

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

A nova contravenção penal de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006)

Thiago André Pierobom de Ávila*

O presente artigo visa analisar as inovações legislativas introduzidas pelo art. 28 da Lei n. 11.343/2006, ao dar nova definição jurídica ao preceito secundário da conduta de portar droga para consumo pessoal.

No dia 23 de agosto de 2006 foi publicada a Lei n. 11.343, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad); prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Conforme seu art. 75, a nova lei revoga expressamente a Lei n. 6.368/1976, que definia os crimes ligados ao porte e tráfico de entorpecentes, bem como a Lei n. 10.409/2002, que definia o procedimento para apurar esses crimes. A nova lei possuiu *vacatio legis* de 45 dias e entrou em vigor em 9 de outubro de 2006.

Entre as inovações da nova lei estão a elevação da pena para os crimes de tráfico de entorpecentes, a criminalização autônoma de condutas antes punidas a título de participação (como o financiamento ao tráfico ou a colaboração como informante), e o novo tratamento da conduta de portar substância entorpecente para consumo pessoal. Este artigo analisará esta última inovação apontada.

* Thiago André Pierobom de Ávila é Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT); mestre em Direito pela UnB; professor de Direito Processual Penal na pós-graduação *lato sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT).

Anteriormente, a Lei n. 6.368/1976 criminalizava, em seu art. 16, o porte de substância entorpecente para uso próprio, nos seguintes termos:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

A nova lei criminalizou a mesma conduta em seu art. 28, tendo alterado completamente o regramento das penas aplicáveis à espécie.

A preocupação central da nova legislação com o dependente químico não é mais a repressão à conduta de portar substância entorpecente para uso próprio, e sim conferir-lhe atenção e reinserção social. Essa nova visão está expressa no art. 4º, X, ao estabelecer que são princípios do Sisnad:

X – a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social; [...].

Assim, estabelece a lei que a conduta do usuário de drogas deverá receber reinserção social, enquanto a conduta de produção e tráfico deverá receber repressão. Tanto assim o é que o crime do art. 28 da nova lei está inserto no Título III, que trata “das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, enquanto as condutas de produção, tráfico e afins estão disciplinadas no Título IV, nominado “da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”. Portanto, a nova lei retira o regramento do porte de drogas do paradigma repressivo e insere-o no paradigma de justiça restaurativa, na qual deve-se dar preponderância à conscientização

dos problemas enfrentados e à proposta de alternativas construtivas à superação dos problemas.

Nesse sentido, estabelece o art. 28:

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.

O preceito primário repetiu os núcleos típicos constantes da lei anterior, apenas acrescentando-lhes os verbos “tiver em depósito” e “transportar”. Também alterou as expressões “uso próprio” para “consumo pessoal”, e “substância entorpecente” para “drogas”, o que não altera a definição típica. O fato de a nova definição típica exigir o elemento objetivo “drogas” no plural não implica que será necessário que o agente tenha mais de uma droga para que haja o crime; ao contrário, ainda que tenha apenas uma substância entorpecente consigo haverá o crime. Certamente, em um cigarro de maconha há mais de uma molécula do princípio ativo tetra-hidro-cannabinol (THC), ou em uma pequena quantidade de cocaína em pó haverá mais de uma molécula do seu princípio ativo cloridrato de cocaína, de forma que se houver volume suficiente para indicar que seria possível o consumo pessoal haverá “drogas” para efeito do enquadramento típico. O termo é utilizado de forma genérica. De qualquer sorte, se no mesmo ato o agente portar mais de uma espécie de droga para consumo pessoal, haverá apenas um delito.

A conduta de portar droga para consumo pessoal não é mera infração administrativa, mas delito, conforme sinaliza o título do Capítulo III, onde está inserida: “Dos crimes e das penas”. Assim, a lei faz a opção de continuar tratando a conduta do porte de drogas dentro do Sistema de Justiça Criminal. Também não se pode falar

em *abolitio criminis*, pois a nova lei manteve a descrição dos mesmos fatos criminalizados na legislação anterior, apenas minorando sua sanção. Trata-se de *novatio legis in melius*, que, após sua vigência, terá aplicação retroativa a todos os condenados pelo antigo delito previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, a fim de fazer cessar os efeitos da pena privativa de liberdade e convertê-la em uma das medidas educativas do preceito secundário do novo crime, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Em relação aos investigados e acusados de violar o art. 16 da Lei n. 6.368/1976, a lei também é aplicável retroativamente aos fatos praticados antes da vigência. Durante o período da *vacatio legis* a lei já deve ser aplicada, pois como a vigência da lei é iminente e será retroativa, é possível desde já a aplicação imediata da nova lei, pois seria um contra-senso condenar o réu a uma pena privativa de liberdade para, logo após a vigência da nova lei, revogar essa pena e substituí-la pela medida alternativa prevista para o novo crime. O tempo da *vacatio legis* é para o conhecimento e adaptação às novas disposições. Se já há conhecimento do novo regramento e sua aplicação é inevitável, não há justificativa para não aplicá-lo desde já.

