XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

MARIA AUXILIADORA DE ALMEIDA MINAHIM

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Matheus Felipe de Castro; Sebastian Borges de A. Mello; Maria Auxiliadora de Almeida Minahim – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-603-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Salvador, teve a apresentação dos trabalhos pertinentes ao grupo temático DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I no dia 14 de junho, no turno da tarde.

Durante mais de 4 horas de atividades foram apresentados e debatidos diversos trabalhos, com uma pauta que discutiu questões atuais e relevantes para o Direito Penal Contemporâneo, sobretudo com um viés crítico e contemporâneo.

A atualidade dos trabalhos pode ser vista em temáticas como audiência de custódia, monitoramento eletrônico e questões relativas à justiça restaurativa.

Também merece destaque a abordagem própria de um Direito Penal da pós-modernidade, em que crise da legalidade, ativismo judicial, crimes de perigo abstrato, incertezas sobre aa ideia de bem jurídico, bem como questões que implicam Direito Penal e moralidade mostram que o grupo está conectado com as principais questões que envolvem as relações entre Direito penal e Constituição, em que a ideia de segurança jurídica, tão cara nas origens do Direito Penal ciência, vai se relativizando e gerando situações de insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

O Direito Penal Econômico também se fez presente, com abordagens sobre lavagem de dinheiro, bem como no campo do Direito Penal Tributário. Há também trabalhos de estudos de caso sobre condições penitenciárias, e abordagens críticas sobre violência doméstica e racismo.

Ainda que haja uma multiplicidade temática, as relações com a Constituição e a preocupação com um Direito Penal democrático são traços essenciais de um conjunto de apresentações que ressaltam a importância da academia e da pesquisa em direito como forma de equacionar teoria e prática.

A linha argumentativa desenvolvida traz preocupações político-criminais que reconhecem no Direito Penal um instrumento fragmentário e subsidiários, sem descurar, contudo, do desafio para a academia no sentido de trazer respostas para novas realidades e demandas sociais.

Assim, a leitura dos textos permitirá ao leitor observar o denodo com que cada autor pesquisou, bem como a relevância de cada tema e a possibilidade de que tais estudos repercutam na práxis jurídica, e que poderão decerto fomentar modificações legislativas e práticas materiais e que permitam fazer do Direito Penal e Processual Penal adequado à pauta principiológica da Constituição Federal.

Desejamos boa leitura a todos!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Maria Auxiliadora De Almeida Minahim – UFBA

Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TRANSAÇÃO PENAL NO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL: ANÁLISE DO ENUNCIADO 115 DO FONAJE

THE CRIMINAL TRANSACTION IN THE CRIME OF DRUG ADDICTION FOR PERSONAL CONSUMPTION: ANALYSIS OF 115 THE STATEMENT OF THE FONAJE

Thaize De Carvalho Correia

Resumo

O artigo analisa o enunciado 115/FONAJE, considerando a burla à regra temporal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995. Por mais que não se concorde com a política de droga, o Judiciário não pode ignorar o comando normativo. Nesse sentido, ao expor brevemente sobre o procedimento sumaríssimo, buscou-se localizar o acordo celebrado entre Ministério Público e suposto autor do fato, realizando um estudo sobre a medida em referência, ponderando, ainda, se ao criar uma nova regra para o delito de porte de droga, o Judiciário não estaria usurpando competência de outro Poder.

Palavras-chave: Enunciado 115, Fonaje, Violação democrática

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims to analyze the scope statement 115 Of FONAJE and its inconsistencies democracy, whereas the temporal manipulation of the rule laid down in Article 76 of Law 9,099 of 1995. For more that does not agree with the Brazilian drug policy, the Judiciary can not ignore the normative command to plead the rule of the observance of the time foreseen for the Criminal Transaction, admitting severally in certain cases.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Statement 115, Fonaje, Democratic violation

1. INTRODUÇÃO

O legislador constituinte programou um tratamento diferenciado para delitos de menor repercussão social, chamando-os, nos termos do art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, de crimes de menor potencial ofensivo.

Com um atraso de 07 (sete) anos, em 1995, a Lei 9.099 foi editada e passou a reger o procedimento comum sumaríssimo, estabelecendo princípios, competência material e formal, além de dispor sobre a fase policial, preliminar, processual penal propriamente dita, além da respectiva etapa recursal.

Ao tratar o consumo pessoal de drogas ilícitas como crime, o legislador brasileiro, desde a lei de 1976, enquadrou o comportamento como delito de menor gravidade, já que cominou penas que enquadram o citado crime na classificação supramencionada de menor potencial ofensivo.

Perlustrando o artigo 28 da Lei 11.343 de 2006 – atual Lei de Droga-, nota-se que as sanções previstas para o porte de droga para consumo são: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Diante da ausência de cominação de pena privativa de liberdade ou multa no preceito secundário do tipo penal, a doutrina debateu a natureza jurídica da conduta, havendo quem entendesse que era crime, ilícito administrativo e infração *sui generis*. Pelo menos por enquanto, a questão foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal em 2007, oportunidade em que se definiu o caráter criminoso da conduta, devendo, portanto, ser processada e julgada no Juizado Especial Criminal, pois de menor gravidade o delito.

Restando a tese da descarcerização do delito de porte de droga para consumo a acolhida, imperiosa a aplicação da Lei 9.099 de 1995, que prevê institutos que evitam o nascimento do processo criminal, a exemplo da Transação Penal, benefício aplicável condicionadamente, nos termos do *caput* e do parágrafo 2º do artigo 76 do citado diploma legislativo.

Como já mencionado, para celebrar uma Transação Penal é necessário o cumprimento de certos requisitos. Ocorre que, tratando-se de porte de droga para consumo, as condições legais previstas são escamoteadas por "autorização" do enunciado 115 do Fórum Nacional dos Juizados Especial – o FONAJE.

Fórum que acontece anualmente com o objetivo de que os magistrados, lotados nos especializados, apresentem questões rotineiras das suas comarcas, debatam, reflitam e

apresentem soluções para os casos, elaborando, assim, as assertivas a serem aplicadas. Essas uniformizações geram segurança para a coletividade, vez que se apresentam como interpretações estáveis que podem ser aplicadas em todo território nacional.

Por óbvio tais proposições não são leis, nem podem ser consideradas jurisprudência, mas apenas orientações lógicas fruto desses encontros, devendo estreita observância ao ordenamento jurídico.

Ou seja, os enunciados do FONAJE não podem ir contra as leis, vez que inseridos no ordenamento jurídico, devendo observância aos ditames sistêmicos como qualquer parte deve ao todo que o circunda.

