

## Competência para processar e julgar o crime de uso de drogas

Gilson Santos Maciel

*Sumário: 1 Introdução. 2 Aplicação da Lei 9.099/95 no crime do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3 Desclassificação do crime de tráfico para o de uso de drogas. 3.1 Hipótese de conexão de crimes. 3.2 Conflito do art. 48, § 1º, com o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.*

### 1 Introdução

O presente ensaio versa sobre a análise das alterações da competência para processamento e julgamento do crime de uso de drogas, operadas pela novel *lege* de drogas - Lei 11.343/2006.

Abordar-se-á a aplicação do procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95 aos crimes de usuários de drogas, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Far-se-á uma análise dos §§ 1º e 5º do art. 48 da novel *lege* de drogas, sobre a competência dos Juizados Especial Criminais para processar e julgar os crimes de usuários de drogas, mormente quando da desclassificação dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 da referida lei para o usuário de drogas.

Tratar-se-á de verificar a compatibilidade dos art. 48 da Lei 11.343/2006 e do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 com a Constituição Federal, máxime com seu art. 97, inciso I, ou seja, a constitucionalidade dos citados artigos da legislação infraconstitucional.

Por fim, é sempre um imperativo, e reclama o princípio da supremacia da Constituição, que se faça uma análise de compatibilidade das normas do ordenamento infraconstitucional com as normas e princípios constitucionais para aferir sua validade dentro do sistema jurídico, devendo ser expurgadas, por vício de nulidade, as normas que conflitem ou afrontem o texto da Carta Magna.

### 2 Aplicação da Lei 9.099/95 no crime do art. 28 da Lei 11.343/2006

Em 23 de agosto de 2006, foi publicada a Lei 11.343, tendo *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco dias), tratando da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescrevendo medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definindo crimes e procedimentos.

Mas, neste ensaio, cingir-se-á tão somente à análise do crime de uso de drogas, tipificado no art. 28<sup>1</sup> da citada lei, em seus aspectos processual e procedimental.

Houve uma despenalização do referido crime de uso de drogas com a eliminação da pena privativa de liberdade. A preocupação do legislador foi muito mais curativa do que punitiva, consoante se infere das penas cominadas, pois as mesmas cingem-se somente às restritivas de direito.

Com efeito, não podendo deixar de ser, a competência para o processamento e julgamento do crime de uso de drogas será dos Juizados Especiais Criminais, porquanto se trata de competência

\* Bacharel em Direito pela Unifem. Pós-graduado pela PUC/MG em Direito Privado. Assessor de juiz desde agosto de 2005.

<sup>1</sup> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º As mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 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.

§ 6º 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.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

absoluta, criada pelo constituinte de 1998, estando inserida no art. 98<sup>2</sup> da CF/88. É o que se pode inferir do art. 48 e §§ 1º e 5º da Lei de Drogas, *in verbis*:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

[...]

§ 5º 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.

Destarte, vê-se que o crime de uso de drogas será processado e julgado pelo Juizado Especial Criminal, devendo ser aplicadas, na transação penal, as penalidades previstas no art. 28.

Nesse diapasão, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Criminal. HC. Porte de entorpecente para uso próprio. Infração de menor potencial ofensivo. Competência do Juizado Especial Criminal definida pela Lei nº 11.343/06. Ordem concedida. - I. A controvérsia acerca da competência para o processamento e julgamento de feito no qual o réu foi denunciado por porte de entorpecente para uso próprio foi dirimida pela entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, que fixa, em seu art. 48, a competência do Juizado Especial Criminal, nos termos dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95. II. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.<sup>3</sup>

Impende salientar que o instituto da transação penal, previsto na Lei 9.099/95, em seu art. 76, tem a conotação de direito subjetivo do autor do fato, embora seja uma discricionariedade do órgão do Ministério Público no que tange à escolha das sanções restritivas de direitos ou multa a serem aplicadas.

Nessa trilha de raciocínio, expressa Eugênio Pacelli de Oliveira:

A transação penal é, pois, segundo nos parece, direito subjetivo do réu. A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei 9.099/95 (OLIVEIRA, 2008:597).

Entretanto, a competência do Juizado não prevalecerá quando houver conexão entre os crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da mesma lei, ou seja, tráfico e suas variações e associação para o tráfico.

