

## O USUÁRIO DE DROGAS E A NOVA ABORDAGEM INSTITUÍDA PELA LEI 11.343/06

DANIELE LIBERATTI SANTOS\*

ISADORA VIER MACHADO\*\*

LÍGIA MAYRA VOLTTANI KOYAMA\*\*\*

---

\*Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá

\*\*Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá

\*\*\*Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá

Professora Orientadora Érika Mendes de Carvalho.

**RESUMO:** Em pouco tempo, a Lei 11.343/06 completará um ano de vigência. Diante disso, pretendeu-se abalizar as principais perspectivas que o diploma dispôs ao usuário de substâncias entorpecentes, destacando alguns pontos que ainda suscitam críticas e divergências. Dentre estes, os entendimentos embrionários que pugnam pela descriminalização e, em contrapartida, os que defendem a despenalização da conduta daquele agente; bem como os debates acerca do instituto da transação. Sem olvidar a proposta minimalista que marcou o tratamento essencialmente preventivo perfilhado em inúmeros dispositivos da Lei.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei 11.343/06 – usuário - prevenção especial – despenalização - transação.

**RESUMEN:** Dentro de poco, la Ley 11.343/06 cumplirá su primer año. Por ello, en el presente artículo, se buscó señalar las principales perspectivas que la ley da al usuario de sustancias psicotrópicas, con especial énfasis en algunos puntos que todavía generan críticas y polémica. Entre ellos, las interpretaciones que defienden la descriminalización y, en contrapartida, los que abogan por la despenalización del comportamiento del autor; así como los debates acerca de la conciliación. Tampoco se olvida la propuesta minimalista que está por detrás del tratamiento preventivo presente en innúmeros artículos de la Ley.

**PALABRAS CLAVE:** Ley 11.343/06 - usuario de drogas - prevención especial – despenalización - conciliación.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 A crise do sistema penal repressivo e a prevenção especial como primazia da nova Lei de Tóxicos – 3 O artigo 28 da Lei 11.343/06 e a polêmica sobre a despenalização ou descriminalização do uso e porte de drogas para consumo pessoal – 4 Os procedimentos adotados nos artigos 16 da Lei 6.368/76 e 28 da Lei 11.343/06 e a polêmica sobre o instituto da transação, nos termos da Lei 9.099/95 – 5 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 08 de outubro de 2006 entrou em vigor a Lei 11.343/06, a qual veio instituir o 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 e definindo crimes.

O novo diploma legal diferenciou-se em diversos aspectos da revogada Lei 6.368/76, razão pela qual suscitou inúmeras discussões no âmbito jurídico. Dentre estas, a que fora eleita para o desenvolvimento do presente trabalho refere-se à nova forma de tratamento dispensado ao usuário e dependente.

Nesse sentido, o art. 28 da Lei 11.343/06 preza pela aplicação de medidas que transcendem o encarceramento, abandonando a pena privativa de liberdade. O legislador, desta feita, atendeu às novas tendências de cunho minimalista que despontam na seara do Direito Penal.

Destarte, a Lei reconheceu que o usuário carecia de atenção especial do Estado e que o intuito essencialmente repressivo da antiga Lei já não atendia ao interesse social.

Este dispositivo, embora louvável, trouxe conjecturas divergentes no que concerne à pretensão do legislador em despenalizar ou descriminalizar o uso de entorpecentes. Discussão esta que se impõe para questionar até que ponto seria viável extinguir, por completo, o proibicionismo vigente até então.

Outrossim, houve mudanças procedimentais, mormente no tocante à aplicabilidade da transação penal, prevista na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), que na vigência na antiga Lei era via obrigatória.

Buscou-se abordar cada um destes pontos, com base nos posicionamentos doutrinários que vêm surgindo, considerando-os como de extrema relevância para a compreensão acerca da efetividade do novel diploma. Ainda, vislumbrou-

se estabelecer critérios que contribuirão para a aplicabilidade prática do tema, nos casos concretos a serem futuramente avaliados pelos juristas pátrios.

## 2A CRISE DO SISTEMA PENAL REPRESSIVO E A PREVENÇÃO ESPECIAL COMO PRIMAZIA DA NOVA LEI DE TÓXICOS

O uso e a comercialização das drogas suscitam preocupações permanentes em nossa sociedade. Não é difícil concluir que grande parte dos delitos cometidos no país tem alguma relação com o consumo ou com a venda de tóxicos. Para legitimar essa ilação, basta que se socorra às estatísticas da 2ª Vara de Infância e Juventude do Rio de Janeiro: “cerca de 49% dos adolescentes que entram no sistema [penal] estão envolvidos com drogas (38% por tráfico, 11% por consumo)”.<sup>1</sup>

Outro fator que conduz a constatações mais alarmantes é ressaltado por Vera Malagutti Batista, para quem a problemática da droga está situada também em níveis econômicos e ideológicos. Assim, o sistema neoliberal acaba criando uma conjuntura paradoxal, em que se “estimula a produção, comercialização e circulação da droga, que tem alta rentabilidade no mercado internacional, e por outro lado constrói um arsenal jurídico e ideológico de demonização e criminalização desta mercadoria tão cara à nova ordem econômica”.<sup>2</sup>

Desta feita, a Nova Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), em vigor desde outubro do ano pretérito, mostrou-se a resposta do legislador pátrio aos anseios por uma política criminal mais efetiva no combate às drogas.

A situação atual evidencia o fracasso do sistema penal vigente no tocante à sua função em prevenir a prática de condutas delitivas. Verifica-se que este tem servido antes de tudo, como um meio de marginalização, selecionando as classes sociais menos privilegiadas, e promovendo condições para que estas ingressem no mundo do crime.

