Condutas incriminadoras descritas no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06**

A Lei n.º 11.343/06 acrescentou mais duas formas de cometimento do delito do artigo 28, que correspondem à ação de ter em depósito e transportar.

*Adquirir* significa obter para si, tanto a título gratuito quanto oneroso, mediante compra ou troca. Conforme Thums e Pacheco (2010, p. 59), “é necessário que ocorra a tradição, sob pena de não se consumir a conduta, [...] sua consumação só estará perfeita com o efetivo recebimento da droga”.

*Guardar* implica na ocultação pura e simples da droga. Significa vigiar com o fim de defender, preservar ou proteger a droga, tendo a posse a distância (THUMS E PACHECO, 2010).

*Ter em depósito* é reter a coisa à sua disposição. A conduta pode ser realizada por aquele que apenas tem o espaço físico, podendo também ser feita pelo usuário. Não é necessário ser o proprietário da droga (THUMS E PACHECO, 2010).

*Transportar* remete-nos a uma situação comum em *blitz* na via pública, tratando-se dos casos, por exemplo, em que o indivíduo está com a droga no interior do veículo, mas é para uso pessoal. Pode ser, ainda, considerado transporte a conduta daquele agente que carrega dentro de uma mala ou bolsa (THUMS E PACHECO, 2010).

Por fim, *trazer consigo* significa a posse direta junto ao corpo ou dispostas em um objeto que estão em seu poder direto, como, por exemplo, sacola, mala, bolso, etc. Consoante complementam Thums e Pacheco (2010, p. 60), “aquele que traz consigo

a droga e, com a presença de policiais, a dispensa (jogando-a) fora, continua na sua posse, estando a praticar conduta típica”.

A Lei de Drogas não pune a conduta de usar. Todavia, para ocorrer esse comportamento, é necessário trazê-la consigo. Dessa forma, a tipicidade da conduta se dá por “trazer consigo” e não por usar, assim, se o agente acabou de ingerir a substância entorpecente, nada poderá ser feito, visto que se trata de uso pretérito dela. Além do que não pode obrigar o indivíduo “a fornecer material do próprio corpo para fazer exames, já que se trata de produzir prova contra si próprio, o que a CF/88 não autoriza, em face da garantia constitucional do *nemo tenetur se detegere*”, conforme expõem Thums e Pacheco (2010, p. 61).

Cumprido ressaltar, por derradeiro, que o STF, no ano de 2015, reiniciou o debate quanto à descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, não havendo ainda decisão concreta quanto ao tema. Com efeito, no Recurso Extraordinário n.º 635659/SP, discute-se, à luz do artigo 5º, inciso X, da CF/88, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

## **4.2 Procedimento referente à apuração e punição do crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06**

Como já citado anteriormente, as condutas tipificadas no artigo 28 da Lei de Drogas são as de adquirir, guardar, transportar, ter em depósito e trazer consigo para uso pessoal, inexistindo, entretanto, a de usar. “A não incriminação leva em conta a impossibilidade de punir atos que atentam contra o próprio agente, na medida em que se trata de uma autolesão da saúde”, conforme explicitam Thums e Pacheco (2010, p. 39).

O fato de compartilhar o uso de um cigarro de maconha entre uma turma de amigos só torna típica a conduta para aquele que está com a droga na mão, quem está “trazendo consigo”. Já o fato de alguém levar um tijolo de maconha para uma festa e queimar em um lugar fechado, onde muitas pessoas aspiram aquela fumaça, torna-se uma conduta típica para aquele sujeito que levou a droga para fornecer a terceiros e juntos consumirem, conduta tipificada no artigo 33, § 3º, da Lei de Drogas. Salienta-se que quem aspirou a fumaça não cometeu infração (THUMS e PACHECO, 2010).

Com efeito, Thums e Pacheco (2010, p. 40) expõem que “não se deve confundir a conduta de quem faz uso da droga, quando a traz consigo, porque continua “trazendo consigo”, embora esteja usando”. (Grifo original).