Diante dessa obviedade, já que se está a falar de um sistema jurídico que deve obediência às suas regras, a conclusão seria ridícula não fosse as atuais incongruências dos referidos enunciados com o ordenamento pátrio, pois algumas das assertivas violam frontalmente o quanto disposto na respectiva Lei 9.099 de 1995.

É o que acontece com o citado enunciado 115 na medida em que autoriza a realização da Transação Penal sem a observância da limitação temporal de 05 (cinco) anos estabelecida pelo legislador ordinário, orientação absolutamente incoerente e perigosa, pois o Judiciário - por sua legitimidade política secundária, já que seus representantes não são eleitos pelo povo-, deve estreita obediência aos ditames legais, só podendo afastá-los em casos excepcionalíssimos e de modo robustamente fundamentado, tendo como lastro diplomas de maior hierarquia, a exemplo do afastamento da lei em decorrência da violação de um princípio.

Assim, imperiosa a análise do tema, que tem como objeto central a política de drogas brasileira aplicada ao usuário dessas substâncias ilícitas e a ilegalidade do procedimento traçado pelo enunciado 115 do FONAJE, tendo, ainda, como pano de fundo a reflexão sobre a necessidade de coerência sistêmica dessas proposições com o ordenamento jurídico.

2. NUANCES DO CRIME DE PORTAR DROGA PARA CONSUMO PESSOAL NO BRASIL

O advento da Lei 11.343 de 2006 traçou uma nova política de repressão ao uso de droga, ao excluir a pena de privativa de liberdade do preceito secundário do tipo penal definidor da conduta, prevendo exclusivamente penas alternativas, sem, entretanto, descriminalizar a ação de portar droga para consumir, o legislador minimizou a sanção[1].

[1] Importante salientar que a lei 6.368/76, que tipificava o porte de droga para consumo no seu artigo 16 (ab-rogada com o advento da lei 11.343 em 2006), cominava pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, além de

Inserida na política de mundial do controle sobre entorpecentes, essa postura legislativa, reforçada pelo judiciário, coloca-se no projeto de transnacionalização do controle social (Rosa deL OLMO, 1984). E sem muita racionalização nesta postura criminalizante, segue-se a ideologia da conhecida Defesa Social[2], sob premissas não verificáveis de guerra às drogas.

Fazer valer tal ressalva é fundamental, ainda que o presente artigo opte por um debate não criminológico - pois se destina a analisar as violações sistêmicas provocadas por enunciado do FONAJE diante da necessidade de coerência com o ordenamento pátrio -, mas não se pode deixar de registrar a postura irracional de uma suposta[3] política de drogas, que se considera equivocada e autista.

Ao tipificar a conduta de portar droga ilícita para consumir, o artigo 28 da citada lei cominou três sanções específicas: advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo[4].

Diante das sanções previstas, após a promulgação da lei, a dúvida era se a conduta em destaque era ou não criminosa, já que, segundo a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914 de 1941), crime é toda infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; e contravenção é a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Diante da definição legal, emergiu dúvida razoável sobre a conduta de portar droga ilícita para consumo pessoal ser crime ou um ilícito *sui generis* – não penal, diante da inexistência de pena de reclusão, detenção, prisão simples ou multa no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006.

---

pagamento de multa. Com o advento da lei que definiu delito de menor potencial ofensivo, a Lei 9.099 de 1995 com as alterações posteriores, tal delito passou a ser classificado como de menor potencial ofensivo, instituindo uma nova forma de intervenção estatal, mais branda, mas ainda punitivista e estigmatizante.

[2] A doutrina da Defesa Social legitima o avanço de um discurso sedutor de combate ao crime e aos criminosos, violando, muitas vezes, garantias individuais a pretexto de bem proteger a sociedade, como alerta Alessandro Baratta, especialmente na obra Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal, 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos,1999.

[3] Suposta porque a política de droga nacional é muito mais uma repetição automática de decisões impensadas e anteriores do que as decisões sobre princípios e recomendações fruto de um projeto de transformação da sociedade, eleitos a partir dos resultados apresentados pelas propostas do direito penal e das revelações empíricas propiciadas pela criminologia, conforme esclarece Nilo Batista na obra Introdução Crítica ao Direito Penal, o. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 34.

[4] Mais adiante breves comentários serão tecidos sobre essas burlescas sanções.

Algumas correntes surgiram sobre o tema. Luiz Flávio Gomes (2013) e Alice Bianchini (2013), por exemplo, defenderam que teria havido verdadeira descriminalização para a conduta de portar entorpecente para consumo pessoal.

Ao aplacar a dúvida, o Supremo Tribunal Federal, em 2007, ao julgar, em questão de ordem no Recurso Extraordinário n.º 430105 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, considerou a conduta criminosa, acatando a ideia de despenalização da conduta, mantendo seu caráter criminoso.

Utilizando-se da interpretação sistêmica, a corte entendeu que a localização geográfica do tipo (artigo 28) na lei (11.343 de 2006) autoriza esse entendimento, pois a conduta vem descrita no capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", demonstrando o caráter delituoso do comportamento. Argumentou-se, ainda, que não há hierarquia da Lei de Introdução ao Código Penal em relação às demais leis penais, podendo, portanto, uma lei de mesma graduação criar outra definição de crime, reconhecendo que foi isso que a Lei 11.343 de 2006 fez, instituiu outro critério revelador[5].

A teoria da despenalização não parece ser a mais justa ao tema. Salo de Carvalho (2007), com acerto, defendeu a descarecerização do delito de porte de droga para consumo, diante da manutenção das penas, ainda que não privativas de liberdades, logo não há que se falar em despenalização, mas em descarcerização.

Na verdade, parece que o próprio legislador vacila ao manter a política de manutenção do caráter criminoso da conduta telada, ao retirar do tipo penas privativas de liberdade, adotando um Direito Penal simbólico no lugar de adotar uma política mais arrojada adepta ao vetor punitivista. A sensação é que faltou coragem ao Poder Legislativo, que deixou a palavra final para o Poder Judiciário decidir sobre o caráter criminoso do porte de droga para consumo pessoal, diante da desacertada técnica legislativa em matéria de lei penal incriminadora.

Registre-se, por oportuno, que a descriminalização é, por certo, o melhor caminho a ser adotado pelo Estado brasileiro, pois como advoga Maria Lúcia Karam, não há distinção real entre as substâncias psicoativas tornadas ilícitas (como a maconha, a cocaína e a heroína) e outras substâncias da mesma natureza que permanecem lícitas (como o álcool e o tabaco) [6], logo não há, segundo a professora, qualquer peculiaridade ou qualquer diferença relevante entre

---

[5] Na verdade a lei de introdução ao código penal não define crime, apenas institui a sua revelação pela sanção cominada.