As medidas repressivas adotadas incriminam preferencialmente as condutas das classes sociais baixas, em um processo elitizante, ratificando as desigualdades sociais. As pessoas selecionadas por esse sistema, verdadeiros “bodes expiatórios”, sofrem com a desconfiança gerada no meio social, tornando-se mais expostas aos excessos punitivos.

Conforme assinalado pelo sociólogo norte-americano Hans Becker, ocorre uma espécie de “etiquetamento” ou “labelling” do delinqüente, o qual rejeitado

<sup>1</sup> BATISTA, Vera Malagutti. *Difíceis ganhos fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 35.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 81-82.

pela sociedade, volta a delinquir em um processo contínuo, interminável, ao passo que não se oferece oportunidade alguma para que aqueles superem a delinquência. Isso tudo, consolida a idéia de que um sistema voltado apenas à repressão e punição do crime é falho, pois não contribui à prevenção e à ressocialização, distanciando-se do principal objetivo da pena, qual seja a segurança jurídica.

Sobre a seletividade do sistema penal em punir os integrantes das camadas mais humildes da sociedade, o jurista Juarez Cirino dos Santos expõe que "sem dúvida, são eles que constituem a clientela do sistema e são por ele, virtualmente, oprimidos. Só os pobres sofrem os processos de vadiagem e só eles são vítimas das batidas policiais com o seu cortejo de ofensas e humilhações. Só os pobres são ilegalmente presos para averiguações, enquanto os ricos, que nunca vão para as prisões, livram-se facilmente, contratando bons advogados, recorrendo ao tráfico de influência e à corrupção. Em situações excepcionais quando isso vem a suceder, logo ficam doentes e são internados nos hospitais. Parece certo que a realização do sistema punitivo funciona como um processo de marginalização social, para atingir uma determinada clientela, que está precisamente, entre os mais desfavorecidos da sociedade".<sup>3</sup>

Em meio a estas circunstâncias, algumas propostas são apresentadas na tentativa de se oferecer uma melhor solução para o problema da delinquência. Dentre elas, encontra-se a radical vertente do Abolicionismo, defendida por Louk Hulsman, que arraiga a tese de abolição de todo o sistema penal. Os abolicionistas afirmam que o Direito Penal serviria apenas como instrumento de poder de determinadas classes sociais sobre outras mais frágeis, agravando as desigualdades, estigmatizando os mais humildes e conseqüentemente tornando-se ineficaz. Desse modo, propõe-se a substituição por um sistema informal e comunitário de solução de conflitos.

Hulsman defende a existência de uma "cifra negra", em que grande parte dos delitos não chega ao conhecimento da autoridade policial e do Judiciário, pressupondo a existência da abolição da pena na sociedade.

Edson Passetti, Professor do Departamento de Política e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais e Coordenador do Núcleo de Sociabilidade Libertária da PUC-SP, leciona que "o abolicionismo penal é um movimento que opera no campo da polivalência tática dos discursos. Congrega no seu interior pensadores de perspectivas libertárias como Hulsman, mas também marxistas do calibre de Nils Christie e Thomas Mathiesen. Afirma o

<sup>3</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Violência Institucional. *Revista de Direito Penal, Forense*, v. 28, p. 43

esgotamento das reformas penais levando ao limite as constatações desde Beccaria, no século XVIII, que apontavam para a ineficiência da reclusão, até Foucault, ao desvendar a intrincada conexão entre saberes delinqüenciais e policiais. Dialoga com as vertentes despenalizadoras que privilegiam a diversificação da aplicação de penas como redutores à prisão e não deixa de informar que, subjacente a esta política de direitos humanos, permanece inalterada a criminalização de comportamentos supostamente inaceitáveis. Sabe-se, desde Hegel, que não há penalização que não esteja correlacionada à história e isso nos obriga a concluir em favor dos condenados diante da obtusa, longa e moralista cerimônia de promulgação de sentenças, a corrupção policial e a morosidade administrativa exigindo reformas para melhor funcionar com supostas eficiência e rapidez”.<sup>4</sup>

Tal proposta, no entanto, demonstra-se um tanto demasiada visto que em substituição ao sistema penal, poderiam advir outras formas de controle mais repressivas.

A respeito da adoção desse movimento na questão das drogas, Thiago Rodrigues assevera que

“pensar o abolicionismo penal no campo das leis sobre drogas significa acompanhar esse deslocamento para a localidade e para a singularidade das situações. Mais precisamente, implica na formulação de uma resposta (local, sem dúvida) aos discursos que identificam nos psicoativos três vetores de desequilíbrio e destruição: dois no plano pessoal — a decadência moral que conduz à desonra e a degenerescência física que leva à morte — um no plano social — a ameaça pública causada pelo narcotráfico. Qualquer menção ao desmantelamento das leis proibicionistas aciona o alarme que denuncia a chegada do caos social. Prefigura-se uma situação de completo descontrole e de ampla destruição dos indivíduos”.<sup>5</sup>

Como se vê, abolir de vez qualquer forma de controle poderia implicar em um desmantelamento de toda a estrutura social, não sendo figurável a utilização de tal assertiva.