Temos, por exemplo, aquele indivíduo que está fumando um cigarro de maconha e traz consigo a substância entorpecente; assim, a conduta é tipificada no artigo 28. Esse entendimento é pacífico nos tribunais e em parte da doutrina, “mas não pode

negar que *quem está fazendo uso da droga não poderia ser penalizado por trazê-la consigo, porque a lei não pune a conduta usar*”, consoante opinião de Thums e Pacheco (2010, p.40). (Grifo original).

A Lei n.º 11.346/06 propõe medidas educativas aplicáveis aos usuários que forem flagrados praticando um dos verbos do artigo 28. Com relação ao assunto. Thums e Pacheco (2010, p.41) assinalam uma crítica, pois:

[...] a lei pune com medidas educativas quem adquire, guarda, traz consigo, transporta ou tem em depósito droga para consumo pessoal, mas não ‘pune’ quem faz uso dessa droga. Se a ideia central é não punir com a perda da liberdade quem é usuário de drogas, mas oportuniza tratamento, então por que não aplicar as mesmas medidas para quem fez uso da droga? Qual é a lógica deste proceder legal? Incompreensível. (Grifo original)

Outrossim, aquele que acabou de usar a droga também é usuário, merecendo a atenção do Estado para que tivesse conhecimento dos efeitos nocivos e dos malefícios das drogas através de cursos ou palestras (THUMS E PACHECO, 2010).

De outra banda, necessário mencionar que o artigo 48, § 1º, da Lei de Drogas, determina o processo e o julgamento nos termos da Lei n.º 9.099/95, nos casos do artigo 28, salvo nas hipóteses de concurso de crimes (GIACOMOLLI, 2009).

Assim, o legislador dispôs no artigo 48, § 5º, da Lei n.º 11.343/06:

Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Como sabemos, o artigo mencionado trata da transação penal, a ser proposta pelo Ministério Público sempre que o infrator fazer jus a tal benefício, visto que é um direito subjetivo deste. A proposta feita pelo órgão acusador poderá ser aceita ou não pelo agente (THUMS E PACHECO, 2010).

Com relação ao delito tipificado no artigo 28 da mencionada Lei, a proposta ministerial deverá ser com advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida socioeducativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme preleciona o artigo 28, incisos I, II e III, algo detalhado no próximo tópico.

### 4.3 Medidas da proposta de transação penal

Entre as medidas que se encontram previstas na Lei de Drogas, a primeira que deve ser mencionada é a prestação de serviços à comunidade, inserida no sistema punitivo brasileiro como uma pena restritiva de direito (CARVALHO, 2010). Essa pena consiste na atribuição de tarefas gratuitas, conforme a definição do artigo 46, § 1º, do Código Penal, e, para as hipóteses do artigo 28, § 5º, da Lei n.º 11.343/06:

Art. 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

Temos também a modalidade de advertência em razão do caráter de reprovabilidade real ou simbólica, adquirindo natureza punitiva. Tangente a isso, Carvalho (2010, p. 279) diz que:

com a crise da pena privativa de liberdade e o movimento internacional de reforma dos sistemas punitivos, a Constituição abriu espaço à criação e à proposição de alternativas ao cárcere, fixando os limites possíveis de punibilidade a partir do respeito à dignidade da pessoa humana, e tendo como norteadores da sanção os princípios da proporcionalidade, da individualização, da pessoalidade e da humanidade.

Portanto, não sendo modalidade de privação de liberdade, a admoestação se aproxima, de forma atípica, das penas restritivas de direito.

Com efeito, consoante expõe Marcão (2011, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)) a pena de advertência tem por finalidade

avivar, revigorar e, em alguns casos, incutir, na mente daquele que incidiu em qualquer das condutas do artigo 28, as consequências danosas que o uso de drogas proporciona à sua própria saúde; ao seu conceito e estima social; à estabilidade e harmonia familiar; à comunhão social, buscando despertar valores aptos a ensejar contraestímulo ao estímulo de consumir drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Já com relação ao usuário ser submetido à medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, Giacomolli (2009, p. 248) expõe que “a submissão ao tratamento é legítima quando resultar de consenso, não havendo como compelir o usuário ao tratamento. A eficácia depende do diálogo, da horizontalização e da compreensão”.

