

## Art. 28 da Lei nº 11.343/06: uma transação inconstitucional?

Eduardo Luiz Santos Cabette\*

Na transição entre um velho modelo repressivo e a nova perspectiva terapêutica para o tratamento dado pela lei penal aos usuários e dependentes de drogas, a Lei 11.343/06 prevê em seu artigo 28 penas <sup>[01]</sup> não privativas de liberdade. <sup>[02]</sup> Coerentemente com o necessário matiz consensual que deve nortear a aplicação de penas dessa natureza, adotou a legislação sob comento o procedimento da Lei 9099/95 para os casos de infração ao artigo 28 (artigo 48, § 1º, da Lei 11.343/06).

A lei também permitiu em seu artigo 48, § 5º. que a pena a ser transacionada consista em uma daquelas mesmas previstas no preceito secundário do artigo 28 da Lei de Drogas.

Considerando que a Lei 9099/95 já prevê em seu artigo 76 que podem ser objetos de transação penal as penas restritivas de direitos ou multa, pode parecer despicienda a normativa do artigo 48, § 5º, da Lei 11.343/06, eis que não havendo previsão de penas privativas de liberdade no preceito secundário do artigo 28 da Lei de Drogas, pareceria óbvio que poderiam as próprias penas ali previstas serem objeto de transação.

Mas, na realidade, o legislador foi previdente, evitando possível controvérsia. Como as penas não privativas de liberdade sob comento são previstas diretamente no preceito secundário do artigo 28 da Lei 11.343/06, poderia haver quem alegasse que não poderiam ser objeto de transação, uma vez que o autor do fato estaria acordando não uma pena alternativa, de alguma forma vantajosa para si em face daquela prevista no tipo penal, mas simplesmente aceitando, sem plena defesa, a mesma pena que lhe poderia (talvez) ser aplicada após o processo com o exercício do contraditório e ampla defesa. Abrindo mão de seu direito de defesa e de possível solução absolutória, o autor do fato aceitaria submeter-se a nada mais, nada menos que a pena normalmente prevista.

Por meio do § 5º, do artigo 48, a Lei de Drogas logrou contornar essa objeção. Não obstante, como não poderia ser diferente, apenas deixou assentada uma solução ao nível da legislação ordinária. Pelo regramento da lei ordinária fica expresso que a pena acordada pode ser uma ou algumas daquelas previstas no artigo 28. Sob esse prisma e nos seus estritos limites, não há o que discutir. Como diria um famoso comentarista de arbitragem futebolística, "a regra é clara".

Acontece que o ordenamento jurídico não pode solucionar adequadamente a questão da validade de seus regramentos exclusivamente sob a ótica das leis ordinárias. Estas estão submetidas à Constituição e, acaso a contrariem, não podem subsistir.

A própria Lei 9099/95 já teve sua constitucionalidade questionada pelo fato de supostamente violar os princípios da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, do devido processo legal e até da igualdade, ao permitir imposição de sanções por acordo em que o autor do fato dispõe daquilo que seria indisponível, além de privilegiar a reparação do dano na transação, prejudicando aqueles envolvidos menos afortunados.

Grinover, Magalhães Gomes, Fernandes e Gomes, expõem um quadro bem elucidativo desse debate, mas posicionam-se pela constitucionalidade por força do próprio artigo 98, I, CF, que permite expressamente a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo. Para os autores, a Lei 9099/95 pautou-se por uma "reserva legal proporcional", estabelecendo cuidadosamente os parâmetros e requisitos para a aplicabilidade válida de seus institutos.<sup>[03]</sup>

Esta tem sido a orientação predominante, de forma que até mesmo uma autora como Maria Lúcia Karam, matizada por uma postura extremamente zelosa das garantias individuais em suas manifestações, também conclui pela constitucionalidade da Lei dos Juizados Especiais Criminais. De acordo com a jurista, é indubioso que a renúncia do réu ao exercício pleno de garantias oriundas da "cláusula fundamental do devido processo legal", através de uma abreviação procedimental que antecipa o deslinde processual com uma submissão consentida à pena, "implica a renúncia a direitos fundamentais que se vinculam à essência do Estado Democrático de Direito".<sup>[04]</sup> No entanto, tal renúncia não conduziria à inconstitucionalidade porque não seria referida a direitos indisponíveis. O próprio respeito à margem de liberdade do indivíduo legitimaria a possibilidade deste abrir mão da discussão judicial para acatar uma proposta ministerial. Para Karam, "as garantias próprias do devido processo legal, como quaisquer outros direitos e garantias, não poderiam funcionar contra a vontade expressa do indivíduo, que, figurando como réu no processo, livremente – pelo menos, em tese – opta por renunciar a elas".<sup>[05]</sup>

Agora, no caso específico do disposto na Lei de Drogas, a questão não é a constitucionalidade do instituto da transação penal, mas sim da forma como foi configurado naquele diploma.