O preceito secundário do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não prevê a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao condenado, mas tão-somente há previsão de três “penas alternativas”. A própria terminologia de pena deve ser revista, pois, apesar de preceito primário do *caput* e de os §§ 3º e 4º do art. 28 da lei conceituarem tais medidas como penas, logo em seguida o § 1º afirma que se trata de “medidas”, e o § 6º define-as como “medidas educativas”. Apesar da aparente contradição conceitual, depreende-se do novo diploma que as “penas” do novo crime de porte de drogas para consumo pessoal são, na verdade, “medidas educativas”, destinadas a auxiliar o dependente a superar seu vício. Novamente, reforça-se a introdução do paradigma restaurativo em superação ao paradigma repressivo.

Em relação à medida educativa de advertência sobre os efeitos das drogas, é recomendável que a aplicação dessa medida se dê de

forma organizada e profissional. Para tanto, é de bom alvitre que sejam marcadas várias audiências preliminares relativas a essa contravenção para o mesmo dia e se convide profissional especializado no tema para ministrar uma palestra. Caso não seja possível essa palestra no fórum, deverá o autor do fato ser encaminhado a uma instituição especializada para comparecer à palestra. Devem-se evitar meras admoestações verbais genéricas pelo juiz ou promotor de justiça que não sejam aptas a alcançar efetivamente a finalidade da lei, de proporcionar a conscientização sobre os malefícios das drogas.

Conforme o § 6º do art. 28, caso não haja o cumprimento voluntário das medidas educativas determinadas, é possível ao juiz utilizar instrumentos de coação para o adimplemento das medidas: advertência verbal e multa.

A natureza jurídica do delito previsto no art. 28 da nova lei é de uma contravenção penal. Isso porque o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece o seguinte:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente.

É certo que a nova infração penal não possui pena privativa de liberdade, seja reclusão, detenção ou prisão simples. Todavia, a multa também não é uma pena principal, mas instrumento de coação ao cumprimento da pena ou medida principal.

Talvez se argumentasse que o fato de o título do Capítulo III, onde se encontra o novo delito, estabelecer “dos crimes e das penas” induziria à classificação do novo delito como crime e não como contravenção penal. Todavia, uma interpretação sistemática desse novo delito com os demais crimes e contravenções deve necessariamente classificá-lo ao lado das contravenções penais. Não é possível que haja uma contravenção com pena de prisão simples

de até dois anos (LCP, art. 24) e exista um crime sem pena privativa de liberdade.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a nova infração não é crime nem contravenção penal, mas uma infração *sui generis*, e não se trata de direito penal, mas de direito judicial sancionador¹. Posteriormente, esclareceu sua posição para afirmar que se trata de uma infração de caráter penal, ainda que *sui generis*². A assertiva é correta do ponto de vista de reconhecer, no aspecto prático, que a nova infração possui um regramento próprio muito diverso daquele utilizado tradicionalmente no direito penal, que possui caráter repressivo e atributivo de responsabilidade. Todavia, não resolve os problemas, pois, nos termos do art. 1º da LICP apenas há duas espécies de infração penal: crimes e contravenções. Para o novo delito ainda é possível a aplicação de pena de multa, ainda que sua aplicação não seja direta, como pena principal, mas de forma sucessiva (Lei n. 11.343/2006, art. 28, § 6º). A nova lei expressamente determina a aplicação do procedimento da Lei n. 9.099/1995, dos Juizados Especiais Criminais, com peculiaridades (art. 48, § 1º). Interpretar que a nova contravenção não é mais direito penal é afirmar que toda a Lei de Contravenções Penais também não representa mais direito penal. Deve-se recordar que há várias contravenções penais que possuem previsão de sanção de apenas pena de multa (e.g., LCP, arts. 20, 22, 29, 30, 32, 37, 38, 43, 44, 46, 49, 50, § 2º, 57, 58, parágrafo único, 61, 66 e 68), para as quais não há sequer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, à luz do atual art. 51 do CP, mas que ainda assim são infrações penais. Não há motivo para não se conferir o mesmo tratamento à conduta do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Apesar dessas considerações, razão assiste ao ilustre doutrinador ao reconhecer que os efeitos práticos desse novo delito são muito diferenciados dos demais, inclusive das contravenções penais com pena de multa exclusiva.