Nesta senda, exsurge a necessidade de aplicação de soluções punitivas mínimas, limitadas, em que pese a intervenção de um Direito Penal mínimo. Essa tese, defendida por Alessandro Baratta e Lola Anyar de Castro, fundamenta-se na existência de uma legislação penal de conteúdo mínimo,

<sup>4</sup> PASSETTI, Edson. *Sociedade de controle e abolição da punição*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88391999000300008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000300008)>. Acesso em: 20 abr. 2007.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Thiago. *Drogas, proibição e a abolição das penas*. Disponível em: <[http://www.neip.info/downloads/t\\_tial.pdf](http://www.neip.info/downloads/t_tial.pdf)> Acesso em: 19 abr. 2007.

destinada à preservação dos direitos humanos e liberdades individuais para garantir a defesa dos mais fracos e evitar reações injustas e indesejáveis, não só por parte do Estado, mas também de qualquer órgão de natureza pública ou privada e até mesmo da vítima.<sup>6</sup>

A vertente minimalista argumenta que a pena é uma forma violenta de controle social, cuja intervenção lesa os direitos humanos e leva a um aumento das contradições existentes no meio social.

Conforme assinala Eugênio Raúl Zaffaroni, “ante a constatação de que a solução punitiva sempre importa num grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação do seu uso, impõe-se, na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade”.<sup>7</sup>

A necessidade de limitação da incidência das leis penais nas relações sociais, já era aludida por Cesare Beccaria, em sua conhecida obra “Dos Delitos e das Penas”. O jurista já defendia à sua época que quanto mais se estendesse a esfera dos delitos, tanto mais se faria com que fossem praticados, pois os crimes aumentariam à proporção que as razões de crimes especificados pelas leis fossem mais numerosas.

Destarte, opera-se pela adoção de um sistema penal em que vigore o princípio da intervenção mínima, de modo a priorizar a prevenção de delitos ao contrário de puni-los com medidas exasperadamente repressivas.

É neste quadro, que a Lei 11.343/06 trouxe em seu art. 28, a previsão de aplicação de medidas alternativas ao usuário de drogas que transcendem a punição repressiva oferecida pela pena privativa de liberdade.<sup>8</sup> O legislador buscou solucionar o problema social do uso de drogas, através de medidas preventivas e educativas que visam a reinserção do dependente na sociedade, dando primazia à prevenção especial como finalidade do sistema penal.

Insta mencionar que constituem meios para prevenção de futuras condutas delitivas, tanto a prevenção geral como a prevenção especial da pena. A primeira pode ser entendida como a produção de efeitos inibitórios à realização

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Edmundo. *As vertentes da Criminologia Crítica*. Disponível em: <[http://www.ufpa.br/posdireito/caderno3/texto2\\_c3.html](http://www.ufpa.br/posdireito/caderno3/texto2_c3.html)> Acesso em: 19 abr. 2007.

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 72

<sup>8</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 Às 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.

de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal <sup>9</sup>, ou seja, a pena aplicada ao infrator servirá de exemplo para que os demais membros da sociedade não venham a delinquir.

Todavia, é importante salientar que a atribuição da prevenção geral como função precípua da pena conduziria à aplicação de penas injustas e desproporcionais, e à infração do princípio da dignidade humana, visto que se utilizaria o indivíduo como um instrumento para que se cumpra a função simbólica da pena.<sup>10</sup>

Quanto à função de prevenção especial, esta pode ser entendida como o efeito da pena sobre o delinqüente para que ele não volte a delinquir, através da intimidação individual, correção e reinserção do marginalizado na sociedade. Primando-se por esta prevenção, é importante que se assegure o objetivo maior do direito penal: a segurança jurídica. Esta somente será mantida quando a pena instituída não exceder aos fins pelo qual foi proposta. Quando a coerção penal ultrapassa o limite da tolerância na ingerência dos bens jurídicos do infrator, causa mais alarme social do que o próprio delito.<sup>11</sup>

Assim é que a Lei 11.343/06 abrandou a coerção imposta ao usuário, uma vez que a penalização de tal conduta, como se dava na vigência da Lei 6.368/76 <sup>12</sup>, já não condizia com a nova tendência de controle menos repressivo. Resta saber, porém, se o referido diploma legal conseguirá alcançar a prevenção especial a que se propõe.

Não se sabe ainda se as medidas estabelecidas nos incisos I, II e III, do art. 28, terão o condão de fazer com que o usuário, despido da intenção de se ressocializar, alcance as diretrizes que ensejaram tal previsão. Aliás, a Lei não trouxe nenhuma solução eficaz a esta problemática, pois aquele que não se submeter às regras estabelecidas, será submetido tão somente à admoestação verbal e multa (§6º), não restando ao julgador alternativa efetiva.

À risca desse entendimento, Jorge Vicente Silva assevera que “é lamentável que a norma em comento não tenha previsto a aplicação de medida de tratamento para os casos de infrator viciado, ainda que fosse através de transação, fugindo

---

<sup>9</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. v. 1, p. 515.

<sup>10</sup> Nesse sentido, V. ZAFFARONI, Eugênio Raul, op. cit., p. 96.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>12</sup> Estabelecia a Lei 6368/76 em seu 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”.

com isso de toda a finalidade deste normativo, pelo que se depreende das medidas a serem aplicadas, centra-se basicamente na prevenção”.<sup>13</sup>

E mais adiante acrescenta: “observa-se que com acerto a norma obriga o juiz determinar ao Poder Público para que disponibilize ao infrator viciado, tratamento especializado, entretanto, não possibilita ao julgador determinar coercitivamente que o acusado se submeta a tal tratamento”.<sup>14</sup>

Desse modo, evidencia-se a tentativa do legislador de instituir uma política criminal de intuito minimalista, através de mecanismos de prevenção, sem, contudo, conceder aos operadores do direito institutos que garantam a coerção para o cumprimento das sanções cominadas, uma vez que a mera admoestação verbal e multa não parecem capazes de coagir o usuário de drogas.