Realmente a Lei 11.343/06 permite com clareza solar o acordo acerca da pena normalmente prevista para quem quer que seja condenado por infração ao artigo 28 da mesma legislação. Se é razoavelmente assentado que não há inconstitucionalidade na transação penal em que uma pena privativa de liberdade prevista em abstrato é posta de lado para, por meio de um consenso, ser aplicada uma pena alternativa não privativa de liberdade (restritiva de direitos ou multa); pode surgir a dúvida se continuaria sendo lícito (leia-se constitucional) que o autor do fato recebesse uma pena transacionada, sem exercício pleno de defesa, que consistiria naquela mesma que lhe seria imposta acaso lhe fosse possibilitada a discussão processual, inclusive com chance de solução absolutória. Não estaria, nesses casos, o autor do fato, sofrendo um grave prejuízo em seus direitos

fundamentais a troco de nada, já que em termos de penas estaria, como diz a expressão popular, "trocando seis por meia dúzia"?

É interessante notar que o artigo 98, I, CF, não esclarece muito tal dúvida. Ele se limita a estabelecer que nas "infrações penais de menor potencial ofensivo" poderiam ser adotados "os procedimentos oral e sumariíssimo", bem como "permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

Percebe-se que a Constituição apenas legitima o legislador ordinário a definir quais sejam as infrações de menor potencial ofensivo e regular seu procedimento, inclusive o instituto da transação penal. A Constituição não nos diz quais seriam tais infrações e quais seriam as regras para seu processamento, inclusive no que se refere ao instituto da transação penal.

Foi a Lei 9099/95 que se encarregou de tudo isso e, na parte que ora nos interessa, estabeleceu que a transação somente pudesse ter por objeto "pena não privativa de liberdade" (artigo 76, "caput" c/c artigo 62).

Neste ponto pode-se ter a errônea impressão de que todas as nossas preocupações acima expostas seriam indevidas, já que a Constituição não impôs ao legislador ordinário limites rígidos, de modo que assim como a Lei 9099/95 limitou a transação penal a penas não privativas de liberdade, poderia havê-la expandido para os domínios das penas de prisão, acaso o desejasse. Nesse caso, nossas dúvidas quanto à constitucionalidade do permissivo do § 5º., do artigo 48, da Lei 11.343/06, com ainda mais razão, se diluiriam totalmente.

Essa impressão não passa de um engano motivado por uma análise isolada do artigo 98, I, CF. Mesmo que tal dispositivo não imponha limites precisos à transação penal, não é correta a interpretação de que o legislador ordinário teria recebido do constituinte nesse campo uma espécie de "carta branca". A permissão do artigo 98, I, CF, para o reconhecimento de certas infrações penais como de menor potencial ofensivo e sua submissão a um procedimento simplificado não se dá fora do contexto das garantias constitucionais que se pautam pela dignidade da pessoa humana e pela conformação do Estado Democrático de Direito. Portanto, a Lei 9099/95, por exemplo, somente pode ser tida como constitucional na exata medida em que se orienta por uma "reserva legal proporcional".<sup>[06]</sup> Essa proporcionalidade seria quebrada se o legislador permitisse, por exemplo, a aplicação de penas privativas de liberdade sem observância do devido processo legal, mediante simples acordo com o Ministério Público. O mesmo direito à liberdade que sustenta a constitucionalidade da Lei dos Juizados especiais criminais<sup>[07]</sup>, é aquele que limita o espectro de seus institutos simplificadores.

Então a questão que se nos impõe no momento não é a análise isolada do artigo 98, I, CF, em sua correlação com o § 5º., do artigo 48, da Lei de Drogas e sim o perquirir se este último dispositivo satisfaz ou não os critérios de proporcionalidade que o legitimariam, não perante um artigo isolado da Constituição, mas diante de toda a ordem constitucional sistematicamente interpretada e aplicada.