Todavia, o STF proferiu decisão recente em sentido contrário ao do texto. Conferir:

¹ GOMES, 2006.

² GOMES; SANCHES, 2006.

EMENTA: I. *Posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.* 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência” também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. *Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.* III. *Recurso extraordinário julgado prejudicado* (STF, 1ª T., RE-QO 430105/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 13 fev. 2007, DJ de 27 abr. 2007, Seção 1, p. 69, Ementário v. 2273-04, p. 729).

Analisando a argumentação do voto, parece-nos que a decisão procurou, em verdade, afastar a corrente doutrinária da descriminalização do porte de droga, sustentada acima por Luiz Flávio

Gomes. Todavia, uma análise coerente não pode afastar a natureza de contravenção penal ao porte de droga, especialmente considerando que há outras contravenções penais, com pena de prisão, bem mais severas que essa infração.

Por ser uma contravenção penal, a condenação por porte de drogas para consumo pessoal não mais gerará reincidência, pois o art. 63 do Código Penal prevê a condenação anterior por *crime*. Apenas haverá reincidência caso posteriormente o autor do fato cometa uma nova contravenção penal, nos termos do art. 7º da LCP. Também será inadmissível a prisão preventiva, pois o art. 313, *caput*, do CPP exige que se trate de crime doloso, bem como a medida atentaria contra a instrumentalidade hipotética das medidas cautelares, pois se mesmo com a condenação principal não é admissível a prisão, com muito mais razão não será admissível para a tutela cautelar. A condenação pela nova contravenção não permitirá que posteriormente se decrete a prisão preventiva do autor do fato caso este cometa crime apenado com detenção, pois para essa hipótese exige-se condenação anterior por crime doloso, conforme art. 313, III, do CPP. A condenação pelo novo delito de porte de drogas também não impedirá, por si só, a concessão de transação penal em eventual infração penal de menor potencial ofensivo (IPMPO) cometida após os fatos, pois o art. 76, § 2º, I, da Lei n. 9.099/1995 exige condenação por crime, à pena privativa de liberdade, para impedir o benefício; a não ser que se considere essa condenação em conjunto com outras informações para denegação da transação penal com fundamento nas condições subjetivas do autor do fato, conforme permite o inciso III do mesmo dispositivo.

Todavia, ainda é possível a expedição de um mandado de busca e apreensão domiciliar de droga. O porte de droga não foi legalizado e continua sendo uma infração penal. Sua posse possui potencialidade lesiva, pois é possível, em tese, que o usuário ainda pratique a conduta de ceder gratuitamente a droga a outrem, para consumo conjunto, incidindo no crime previsto no art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006. Há interesse social de que a droga ilícita seja

apreendida e retirada do meio social, inclusive como instrumento de defesa do próprio usuário. De qualquer sorte, o art. 240, § 1º, alínea *e*, do CPP estabelece que “proceder-se-á à busca domiciliar quando fundadas razões a autorizarem, para descobrir objetos necessários à prova de *infração* ou à defesa do réu”. Portanto, o código não exige que se trate de crime para que haja a diligência, apenas *infração*, sendo certo que a nova contravenção ainda é uma *infração* penal.

Em suma, a condenação pela contravenção penal de porte de drogas para consumo pessoal gerará doravante apenas maus antecedentes, para fins de consideração na fixação da pena-base de eventual delito posterior, nos termos do art. 59, *caput*, do Código Penal.

A competência para processar essa contravenção penal será dos Juizados Especiais Criminais (JEC), conforme o art. 48, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. Antes do advento da nova lei, o STJ já entendia que os JEC eram competentes para processar o delito previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, pois, apesar de esse possuir procedimento especial, tal circunstância não impediria o processamento perante o JEC. Ainda que existisse Vara Especializada (como é o caso do DF), decidia o STJ que a competência para processar o delito de porte de drogas era dos JEC, sob o argumento de que se tratava de competência absoluta³.

Dessa forma, a imposição coativa das medidas previstas no preceito secundário do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 são, a princípio, destinadas à condenação criminal, após a denúncia e regular processamento. Todavia, como tal delito é uma IPMPO da competência do JEC, também será admissível a concessão de transação penal. Como o acordo não pode ser mais oneroso que a condenação, em regra, deverão ser concedidas as mesmas medidas educativas previstas para a condenação, com os mesmos limites, como, por exemplo, a limitação temporal máxima de cinco meses para

³ Nesse sentido: STJ, 5ª T., HC 37.346/DF, rel. min. Gilson Dipp, j. em 28.9.2004, DJU de 3 nov. 2004, p. 223.

o cumprimento das medidas (art. 28, § 3º) e o limite mínimo e máximo para o valor da multa, no caso de descumprimento das medidas, de R\$ 466,66 (quarenta trinta avos do salário mínimo) a R\$ 105.000,00 (trezentos salários mínimos), conforme dispõe o art. 29, *caput*, da lei.