Não se sabe se a despenalização<sup>15</sup> de tais condutas resultará em regressão, ou se atenderá aos interesses da sociedade. Somente em situações futuras é que se conseguirá vislumbrar a efetividade da norma e chegar a uma conclusão a respeito dos aspectos inovadores que pretendeu introduzir.

### 3 O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 E A POLÊMICA SOBRE A DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO E PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

A Lei 11.343/2006 revogou o art. 16 da lei 6.368/1976, por disposição expressa de seu art. 75, tipificando conduta similar em seu art. 28, *caput* e §1º, abrandando o tratamento dado ao usuário de substâncias entorpecentes, o qual, conforme já aduzido, não poderá mais ser submetido à pena privativa de liberdade, mas tão somente à advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Tal inovação trata-se de ponto fundamental no novo dispositivo legal, o qual retrata a opção do legislador pela adoção de uma política criminal mais branda, pautada na *prevenção* do uso de drogas e *repressão* ao tráfico, como se pode observar pela redação do art. 4º, incisos VII, IX e X.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> SILVA, Jorge Vicente. Nova Lei de Tóxicos III – Da conduta para Consumo Pessoal . *O Estado do Paraná*, Curitiba, 17 set 2006. Direito e Justiça, p. 3.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> V. item 2.

<sup>16</sup> Art. 4º São princípios do Sisnad (Sistema de Políticas Públicas sobre as Drogas):VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais *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*;IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza

De tal maneira, o dependente de drogas passa a ser tratado como pessoa que necessita de um encaminhamento para livrar-se do uso de tais substâncias, buscando a sua reinserção social, e não como infrator de alta periculosidade, ao passo que o tráfico ilícito de entorpecentes veio a ser punido mais severamente.<sup>17</sup>

Neste diapasão, surgiu a discussão na doutrina pátria se a posse de substâncias entorpecentes para uso próprio foi descriminalizada ou despenalizada.

Falar em descriminalização importa em dizer que a posse de drogas deixou de ser crime, tampouco, trata-se de contravenção penal. O professor Luiz Flávio Gomes encabeça a corrente da doutrina que faz esta afirmação, enunciando que tal conduta deixou de ser infração penal, mas não perdeu o seu caráter ilícito, sendo, pois, rejeitada pelo ordenamento jurídico, tornando-se uma infração “sui generis”.<sup>18</sup>

Melhor dizendo, tal conduta continuaria sendo ilícita, ou seja, proibida pelo ordenamento jurídico. Contudo, não estaria mais no âmbito de incidência do Direito Penal, tampouco do Direito Administrativo, neste último caso, porque a sanção continua a ser aplicada por juiz e não por autoridade administrativa.

O eminente autor chegou a esta conclusão por não haver cominação de pena privativa de liberdade no art. 28 da nova Lei Antitóxicos. O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (LICP) conceitua crime como sendo “infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”<sup>19</sup>

Assim, uma vez que só há previsão de penas alternativas no art. 28, em consonância com o art. 1º LICP, não se poderia falar em infração penal, quer seja crime ou contravenção.

---

complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas; 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. (grifos nossos).

<sup>17</sup> O art. 33 da lei nº 11.343/2006 estipula pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa ao traficante de drogas, ao passo que o art. 12 da lei nº 6.368/1976 estipulava pena de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Tóxicos: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20060807161853937](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060807161853937)>. Acesso em: 10 jan 2007.

<sup>19</sup> Cf. Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro – Dec.-Lei 3.914/41, art. 1º.

Data a máxima vênia, não parece que tal argumento é suficiente para manifestar-se pela descriminalização da posse de drogas para posse e consumo pessoal, conforme abaixo se discorrerá.

A Lei de Introdução ao Código Penal foi elaborada em 1941, quando sequer havia previsão no Código Penal, o qual foi elaborado em 1940, de penas restritivas de direito, motivo pelo qual o mencionado instituto legal não fez referência a estas.

Com a reforma penal de 1984 tornou-se possível a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito, as quais são consideradas espécies de pena pelo art. 32 do Código Penal reformado, atendidos os requisitos do art. 44 do mencionado dispositivo legal.<sup>20</sup>

De todo modo, ainda que o Código Penal só utilize as penas restritivas de direito em caráter substitutivo, é salutar ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XLVI, diz que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, *entre outras*, as seguintes: privação ou restrição de liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; e suspensão ou interdição de direitos”. Ou seja, a nossa Carta Magna não só enumerou a possibilidade de pena de multa e prestação social alternativa, como também deixou claro que dispôs de um rol exemplificativo, podendo haver criação de outras espécies de penas por lei, desde que respeitado o limite legal imposto pelo art. 5º, inc. XLVII, quais sejam, pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.<sup>21</sup>

De tal maneira, tem-se que o art. 28 da nova Lei Antitóxicos inovou no ordenamento jurídico pátrio, ao permitir a cominação de penas restritivas de direito abstratamente, mas o fez com amparo constitucional.<sup>22</sup>

De outra feita, há que se ressaltar que art. 28 da mencionada Lei está inserido no capítulo III, do Título III, da mesma, o qual vem denominado como “Dos Crimes e das Penas”. Ora, parece estranho que o legislador incluísse no capítulo destinado aos crimes, conduta que tivesse intuito de descriminalizar.