[6] Palestra proferida no evento Liberdade na Estrada: Recife 2015, promovido por Coletivo Nabuco;

Estudantes Pela Liberdade; e Instituto Ordem Livre – setembro 2015, transcrita no site http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/04/126_Drogas-Recife.pdf acesso em 28 mar 2018.

as selecionadas drogas tornadas ilícitas e as demais drogas que permanecem lícitas. Todas são substâncias que provocam alterações no psiquismo, podendo, todas elas gerar dependência e causar doenças físicas e mentais.

Na mesma esteira defensiva, a autora frisa que ao Estado Penal não é autorizado criminalizar condutas que não gerem danos efetivos e direitos para terceiros, ao entoar o princípio da alteridade como norteador da intervenção penal, já que o consumo de droga não extrapola ao perigo de autolesão, não afeta bem jurídico individualizável, evocando, também, que essa guerra às drogas não atingiu sem principal objetivo, qual seja a redução da disponibilidade das substâncias proibidas.

A falência dessa política repressiva é evidente e a violência decorrente dessa guerra às drogas estarrecedora, pois não são as drogas que causam violência, mas a proibição, já que produzir, comprar, vender e usar drogas não são atividades agressivas, mas sim o fato da tipificação dessas condutas como crimes que produz a violência. De novo é Maria Lúcia Karam que esclarece que não há pessoas fortemente armadas, trocando tiros nas ruas, junto às fábricas de cerveja, ou junto aos postos de venda[7].

Ao ponderar esses e outros pontos, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade (ou não) do art. 28 da Lei 11.343/2006, reconhecendo a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário nº. 635.659/SP de 2011[8], interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, girando os argumentos em torno, entre outros fundamentos, dos princípios da proporcionalidade e alteridade do Direito Penal, questionados pela doutrina conforme salientado acima. O julgamento do citado recurso encontra-se suspenso, pois o ministro Alexandre de Moraes pediu vistas dos autos[9].

Definida a ilicitude penal da conduta de portar droga para consumir, importante salientar a manutenção do delito como de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei 9.099 de 1995, artigo 61, atraindo a incidência do rito sumaríssimo, devendo o crime ser processado perante o Juizado Especial Criminal.

---

[7] Palestra proferida no evento Liberdade na Estrada: Recife 2015, promovido por Coletivo Nabuco; Estudantes Pela Liberdade; e Instituto Ordem Livre – setembro 2015, transcrita no site http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/04/126_Drogas-Recife.pdf acesso em 28 mar 2018.

[8] Ressalte-se que em 2009, na reunião da CND (*Comission on Narcotic Drugs*), foi elaborado o Plano de Ação da ONU até 2019, prevendo o desenvolvimento de estratégias de diminuição da criminalização do uso de drogas, demonstrando, assim, a atualidade da discussão e ressonância mundial da providência a ser debatida.

[9] Conforme se depreende do andamento processual acessível no site http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp acesso em 28 mar 2018.

No preceito primário do multicitado tipo penal, o legislador incluiu 05 (cinco) verbos, quais sejam: adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, tratando-se, portanto, de um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Assim, ainda que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, em observância ao princípio da alternatividade. Importante mencionar, ainda, que o citado tipo penal insere-se na classificação de lei penal em branco, vez que faz referência a droga "não autorizada", sendo complementada pela Portaria 344 da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Trata-se, portanto, de uma lei penal em branco heterogênea, pois sua complementação emerge de outra fonte normativa, vez que a referida agência compõe a estrutura do Poder Executivo, o Ministério da Saúde.

Imperioso registrar que os mesmos verbos contidos no artigo 28 compõe, entre outros, o artigo 33 da mesma Lei 11.343de 2006, dispositivo que tipifica o delito de tráfico de droga, sendo o dolo o seu caráter diferenciador, uma vez que para o enquadramento em um ou em outro tipo dependerá da especial intenção do agente, pois enquanto na conduta prevista no porte de droga para consumo o agente adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para consumir, no artigo 33 ele faz tudo isso para entregar ou fornecer a terceiros.

Como se pode imaginar a distinção entre os ilícitos é tênue, mas as consequências abismais, considerando que o porte para uso é um crime de menor potencial ofensivo NÃO comportando prisão, enquanto que o outro é equiparado a crime hediondo, atraindo o rigor do tratamento destinado a esta espécie delitiva. Claro que a subsunção da conduta ao tipo penal dependerá da aferição desse especial agir do agente, elemento subjetivo que será verificado observando a quantidade de droga apreendida, a variedade e, ainda, forma de acomodação da substância, bem como eventual existência de instrumentos apreendidos junto que denotem a mercancia ou não.

Ressaltando o equívoco da política de manutenção do caráter ilícito do porte de droga para uso pessoal, faz-se necessário render-se ao sistema brasileiro, ainda que com críticas, que ainda considera esta conduta delituosa, passando a analisar, a partir dessa premissa, quais as providências e limitações processuais que incidirão no caso.

Assim, traçadas as principais noções e críticas sobre o porte de droga para consumo pessoal, necessário tecer comentários ao rito sumaríssimo, aplicado ao delito em comento, observando os ditames delineados na Lei 9.099 de outubro de 1995.

3. A TRANSAÇÃO PENAL NO PROCEDIMENTO CRIMINAL SUMARÍSSIMO

O tema central deste artigo é a forma como a Transação Penal vem sendo aplicada ao crime de porte de droga para consumo pessoal. Considerando a inserção do instituto na fase preliminar do procedimento comum sumaríssimo, pedagógica a divisão do estudo.

Assim, antes de estudar a Transação Penal entendeu-se por bem tecer breves comentários sobre os demais aspectos do rito do Juizado Especial Criminal, articulando este capítulo em duas partes, para atender a boa didática redacional.

3.1 PRINCIPAIS ASPECTOS DO RITO SUMARÍSSIMO

Ao programar a instalação dos Juizados Especiais Criminais, no seu artigo 98, inciso I, a Constituição Federal traçou peculiaridades para o novel rito e instituiu a justiça negocial no tratamento dos delitos de menor potencial ofensivo, sem, entretanto, defini-los no seu texto.

Foi com atraso que o legislador ordinário, elaborou a lei 9.099, disciplinando o rito sumaríssimo cível (do artigo 1º ao 59) e criminal (a partir do artigo 60) no âmbito estadual, estabelecendo apenas em 1995 os princípios, as competências material e territorial, bem como suas fases e demais pormenores do procedimento.