Seguindo essa linha de raciocínio, o que importa é sopesar as vantagens proporcionadas ao autor do fato pela transação penal, ainda que seja das próprias penas (não privativas de liberdade) previstas no tipo penal. E sob esse prisma o permissivo do § 5º, do artigo 48, da Lei de Drogas não carece de legitimidade por uma série de motivos que passam a ser delineados.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que um dos primordiais objetivos humanitários da Lei 11.343/06 foi proporcionar um tratamento mais condizente com a especial condição do usuário e do dependente de drogas, evitando sua estigmatização jurídica, processual e social. Optou-se pelo abandono do modelo repressivo e pela adoção de um sistema terapêutico, típico da chamada "Justiça Restaurativa".<sup>[08]</sup>

Assim sendo, as penas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas estão muito mais ligadas a um sistema de aplicação consensual do que impositivo. Essa opção do legislador resta cristalina observando-se que houve o afastamento absoluto de qualquer hipótese de pena privativa de liberdade. Mesmo havendo o frontal descumprimento pelo réu das penas impostas ou acordadas, as únicas medidas previstas são a "admoestação" e a "multa", ainda assim necessariamente aplicadas "sucessivamente" (vide o § 6º, I e II, do artigo 28, da Lei 11.343/06).<sup>[09]</sup>

É coerente a escolha do legislador, pois não se pode esperar que um modelo terapêutico ou restaurador seja imposto verticalmente, prescindindo do envolvido como agente importantíssimo nesse processo.

A guinada operada no tratamento do tema impõe uma alteração correspondente da compreensão do arcabouço normativo que a compõe e uma interpretação e aplicação iluminadas por novos princípios e objetivos.

Ao prever penas mais adequadas à satisfação dos novos objetivos da Lei de Drogas perante os usuários e dependentes, não poderia essa mesma lei permitir que essas medidas adequadas fossem postas de lado em prol de penalidades escolhidas aleatoriamente em um acordo entre o Ministério Público e o autor do fato, apenas para que não fossem as mesmas previstas no tipo, sacrificando a busca dos objetivos terapêuticos por uma formalidade qualquer.

Seria irrazoável, por exemplo, deixar de acordar o comparecimento do dependente a programa de recuperação, optando por uma pena pecuniária, interdição temporária ou perda de bens ou valores.<sup>[10]</sup>

As penas arroladas no artigo 28, I, II e III, da Lei de Drogas, vistas em seu sistema restaurativo e redutor de danos, satisfazem muito mais amplamente o conteúdo humanitário que o ordenamento constitucional espera dos regramentos ordinários (artigo 1º, III, CF).

Também não se trata de ocultar a supressão perversa de garantias sob um falso véu humanitário, como a pretensa legitimação da pena como um "bem" para o desviante.

Deve-se ter em mente que a disposição das garantias do devido processo legal para imposição das penas previstas só pode dar-se mediante a livre e esclarecida opção do autor do fato. Além disso, analisando-se a natureza das sanções previstas no artigo 28, da Lei 11.343/06, percebe-se claramente que o maior mal a afligir o infrator seria mesmo a estigmatização do processo criminal. Nesse passo, o abreviamento do procedimento pela transação penal também contribui para a redução de danos e, portanto, para um tratamento mais humanitário e menos estigmatizante de usuários e dependentes.

Tem-se observado hodiernamente que o "Sistema Penal Clássico" apresenta-se insuficiente ou mesmo falido para enfrentar todas as infrações penais e ofertar soluções satisfatórias com sua atuação vertical e a "crença no *full enforcement*".<sup>[11]</sup>

Disposições como o artigo 98, I, CF, e seus derivados ordinários (v.g. Lei 9099/95; artigo 28 c/c 48, § 5º, da Lei 11.343/06 etc.) constituem o retrato positivado de uma tendência à atribuição de tratamentos diversificados entre certas espécies de infrações penais, exatamente pelo reconhecimento da inadequação do modelo clássico de Direito Penal para tratar de todas as situações.