Além do mais, como bem assevera Davi André da Costa Silva,<sup>23</sup> o legislador denominou o usuário como sendo “autor do fato”, que é a nomenclatura utilizada

---

<sup>20</sup> SILVA, César Dário Mariano da. *A posse ou porte de drogas para o uso próprio continuará a ser crime após a vigência da nova Lei Antitóxicos?* Disponível em <[http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art\\_juridicos2006.htm](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art_juridicos2006.htm)>. Acesso em 23 ago 2006.

<sup>21</sup> Davi André Costa Silva destaca esse argumento da permissão constitucional à criação de novas espécies de penas através de lei. *Art. 28 da Lei nº 11.343/06 – Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista.* Disponível em: <<http://-jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8949>> Acesso em: 21 set 2006.

<sup>22</sup> SILVA, César Dário Mariano da. *A posse ou porte de droga para uso próprio continuará a ser crime após a vigência da nova Lei Antitóxicos?* Disponível em <[http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art\\_juridicos2006.htm](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art_juridicos2006.htm)>. Acesso em 23 ago 2006.

<sup>23</sup> SILVA, Davi André Costa, op. cit.

para tratar os autores de infrações de menor potencial ofensivo, em consonância com o art. 61 e 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95, revelando deste modo o intuito do legislador em disciplinar uma infração de menor potencial ofensivo.

Há que se ressaltar ainda os efeitos processuais e jurídicos que acarretariam a descriminalização das condutas tidas como sendo do usuário de entorpecentes.

José Luiz Jovelli<sup>24</sup> afirma que tratando o art. 28 da nova lei como descriminalização das condutas atribuídas ao usuário de tóxicos, a busca e apreensão no âmbito doméstico estaria inviabilizada, seja em flagrante delito seja com ordem judicial, uma vez que a tal conduta não se imporá prisão em flagrante, de acordo com o art. 48, §2º, desta lei.

Sendo assim, e em conformidade com o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, o qual diz que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia por determinação judicial, como poderia a autoridade policial entrar em uma residência para averiguar denúncia de flagrante delito das situações previstas no art. 28, caput e §1º, se nem delito há?

Tampouco poderia haver expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar para averiguação das referidas condutas durante o dia, uma vez que não se tratando de situações que envolvam infração penal tal instituto não é permitido, em conformidade com o art. 240 do Código de Processo Penal.

Diante desta perspectiva, Paulo Rangel também assevera a impossibilidade de se falar em descriminalização, afirmando ainda que tão pouco houve despenalização. Sob o seu ponto de vista o legislador apenas tentou inovar ao não impor pena privativa de liberdade ao crime de posse de drogas para o consumo pessoal.<sup>25</sup>

A questão da reincidência também deve ser estudada com cautela. O §4º, do art. 28, da Lei Antitóxicos enuncia que “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.” O art. 63 do Código Penal diz que ocorrerá a reincidência quando o agente comete *novo crime*, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por

---

<sup>24</sup> JOVELLI, José Luiz. *Nova Lei de Tóxicos: as questões da desobediência, resistência e da busca e apreensão em face da proposta de droga para consumo pessoal*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8859>> Acesso em: 21 set 2006.

<sup>25</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a lei 11.313/06 – Jecrim, Lei 11.340/06 – Violência Doméstica e Lei 11.343/06 – Drogas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 108-112.

crime anterior. Ou seja, se foi prevista a possibilidade de reincidência para o art. 28 e se esta implica no cometimento de novo crime, é visível que o legislador atribuiu natureza de infração penal ao mesmo.

Outro argumento que pode ser utilizado a favor da despenalização do uso e posse de substâncias entorpecentes para uso pessoal está no fato de o legislador ter se utilizado de institutos próprios do Direito Penal, tal como a prescrição, ao fixar em seu art. 30 o limite de dois anos, mesmo período da prescrição da pena de multa (art. 114, I, Código Penal), bem como utilizando os Juizados Especiais Criminais para processamento e julgamento.<sup>26</sup>

Como outrora discutido, um ponto que vem sido severamente criticado pela doutrina pátria é o fato de que em caso de descumprimento das penas cominadas no art. 28, o legislador cominou as sanções de admoestação verbal e multa de caráter pecuniário, ou seja, a única maneira que o magistrado terá para coagir o autor do fato a cumprir a pena que lhe foi imposta é repreendê-lo, ou cominar-lhe uma multa.

Ressalte-se que esta multa, cujo valor será fixado em consonância com o art. 29 da mencionada lei, não poderá ser convertida, em caso de inadimplemento, em pena de prisão simples, anteriormente admitida pelo art. 9º da Lei das Contravenções Penais, vedada diante da redação do art. 51 do Código Penal, determinada pela Lei 9.268/96.

Destarte, haverá preferência do usuário em pagar a multa, a ter que cumprir as penas restritivas de direito, e, mesmo que não a pague, não lhe será imposta qualquer sanção penal, tornando inócua a tentativa do legislador de impor pena de caráter preventivo e ressocializador ao usuário de substâncias entorpecentes.

Assevera-se a importância da discussão doutrinária acerca da despenalização ou descriminalização da posse e uso de substâncias entorpecentes para uso pessoal diante das consequências dela decorrentes. Além das já mencionadas, como a possibilidade de busca e apreensão domiciliar, é salutar a discussão da ocorrência ou não de *abolitio criminis*, e os efeitos daí decorrentes.

