

## **Contraponto entre o procedimento da Lei 11.719/08 e a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), notadamente quanto à defesa preliminar**

A Lei nº 11.719/08 alterou os procedimentos previstos no CPP.

Na análise sistemática do ordenamento jurídico, especialmente no que toca à observância da nova legislação infraconstitucional em conjunto com princípios constitucionais, ficou a dúvida se esse novo regramento revogaria as normas especiais, como é o caso da Lei nº 11.343 /06 - Lei de Drogas.

A Lei de Drogas em vigor modificou o tratamento jurídico penal concedido ao usuário de drogas, além de estampar um modelo procedimental diferente daquele trazido pela reforma processual penal, não se sabendo qual o tratamento adequado a ser aplicado em processos que envolvem estes casos.

A posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração, não se tratando de crime nem de contravenção penal, porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. A conduta do usuário passou a ser mero ato ilícito. Assim, mesmo que tenha sido abolido o caráter criminoso no que se refere à posse de drogas para consumo pessoal e tenha deixado de ser legalmente considerado crime, continua sendo um ilícito, um ato contrário ao direito.

O argumento principal é de que apenas pode ser classificada como crime a conduta para a qual está prevista pena de reclusão ou detenção, assim como para a contravenção deve estar cominada prisão simples ou multa. Desse modo, o art. 28, da Lei 11343/06 não integra nenhuma dessas classes.

A posse de entorpecente transformou-se, pura e simplesmente, *abolitio criminis* da posse de droga ilícita para uso pessoal, já que não há, no preceito secundário da norma, cominação de pena privativa de liberdade. Assim, admitem-se sanções inexecutáveis, haja vista não se poder coagir o

usuário em caso de descumprimento das medidas previstas no artigo 28 da mencionada lei.

A única pena prevista, imediatamente, para as condutas contidas no art. 28, parágrafo 1º, é a de prestação de serviços à comunidade, sabidamente pena substitutiva, não havendo previsão similar na legislação que autorizasse concluir que para uma conduta criminosa não fosse cominada, pena de reclusão ou de detenção. Porém, admite-se a aplicação de pena de multa, nos termos e critérios estabelecidos no art. 28, parágrafo 6º, II C/C art. 29 da Lei de Tóxicos.

Ademais, vislumbra-se que se o agente/réu é beneficiado com a transação penal e deixa de cumprir a sanção que lhe foi imposta, não há justa causa para a instauração de ação penal. Ainda, as medidas passíveis de aplicação, estabelecidas no artigo 28, não podem ser utilizadas em caso de descumprimento, tendo em vista não se poder convertê-las em pena privativa de liberdade, mesmo que aplicadas em sede de sentença penal condenatória.

Portanto, a pretensão estatal pode ser desempenhada sem a necessidade de oferecimento de denúncia, já que o não cumprimento da transação penal oferecida, em caso de condenação, não terá efeitos concretos, já que não pode ser realizado.

Outrossim, mesmo que a Lei 11.343/06 comine prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa educativo, isto não infere uma obrigatoriedade ao usuário.

Outro questionamento pertinente tem como fonte o conflito (ou o descompasso) existente entre o art. 55 da Lei nº. 11.343 /06 e os arts. 396, 396-A e 397 da Lei nº. 11.719 /08. O primeiro determina a realização da notificação do réu antes do recebimento da denúncia contra ele oferecida. Em contrapartida, as regras oriundas da Lei nº 11.719/08 determinam o recebimento da denúncia, com a posterior citação do acusado, para a apresentação de resposta à acusação, momento em que se torna possível a absolvição sumária pelo magistrado.

Contudo, o art. 394 do CPP, prevê em seu § 4º: "As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código".

Para alguns, a inexistência de revogação expressa pela Lei nº. 11.719/08, posterior à Lei de Drogas, se deve a um único fato: a inconveniência em se referir a cada um dos inúmeros procedimentos especiais hoje existentes, preferindo-se usar a cláusula genérica trazida pelo § 4º do art. 394 do CPP. Em virtude de haverem muitos procedimentos especiais, sendo extenso mencionar todos e suas especificidades, o art. 394 estabeleceu, de forma geral, como realizar as adaptações de tratamento aos procedimentos.

Há, então, dois momentos diversos: defesa preliminar, a fim de serem levantadas as questões pertinentes a (im)possibilidade do recebimento da denúncia e resposta à acusação, buscando motivações para a absolvição sumária. Alguns juristas entendem que a defesa preliminar basta e outros apontam para a necessidade também da resposta à acusação.