Não é diferente o entendimento de Carvalho (2010, p. 24), ao frisar que

[...] o binômio dependência-delito não é apenas equivocada em face desta relação não ser empiricamente demonstrável, mas porque evoca medidas profiláticas de coação direta absolutamente distantes do ideal tratamento, mormente ao estabelecer como objetivo da ação médica a prevenção de delitos. **Em decorrência, olvida a importância da adesão (voluntariedade) do dependente ao programa de recuperação, transformando o tratamento em medida policiaesca.** (Grifos próprios).

Nesse contexto, surgiu no Brasil a chamada Justiça Terapêutica, na vigência da Lei n.º 6.368/76, que foi pensada para lidar com os viciados em drogas, priorizando sua recuperação e reparação dos danos à vítima. Todavia, o tempo de tratamento não se limitaria ao período disposto da transação ou suspensão, mas, encerrado o processo, a continuidade do tratamento seria realizada pela equipe de saúde (WEIGERT, 2010).

Ocorreu que, com a previsão do artigo 28, inciso III, da Lei n.º 11.343/06, a Justiça Terapêutica continuou a ser utilizada, entretanto, a nova regulamentação limitou a duração temporal, obstruindo a ideia central do projeto Justiça Terapêutica em transformar o tratamento coercitivo, nominado como transação penal ou pena, em medida de segurança atípica de tempo indeterminado (WEIGERT, 2010).

Tal regulamentação está inserida no artigo 28, § 3º, da atual Lei de Drogas, ao dispor que: “as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses”.

Assim, com a regulamentação da nova Lei de Drogas, não há tratamento de forma compulsória, ou seja, o autor do fato não é compelido a realizá-lo, nem mesmo é obrigado a continuá-lo após o cumprimento da sanção.

#### **4.4 Consequência do descumprimento da transação penal**

No que tange ao descumprimento da transação penal, nos casos de advertência (artigo 28, inciso I), prestação de serviços à comunidade (artigo 28, inciso II) ou de medida educativa (artigo 28, inciso III), será necessário marcar audiência de justificação, conforme elencado no artigo 28, § 6º, da Lei n.º 11.343/06:

Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

Todavia, já é pacificado o entendimento de que, no caso de descumprimento do que foi transacionado, deve ser oferecida denúncia. Assim preleciona o STJ em decisão proferida pela Relatora Ministra Marilza Maynard (2013):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRANSAÇÃO PENAL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] O plenário do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral do tema, decidiu, no RE 602.072/RS, que “não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal”. - Esta Corte Superior, por sua vez, cumprindo sua função de uniformização da jurisprudência, passou a adotar tal posicionamento, entendendo que o descumprimento as condições impostas na transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995 acarreta o prosseguimento da ação penal, vez que a sentença homologatória da referida transação não faz coisa julgada material. HC 216566 / MS HABEAS CORPUS 2011/0199560-3 Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADADA DO TJ/SE) (8300) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 14/05/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 20/05/2013. (Grifos originais).

Ainda, conforme decisão do mesmo órgão citado acima, manifestou o Relator Ministro Felix Fischer: “insta frisar, ainda, que a multa somente poderá ser exigida no caso de descumprimento das medidas anteriormente mencionadas e, ainda assim, após a realização de admoestação verbal (*ex vi* do art. 28, § 6º)”, consoante Embargos de declaração no Recurso Especial 904011, julgado em 30/05/08.

De outra banda, cumprida a pena imposta, não há que se falar em aplicação da pena de multa. Dessa forma, tratando-se, ao menos neste ponto, de *novatio legis in mellius*, deve ela retroagir, com fulcro no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, a fim de que o paciente não mais se

sujeite à pena de multa, visto que já cumpriu integralmente a pena privativa que lhe foi imposta (WEIGERT, 2010).