Para os que defendem a descriminalização da posse de droga ilícita para uso pessoal, ocorreu a *abolitio criminis* da mesma, ou seja, a nova lei teria retirado do fato seu caráter delituoso, extinguindo-se assim a punibilidade, com fulcro no art. 107, III, do Código Penal. Neste contexto, Júlio Fabbrini Mirabete diz que “trata-se nesse dispositivo da aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benigna. A nova lei, que se presume mais perfeita

<sup>26</sup> GASPARI, Rosângela. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8868>> Acesso em: 22 set 2006.

que a anterior, demonstrando não haver mais, por parte do Estado, interesse na punição do autor de determinado fato, retroage para alcançá-lo”.<sup>27</sup>

Logo, o tipo legal do art. 28 prevê a imposição de penas restritivas de direito, mantendo o interesse do Estado na criminalização do uso de drogas. Ocorreu a *novatio legis in melius*, ou seja, a nova legislação é mais benéfica ao agente, dando a este um tratamento menos rigoroso, motivo pelo qual será beneficiado por esta, ainda que o fato seja praticado antes da vigência da Nova Lei, mesmo que condenado por sentença condenatória transitada em julgado, em conformidade com o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal e art. 5º, XL, da Constituição Federal de 1988.

Parece correto o entendimento do Promotor de Justiça Rodrigo Lennaco, o qual leciona no sentido de que: “Aos fatos praticados na vigência da Lei 6.368/76, cujos processos não tiverem sido iniciados, será aplicada a lei nova, sem ressalvas. Por outro lado, se o processo estiver em andamento, na primeira instância ou em grau de recurso, deverá ser designada audiência especial (perante qualquer juízo) para proposta da aplicação imediata da pena prevista na lei nova, caso haja aceitação do acusado. Não aceitando a proposta, caso condenado, o autor do fato será submetido às novas sanções, que são mais benéficas”.<sup>28</sup>

Ante o exposto, analisando com maior propriedade o tema em pauta, conclui-se que o uso e posse de substâncias entorpecentes para consumo pessoal foram despenalizados pela Lei 11.343/2006, demonstrando claramente o intuito do legislador pátrio em abrandar o tratamento dado aos usuários, conferindo a estes penas com caráter educativo, não deixando, portanto, de ser considerado ilícito penal, ao qual é dispensada a atenção do Estado.

#### **4 OS PROCEDIMENTOS ADOTADOS NOS ARTIGOS 16 DA LEI 6.368/76 E 28 DA LEI 11.343/06 E A POLÊMICA SOBRE O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO, NOS TERMOS DA LEI 9.099/95**

Feitas as considerações a respeito do novo tratamento dispensado ao usuário (aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou

---

<sup>27</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1, p. 59.

<sup>28</sup> IENNACO, Rodrigo. *Abrandamento jurídico-penal da “posse de droga ilícita para consumo pessoal” na Lei nº 11.343/2006: primeiras impressões quanto à não-ocorrência de “abolitio criminis”*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+8868>> Acesso em: 21 set 2006.

em desacordo com determinação legal ou regulamentar), cumpre agora discorrer sobre os aspectos procedimentais da Lei. Afinal, as modificações também se operaram no plano processual.

Primeiramente, ressaltam-se as diferentes interpretações conferidas ao próprio conceito de drogas.

Consoante o legislador de 1976, “serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde” (art. 36). Já a Lei 11.343/06, em seu art. 66, reza que “até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”<sup>29</sup>.

Ainda, anteriormente, para saber se o indivíduo era usuário, bastava analisar a natureza e a quantidade da substância apreendida, bem como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta e os antecedentes do suposto réu (art. 37, Lei 6.368/76). Hoje, por uma tipificação mais abrangente, a autoridade conclui que a droga destina-se a consumo pessoal através, também, da análise das circunstâncias sociais e pessoais (art. 28, §2º, Lei 11.343/06).

Há que se relevar, outrossim, as formas diversas de processamento do delito, antes e depois da Nova Lei.

Veja-se, para tanto, que a pena prevista no revogado art. 16 era de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Delitos cuja pena máxima não exceda a dois anos, por previsão da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), recentemente alterada pela Lei 11.313/06, são de competência dos Juizados Especiais Criminais. Veja-se:

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.

---

<sup>29</sup> No tocante ao rol de substâncias incluídas na Portaria à qual se refere a Nova Lei, Jorge Vicente Silva assevera: “Assim, é possível que a qualquer momento outra norma atualize a lista dos produtos que são conceituados como droga, seja para incluir novas modalidades, seja para excluir algumas já relacionadas”. (SILVA, Jorge Vicente. Nova Lei de Tóxicos VII – no novo conceito de drogas. *O Estado – Direito e Justiça*. Curitiba, 15 out 2006). Por sua vez, o conceito do legislador de 1976 só poderia ser modificado, ou ampliado, pelo próprio Ministério da Saúde, o que o torna mais estático do que o atual.

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.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Os Juizados são regidos por princípios que denotam maior rapidez na condução do processo. Preza-se, portanto, pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º, Lei 9.099). Pode parecer estranho aos olhos de quem está preparado para discutir o processo, mas é uma via importantíssima para a pronta satisfação dos direitos do cidadão.<sup>30</sup> De fato, muitas críticas ainda recaem sobre a instituição, mormente em razão de sua precariedade, mas se os citados princípios fossem seguidos à risca, sem sombra de dúvida o modelo funcionaria satisfatoriamente.

Em que pese tal consideração, sob esses fundamentos é que vinha sendo guiado o delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76.