Os dois entendimentos são admissíveis, podendo ser chamado de procedimento misto, lembrando que não se deve causar prejuízo ao acusado ou cerceamento de defesa, sob pena de nulidade.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO EMITIDA EM PRIMEIRO GRAU. APELO DEFENSIVO. PRELIMINARES. NULIDADE DO PROCESSO. INOBSERVÂNCIA DOS ARTS. 396 E 394, § 4º, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRÊNCIA. Controvertida a discussão sobre qual o procedimento adequado a ser aplicado nos processos envolvendo crimes previstos na Lei de Drogas. Acontece que até o advento da Lei 11.719/2008, este relator entendia como adequada a aplicação na íntegra do procedimento especial, antevisto na Lei 11.343/2006, basicamente nos artigos 54 a 58 da referida lei. No entanto, com o advento da Lei 11.719/2008, sobretudo diante do conteúdo de seu artigo 394, passei a entender como possível, também, a aplicação do procedimento misto, nos casos em que adotados pelo Juízo de 1º Grau. A dúvida reside na forma em que se mesclam os procedimentos, pois o art. 55, § 1º, da Lei de Drogas determina a apresentação de uma defesa preliminar em momento anterior ao do recebimento da denúncia, ao passo que

os arts. 396 e 396-A da Lei Processual Penal prevêem o oferecimento de resposta à acusação pelo denunciado, posteriormente ao recebimento da inicial. Nesse panorama, surgem dois posicionamentos, quais sejam: 1) se coexistem tais momentos defensivos; e 2) se não se aplica ao procedimento especial da Lei de Drogas a resposta à acusação prevista na Lei Penal Adjetiva. A meu juízo, as duas posições são admissíveis, desde que não causem prejuízo concreto ao acusado, que deve demonstrar sua ocorrência ao pleitear eventual nulidade do processo. E in casu, o juiz singular aplicou apenas o procedimento especial da Lei de Drogas, determinando a notificação do denunciado para responder à acusação no prazo de 10 dias (defesa preliminar), nos termos do art. 55 da referida lei, e na seqüência, recebeu a exordial, designando data para a audiência de instrução e julgamento, consoante o art. 56 da lei em questão. Ou seja, houve inobservância apenas dos arts. 396 e 394, § 4º, ambos do Código de Processo Penal. Já o aguerrido defensor limitou-se a alegar a obrigatoriedade de apresentação de ambas as peças defensivas, bem como de abertura de ambos os prazos ao imputado, porém, sem demonstrar minimamente qualquer prejuízo suportado pelo réu. Assim, não há que se falar em declaração de qualquer nulidade. ALEGAÇÃO DE NÃO OBSERVAÇÃO DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESCABIMENTO. Não há cerceamento de defesa quando o Magistrado efetua perguntas às testemunhas e ao réu na instrução criminal. Ainda que não mais vigore o sistema presidencialista, como se percebe da leitura da nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal, a novel legislação processual não retirou do Magistrado a possibilidade de também questioná-los. Aliás, não se pode tolher do magistrado o direito desse questionamento, pois é o condutor do processo e precisa se inteirar dos fatos para alcançar a verdade real e bem julgar o feito. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO DE ENTORPECENTES. IMPROVIDO. Mesmo não sendo grande a quantidade de droga, a traficância ficou comprovada, diante dos depoimentos dos policiais militares, e do restante da prova; sendo assim, a atividade de tráfico por parte do apelante restada demonstrada, sendo inviável eventual desclassificação do fato para o crime do art. 28, da Lei 11.343/06. APENAMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO OU FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO PARA O CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. INVIABILIDADE. Ao contrário do que vindicou a égide, é inviável sua substituição por restrições de direitos - bem como o sursis, em atenção às expressas vedações contidas nos artigos 33, § 4º, e 44, ambos da Lei 11.343/2006. Ademais, também descabe a determinação de regime mais brando para o cumprimento da sanção privativa de liberdade, porquanto o injusto de tráfico de drogas é crime equiparado ao hediondo, sendo apropriadamente demarcado o regime fechado. Preliminares afastadas. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70036120749, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 18/08/2010)