É nesse contexto inovador que Silva – Sánchez vislumbra aquilo que chama de um "Direito Penal de duas velocidades", no qual não haveria redução das garantias penais e processuais para os casos impositivos de penas privativas de liberdade, mas "seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas (privativas de direito, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político – criminais".<sup>[12]</sup> Conformer-se – ia uma espécie de "ponto – médio" entre um "Direito Penal amplo e flexível" e um "Direito Penal mínimo e rígido", possibilitando a "configuração dualista" acima exposta.<sup>[13]</sup>

Importará então a proporcionalidade da flexibilização, imunizando o sistema de aplicação de penas privativas de liberdade, mas liberando o modelo consensual de justiça para as penas pecuniárias ou restritivas de direito. O fato de que estas sejam aplicadas no lugar das privativas de liberdade originalmente previstas ou já sejam as penas principais estabelecidas no próprio tipo penal, torna-se irrelevante.

Aliás, o que hoje se constata nos artigos 28 c/c 48, § 5º, da Lei 11.343/06, não pode ser considerado novidade. Antes disso situação semelhante poderia ocorrer em transações penais relativas, por exemplo, a contravenções penais que prescrevem pena isolada de multa ou mesmo infrações penais que prevêm pena de multa alternativamente à privativa de liberdade em seu preceito secundário. Certamente, a proposta de transação penal nesses casos poderia versar sobre a pena pecuniária, sem infração à constituição de acordo com raciocínio semelhante ao desenvolvido neste trabalho, pois nesses casos sobreleva o mal da estigmatização do processo ante a própria pena prevista para a infração penal. Frise-se que a Lei 9099/95 chega a prever a hipótese de transação que versa sobre pena de multa que seja a única prevista para a infração penal, permitindo ao Juiz sua redução até a metade na dinâmica de conformação do consenso que norteia aquele diploma legal (artigo 76, § 1º, da Lei 9099/95).

---

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Luiz Flávio, et. al. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: RT, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2002.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e críticas*. 2ª. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: RT, 2004.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos*. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOLINA, Antonio García – Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús – Maria. *A expansão do Direito Penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

---

## Notas

<sup>01</sup> Não se ignora a discussão doutrinária acerca da natureza de efetivas "penas" previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06. No entanto, optou-se pelo uso da terminologia tradicional, deixando ao largo a polêmica mencionada a fim de não proceder a digressões desnecessárias para o desenvolvimento do tema específico deste trabalho.

<sup>02</sup> São elas: I) Advertência sobre os efeitos das drogas; II) Prestação de serviços à comunidade e III) Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

<sup>03</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 38 – 42.

<sup>04</sup> *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: RT, 2004, p. 42.

<sup>05</sup> Op. Cit., p. 44. A conclusão da autora é impecável, pois caso contrário como poderia o réu confessar se tem direito ao silêncio e até a mentir em sua defesa? Como poderia entregar a arma do crime, fornecer sangue ou esperma para exame, apresentar documentos incriminadores se tem o direito de não produzir prova contra si mesmo?

<sup>06</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. Op. Cit., p. 39.

<sup>07</sup> Cf. KARAM, Maria Lúcia. Op. Cit., p. 44.

<sup>08</sup> GOMES, Luiz Flávio, et. al. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: RT, 2006, p. 113.

<sup>09</sup> Anote-se que a doutrina já vem indicando inclusive que tais medidas previstas para a solução do descumprimento "não são penas *stricto sensu*", mas sim "medidas educativas coercitivas", tendentes ao incentivo ao cumprimento. MARCÃO, Renato. *Tóxicos*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70 – 71.

<sup>10</sup> Vide rol do artigo 43, CP.

<sup>11</sup> MOLINA, Antonio García – Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 599.

<sup>12</sup> SILVA – SÁNCHEZ, Jesús – Maria. *A expansão do Direito Penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 145. Anote-se que neste trabalho não se discutirá, por fugir ao tema específico, a face autoritária do reconhecimento, ainda que limitado, de uma "terceira velocidade" para o Direito Penal (Silva – Sánchez) ou da conformação de um "Direito Penal do Inimigo" (Jakobs), permitindo restrição das garantias mesmo para a aplicação de graves penas privativas de liberdade. Sobre o tema vejam-se: Op. Cit., p. 148 – 151. JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e críticas*. 2ª. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, "passim".

<sup>13</sup> SILVA – SÁNCHEZ, Jesús – Maria. Op. Cit., p. 145.

\* Delegado de polícia, mestre em Direito Social, pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, professor da graduação e da pós-graduação da Unisal

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10219>

Acesso em: 15 de agosto de 2007