A multa cominatória estabelecida no § 6º do art. 28 deverá ser creditada em favor do Fundo Nacional Antidrogas, conforme determina o parágrafo único do art. 29. Segundo o STJ, a atribuição para a execução da pena de multa é da Fazenda Nacional, pois a nova redação do art. 51 do CP afastou a atribuição do Ministério Público para a execução⁴. Deve-se registrar que apenas haverá a inscrição da multa na Dívida Ativa da União e posterior comunicação ao Cadin se os valores foram superiores a R\$ 1.000,00 e o devedor possuir CPF. Não serão objeto de execução fiscal pela Fazenda Nacional as dívidas de valores inferiores a R\$ 10.000,00, nos termos do art. 28 da Lei n. 10.522/2002 com a redação dada pela Lei n. 11.033/2004, *in verbis*:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Deve-se registrar que a Portaria n. 49, de 1º de abril de 2004, do Ministro da Fazenda, autoriza o não-ajuizamento de execução fiscal abaixo do valor de R\$ 10.000,00, excepcionando desse limite as multas criminais. Conferir:

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA [...] RESOLVE:

Art. 1º Autorizar:

I – a não-inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos

⁴ Nesse sentido: STJ, 2ª T., REsp 286.889/SP, rel. min. João Otávio de Noronha, j. em 6.12.2005, DJU de 1º fev. 2006, p. 475.

com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e

II – o não-ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§ 1º Não se aplicam os limites de valor para inscrição e ajuizamento quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal.

[...]

ANTONIO PALOCCI FILHO

Deve-se registrar que essa Portaria é anterior à Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, que alterou o limite mínimo para a execução fiscal de R\$ 2.500,00 para R\$ 10.000,00 e não excepcionou as multas criminais, de sorte que seria questionável a legalidade de uma execução fiscal em valor inferior ao legalmente estabelecido. Segundo o STJ, analisando caso anterior à elevação do valor mínimo, deve ser extinta a execução fiscal proposta em valor inferior ao mínimo legal por ausência de interesse em agir (execução antieconômica)⁵.

Com essas considerações, é possível afirmar que toda multa cominatória estabelecida em valor inferior a R\$ 10.000,00 não será objeto de execução fiscal, o que diminui muito a efetividade do estabelecimento da referida multa.

Como a finalidade da nova lei não é punir, mas conduzir o dependente químico à superação de seu problema, e os objetivos que se poderiam alcançar com a condenação criminal são exatamente os mesmos que podem ser alcançados com a transação penal, conclui-se que, sempre que o autor do fato estiver disposto a aceitar a medida educativa prevista em lei e adequada ao caso, será lícito ao Ministério Público ofertar a proposta de transação penal, ainda que eventualmente o autor do fato não preencha os tradicionais requi-

⁵ Nesse sentido: STJ, 1ª T., REsp 652.793/RS, rel. min. José Delgado, j. em 16.11.2004, DJU de 1º fev. 2005, p. 442.

sitos para esse benefício. Essa é a interpretação que deve ser dada ao art. 48, § 5º, da Lei n. 11.343/2006, que estabelece:

§ 5º 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.

Por exemplo, caso o autor do fato seja uma pessoa já com três condenações criminais e, na audiência preliminar, externar sua concordância com a proposta de submeter-se às medidas educativas, poderá validamente o Ministério Público ofertar-lhe a transação penal com esse conteúdo. Não há lógica em negar-lhe esse benefício em sede de autocomposição extraprocessual para submetê-lo a um processamento criminal, gastar a energia de trabalho do Poder Judiciário com marcação de audiência, intimações por oficial de Justiça, retirar em média três policiais das ruas para servirem de testemunhas ao processo, entulhar as prateleiras judiciais com mais um processo, todo esse esforço para aplicar uma medida educativa que o autor do fato já está disposto a cumprir. Ademais, a sentença condenatória não gerará nenhum efeito adicional de reincidência para os crimes cometidos após, não permitirá posterior prisão preventiva por crime punido com detenção, nem vedará transação penal. O ganho processual na documentação de maus antecedentes ou na criação de reincidência exclusivamente para as contravenções penais posteriores é tão diminuto que não justifica o sacrifício dos demais valores em jogo. O princípio constitucional da eficiência não justifica tamanha burocracia. Nessa situação, o ajuizamento da ação seria inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, em seu subprincípio da necessidade, pois há restrição de três princípios fundamentais, quais sejam, o direito à tranquilidade do acusado (*right to be let alone*), o princípio da eficiência (mínimo de gasto e máximo de resultado) e o princípio da economia processual. Essa restrição não é necessária ao fim que se pretende, i.e., a imposição da medida educativa, pois o próprio autor do fato já concorda com o cumprimento do programa terapêutico; há um meio menos oneroso para se alcançar o mesmo objetivo, a auto-submissão.