Antes de pormenorizar a Transação Penal – instituto objeto deste artigo-, importante traçar as principais características do rito sumaríssimo instituído pela Lei 9.099/95.

Ao prevê expressamente os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, a lei garante que o processo seja mais enxuto do que o ordinário e o sumário, estabelecendo que os principais atos sejam falado, a exemplo do oferecimento da acusação (art. 77), bem como da resposta à denúncia ou queixa crime e, ainda, a sentença, que deve ser proferida imediatamente após os debates finais que também são orais (art. 81)[10].

Ao concretizar o princípio da informalidade pode-se citar a desnecessidade de expedição de carta precatória quando da necessidade da prática de atos em outras comarcas, podendo, para tanto, utilizar qualquer meio hábil de comunicação, conforme prevê o art. 65, parágrafo segundo.

[10] O princípio da oralidade é um norte que deve guiar o rito sumaríssimo, apesar da sua pouca ocorrência prática, pois se observa, ainda, o arcaísmo da praxes judiciaria brasileira que até o momento não acatou a regra estabelecida na Lei dos Juizados, nem entendeu exatamente o que determina o princípio da oralidade e seus ganhos democráticos. O costume da textualização no dia a dia forense obstaculiza a adoção do princípio mencionado. Os ganhos da adoção do princípio da oralidade são reais. Por óbvio a comunicação face a face é muito mais autentica, pois as eventuais imprecisões e incompreensões comunicativas são esclarecidas imediatamente. Essa dinâmica da oralidade garante a percepção mais ampla, capturando, além do conteúdo da comunicação, suas interações, como tom e empostamento da voz, além das demais formas de interlocução como gestos e posturas, como salienta BAZERMAN, Charles. **Teoria da ação letrada**. Trad.: Milton Camargo Mota, Angela Paiva Dionísio e Judith Hoffnagel. São Paulo: Parábola Editorial, 2015.

Destaca-se, ainda, que são processados e julgados no Juizado Criminal os delitos de menor potencial ofensivo, considerados como tais aqueles que abstratamente cominam pena máxima de até 02 (dois) anos, cumulados ou não com pena de multa[11]. Saliente-se que as contravenções federais serão julgadas nos especializados estaduais, vez que o art. 109, inciso IV, da Constituição Federal, exclui da competência da Justiça Federal o julgamento desses delitos[12].

Ademais, em caso de conexão com delitos de maior gravidade, o art. 60, parágrafo único, prevê que a reunião ocorra no juízo "comum" [13], ou, em caso de união com crime doloso contra a vida, perante do Júri. Apesar da previsão legal e da prática acolhida pela jurisprudência pátria, necessária a crítica edificada contra a hipótese, considerando que a Constituição Federal determina a competência dos Juizados Especiais Criminais para processar e julgar os delitos de menor potencial ofensivo, o que impõe o desmembramento do processo em tal caso, acompanhando a prevalência das normas constitucionais.

Em relação a competência territorial o art. 63 da 9.099/95 dispõe que será o juízo do local onde foi praticada a infração, consagrando-se, majoritária doutrina e a jurisprudência que por praticada entende-se o local da ação ou da omissão, independente da comarca onde o resultado tenha sido atingido. Assim, considerando um crime plurilocal, onde, por exemplo, uma carta difamatória é escrita na Comarca de Feira de Santana e enviada à Salvador, local onde lesiona a honra da vítima, o processo se desenvolverá na comarca de Feira de Santana, território onde foi redigida a correspondência[14].

Importante, ainda, registrar, que neste procedimento sumaríssimo, a fase policial é mais simples, devendo a autoridade policial lavrar o chamado Termo Circunstanciado de

---

[11] Destes exclui-se os delitos militares, por força do art. 90-A da Lei 9.099/1995, bem como os delitos praticados contra as mulheres nos termos da Lei 11.340/2006, por expressa disposição do art. 41 desta lei especial.

[12] O STJ entendeu pelo desmembramento do processo em caso de crime federal conexo a uma contravenção federal. Ao considerar a regra constitucional a corte determinou que o delito anão fosse encaminhado para a Justiça Estadual. A decisão foi prolatada no conflito de competência n. CC 118914, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, em 2012 e segue sendo o entendimento atual da corte, conforme entendimento replicado, em 2017, no CC 154419, de relatoria do Ministro Jorge Mussi,.

[13] Constata-se uma atecnia legislativa na redação do termo. Nota-se que, em matéria de competência material criminal, os ritos são classificadas em comum e especial, sendo este aqueles previstos em lei especial ou até mesmo no CPP (a exemplo do rito especial do júri), e aqueles, nos termos do art. 394 do CPP, os procedimentos gerais, aplicados com base na cominação abstrata da pena máxima, classificando-se em **comum** ordinário, **comum** sumário e **comum** sumaríssimo (a repetição e o destaque são propositais, registre-se). Logo o comando normativo ao adotar o termo "comum" (com o perdão da recorrência do vocábulo) é infeliz, pois comum é rito e não órgão onde o processo deve tramitar. Sendo assim, o comando ofertado, com ajustes, determina que a reunião se dê na vara crime e não no Juizado Especial Criminal.

[14] Observe-se que esta regra é diversa naquela prevista no Código de Processo Penal, nos termos do art. 70 que determina que o processo deve ser deflagrado no local onde foi consumada a infração penal.

Ocorrência – TCO - no lugar do Inquérito Policial, evitando diligências extensas, bastando registrar o que foi informado pela vítima e pelo suposto autor do fato, indicando o rol de testemunhas apresentado por estas, e encaminhar os autos ao Juizado.

Ainda sobe a etapa policial, o artigo 69, no seu parágrafo único, destaca que não se imporá flagrante àqueles que tenham sido preso pela prática de delitos nesta natureza, devendo a administração pública encaminhá-lo imediatamente ao Juizado Criminal, não sendo possível esta providência, deve o flagranteado assumir o compromisso de a ele comparecer. Do mesmo modo não se exigirá fiança.

Pela redação do dispositivo, nota-se que as etapas iniciais do flagrante, captura e encaminhado, serão cumprida, não sendo findado o procedimento diante da vedação condicionada, das duas últimas fases, quais sejam lavratura de Auto de Prisão em Flagrante e encarceramento. Extrai-se do comando normativo que caso o cidadão não assuma o compromisso de comparecer ao Juizado quando intimado, ele poderá ser encarcerado, providência assimétrica, considerando que esta medida precautelar - prisão em flagrante -, não pode ser mais grave do que a principal, que por certo, não será restritiva de liberdade, considerando, ainda, as medidas alternativas previstas na lei 9.099.

Feita a ressalva, fundamental destacar que caso o crime não comine pena privativa de liberdade, o encarceramento está vedado, conforme salientam Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e Rogério Sanches Cunha (2015).