Por previsão legal, assim, ao tomar conhecimento da prática do delito, a autoridade policial devia elaborar um termo circunstanciado, ou seja, um documento do Delegado de Polícia que, além de resumir o Boletim de Ocorrência, é composto por provas que atestam a materialidade e a autoria do crime (no caso do usuário, o auto de apreensão da substância e o laudo de constatação de substância). Em seguida, colhia-se o compromisso da parte para que comparecesse à audiência preliminar no Juizado (art. 69, Lei 9.099/95), para onde o próprio termo circunstanciado seria futuramente remetido.

Em sede de audiência preliminar, a primeira providência a ser tomada pelo Ministério Público, considerando que o crime em relevo era (e é) de ação penal pública incondicionada, era o oferecimento da proposta de transação penal.

A transação é uma via alternativa, pela qual o Promotor não estará “dispondo da ação penal (mesmo porque nem sequer foi proposta), mas simplesmente exercendo a faculdade que lhe foi outorgada pelo Estado de proceder a uma autocomposição”<sup>31</sup> com a parte. O infrator cumpre as condições expostas e o juiz extingue sua punibilidade sem a necessidade de se dar início à ação penal e seu conseqüente processamento. Ou seja, atendidos os requisitos do

<sup>30</sup> Cf. MELO, André Luis de, *et al. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Comentada*. São Paulo: Iglu, 2000. p. 16.

<sup>31</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 15.

art. 76 da Lei 9.099/95, o *Parquet* deveria apresentar uma proposta ao usuário, especialmente a restritiva de direitos, e esta, sendo devidamente cumprida, era homologada pelo juiz e acarretava a extinção da punibilidade daquele.

Isso tudo, obviamente, não ocorreria quando faltasse algum elemento caracterizador do crime ou não houvesse prova de autoria/materialidade, casos em que proceder-se-ia ao arquivamento do respectivo termo circunstanciado.

Os benefícios da transação vêm indicados pelos §§ 4º e 6º do art. 76, quais sejam: não implica em reincidência, tampouco é registrada em certidão de antecedentes criminais do usuário.

Nas situações em que o usuário não fizesse jus à transação, não comparecesse à audiência preliminar (tendo sido devidamente compromissado), ou recusasse a proposta feita pelo agente ministerial, cabia a este oferecer a denúncia que, eventualmente, poderia ser recebida pelo Juiz e disso adviria uma condenação à pena de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Com a Nova Lei, a pergunta que se impõe é se o fato de não haver mais previsão de pena privativa de liberdade afetará, de algum modo, o processamento do feito. Ora, conforme alhures referido, a competência dos Juizados Especiais Criminais depende da pena máxima atribuída a cada delito, que não pode superar o marco de dois anos. Entretanto, pelo art. 28 do novo diploma, ao usuário são atribuídas as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Ainda, em caso de descumprimento destas, o §6º desse mesmo dispositivo aponta que ao infrator devem ser aplicadas, sucessivamente, admoestação verbal e multa. Diante disso, cabe rever se o procedimento a ser adotado para o processamento do usuário continua sendo o dos Juizados.

Para dirimir maiores dúvidas sobre a aplicabilidade da Lei 9.099/95 ao usuário, o art. 48, §1º da Lei 11.343/06 prevê que “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”.

Portanto, o procedimento a ser adotado é aquele já detalhado neste capítulo.

O entrave maior surge quanto à transação prevista no art. 76 da Lei 9.099/95. Conforme outrora salientado, à ocasião da Audiência Preliminar, cabe ao agente ministerial formular uma proposta de transação ao usuário

que consiste, normalmente, na prestação de serviços à comunidade, na frequência a algum centro de recuperação, ou no pagamento de uma pena pecuniária. Pela Nova Lei, as propostas a serem feitas em sede de transação estariam restritas às penas arroladas no art. 28. E mais: ao que parece, o usuário não precisa mais se enquadrar nos requisitos do art. 76 da Lei 9.099/95, porque a própria Lei 11.343/06 impõe uma única restrição, que é a reincidência. Até mesmo nessa hipótese o infrator faz jus à proposta, devendo cumpri-la, entretanto, em período de tempo maior que o não reincidente.<sup>32</sup>

Entretanto, como poderia proceder o Ministério Público em caso de descumprimento ou recusa das propostas? Pelo antigo procedimento, o *Parquet* deveria denunciar o usuário. Mas agora, como denunciar sabendo que, se for condenado, será justamente compelido a cumprir as mesmas penas outrora aplicadas em transação, já que não há previsão de pena privativa de liberdade?

Neste caso, ao oferecer a proposta em audiência preliminar, não se estaria antecipando uma condenação, sem ter dado ao infrator a prerrogativa do devido processo legal? Afinal, a mesma pena ao qual, futuramente, ele será condenado após todo o procedimento legal, já lhe havia sido aplicada (em transação) e sem a oportunidade do contraditório ou de que manifestasse sua ampla defesa.

Nesse diapasão, a doutrina começa a se posicionar para enfrentar tais divergências. Para uns, prevalece o instituto da transação e para outros, este teria sido amortizado pelo legislador.

Assim conclui Aldo de Campos Costa, para quem além de inócuas, as “penas” previstas no art. 28 são também inconstitucionais. Aduz que não se pode falar em contravenção penal, tampouco crime de menor potencial ofensivo, o que “impede até mesmo a proposta e aplicação de institutos despenalizadores como a transação penal e a suspensão condicional o processo”<sup>33</sup>. Porque tais benefícios só se aplicam às infrações cuja pena não ultrapasse o limite legal de dois anos. Colmata dizendo que: “[...] o objetivo da transação penal é justamente o de se evitar a imposição da pena prevista para o tipo penal. Não faria sentido, portanto, permitir que o autor do fato transacionasse para que, ao final, lhe fosse aplicada a mesma sanção que poderia lhe ter sido imposta caso recusasse a aceitação do benefício”.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Assim aduz o art. 28, nos seguintes parágrafos; § 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.