A aceitação da admissibilidade da transação penal mesmo na hipótese de o autor do fato não preencher os tradicionais requisitos da medida justifica-se como mecanismo de obtenção da solução processual menos violenta, fortalecendo a legitimidade do procedimento de solução penal.

Como se verá adiante, haverá situações nas quais não haverá interesse em agir para ajuizar a ação penal, quando o autor do fato não possuir condições financeiras para arcar com a eventual pena de multa. Nessas situações, se não há interesse em agir para ajuizar a ação penal, afigura-se injusto celebrar a transação penal, sendo mais adequado simplesmente celebrar um acordo processual inominado. Se o autor do fato coopera com a justiça aceitando o acordo, receberia uma transação, com o respectivo gravame de ser impedido de usufruir novamente esse benefício no prazo de cinco anos. Todavia, se o autor não coopera com a justiça, esta ficará de mãos atadas e deverá, após reiteração da tentativa de conscientização para a importância do acordo, arquivar o procedimento (veremos a argumentação completa mais abaixo). Não é justo. Assim, se não haverá interesse em agir para ajuizar ação penal, é mais adequado celebrar um acordo processual inominado para possibilitar a submissão imediata às medidas educativas previstas na lei sem o gravame da transação penal, atuando-se exclusivamente no paradigma terapêutico.

Para a contravenção penal de porte de drogas, os princípios da inevitabilidade e essencialidade da jurisdição penal sofrem mitigação. Enquanto para os crimes apenados com pena privativa da liberdade é impossível ao réu subordinar-se à pretensão acusatória sem o processo penal, pois o encarceramento está ligado a uma faceta indisponível do direito à liberdade, a submissão a uma medida educativa de tratamento, a frequência a curso educativo, a prestação de serviços à comunidade ou o recebimento de advertência sobre os efeitos das drogas são medidas que envolvem direitos plenamente disponíveis. Mesmo que não houvesse a descoberta da infração penal, poderia o autor do fato procurar voluntariamente instituições educativas e solicitar a inclusão em seus programas.

A resolução do caso penal em sede de transação penal faz-se de forma menos onerosa tanto ao autor do fato quanto ao Estado, já que não haveria nenhum ganho adicional da sociedade com a condenação por uma contravenção penal sem pena privativa de liberdade e sem multa como pena principal.

Caso a transação penal seja descumprida, a lei prevê a possibilidade de aplicação sucessiva de advertência verbal e de multa como instrumentos de coação para o cumprimento das medidas educativas. A lei não limita a aplicabilidade do dispositivo apenas a situações de decisão penal condenatória, mas afirma ser aplicável o novo instituto “para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*”. Assim, caso as medidas educativas sejam pactuadas em sede de transação penal, é plenamente aplicável o dispositivo para a hipótese do inadimplemento. A multa não é uma pena em si, mas possui natureza jurídica assemelhada à das *astreintes* previstas nos arts. 461, § 4º, e 465 do CPC, como instrumento de coação à execução da obrigação de fazer. Nesse caso, a lei penal regulamenta a forma de execução do acordo para que o acusado efetivamente cumpra sua obrigação de fazer pactuada na transação penal. E o faz na linha dos modernos instrumentos de efetividade da tutela já adotadas no processo civil, na finalidade de conduzir o autor do fato a submeter-se às medidas educativas que havia anteriormente aceitado no acordo. A medida confere seriedade ao acordo de transação penal.

É possível que se argumente que a multa apenas seria aplicável após a sentença condenatória. Esse entendimento peca por retirar efetividade a um acordo que visa exatamente evitar o processo criminal, conferindo agilidade à solução do caso penal. Deve-se recordar que o entendimento restritivo do STF sobre a impossibilidade de execução específica da transação penal foi justificado pela ausência de critérios concretos, legalmente estabelecidos, que permitissem a sua execução, bem como a possibilidade de conversão, sem critérios, da transação penal em pena de prisão. A nova lei regulamenta esse critério de execução da obrigação de fazer, sem o risco de sua conversão em pena privativa de liberdade.