### 3 Desclassificação do crime de tráfico para o de uso de drogas

Hipótese intrincada será quando ocorrer a atipicidade relativa, ou seja, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso de drogas. Tal situação ocorrerá quando for instaurado inquérito policial por conduta, em tese, tipificada no art. 33 da Lei 11.343, tráfico de drogas, sendo denunciado pelo representante do Ministério Público, mas as provas coligidas na instrução do devido processo penal não corroborarem que o acusado tenha praticado a traficância, impondo, assim, a desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da referida lei, ou seja, a de ter a posse de drogas para uso próprio.

Diante de tal situação processual, deverá o juiz condenar o acusado nas penas restritivas do art. 28 ou deverá proceder tão só à desclassificação e remeter os autos ao Juizado Especial para a aplicação do procedimento previsto na Lei 9.099/95?

<sup>2</sup> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau;

<sup>3</sup> Processo HC 65236 / MG, *Habeas Corpus* 2006/0186815-0, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 05.12.2006, p. no DJe de 05.02.2007, p. 300.

Atento à competência absoluta do Juizado Especial Criminal para processar as infrações de menor potencial ofensivo, bem como considerando que a própria Lei de Drogas previu a competência para os Juizados Especiais no crime do art. 28, uso de droga, a conclusão é que não se apresenta outra solução senão adotar a segunda assertiva. Deverão ser remetidos os autos aos Juizados para iniciar o procedimento, inclusive observando a fase pré-processual com a oferta da proposta pelo representante do Ministério Público da transação penal, preenchidos os requisitos, insertos art. 76 da Lei 9.099/95, diante de se revelar um direito subjetivo do autor do fato, consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça:

*Habeas corpus*. Revisão criminal. Fase de execução da pena. Transação penal. Justificativa do Órgão de Acusação. Inexistência de qualquer contestação da defesa. Matéria vencida pelo tempo. Apesar de ser direito subjetivo do acusado, a transação penal deve obedecer aos limites do tempo e à discussão no processo, de forma a evitar-se seja sedimentada a decisão indeferitória pelo transcurso do tempo. *In casu*, o Ministério Público bem ou mal justificou a não proposta da transação penal, sendo que a defesa não intentou contra o indeferimento qualquer espécie de contestação nas fases posteriores, mas apenas em sede revisional e quando já em curso o procedimento executório, o que torna inviável a retroação para novo exame. Ordem denegada.<sup>4</sup>

Comentando sobre a competência dos Juizados Especiais Criminais, afirma Fernando da Costa Tourinho Neto ser absoluta:

a) Com referência à matéria - infrações penais de menor potencial ofensivo -, a competência dos Juizados para a conciliação, processo, julgamento e execução é absoluta. O Juizado não pode processar outras infrações sob pena de nulidade absoluta. Pode, no entanto, o Juízo Comum processar e julgar infrações definidas como de menor potencial ofensivo em duas hipóteses: a) nas localidades não existirem Juizados Especiais; b) quando o autor do fato não for encontrado para ser citado (Lei 9.099/95, art. 66, parágrafo único); c) quando a causa for complexa; ou d) apresentar circunstâncias especiais, não permitindo imediato o oferecimento da denúncia ou da queixa (Lei 9.099/1995, art. 77, § 3º) (TOURINHO NETO, 2005:432).

No que tange à competência absoluta do juizado especial criminal, *mutatis, mutandis*, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes defendem a prevalência da competência dos Juizados Criminais mesmo quando houver desclassificação:

Pelo sistema do Código de Processo Penal, em face da desclassificação, cabe ao juiz presidente do Tribunal do Júri proferir sentença (492, § 2º). Mas, quando a desclassificação for para infração de menor potencial ofensivo, outra deve ser a solução, pois a competência passa a ser do Juizado Especial Criminal. Transitada em julgado a decisão desclassificatória, os autos serão remetidos ao Juizado competente, onde será designada a audiência prevista nos arts. 70-76 da lei. Não há outra solução, pois a competência dos Juizados para as infrações de menor potencial ofensivo, por ser de ordem material e ter base constitucional, é absoluta (GRINOVER, 2002:82).

Decerto, se se admitisse a desclassificação e a condenação pelo Juízo Comum, como ficariam os efeitos criminais secundários: reincidência e suspensão dos direitos políticos? É cediço que toda sentença condenatória na seara penal deve gerar os referidos efeitos, decorrentes de expressa disposição constitucional e infraconstitucional, independentemente da natureza da pena aplicada. Ora, são efeitos graves que não podem ser ignorados.