Ultrapassada a fase preparatória, recebido o TCO, não sendo caso de arquivamento, será encaminhado para a audiência de conciliação, onde poderá ser realizada uma Composição Civil dos Danos, que, nos crimes de ação penal privada e pública condicionada, implicarão em renúncia ao direito de queixa e ao de representação, respectivamente[15].

A citada composição possibilita que as partes dialoguem, expondo seus pontos de vista sobre o fato problemático e, assim, alcancem a pacificação possível e mais ajustada às suas demandas, em substituição à providência judicial fria, unívoca e artificial.

Registre-se que este acordo pode ter por conteúdo qualquer objeto e o seu descumprimento enseja execução do título na esfera cível, pois após o ajuste o mesmo será

[15] A composição civil dos danos é um instituto que merece análise a parte, sendo os comentários tecidos nestas linhas extremamente superficiais diante da riqueza e controvérsias que giram em torno do tema, mas que, por espaço e foco, não serão apontadas neste artigo, com pesar. Exemplo das inquietações cobre o assunto é a consequência de eventual composição civil em crime de ação penal pública incondicionada diante da omissão legislativa. Causa de atenuante genérica do art. 66 do Código Penal? Causa de diminuição da pena considerando como arrependimento posterior do artigo 16 do Código Penal? Ou hipótese de ausência de justa causa, nos termos no enunciado 99 do FONAJE?

submetido a homologação judicial irrecorrível, tudo nos termos do artigo 72 da Lei 9.099 de 1995.

É também nesta fase preliminar que a Transação Penal poderá ocorrer[16]. Mais sobre este acordo será dito adiante, considerando ser ele o objeto central deste breve estudo.

Não havendo acordo nesta fase, deverá ser oferecida acusação ao final da audiência, entregando cópia da denúncia ou queixa crime[17] ao, agora, acusado que sairá do Juizado Criminal devidamente citado e ciente da data da audiência de instrução e julgamento, conforme prevê o artigo 78 da lei especial.

Na audiência de instrução e julgamento, será renovada a tentativa de acordo (art. 79), não havendo êxito nesta empreitada pacificadora, será dada a palavra à defesa para oferecer resposta à acusação (art. 81). Após, o magistrado deverá enfrentar as hipóteses de rejeição da acusação[18], analisando o artigo 395 do Código de Processo Penal, e, em seguida, se é caso de absolvição sumária, nos termos do artigo 397 do mesmo código de ritos, que deve ser aplicado subsidiariamente ao procedimento sumaríssimo.

Não vislumbrando nenhuma nem outra hipótese, segue a instrução, ouvindo-se a vítima, as testemunhas[19] de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado[20], se

---

[16] Apesar de poder ser firmada na audiência de instrução e julgamento.

[17] Fundamental frisar que o prazo para oferecimento da queixa crime é de 06 (seis) meses contados do conhecimento da autoria. Assim, deve a vítima atentar-se para a observância deste lapso, pois muitas vezes esta audiência de tentativa de composição só é designada para data posterior a este interstício, o que exige o protocolo da queixa crime em momento anterior, sob pena de extinção da punibilidade (art. 107, CP). Este registro deve ser considerado, pois não fora instituído novo prazo pelo artigo 78 da 9.099 de 1995 que prevê o oferecimento da acusação no final da audiência preliminar como se pode, equivocadamente, cogitar.

[18] Decisão recorrível mediante Apelação, por força do artigo 82 da Lei 9.099 de 1995. Note que o recurso neste rito é diferente daquele previsto no Código de Processo Penal que na hipótese taxa como cabível o Recurso em Sentido Estrito, o que pode dar margem a erros inadmitidos.

[19] Sobre o número de testemunhas admitido neste rito, fundamental a ressalva que a cifra só pode ser 05 (cinco). Explique-se. A Lei 9.099, na parte criminal, é omissa no que tange ao número de testemunha. Saliente-se que esta é uma lei hibrida, vez que disciplina o rito sumaríssimo cível entre os artigos 1º e 59 prevendo, a partir do artigo 60, o rito sumaríssimo criminal. Muito bem. Na parte cível da lei, especificamente no artigo 34, o número de testemunhas admitido é 03 (três), não havendo controvérsias diante da clareza da redação do dispositivo. Ocorre que, na parte penal da lei não há qualquer menção ao número de testemunhas, repita-se. A partir daí indaga-se: qual o número de testemunhas admitido no procedimento comum sumaríssimo? Poder-se-ia usar a parte cível da lei para complementar o rito criminal? Desavisados podem, equivocadamente, afirmar que sim, que seria possível aplicar o conteúdo do art. 34 ao rito sumaríssimo criminal, concluindo, a partir daí, que o número de testemunhas seria 03 (três). Porém, nos termos do art. 92 da multicitada lei, como não poderia deixar de ser considerando os ditames sistêmicos do ordenamento jurídico, ao rito sumaríssimo aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Penal sendo, portanto, inaplicável o art. 34. Recorrendo à lei geral encontram-se duas regras em relação ao número de testemunhas no rito comum criminal: aquele do rito ordinário 08 (oito); e o do rito sumário, qual seja 05 (cinco), sendo lógico afirmar que este último deve ser o aplicado ao procedimento do juizado, raciocinando a parir dos princípios regentes do procedimento sumaríssimo, como o princípio da celeridade.

[20] Nota-se o avanço da legislação em relação a necessária consonância com os ditames constitucionais, especialmente, neste aspecto, a ampla defesa. O interrogatório é adequadamente previsto como último ato de instrução, consagrando-o, assim, como meio de defesa e não como meio de prova, como era previsto no Código

presente[21], passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença, conforme prescreve o artigo 81 da lei 9.099 de 1995.

Voltando ao fluxograma do procedimento, findado o interrogatório do réu, que, registre-se, deve observar o artigo 185 e seguintes do Código de Processo Penal, passam-se aos debates entre acusação de defesa, devendo ser concedido a cada parte 20 (vinte) minutos prorrogáveis por 10 (dez) minutos, pois mais uma vez diante da omissão da lei especial recorre-se ao código geral de ritos criminal que, no artigo 403, dispõe sobre o tempo que as partes tem para tecer suas considerações finais, advindo, em seguida, a sentença.

Proferida a sentença, que pode ser aclarada por meio dos Embargos de Declaração (art. 83 da 9.099/95) – que podem ser opostos oralmente ou por escrito, esta pode ser questionada por meio da Apelação que será julgada por uma Turma Recursal, conforme programou a Constituição Federal – artigo 98, inciso I -, e regulamentou o artigo 82 da muiticitada Lei 9.099/95.

