

É possível a conversão das penas restritivas de direitos em prisão conforme a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006?

Inadmissível. Não se aplica às penas alternativas cominadas no art. 28 da lei o disposto no art. 44, §§ 4.º e 5.º, do CP, que regulam a conversão de penas restritivas de direitos em privativas de liberdade, tendo em vista a disciplina especial dada pela lei (princípio da especialidade). Ocorrendo o descumprimento injustificado das penas cominadas no caput do art. 28, o Juiz deverá submeter o condenado, sucessivamente, à admoestação verbal e ao pagamento de multa (§ 6.º), fixada nos parâmetros estabelecidos no art. 29 (40 a 100 dias-multa, com valor unitário de um trigésimo até o triplo do salário mínimo).

O delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 constitui infração de menor potencial ofensivo?

Sim, devendo ser o fato submetido às medidas da Lei n. 9.099/95, por expressa determinação do art. 48 e seus parágrafos. Na vigência do art. 16 da antiga Lei n. 6.368/76, a jurisprudência já vinha considerando o fato como crime de pequeno potencial ofensivo. Nesse sentido: STJ, 5.ª T., REsp n. 570.053, relatora Ministra LAURITA VAZ, DJU de 15.12.2003, p. 394.

Há inquérito policial por crime previsto no art. 28 da nova lei?

Não. O termo circunstanciado o substitui (arts. 48, § 2.º, da nova lei e 69 da Lei n. 9.099/95). De acordo com o estabelecido no art. 48, § 2.º, da lei, tratando-se “da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários”.

No caso do art. 28 da nova lei, há prisão em flagrante?

Não. De notar-se que o art. 48, § 2.º, da lei é categórico: “Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, [...]”. Ressalte-se que a redação do dispositivo difere daquela relativa às demais infrações de menor potencial ofensivo, uma vez que a Lei dos Juizados Especiais Criminais condiciona a não-imposição de prisão em flagrante ao encaminhamento imediato do agente aos Juizados Especiais ou à assunção do compromisso de comparecer a um deles (“ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança” – art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95).

Em residência, cabe prisão em flagrante em decorrência da prática de crime definido no art. 28 da lei?

Não. O ingresso em residência, todavia, é permitido, nos termos do art. 5.º, XI, da CF (“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” – grifo nosso). Não há de se confundir a lavratura do auto de prisão em flagrante e a custódia prisional daí decorrente (medidas proibidas expressamente) com a possibilidade de condução do agente até a presença da autoridade policial para lavratura do termo circunstanciado, em face de ser ele flagrado cometendo crime, caso esteja portando, guardando etc. a droga, em residência, para consumo pessoal.

Transação penal: é admitida?

O crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 admite transação penal, nos termos do § 5.º do art. 48 da lei (“Para os fins do disposto no art. 76 da Lei n. 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”). Desse modo, estando o autor do fato presente no Juizado Especial Criminal, será realizada imediatamente a audiência preliminar ou em data designada pelo Juiz. Caberá ao Ministério Público, desde que não seja caso de arquivamento, elaborar proposta de transação penal, i.e., de aplicação imediata das penas alternativas cominadas no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Aceita a proposta pelo autor do fato e por seu defensor, será ela homologada pelo Juiz (§ 3.º). Observe-se que não será cabível a proposta quando ficar comprovado: 1) “ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva”;

2) "ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo" ou 3) "não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida" (§ 2.º). Após a homologação do acordo, o Juiz aplicará a pena alternativa objeto do acordo, "que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos" (§ 4.º). Da decisão que homologar a transação penal caberá a apelação prevista no art. 82 da lei (§ 5.º). Por último, conforme consta do § 6.º do dispositivo: "A imposição da sanção de que trata o § 4.º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível".

O procedimento é sumariíssimo?

Sim. O delito previsto no art. 28 da nova lei obedece ao procedimento sumariíssimo disciplinado nos arts. 77 e segs. da Lei n. 9.099/95.

É punível o vício?

Não é punido em si mesmo (RT 530/369).

O art. 28 da nova lei é inconstitucional por ferir o princípio da privacidade individual (art. 5.º, X, da CF)?

Havia duas posições à luz do art. 16 da antiga Lei n. 6.368/76: 1ª) o dispositivo é inconstitucional (TJRS, ACrim n. 687.043.661, *RJTJRS* 127/99); 2ª) a alegação é inadmissível, inexistindo inconstitucionalidade (TJSP, ACrim n. 72.037, *RT* 650/273; 5ª Câmara, ACrim n. 151.129, rel. Des. DANTE BUSANA, *JTJ* 150/307 e *RT* 702/334; TJSP, *RT* 666/292). A primeira tese está superada (TJSP, 5ª Câmara, ACrim n. 151.129, rel. Des. DANTE BUSANA, *RT* 702/334). A tese vencedora, segundo entendemos, deve prevalecer na vigência da lei nova.

Março de de 2008