Dessa forma, vê-se que, nos casos em que há desclassificação de tráfico de drogas para o de uso de drogas, a melhor solução deve ser a remessa dos autos ao Juizado Especial para serem adotados os procedimentos que o regem, inclusive a oferta da transação penal. Só assim se estará extraindo uma interpretação conforme a Constituição, porquanto assegura a competência absoluta outorgada por ela, como dito, bem como assegura ao acusado os benefícios concedidos pela Lei 9.099/95.

Nessa trilha de entendimento, vêm à calha as lições de Eugênio Pacelli de Oliveira:

<sup>4</sup> Processo HC 37888 / SPHABEAS CORPUS 2004/0121234-9 Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 07/10/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 08.11.2004 p. 267

A nosso juízo, devemos dar às regras previstas na Lei 9.099/95 uma dimensão mais ampla, no âmbito de uma política criminal descarcerizadora, não nos apegando a critérios clássicos de uma interpretação jurídica que não apresenta a mais mínima contextualização sistêmica. [...] é bem de ver que a reforma da Lei 9.099/95, bem como da Lei 10.259/01, ambas trazidas pela Lei 11.313/06, veio para unificar no ordenamento jurídico nacional a competência dos Juizados Especiais Criminais. Exatamente por isso revogou a ressalva da competência da Justiça Comum para os crimes com rito especial (antiga redação do art. 61 da Lei 9.099/95 e elevou para dois anos o máximo de pena para o conceito de menor potencial ofensivo (OLIVEIRA, 2008:648).

Portanto, constata-se que, em casos de desclassificação de tráfico de drogas para o de uso de drogas, deve o processo ser remetido ao Juizado Especial Criminal e aplicado seu rito, bem como seus benefícios, *v.g.*, transação e suspensão condicional do processo, preenchidos os seus requisitos mínimos.

### 3.1 Hipótese de conexão de crimes

Outra hipótese que irá concretizar-se na prática será a conexão entre crimes de tráfico com o de uso de drogas. Essa hipótese foi pensada pelo legislador da Lei 11.343/2006 quando exclui a competência do Juizado, em havendo conexão entre os tipos penais do art. 28 e arts. 33 a 37. Assim, quando ocorrer a conexão, a competência do Juizado será afastada.

Ora, não parece que a novel Lei de Drogas tenha instituído uma exceção compatível com a competência absoluta dos Juizados Especiais, outorgada pela Constituição, como fora visto. Não há como prorrogar competência absoluta. Quando ocorre a conexão de competências absolutas, deve haver a separação do processo.

Nesse sentido, comentou Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes:

Havendo conexão ou continência, deve haver separação de processos para julgamento da infração de competência dos Juizados Especiais Criminais e da infração de outra natureza. Não prevalece a regra do art. 79, *caput*, que determina a unidade de processo e julgamento de infrações conexas, porque, no caso, a competência dos Juizados Especiais é fixada na Constituição Federal (art. 98, I), não podendo ser alterada por lei ordinária (GRINOVER, 2002:67).

Portanto, conclui-se que a referida exceção à aplicação da Lei 9.099/95, estatuída pelo art. 48, § 1º, da Lei de Drogas, não encontra respaldo constitucional, sendo, portanto, inconstitucional.

### 3.2 Conflito do art. 48, § 1º, com o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95

Como visto supra, o art. 48, § 1º, da Lei de Drogas excepciona a aplicação do procedimento da Lei 9.099/95 quando houver conexão entre os crimes previstos nos arts. 28 e 33 a 37. De outro lado, a Lei do Juizado Especial Criminal - Lei 9.099/95 - prevê a aplicação dos institutos da transação penal e composição dos danos civis em casos de conexão e continência com o juízo comum ou o Tribunal do Júri.

É o que está inserto no art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 com redação alterada pela Lei 11.313/2006, *in verbis*:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o Tribunal do Júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Ora, vê-se que está em aparente conflito os arts. 48, § 1º, da Lei 11.343/2006 e o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95, pois a primeira não admite a aplicação desta última nos casos de conexão; tendo a Lei 9.099/95 a previsão de aplicação dos institutos da transação. Mas, não se poderia alegar o princípio da especialidade para resolver o aparente conflito? Até que se poderia lançar mão desse princípio para aplicar as prescrições da Lei 11.343/2006, pois esta se afigura como

especial em relação à Lei 9.099/95. Entrementes, a própria lei especial, como foi visto, manda aplicar a Lei 9.099/95 nos casos de usuários de drogas.