Tecidos os breves, mas necessários, comentários gerais sobre o rito do Juizado Especial Criminal, passa-se a analisar a Transação Penal, tema central deste ensaio.

3.2 A TRANSAÇÃO PENAL NA LEI 9.099 DE 1995 E A SUA APLICAÇÃO AO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA CONSUMO: O ENUNCIADO 115 DO FONAJE

Uma das novidades previstas no texto constitucional foi a relativização da regra da obrigatoriedade da ação penal nos delitos de menor potencial ofensivo, consagrando o instituto da Transação Penal.

Fundamental salientar que a Transação Penal é uma medida alternativa ao processo, ou seja, negocia-se com o Ministério Público para que não ofereça denúncia[22]. Importante destacar a natureza jurídica da medida, pois da leitura do mencionado artigo 76, a Transação

de Processo Penal até 2008, momento em que foi deslocado para o derradeiro ato de instrução. É o consagrado direito "a última palavra". Neste sentido Aury Lopes Jr., Direito Processual Penal, 12ª edição, editora Saraiva, 2015.

[21] Mais uma previsão que demonstra a conformação acusatória da legislação especial. Se o interrogatório é meio de defesa, consagrado como direito, não pode o imputado ser obrigado a exercer, logo, não está obrigado a comparecer ao ato.

[22] Esta medida alternativa também é cabível nos crimes de ação penal privada, não por expressa disposição legal, mas por construção jurisprudencial, já que os delitos de ação penal pública são mais graves que os de ação penal privada, logo, admitir a incidência da Transação Penal nesses ilícitos é uma questão de proporcionalidade.

Penal é nomeada como pena pelo próprio dispositivo, o que não se admite em nenhuma hipótese, diante do caráter de benefício que revela o instituto, bem como da inexistência de assunção de culpa quando do seu aceite pelo suposto autor do fato e, ainda, da falta de contraditório e ampla defesa em relação aos fatos supostamente praticados pelo cidadão destinatário do acordo.

Pode-se concluir também pela natureza jurídica de medida alternativa ao processo diante das consequências do seu descumprimento, vez que, nos termos da súmula vinculante 35, a não satisfação da medida gera a continuidade do procedimento, com o oferecimento de denúncia ou designação de audiência de instrução e julgamento.

Importante salientar que a redação da súmula vinculante padece de incongruências vexatórias em relação a retomada de "Inquérito Policial", procedimento inadmitido na espécie, nos termos do artigo 69 *caput* da Lei 9.099/1995. Assim, a redação do enunciado é equivocada neste ponto, o que não pode se admitir considerando a fonte de onde o texto flora.

Para além da formalidade, outro equívoco precisa ser apontado na citada súmula que considera a decisão que aprecia o acordo de Transação Penal não faz coisa julgada material.

Até a edição do citado enunciado, o Superior Tribunal de Justiça admitia a inclusão de uma cláusula condicionante no termo do acordo. Vale dizer, a Transação Penal só seria homologada após, e se, cumprida. O que possibilitava a continuidade do processo em caso de descumprimento do acordo, já que não havia sido homologado. Essa novidade - questionável, pois não estava em nenhum lugar da lei condicionar a prestação jurisdicional ao efetivo cumprimento da medida – derivou do entendimento de que a decisão é homologatória fazendo coisa julgada formal e material, e assim sendo o não cumprimento da transação não gerava consequências, diante da omissão legislativa, bem como da sua natureza não sancionatória.

Essa lacuna não poderia ficar assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal quando da edição da súmula vinculante, ainda que em descompasso com o ordenamento em relação à decisão homologatória. Como salienta Rômulo de Andrade Moreia restaria àquele que descumpre a Transação Penal, *executar a sentença nos termos da Lei de Execução Penal ou em conformidade com o Código de Processo Civil, já que se está diante de um título executivo judicial, pois a sentença homologatória faz coisa julgada material (Rômulo de Andrade Moreia, 2014).*

Pontuando a postura narcisista (MINAGÉ, Thiago; ROSA DA, Alexandre Morais. 2014) e pouco democrática do Supremo Tribunal Federal, de falar por último e, muitas vezes, falar demais, violando os limites impostos pela separação de poderes, primordial traçar os requisitos e o procedimento da Transação Penal, nos termos da Lei 9.099.

Fundamental salientar que a medida implica no pagamento de um multa ou de prestação de serviço à comunidade, não havendo em nenhum dispositivo da Lei dos Juizados o pagamento de cestas básicas como aplicado na prática e, muitas vezes, divulgado pela mídia[23].

Assim, a Transação Penal é um acordo celebrado entre Ministério Público e suposto autor do fato, acompanhado e orientado por seu defensor - seja ele público ou constituído -, ou, ainda, nomeado para aquele ato, devendo se manifestar livremente sobre se prefere negociar ou se submeter ao devido processo penal, já que se trata de um direito do cidadão.

Como a Transação Penal é um benefício do imputado, deve ser a sua oferta garantida, não tratando, como dispõe o artigo 76 de liberalidade do membro do Ministério Público oferecê-la. Assim, apesar do dispositivo mencionar que o *parquet* pode, na verdade ele deve ofertar a transação[24], podendo o imputado aceita-la ou não.

Em relação aos requisitos da medida é também o artigo 76 da citada lei que os prevê, exigindo em primeiro lugar, no *caput,* que não seja causa de arquivamento do TCO.

Por razões óbvias, considerando que a Transação Penal, apesar de um benefício, impõe ao celebrante o ônus de pagar uma multa ou prestar um serviço à comunidade, a mesma só deverá ser oferecida se o órgão acusador vislumbrar a presença de elementos mínimos para a deflagração do processo penal. Não havendo a chamada justa causa para a acusação, ou seja, lastro mínimo probatório, o dever de opinar pelo arquivamento do circunstanciado se impõe.

A redação do citado dispositivo dispõe que será oferecida a Transação Penal "não sendo caso de arquivamento". Assim, é lógico que deve ser incluído no fluxo dos processos de competência do Juizado Criminal a análise pormenorizada do TCO pelo membro do Ministério Público, que só deve encaminhar o caderno processual para audiência preliminar se vislumbrar possibilidade de acusação, ou seja, se o TCO fornecer elementos mínimos de materialidade delitiva e indiciários de autoria[25].

---

[23] Jornal divulga que a pena de determinado empresário foi "pagar cesta básica". Disponível em https://oglobo.globo.com/brasil/empresario-condenado-pagar-multas-cesta-basicas-por-propina-4174842 acesso 06 abr 2018

[24] No sentido de obrigatoriedade de oferecimento da proposta: GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. Juizados Especiais Criminais. p. 153; KARAM, Maria Lúcia. Juizados Especiais Criminais. p. 91; GIACOMOLLI, Nereu José. Juizados Especiais Criminais. p. 121.