<sup>33</sup> COSTA, Aldo de Campos. O porte de entorpecentes deixou de ser uma infração de menor potencial ofensivo. *Boletim IBCCRIM*, ano 14, n. 168, nov. 2006, p. 17.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

Por tais razões, o autor crê que o processo e julgamento do art. 28 são de atribuição da justiça comum (e não dos Juizados).

Em contrapartida, Jorge Vicente Silva acredita que “não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público apresentará proposta [de transação] com aplicação de **uma das três** modalidades de sanções atrás indicadas e que estão previstas no artigo 28, incisos I a III”.<sup>35</sup>

No mesmo sentido entende Luiz Flávio Gomes: “Na audiência preliminar é possível a transação penal, aplicando-se as penas alternativas do art. 28. Não aceita (pelo agente) a transação penal, segue-se o rito sumaríssimo da Lei 9.099/95. Mas ao final de modo algum será imposta pena de prisão, sim, somente as medidas alternativas do art. 28”.<sup>36</sup>

Portanto, por uma interpretação literal da Lei e traduzindo o entendimento que, embora embrionário, tem-se mostrado como o mais aceito, há, sim, proposta de transação. Contudo, a mesma está restrita aos três primeiros incisos do art. 28. Em caso de recusa desta, o Ministério Público deve, portanto, oferecer a denúncia, nos termos do art. 77, *caput*, da Lei 9.099/95.

Caso recebida a peça acusatória pelo juiz e imposta uma condenação, não há possibilidade de aplicação de qualquer pena diversa das mesmas três arroladas no art. 28, quais sejam, advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Não se olvide de salientar que a Lei dá a entender que caso o usuário aceite a transação, porém deixe de cumpri-la, o oferecimento da denúncia não é mais autorizado. Agora, o descumprimento injustificado gera admoestação verbal e multa, sucessivamente, conforme o §6º do art. 28.<sup>37</sup>

Destarte, ao atender o clamor por uma política criminal mais branda quanto ao usuário, o legislador achou por bem manter os preceitos da Lei dos Juizados Especiais Criminais para o seu processamento e julgamento. Contudo, o que parecia absolutamente louvável acabou por

---

<sup>35</sup> SILVA, Jorge Vicente. Nova Lei de Tóxicos II – da conduta para o consumo pessoal. *O Estado do Paraná*. Curitiba, 10 set. 2006. Direito e Justiça, p. 12.

<sup>36</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Tóxicos não prevê prisão para usuário*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20060731190257489](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060731190257489)>. Acesso em : 20 ago 2006.

<sup>37</sup> Art. 28. [...] § 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. A regulamentação da multa se encontra no art. 29: Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

comprometer o instituto da transação. Ante os posicionamentos expostos, acredita-se que a melhor medida é persistir na aplicação do art. 76 da Lei 9.099/95, embora com algumas modificações trazidas pela Nova Lei de Tóxicos. Tudo isso, até que a jurisprudência se manifeste, apontando as vias a serem adotadas pelo julgador.

## 5 CONCLUSÃO

Conclui-se que a Nova Lei Antitóxicos (lei 11.343/06) institui um novo paradigma no tratamento dado ao usuário de substâncias entorpecentes no Brasil, até então disciplinado pela Lei 6.368/76, pautando-se basicamente na prevenção e ressocialização do mesmo.

Para tal, em seu art. 28, o mencionado dispositivo legal prevê exclusivamente penas restritivas de direito, com caráter educativo, inovando ao vedar a imposição de pena privativa de liberdade.

Por consectário, em um primeiro momento, criou-se uma grande divergência na doutrina pátria acerca da conseqüente despenalização ou descriminalização do uso e porte de drogas para o consumo pessoal. No entanto, parece que prevalecerá o entendimento de que ocorreu a despenalização, pelos diversos argumentos mencionados neste trabalho.

Revela-se então, que o legislador elaborou esta Lei imbuído de novos preceitos, demonstrando-se sob forte influência da Escola Minimalista, a qual prevê a intervenção mínima do Direito Penal.

Chegou-se ainda à conclusão de que deverá ser utilizado o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, sendo cabível a transação penal, embora esteja esta restrita às mesmas penas que seriam impostas em caso de ulterior condenação, quando não aceita a proposta de transação pelo usuário de entorpecentes.

Nessa perspectiva, o que se depreende do diploma é que facilitou, de toda forma, o processamento do infrator, criando condições favoráveis à sua recuperação.

Contudo, discute-se a efetividade dos objetivos visados pela nova legislação, em especial no que diz respeito à prevenção específica do usuário de entorpecentes, tendo em vista que o juiz não contará mais com dispositivos coercitivos eficazes. Quer significar, assim, que àquele que possui interesse em se ressocializar e superar a problemática do uso de entorpecentes, a Lei é, de fato, louvável. Todavia, aos usuários que já estão envolvidos no contexto

da criminalidade e não possuem interesse algum de se restabelecerem, a ausência de elementos coercitivos pode ser comprometedora.

Sendo assim, será necessário algum tempo para que a doutrina e a jurisprudência possam se manifestar a respeito da efetividade dos dispositivos que tratam acerca do uso e porte de drogas para consumo pessoal, sendo que este trabalho é resultado das primeiras impressões apontadas pela doutrina.