De qualquer sorte, é conveniente, para que não se perca tempo com argüição de nulidades, que, além do estabelecimento da medida educativa com que concorda o autor do fato a se submeter, já venha estabelecido na transação penal que, na hipótese de descumprimento do acordo, o autor será advertido e, sucessivamente, será adicionada à sua obrigação o pagamento de multa, fixando-se desde já seu valor, segundo os parâmetros estabelecidos no art. 29 da lei. Assim, essas condições já farão parte do acordo da transação penal a ser executado.

Caso o autor do fato esteja preso, será necessário que exista no estabelecimento prisional um programa educativo destinado à conscientização sobre os problemas das drogas e auxílio à superação do vício para que ele receba a transação penal ou cumpra a sentença condenatória. Caso não exista, o preso ficará impossibilitado de cumprir qualquer medida educativa por culpa que não lhe pode ser atribuída, pois é dever do Estado disponibilizar-lhe um programa de atendimento, nos termos do art. 26 da lei:

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

Assim, se o Estado não dispuser do programa educativo nos estabelecimentos prisionais, deverá o Ministério Público analisar se a medida educativa de advertência sobre os efeitos das drogas é suficiente para o caso. Caso o seja, poderá validamente conceder a transação penal apenas com esse conteúdo. Para tanto, é conveniente que as audiências preliminares para as contravenções de porte de drogas sejam reunidas em um único dia, de forma que uma única palestra ou exposição sobre tais problemas possa ser ministrada a vários autores. Todavia, caso se entenda, pelas circunstâncias, que a medida será insuficiente, poderá o Ministério Público ajuizar ação penal a fim de que a condenação seja executada após o término do cumprimento das penas privativas de liberdade, pois a prescrição não corre durante o cumprimento da pena (CP, art. 117, V).

Deve-se reconhecer, todavia, que essa última opção é contrária à finalidade da lei, que é proporcionar condições imediatas de ressocialização ao autor do fato, mesmo que preso. Para que a lei tenha efetividade, deve-se agilizar a implementação de programas educativos nos estabelecimentos prisionais, sendo nesse ponto relevante a atuação extrajudicial do Ministério Público na fiscalização da concessão desse direito assegurado no art. 26 da Lei n. 11.343/2006.

Deve-se analisar a situação de o autor do fato não ser localizado para intimação para a audiência preliminar. Nessa situação, a regra geral seria o oferecimento de denúncia, tentativa de citação e, caso frustrada, o encaminhamento dos autos ao juízo comum, para citação por edital e, se for o caso, produção antecipada de provas e eventual medida cautelar para sua localização, nos termos do art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995 e art. 366 do CPP. Todavia, entendemos que esse procedimento perde sua lógica a partir do momento em que se compreende que o procedimento para o delito em comento não visa mais a repressão à conduta, mas a oferta de condições de atenção e reinserção social do usuário de drogas. Não possui mais lógica denunciar e remeter os autos ao juízo comum, para citação fictícia por edital, se o verdadeiro espírito da lei é apenas localizar o acusado para possibilitar-lhe o acesso à conscientização sobre os problemas das drogas e oferecer-lhe condições de superação da dependência química.

Ademais, a remessa do feito ao juízo comum irá acarretar mais trabalho desnecessário ao Judiciário, incrementando sua lentidão. O delito prescreverá em dois anos e não se mostra compatível com os princípios constitucionais da eficiência, da duração do processo em prazo razoável e da dignidade da pessoa humana (norte maior para a nova disciplina legal da contravenção penal de porte de drogas para consumo pessoal) a remessa do feito ao juízo comum.

Assim, conclui-se que o procedimento mais adequado ao novo espírito da lei será a expedição, pelo Juizado Especial Criminal, de um *Mandado de Localização* do autor do fato. Esse mandado deverá conter a informação de que a autoridade policial deverá enviar

esforços para a localização do autor do fato e, caso não logre êxito, deverá arquivar o respectivo mandado em seu sistema de informática e encaminhar a informação à Polinter (à semelhança dos mandados de prisão), para que, posteriormente, quando o autuado for localizado (num registro de ocorrência, e.g.), seja, *se necessário*, detido, conduzido à delegacia de polícia para atualização de seu endereço e posteriormente liberado, encaminhando-se a informação atualizada para esse Juizado, a fim de designar-se audiência preliminar para oferta de transação penal. Registre-se que esse é o procedimento que seria adotado quando da lavratura do termo circunstanciado, nos termos do art. 48, § 2º, da lei, não havendo, portanto, nenhuma ilegalidade na medida.