De outro lado, não se pode perder de vista que a competência do Juizado, como exaustivamente foi demonstrado, é considerada absoluta e tem sede constitucional, não podendo lei ordinária criar exceções à sua aplicação, sob pena de estarem elas inquinadas de inconstitucionalidade.

Com peculiar propriedade, comenta Guilherme de Souza Nucci sobre a alteração na competência ultimada pela Lei 11.313/2006 no art. 60 da Lei 9.099/95:

Inconstitucionalidade do dispositivo: se uma infração de menor potencial ofensivo ocorrer em cenário de conexão ou continência com outro delito qualquer, em face da sua competência constitucionalmente fixada (art. 98, I, CF), deve ser encaminhada ao JECRIM. Permanecerá no juízo original, seja ele qual for, a outra infração penal. Deve haver a separação dos processos. Não pode a lei ordinária alterar o dispositivo na Constituição Federal. Parece-nos inaplicável o disposto no parágrafo único do art. 60 (NUCCI, 2006:367).

Acresce que o egrégio Superior Tribunal de Justiça editou súmula, dirimindo conflito entre os Juizados Especiais e a Justiça Comum, sabido que é da competência desse tribunal decidir conflitos entre tribunais distintos, consoante o art. 105, inciso I, aliena *d*, da CRFB/88. Eis o teor da Súmula 348: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal, ainda que da mesma seção judiciária”. Assim, conclui-se que, para esta Corte, os Juizados são tribunais autônomos, por conseguinte de competência própria para julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo.

Dessarte, considerando a competência absoluta dos Juizados Especiais Criminais, não há como conferir validade aos dispositivos comentados por ferirem o art. 98, inciso I, da CF. A inconstitucionalidade se afigura patente, pois lei infraconstitucional não tem o condão de afastar a competência para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, como é o caso do usuário de drogas.

#### 4 Conclusão

Em face das premissas expostas supra, podem-se extrair as seguintes conclusões:

a) a competência do Juizado Especial Criminal é absoluta para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo, conforme inserto no preceito do art. 98, inciso I, da CRFB/88;

b) o tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/2006, uso de droga ilegal, por ser de menor potencial ofensivo, bem como pela despenalização operada pela novel *lege*, deverá ser processado e julgado pelo Juizado Especial Criminal;

c) em havendo a desclassificação das condutas típicas previstas nos arts. 33 a 37, processados no Juízo Comum, para o de uso de drogas, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, deverão ser remetidos os autos ao Juizado Especial Criminal para iniciar o procedimento previsto na Lei 9.099/95, inclusive a fase pré-processual do art. 76, sendo ofertada proposta de transação penal ao autor do fato, preenchidos os requisitos por se tratar de direito público subjetivo;

d) quando houver conexão entre os crimes previstos nos arts. 28 e 33 a 37 da Lei 11.343/2006, o processo deverá ser separado em relação ao crime do art. 28, para ser processado no Juizado Especial Criminal, devido ser a competência absoluta;

e) os arts. 48, § 1º, da Lei 11.343/2006 e 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 estão inquinados de inconstitucionalidade na parte que excepciona a competência do Juizado Especial Criminal por confrontarem o art. 98, inciso I, da CRFB/88.

#### 5 Referências bibliográficas

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099/95. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_, *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_, *Código Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, José Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/95*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Número do processo: *HC 37888/SP HABEAS CORPUS 2004/0121234-9* Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca (1106). Órgão Julgador T5 - Quinta Turma. Data do julgamento: 07/10/2004. Data da Publicação/Fonte: *DJ* de 08.11.2004, p. 267. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 25 de fevereiro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Número do processo: *HC 65236/MG HABEAS CORPUS 2006/0186815-0*. Rel. Min. Gilson Dipp (1111). Órgão Julgador T5 - Quinta Turma. Data do julgamento: 05/12/2006 Data da Publicação/Fonte: *DJ* de 05.02.2007, p. 300. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 25 de fevereiro de 2008.