

4.6.2 Da possibilidade de transação penal independentemente dos antecedentes criminais nos delitos de posse de substância entorpecente para uso próprio.



Marcelo Cunha de Araújo

Marcelo Cunha de Araújo

Promotor de Justiça MPMG

Mestre em Direito Processual (PUC-MG);

Doutor em Direito Constitucional (UFMG)

Professor do curso de Graduação em Direito da PUC-MG.

mcunha39@bol.com.br

O ilícito de posse de substância entorpecente para uso próprio era anteriormente capitulado no art. 16 da Lei 6368/76 e, a partir da entrada em vigor da Lei 11.343/06, está previsto no art. 28 desse último diploma legal.

Ocorre que, especificamente com a modificação do preceito secundário da norma penal punitiva, diversas consequências serão geradas pela nova tratativa jurídica. Apenas a título de exemplificação, pode-se discutir da ocorrência da *abolitio criminis* (em vista de não haver a previsão das penas de prisão ou de multa consideradas principais e sim de penas acessórias; o que se aproxima, em muito, de medidas administrativas de caráter alheio ao Direito Penal) ou mesmo do fortalecimento do princípio da insignificância para quantidades ínfimas apreendidas (em vista da mudança de enfoque, trazido pela nova legislação, do penal para o terapêutico).

Nessas breves linhas, buscaremos abordar um tema específico: a possibilidade de oferecimento de transação penal pelo Ministério Público nos casos de posse de substância entorpecente para uso próprio, independentemente dos antecedentes do transator. Para tanto, necessário se faz um estudo da nova lei relativa aos entorpecentes.

Numa análise criteriosa da lei, percebe-se que o problema do usuário de substâncias entorpecentes deixa de ter como principal enfoque o jurídico-penal, passando a privilegiar o aspecto terapêutico de saúde pública. Tanto é assim que, a partir da vigência da Lei 11.343/06, não mais pode ser aplicada, em qualquer hipótese, a pena de prisão ao usuário.

As medidas estatais previstas para o tratamento e a prevenção ao uso de drogas passam a ser, assim, “a advertência sobre os **efeitos das drogas**; a prestação de serviços à comunidade ou a medida **educativa** de comparecimento a **programa ou curso educativo**” (cf. art. 28, I a III da Lei 11.343/06).

Em caso de descumprimento das medidas supracitadas, prevê o § 6º do mesmo artigo que “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 **admoestação verbal e multa**”.

Do que foi descrito acima, conclui-se que, no que tange aos usuários (e, por via de extensão lógica, aos dependentes químicos), deve o Estado se preocupar em fornecer meios de tratamento adequados aos toxicômanos e não intentar, a todo custo, a punição dos mesmos.

Dessa feita, vislumbrando os princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais (da informalidade, celeridade, efetividade, aplicação de pena não privativa de liberdade e da pacificação social) e da Lei 11.343/06 (princípio da preponderância terapêutica especificamente em relação aos usuários), é de se concluir ser **cabível a transação penal, independentemente dos antecedentes do autor do fato (ainda que anteriormente condenado, beneficiário de outra transação penal ou suspensão condicional do processo)**, como forma de o Estado cumprir a determinação legal de possibilitar, aos que assim o quiserem, tratamento em relação ao vício e às consequências do uso de drogas.

Ressalte-se que a diferença entre a sentença condenatória (nos casos em que não se entende possível a transação penal e realiza-se o prosseguimento do processo, ofertando-se a denúncia) e a transação penal, na hipótese da posse para uso próprio, apenas se dará na existência da pecha maligna da reincidência penal (além, é claro, os custos de toda tramitação do processo penal), o que, evidentemente, não se encontra nos princípios norteadores de quaisquer das referidas normas.

Assim, numa interpretação construtiva e discursiva do Direito (Teoria do Direito como Integridade), com fulcro em ALEXY, HABERMAS, DWORKIN, etc., torna-se inaplicável a **norma-regra** insculpida no art. 76, § 2º da Lei 9099/95, que deve ser preterida em favor das **normas-princípios** supracitadas.

Isso é ainda mais verdadeiro nas comarcas onde exista projeto temático específico para usuários de entorpecentes. Nestes programas educativos, os transatores têm acompanhamento de equipe multi-disciplinar (psicólogos, assistentes sociais, juristas, etc.), para que possam ter o apoio para refletir sobre o que ocorreu e efetivamente traçar um projeto para o restante de suas vidas.

Certo é, por outro lado, que, em caso de recusa de aceitação ou de cumprimento anterior dessa mesma medida temática, tal

seria inadequado, sendo apropriada a denúncia.

Assim, como medida de efetividade dos fins normativos das leis que prevêm a tramitação dos delitos de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) e, especificamente, da posse de substância entorpecente para uso próprio (Lei 11.343/06), entendo que os Promotores de Justiça devem privilegiar o tratamento terapêutico e medidas de prestação de serviço a todo e qualquer usuário, visto como alguém que necessita de apoio, e não

como criminoso, independentemente de seus antecedentes. Para tanto, creio que os órgãos de execução do Ministério Público devam ofertar, sempre, a transação penal (exceto nos casos de cumprimento anterior da mesma medida). Em caso de divergência com o Magistrado, deve ele remeter o procedimento ao Procurador-Geral de Justiça, em analogia ao art. 28 do CPP, para análise do cabimento da transação penal, oferecimento da denúncia, ou mesmo arquivamento, como forma de preservação da independência funcional do membro.