Deve-se registrar que a medida requerida é apenas uma aplicação do princípio da proporcionalidade. Em tese, o art. 366 do CPP permitiria a decretação da prisão preventiva do autuado para a garantia de aplicação da lei penal, já que sua situação jurídica seria a de foragido. O art. 48, § 2º, da Lei n. 11.343/2006 impede apenas a prisão em flagrante, mas não a prisão preventiva. Essa lei não regulamenta a situação de não-localização do autuado, sendo aplicável por analogia o procedimento do CPP nas situações não disciplinadas, nos termos do art. 48, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; portanto é admissível, em tese, a decretação da prisão preventiva na hipótese do art. 366 c/c art. 312, ambos do CPP. Todavia, a prisão não seria proporcional em razão do subprincípio da necessidade, pois há outro meio menos gravoso para atingir-se exatamente o mesmo fim, que é a simples expedição de um Mandado de Localização do autor do fato (bem como não haveria homogeneidade entre a medida cautelar e a eventual condenação). A medida respeitaria o direito fundamental da liberdade do autor do fato, maximizando a efetividade da proteção que a lei determina que seja oferecida ao autuado e à sociedade.

Finalmente, deve-se analisar a hipótese de o autor do fato recusar submeter-se às condições impostas em sede de transação penal. Nessa situação, não será admissível a imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 da lei, pois o autor do fato não acei-

tou a transação e sua responsabilidade penal ainda é incerta, sendo possível que seja absolvido da imputação e, portanto, não mereça a medida educativa.

Em regra, nessa situação deve ocorrer o prosseguimento do processo, com o oferecimento de denúncia, processamento e eventual condenação. Todavia, a condenação será para submeter-se às mesmas condições a que o acusado já se recusa a submeter. A forma de coação para o cumprimento da obrigação será, em último nível, a pena de multa, cuja fixação se dá de acordo com a capacidade econômica do autor do fato e cujo limite mínimo para execução fiscal pela Fazenda Nacional é de R\$ 10.000,00. Nessa situação, apenas haverá interesse em agir para o ajuizamento da ação penal em duas hipóteses: caso o autor do fato não tenha maus antecedentes, ou caso tenha capacidade financeira para o adimplemento de eventual multa e esta supere o valor mínimo para execução fiscal. Se o acusado não tiver capacidade financeira de suportar o pagamento de eventual multa e já tiver maus antecedentes, não haverá nenhuma utilidade prática no ajuizamento da ação penal, pois a condenação não agravará a situação do réu e não será possível a execução de nenhuma multa. Como visto anteriormente, haverá um enorme gasto processual para nenhum resultado prático. No máximo, um mero efeito simbólico de declarar que alguém praticou uma contravenção penal, sem nenhuma execução de medida educativa ou sanção. Nessa situação, melhor será ao Ministério Público reconhecer que falta uma das condições da ação, qual seja, o interesse em agir, e requerer o arquivamento do feito. Apenas haverá interesse em agir caso o autor do fato recuse a transação penal mas tenha bons antecedentes, pois a condenação maculará tais antecedentes (hipótese de diminuta utilidade prática), ou, ainda que não os tenha, caso possua recursos financeiros para permitir fixar a multa em valor executável pela Fazenda Pública e possibilitar a expropriação coativa pelo credor.

Ajuizar uma ação penal que não será apta a alcançar seus objetivos é inconstitucional por violação ao princípio da proporção-

nalidade, em seu subprincípio da adequação (ou idoneidade). A possibilidade da realização do prognóstico de eficiência da medida restritiva de direitos fundamentais é inerente à própria idéia de razoabilidade ou proporcionalidade. Sobre a adequação, *vide* lição de Gonzalez-Cuellar Serrano⁶:

O princípio de idoneidade constitui um critério de caráter empírico, inserto na proibição constitucional de excesso, que faz referência, tanto desde uma perspectiva objetiva como subjetiva, à causalidade das medidas em relação com seus fins e exige que as ingerências facilitem a obtenção do êxito perseguido em virtude de sua adequação qualitativa, quantitativa e de seu âmbito subjetivo de aplicação.

Como acrescenta Gonzalez-Cuellar Serrano, a análise da adequação possui sempre caráter empírico, o que implica a análise do caso concreto. A análise da relação de meio-fim envolve inevitável prognóstico sobre o êxito da medida restritiva de direito fundamental. Se já se vislumbra que o meio (ação penal) é inapto a alcançar o fim desejado (aplicação efetiva da medida educativa), então a restrição ao direito fundamental do acusado (e aos recursos materiais e humanos do Estado) é desproporcional e, portanto, inconstitucional. Nesse sentido, a adequação corresponde à condição da ação do interesse em agir, em sua modalidade da utilidade do provimento jurisdicional.