Agora, impende salientar que, caso não haja transação penal, o infrator poderá ser levado a um juízo condenatório ou absolutório, mediante procedimento sob o rito sumaríssimo, em que as penas aplicadas serão as que estão tipificadas na Lei de Drogas, já citadas anteriormente. Aplica-se, caso possível ou acordado, a suspensão condicional do processo, a qual foi regulamentada pelo artigo 89 da Lei n.º 9.099/95.

Outrossim, caso o agente venha a ser condenado e descumprir a sentença condenatória,

voltará a ter incidência o § 6º do art. 28 da Lei 11.343/2006, ou seja, caberá ao Juiz dos Juizados ou da Vara de Execuções Criminais (dependendo da pena aplicada) fazer a devida admoestação (pela enésima vez) e, se necessário, aplicar a pena de multa, a qual, como dito anteriormente, na maior parte dos casos é inexecutável, conforme Martins (2009, [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br).)

Em suma, pode-se dizer que a legislação brasileira não se mostra terapêutica e pedagógica, visto que considera crime o porte para consumo próprio, “criando penas cuja força repressiva é tão inexpressiva que ninguém se sentirá dissuadido a não usar drogas”, na esteira da opinião de Martins (2009, [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br)).

## **4.5 Extinção da punibilidade do autor do fato**

Ocorre a extinção da punibilidade quando o autor do fato cumpre integralmente as condições que foram aceitas na transação penal.

Ou seja, caso acordada a participação em reuniões ou grupos terapêuticos, para que o autor seja informado dos malefícios da droga e da necessidade de tratamento, ou foi submetido a determinadas horas de prestação de serviços à comunidade, cumprindo-as de forma integral, será extinta a punibilidade e conseqüentemente será arquivado o processo.

O mesmo ocorre quando há a suspensão do processo, havendo o cumprimento integral das medidas impostas ao autor do fato, no período da suspensão, importará a sua extinção de punibilidade, consoante o disposto no artigo 89, § 5º, da Lei 9.099/95.

## **4.6 Coleta de dados na Comarca de Venâncio Aires/RS no período de julho de 2014 até julho 2015, com relação a aplicabilidade do artigo 28 da Lei de Drogas**

Com base na efetividade das medidas transacionadas em audiência preliminar (artigo 76 da lei n.º 9.099/95), com foco no delito de posse de drogas (artigo 28 da Lei n.º 11.343/06), foi realizada uma pesquisa com análise de dados, para constatar, de maneira formal, quantas transações penais foram realizadas no período de julho de 2014 até julho de 2015, qual a medida reeducativa mais aceita, quantos foram àqueles encaminhados para tratamento ao CAPS de álcool e drogas da cidade de Venâncio Aires/RS, quantos termos circunstanciados foram extintos pelo tratamento completo e quantas denúncias foram realizadas em virtude do descumprimento da medida socioeducativa aceita.

Assim, por meio de dados fornecidos pelo Cartório da Terceira Vara da Cidade de Venâncio Aires/RS, responsável pelo JECRIM, e com análise dos documentos consubstanciados nos termos de audiência e movimentações processuais de forma *on-line* no sítio [www.tjrs.gov.br](http://www.tjrs.gov.br).

## **4.7 Quantidade de transações penais realizadas**

Foram realizadas nesse período 42 (quarenta e duas) transações penais, das quais dois autores do fato não faziam jus a tal proposta, nos processos n.º 077/2.14.0001401-2 e n.º 077/2.12.0000591-5.

### **4.7.1 Medidas mais aceitas pelo autor do fato**

Foram propostas as seguintes medidas:

- Prestação de Serviços à Comunidade (PSC);
- Prestação Pecuniária;
- Comparecimento ao CAPS-AD.

A medida mais aceita pelo autor do fato foi a Prestação de Serviços à Comunidade (PSC), totalizando 19 (dezenove transações). A segunda medida foi comparecimento ao CAPS-AD, totalizando 14 (catorze) e por último a prestação pecuniária, perfazendo um total de 09 (nove) transações.