[25] Não é esta a prática. Na comarca de Salvador, pelo menos, todos os Juizados Criminais marcam automaticamente audiência, como se pode notar quando do oferecimento de representação criminal por meio do sistema informatizado de sistema – PROJUDI do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Um grande equívoco, registre-se.

Nesse diapasão, não se pode esquecer o caráter estigmatizando do processo penal, ainda que na fase preliminar do Juizado não exista aferição de culpa, a ida a qualquer órgão judicante criminal implica em sofrimento[26].

Além da justa causa necessário que o suposto autor do fato não tenha sido condenado pela prática de crime a uma pena privativa de liberdade, conforme preceitua o inciso I do § 2º do artigo 76 da lei, logo um cidadão condenado a uma pena de multa ou por uma contravenção terá direito ao benefício, diante da impossibilidade de interpretar extensivamente leis com conteúdo penal.

Como segundo requisito exigido no § 2º do multicitado artigo 76, exige-se que o suposto autor do fato não ter celebrado outro acordo dessa natureza dos últimos 05 (cinco) anos e, ainda, indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente.

Em relação ao lapso temporal exigido para a celebração do acordo parece razoável que o legislador o estabeleça, pois apesar de um benefício a oferta do acordo pode ter condicionamentos também em relação a periodicidade do seu cabimento a fim evitar abusos de direitos.

O mesmo não se pode afirmar sobre o requisito subjetivo elencado no inciso III do § 2º do artigo 76. O legislador confere ao membro do Ministério Público, e também ao magistrado - que vai analisar a legalidade da medida antes de homologá-la-, uma especificidade técnica que ambos não dispõem. Ao exigir que os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente sejam favoráveis, bem como a avaliação dos motivos e das circunstâncias o legislador traça funções impossíveis de serem realizadas pelos atores do sistema de justiça criminal. Ponderar suficiência da medida é tarefa de futurologia que ninguém está, cientificamente, apto a realizar, assim como avaliar se a personalidade do suposto autor do fato converge ou não para a celebração da transação.

Por essas razões esse é um requisito ignorado no dia a dia forense, focando a análise do cabimento da medida nos demais requisitos. Assim para o oferecimento da Transação Penal verifica-se a existência de justa causa para a acusação, se o suposto autor do fato não foi condenado, por crime, a uma pena privativa de liberdade e se não celebrou outra Transação Penal nos últimos 05 (cinco) anos. Atendidos os listados requisitos, deve ser oferecido o acordo.

[26] A estigmatização e caráter punitivo do processo penal é uma realidade denunciada por muitos podendo ser lida na obra de Francesco CARNELUTTI, nomeada como Misérias do Processo Penal. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Edicamp, 2002.

Saliente-se que a celebração da Transação Penal não gera reincidência, registrando a sua ocorrência no sistema interno dos juizados apenas para fins de impossibilitar nova negociação no prazo de 05 (cinco) anos, conforme limitação já mencionada.

Em caso de não oferecimento, algumas providências foram pensadas pela doutrina. Uma delas defendeu que seria o caso de oferecimento pelo próprio magistrado, tese que viola o sistema acusatório, pois o juiz é quem vai homologar a medida não podendo, portanto, oferecê-la. Além disso, defende-se a possibilidade de rejeição da denúncia devido à falta de condição da ação, uma vez que o oferecimento da proposta nesse caso seria pressuposto para o início do processo, conforme salienta Maria Lúcia Karam[27].

Por fim a posição majoritária e a adotada pelos tribunais é a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, determinando a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, evitando, assim, que o magistrado exerça função que não é sua.

Oferecida pelo Ministério Público, seja pelo promotor de justiça ou pelo Procurador Geral de Justiça, o acordo deve ser aceito pelo suposto autor do fato e seu defensor, arcando com as obrigações ali delineadas. Fundamental salientar que a anuência da vítima é completamente desnecessária, considerando a titularidade do direito de ação neste espécie delitiva[28].

Não aceitando o processo segue o fluxo descrito no tópico anterior, passando a suas ulteriores fases.

4. O ENUNCIADO 115 DO FONAJE E AS SUAS INCONGRUÊNCIAS SISTÊMICAS

Anualmente os juízes lotados nos Juizados Criminais se reúnem para debater questões comuns afetas ao rito sumaríssimo. Nesses encontros, conhecidos como Fórum Nacional dos Juizados, após exposição e ponderações, chegam a conclusões consubstanciadas em assertivas, que transformam-se em proposições em forma de enunciados.

Objetivando preencher lacunas e dar aplicação uniforme às eventuais controvérsias, esses enunciados tem importância especial, pois possibilitam a aplicação do procedimento de

---

[27] KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais**. A concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004, p. 93.

[28] Registre-se que a doutrina majoritária e a jurisprudência pátrias são firmes em admitir a Transação Penal nos crimes de ação penal privada, considerações que não serão feitas neste artigo por absoluta discrepância com o tema central, apesar da pertinência com a pesquisa e importância prática do assunto.

forma congruente e sistêmica, vez que visam, por exemplo, estudar novos institutos do processo penal acomodando-o ou não ao rito do Juizado Especial.

Um exemplo dessa louvável tarefa foi a análise da possibilidade de se realizar citação por hora certa em sede de Juizados Criminais, a partir da alteração do Código de Processo Penal, debate que ensejou a edição do enunciado 110, admitindo a forma especial de comunicação.

O cuidado que se deve ter é a observância da lei na edição dessas proposições.

A constatação é óbvia. Inseridos em um ordenamento jurídico que exige a obediência às regras do jogo e que preleciona a hierarquia entre as fontes normativas, nenhuma conclusão decorrente de orientações judiciais pode violar as leis.

Ademais, esses enunciados são elaborados fora dos autos, logo não podemos qualifica-los nem como jurisprudência, muito menos como leis, logo não ostentam qualquer forma vinculante ou de observância obrigatória.

Sublinhe-se que a intenção original desses grupos de magistrados é notável, porém limitada, como não poderia deixar de ser, posto que imersos em um sistema democrático que garante a harmônica separação dos poderes, reservando à lei a estrito e necessário respeito.

O enunciado 115 anuncia que, no caso do crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, porte de drogas para consumo pessoal, não haverá a restrição disposta no § 4º do artigo 76 da Lei 9.099 de 1995, que prevê exatamente a vedação a nova Transação Penal no prazo de 05 (cinco) anos, ou seja, para este delito não há limitação temporal, segundo a orientação.