Talvez se argumente que, assim agindo, o Sistema de Justiça Criminal será injusto ao excluir da responsabilização coativa os pobres e punir apenas os abastados. Ao contrário, estar-se-á fazendo justiça, ao diminuir a incidência do sistema naqueles que já são vítimas de sua seletividade, pela maior incidência de criminalização em condutas típicas das classes mais desfavorecidas, quando o sistema não criminaliza ou é ineficiente para a repressão às condutas desviantes das classes mais abastadas. Aliás, essa idéia de diminuir a incidência da punição penal para as classes desfavoreci-

⁶ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 154.

das não é de todo estranha à doutrina penal, como bem assinalam Zaffaroni⁷ e Baratta⁸.

Em conclusão, ao verificar um policial que alguém se encontra em situação de flagrante de porte de drogas, deverá apreender o produto e encaminhar o autor do fato à delegacia de polícia para lavratura de termo circunstanciado. Mesmo que o autor do fato, em tese, se recuse a comparecer ao JEC, não será admissível a imposição da prisão em flagrante, pois a contravenção penal não admite pena privativa de liberdade.

Ainda que o autor do fato não se enquadre nos tradicionais requisitos objetivos e subjetivos da transação penal, deve-se permitir a transação caso o autor aceite as medidas educativas propostas pelo Ministério Público entre as previstas na lei, tendo em vista que a transação penal permitirá as mesmas conseqüências da condenação criminal. Caso o autor do fato recuse a transação penal, já possua maus antecedentes e não tenha capacidade financeira de arcar com eventual multa cominatória, não haverá interesse processual no ajuizamento da ação penal.

O novo delito de porte de drogas para consumo pessoal possui a natureza jurídica de contravenção penal por não possuir previsão de pena privativa de liberdade, sendo que sua condenação não mais gerará reincidência para os crimes posteriores nem impedirá transação penal. Com o advento da nova definição típica prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 houve *novatio legis in melius* para a conduta de porte drogas para consumo pessoal, que, ainda quando de seu período de *vacatio legis*, permitiu a aplicabilidade imediata das disposições benéficas pela iminente aplicação retroativa.

⁷ Zaffaroni propõe que se utilize a “Teoria do Delito” como instrumento de limitação da violência seletiva do sistema penal, de forma que haja uma diminuição da resposta penal àqueles que partem de uma situação social que os condiciona a uma alta vulnerabilidade à seletividade do sistema. Ver ZAFFARONI, 1991, cap. 6, passim, especialmente p. 264-281.

⁸ Ver BARATTA, 2002, cap. 15, passim.

Considerando que o instrumento de coação para o adimplemento das medidas educativas acordadas ou impostas é apenas a multa e que o valor mínimo para o ajuizamento de execução fiscal pela Fazenda Nacional é de R\$ 10.000,00, é possível afirmar que ocorreu uma descriminalização virtual da conduta de porte de drogas para consumo pessoal para as classes mais pobres. Nesses casos, há aplicação das medidas educativas previstas apenas se o autor do fato quiser efetivamente cumpri-las, em seu próprio benefício. O Sistema de Justiça Criminal apenas procurará conscientizar o autor do fato acerca da necessidade do tratamento, possibilitando seu encaminhamento ao programa educativo se este aquiescer. Aliás, é mesmo questionável a efetividade de uma submissão coativa a um programa educativo para dependentes químicos.

O novo regramento jurídico da contravenção penal de porte de drogas para consumo pessoal revela uma alteração de paradigmas no sistema de justiça penal: sai-se do paradigma da repressão e ingressa-se no paradigma da restauração. Continua-se exercendo o controle social por meio da solução do caso no sistema penal, mas ocorreu inegavelmente uma mutação desse sistema penal para algo diferente. Realmente, não é fácil aos operadores do direito acostumar-se com um direito penal não-coativo, em que o juiz e o promotor de justiça, ao invés de punir, convidam a pessoa a tomar consciência e superar seus problemas, propondo soluções restaurativas. Um direito penal que, ao invés de decidir conflitos, procura resolver conflitos. Um direito penal que não trabalha mais com pena e, portanto, não é mais o direito penal tradicional, mas um misto de direito administrativo com assistência social.

Se a opção de política criminal escolhida pelo legislador foi a mais acertada apenas o tempo o dirá. Caso o tempo a demonstre frutífera, talvez seja um primeiro passo rumo à humanização do controle social e à construção de respostas alternativas e restaurativas à solução dos conflitos sociais.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei de tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal*. 2006. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 15 set. 2006.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?* 2006. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 18 dez. 2006.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.