#### **4.7.2 Quantidade de pessoas encaminhadas para tratamento ao CAPS de álcool e drogas da cidade de Venâncio Aires/RS**

Totalizaram 14 (catorze) agentes que foram encaminhados ao CAPS-AD em Venâncio Aires, com avaliação, em média, trimestral, e 01 (um) encaminhado ao Grupo de Narcóticos Anônimos, pelo período de três meses.

#### **4.7.3 Quantidade de termos circunstanciados foram extintos pelo tratamento completo**

Foram 09 (nove) as extinções de punibilidade pelo cumprimento integral. Saliendo que quatro foram suspensos até o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659 pelo Supremo Tribunal Federal, em 03/11/2015, e 01 (um) por prescrição. Ainda, o autor do fato que foi encaminhado ao Grupo de Narcóticos Anônimos obteve a extinção da punibilidade, pelo advento da prescrição.

#### **4.7.4 Quantidade de denúncias que foram oferecidas pela prática do crime descrito no artigo 28 da Lei de Drogas**

Por fim, foram 02 (duas) denúncias recebidas; uma nos autos do processo nº 077/2.12.0001431-0, este em vista do não cumprimento da transação penal, e outra no processo nº 077/2.12.0000591-5, pelo fato de o agente não fazer jus à transação penal.

Imperioso mencionar que em 03 (três) processos (077/2.13.0003513-1, 077/2.13.0000328-0 e 077/2.12.0001284-9), foram renovadas as propostas de transação penal, evitando assim o oferecimento da denúncia ao autor do fato.

### **5 Conclusão**

Pelo que foi exposto, quanto à pesquisa realizada, é possível concluir que mais de 50% de usuários encaminhados ao CAPS-AD, na cidade de Venâncio Aires/RS, cumpriram de forma efetiva a condição imposta, tendo extinta sua punibilidade em razão do cumprimento integral, apesar de quatro processos ter sido suspensos em razão do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659 pelo Supremo Tribunal Federal, prática atualmente adotada na Comarca de Venâncio Aires/RS.

Apenas uma denúncia foi recebida pelo descumprimento da medida de prestação de serviços à comunidade e outra pelo fato do autor não fazer jus à transação penal.

Ademais, foram realizadas três renovações das propostas de transação, podendo perceber que o Ministério Público, titular da proposta, procrastinou o oferecimento da denúncia para que o autor do fato não se sujeitasse a uma persecução penal. Agindo dessa forma, o objetivo do instituto da transação penal foi alcançado, que é a resolução do conflito, mediante um procedimento consensual e célere, visando a não propositura de um processo mais gravoso ao autor do fato, em que pese tenha sido extinto o feito de duas propostas renovadas, em virtude da prescrição.

No mais, quanto à descriminalização do delito ora mencionado, imperioso citar o despacho do processo nº 077/2.15.0001419-7, objeto da pesquisa, que segue abaixo:

Considerando o entendimento do Ministério Público em feitos análogos (077/2.14.0001231-1, 077/2.15.0002507-5,...), bem como o acolhimento por este Juízo, determino a suspensão do feito, no estado em que se encontra, até o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659 pelo Supremo Tribunal Federal. 1.- Consultar a Corte Superior, semestralmente, o andamento do referido RE; 2.- Julgado o Recurso Extraordinário (RE) 635659 pelo Supremo Tribunal Federal, dar vista ao Ministério Público. Dil.legais. Comarca: Venâncio Aires, Órgão Julgador: 3ª Vara, Julgador: Lísia Dorneles Dal Osto, ([www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)).

Verifica-se, portanto, que nos termos circunstanciados atuais em que envolvam o delito de posse de drogas o Ministério Público da Comarca de Venâncio Aires/RS está manifestando-se, em suas promoções, pela suspensão do feito até que seja julgada pelo STF a descriminalização do uso de drogas no RE 635659, pedido que é posteriormente deferido pelo Judiciário.

## Referências

AVENA, Norberto. *Processo penal: esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.

CARVALHO, Saulo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343.06*. 5. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: lei 9.099/95*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KYLE, Linda Dee. *Transação penal: revisão crítica à luz do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2011.