A autorização gritantemente viola o quanto disposto na Lei dos Juizados e por mais que possa parecer uma postura judicial liberal e adequada aos fins de uma política criminal menos repressiva e mais garantista, afronta o sistema jurídico de modo incisivo e não republicano.

Não se pode negar que o Brasil adota o positivismo como método de atuação prática e também de ensino. Como salienta Dimitri Dimoulis[29] esta é a teoria do Direito aplicada no sistema brasileiro, apesar das críticas edificadas pelo neoconstitucionalimo. Aliás, adverte o autor,

Lênio Streck também critica esse ativismo jurídico ilimitado, chamando a atenção para a postura deficitária em relação às conquistas democráticas que norteiam a excessiva discricionariedade com que atua o Poder Judiciário, que não pode ceder a uma hermenêutica

[29] Dimoulis, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico

casuística eminentemente violadora das leis, estas sim fruto da participativa democracia, pois originária dos representantes do povo[30].

Ao tomar pra si a eleição da melhor resposta, o Judiciário assume a possibilidade de diversas respostas para uma mesma pergunta e ao eleger, conforme suas convicções, a resposta certa, em descompasso com o quanto previsto claramente no ordenamento legislado, usurpa competência, violando, portanto, a democracia.

A lei deve ser cumprida sempre, e não só quando interessa, chama a atenção Streck ao afirmar que só em casos excepcionalíssimos a produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei.

Um desses casos é quando a lei for inconstitucional, o que neste caso seria plenamente possível, considerando a doutrina apresentada nas primeiras linhas deste texto sobre a política criminal de droga brasileira.

Assim, caso os magistrados entendam que o artigo 28 da lei 11.343 de 2006 é inconstitucional que exerçam o controle difuso de constitucionalidade e arquivem todos os Termos Circunstanciados que cheguem aos especializados.

Poder-se-ia até indagar se não seria contraditório criticar a forma por meio da qual os juizados, na prática, vem encarando esse tipo específico de delito, já que, apesar de ilegal, a providência é benéfica ao cidadão consumidor de drogas ilícitas. Ora, se a corrente aclamada é a legalização das drogas, considerando, inclusive, as fontes citadas, pode se estranhar a crítica aqui edificada.

Apesar da postura liberalizante, a submissão à democracia e a obediência às regras do jogo exigem a postura ora agasalhada, não sendo outra a opção republicana defendida neste ensaio.

Nesse caso o caminho a ser adotado pelo magistrado que se convence da tese de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, considerando, inclusive, o debate travado no Supremo Tribunal Federal, como já destacado.

O que não se admite é criar uma regra própria para o delito em comento. Ignorando o sistema jurídico e suas regras, descartando os dispositivos legais e consagrando o decisionismo que não traz qualquer garantia à sociedade que precisa de uma mínima segurança jurídica ao se deparar com a prestação jurisdicional.

[30] STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar A "Letra Da Lei" é uma Atitude Positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010 172, disponível em https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623 acesso em 07 abr 2018.

Esse protagonismo do Poder Judiciário, untado por um Supremo Tribunal Federal midiatizado[31], desequilibra os poderes estatais, pois os juízes passam a agir como legisladores positivos, e vão além da tarefa legitima de preencher lacunas, muitas vezes, como a aqui criticada, julgam contrário a lei, por achar que está ou aquela posição política é melhor, contrariando outros atores do sistema.

É preciso dar coerência ao sistema, agir de acordo com as expectativas delineadas nas leis ou afastá-las nos exatos moldes previstos no ordenamento, não se admitindo regras paralelas ditadas pelo Poder Judiciário que vem ganhando cada dia mais um protagonismo perigoso.

5. CONCLUSÃO

A política criminal de droga brasileira é um desastre. As opções criminalizantes robustecem a violência e não resolvem os problemas decorrente do uso de drogas, além de violar princípios constitucionais penais como a impunidade da autolesão.

Ao manter equivocadamente o porte de droga para consumo pessoal como delito, o legislador cominou penas não privativas de liberdade, direcionando o processamento e julgamento desses ilícitos nos Juizados Especiais Criminais.

Estabelecido pela Lei 9.099 de 1995, o procedimento sumaríssimo previu como medida alternativa ao processo a Transação Penal, condicionando-a ao preenchimento de ertos requisitos, entre eles a limitação temporal de 05 (cinco) anos.

A regra legal vem sendo desrespeitada Brasil a fora, vez que não se observa este interstício quando o delito é o previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, conforme autorizado pelo enunciado 115 do FONAJE.

Esse protagonismo judicial viola a separação de poderes, pois ignora o comando legal e cria regras próprias para tratar do crime citado, o que implica uma verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito, que, registre-se, prevê instrumentos para que os magistrados que não concordam com a criminalização da conduta de portar droga para consumir, já que caso os magistrados entendam que a manutenção da criminalização é inconstitucional que a declare incidentalmente, mas não legisle, não decante a segurança jurídica, nem as regras da República.

---

[31] Dimoulis, Dimitri. **A relevância prática do positivismo jurídico.** Revista Brasileira de Estudos Políticos. Vol 102, 2011. Disponível em https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/132/127 acesso 08 abr 2018

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Misérias do Processo Penal**. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Edicamp, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral Do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **A relevância prática do positivismo jurídico.** Vol 102, 2011. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/132 acesso em 08 abr 2018

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de. **Nova lei de drogas comentada**. 2015, p. 216.

GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. Juizados Especiais Criminais. p. 153;

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais**. A concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004, p. 93.

_____ Palestra proferida no evento Liberdade na Estrada: Recife 2015, promovido por Coletivo Nabuco; Estudantes Pela Liberdade; e Instituto Ordem Livre – setembro 2015, transcrita no site http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/04/126_Drogas-Recife.pdf acesso em 28 mar 2018.

MINAGÉ, Thiago; ROSA DA, Alexandre Morais. **Natureza Jurídica da Sentença que Acerta a Transação Penal é Homologatória.** Disponível em https://www.conjur.com.br/2014-out-29/romulo-moreira-sentenca-acerta-transacao-penal-homologatoria acesso 03 abr 2018

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Transação penal virou suspensão condicional da ação. Os crimes de 1,99 e a Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em http://justificando.cartacapital.com.br/2014/11/01/transacao-penal-virou-suspensao-condicional-da-acao-os-crimes-de-199-e-sumula-vinculante-35-supremo-tribunal-federal/ acesso 03 abr 2018

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar A "Letra Da Lei" é uma Atitude Positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010 172, disponível em https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623 acesso em 07 abr 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.