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. CRIME DE TRÁFICO. LEI 11.343/06. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFESA PRELIMINAR. INVIÁVEL CUMULAR A FASE PRELIMINAR DA LEI DE DROGAS, PARA SÓ ENTÃO RECEBER A DENÚNCIA E, UMA VEZ RECEBIDA, ADOTAR NOVA OPORTUNIDADE PARA A RESPOSTA PRELIMINAR. INCIDÊNCIA DO ART. 394 E SEQUINTE DO CPP E, NÃO SENDO HIPÓTESE DE REJEIÇÃO

DA DENÚNCIA, A AÇÃO PENAL SEGUE O RITO DA LEI DE DROGAS. CORREIÇÃO PARCIAL MINISTERIAL PROVIDA. (Correição Parcial Nº 70037986718, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 03/09/2010)

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. CRIME DE TRÁFICO. LEI 11.343/06. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFESA PRELIMINAR. Inviável cumular a fase preliminar da Lei de Drogas, para só então receber a denúncia e, uma vez recebida, adotar nova oportunidade para a resposta preliminar. Imputada a prática do crime de tráfico, a ação penal deve seguir exclusivamente o rito da Lei nº 11.343/06. CORREIÇÃO PARCIAL PROCEDENTE. (Correição Parcial Nº 70036709376, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 08/07/2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. A inobservância do rito procedimental previsto no art. 55 da Lei 11.343/2006, que estabelece a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, implica em nulidade relativa do processo, razão pela qual, não se logrando demonstrar que a omissão prejudicou a defesa do paciente, impossível agasalhar-se a pretensão de anular o feito, pois no sistema processual penal pátrio nenhuma nulidade será declarada se não restar comprovado o efetivo prejuízo à parte (art. 563 do CPP). 2. Ordem denegada (RHC 23.340/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJU 04.05.2009).

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/06. INOBSERVÂNCIA DO RITO ESPECIAL DA LEI DE DROGAS. NÃO OPORTUNIZADO O OFERECIMENTO DE DEFESA PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. TRÁFICO DE DROGAS. CODENAÇÃO MANTIDA. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. Os depoimentos dos policiais são elementos de convicção válidos, mormente quando não resta evidenciado que tivessem motivos escusos para imputar crime tão grave a um inocente. Precedentes. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. Em que pese tenha sido demonstrado que o policial solicitou a compra da droga para o réu, as condutas anteriores de guardar e manter em depósito, não foram objeto de instigação pelo agente público, não havendo falar em flagrante preparado. Precedentes do STF. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Demonstrando o caderno probatório que os acusados estavam vinculados de forma estável e permanente para o comércio de drogas, mormente porque, evidenciado que na ausência de um, os demais se encarregavam de efetuar a venda para os usuários, impositiva a manutenção do juízo condenatório. PENAS-BASE MANTIDAS. A quantidade e a natureza da droga traficada justificam o desprendimento da pena-base do piso legal. MAJORANTE DO ART. 40, INCISO III, DA LEI 11.343/06. CONFIGARADA. Demonstrando que o local onde engendrado o comércio ilícito de entorpecentes pelos acusados se situava nas imediações de instituição de ensino, impositiva a incidência da majorante. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NÃO

CONFIGURADA. Demonstrado que os acusados formavam grupo criminoso, que se dedicava ao comércio de drogas, incabível o reconhecimento da minorante. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. A pena de multa, estando prevista no preceito secundário do tipo de forma cumulativa, é de aplicação obrigatória, não havendo falar em isenção em razão da pobreza do réu, caso contrário estar-se-ia usurpando função do Poder Legislativo. Prefacial afastada. Apelos defensivos desprovidos. (Apelação Crime Nº 70033069899, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 26/10/2010)

Bem analisando a situação posta e sua conformidade constitucional, tem-se que manter-se o procedimento “misto” traz benefícios à defesa, tendo em vista o fato de a norma processual geral permitir maior celeridade e a absolvição sumária.

O aspecto relevante, pois, reside na circunstância de que na Lei nº. 11.343/06 está prevista a notificação do acusado antes do recebimento da denúncia, o que possibilita ao magistrado, a partir da defesa apresentada, rejeitar a exordial acusatória. Mas, se isso não ocorrer, o acusado será citado e será efetivado um juízo pleno da pretensão punitiva que, apenas quando exaurido por completo, pode terminar em absolvição sumária.

Assim, caso a denúncia não seja rejeitada, o acusado passará por todas as fases do processo penal, para, talvez, ser beneficiado pela absolvição sumária.

Com essa mudança do procedimento, está se respeitando o princípio da duração razoável do processo, previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, LXXVIII e, especialmente, o princípio do contraditório e ampla defesa, constituindo o devido processo legal.