



Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso

**A violação ou não do princípio da proporcionalidade relativa
à reincidência nos casos de condenação pelo porte de
drogas para consumo pessoal**

Gama-DF
2023

THAYRINI QUIXADÁ NEY DA SILVA

**A violação ou não do princípio da proporcionalidade relativa
à reincidência nos casos de condenação pelo porte de
drogas para consumo pessoal**

Artigo apresentado como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em
Direito pelo Centro Universitário do Planalto
Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof João de Deus Alves de Lima.

THAYRINI QUIXADÁ NEY DA SILVA

A violação ou não do princípio da proporcionalidade relativa à reincidência nos casos de condenação pelo porte de drogas para consumo pessoal

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Gama-DF, 17 de junho de 2023.

Banca Examinadora

Prof. João de Deus Alves de Lima
Orientador

Profa. Me. Risoleide de Souza Nascimento
Examinador

Profa. Me. Caroline Lima Ferraz
Examinador

A violação ou não do princípio da proporcionalidade relativa à reincidência nos casos de condenação pelo porte de drogas para consumo pessoal

Thayrini Quixadá Ney da Silva¹

Resumo:

Este trabalho tem como objetivo analisar a violação ou não do princípio da proporcionalidade relativa à reincidência nos casos de condenação pelo porte de drogas para consumo pessoal. Para alcançar esse objetivo, uma revisão bibliográfica é realizada para examinar os conceitos de proporcionalidade e reincidência, bem como a legislação e jurisprudência brasileiras referentes ao tema. Além disso, é conduzida uma análise empírica de decisões judiciais sobre o assunto. Os resultados demonstram que a atual legislação brasileira em relação ao porte de drogas para consumo pessoal viola o princípio da proporcionalidade em casos de reincidência. Isso sugere a necessidade de uma revisão das políticas públicas relacionadas a esse tema, a fim de garantir uma abordagem mais equilibrada e proporcional à punição de indivíduos reincidentes nesses casos específicos. Essa revisão pode contribuir para a promoção de um sistema de justiça mais justo e eficiente no contexto do porte de drogas para consumo pessoal no Brasil.

Palavras-chave: proporcionalidade, reincidência, porte de drogas, consumo pessoal.

Abstract:

This study aims to analyze the violation or non-compliance with the principle of proportionality regarding recidivism in cases of conviction for personal drug possession. To achieve this objective, a literature review is conducted to examine the concepts of proportionality and recidivism, as well as Brazilian legislation and jurisprudence related to the topic. Additionally, an empirical analysis of judicial decisions on the subject is carried out. The results demonstrate that the current Brazilian legislation regarding personal drug possession violates the principle of proportionality in cases of recidivism. This suggests the need for a revision of public policies related to this issue, in order to ensure a more balanced and proportional approach to the punishment of repeat offenders in these specific cases. This review can contribute to the promotion of a fairer and more efficient justice system in the context of personal drug possession in Brazil.

Keywords: proportionality, recidivism, drug possession, personal use

¹ Graduanda em Direito pela Universidade UNICEPLAC.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca fazer uma reflexão acerca da violação ou não do princípio da proporcionalidade relativa à reincidência nos casos de condenação pelo porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei de Drogas). O estudo será iniciado com uma breve conceituação e características relativas ao princípio da proporcionalidade, à reincidência e ao crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 a Lei de Drogas).

Em seguida, caberá a análise no tocante à Decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 178.512/SP, de relatoria do Ministro Edson Fachin, em que ocorreu a análise acerca da violação ou não do princípio da proporcionalidade no tocante à reincidência de condenação pelo porte de drogas para consumo pessoal. Como objetivo geral, a presente pesquisa busca compreender se ocorre o descumprimento do relevante princípio penal da proporcionalidade, quando impõe a reincidência pelo cometimento do fato de porte de drogas para consumo pessoal.

Os objetivos específicos dizem respeito a entender com mais profundidade o princípio penal da proporcionalidade, bem como a agravante da reincidência e a conexão jurídica entre os dois institutos. Ademais, caberá a análise do crime previsto no artigo 28 da Lei Antidrogas, se a sua prática pode indicar reincidência, ferindo ou não princípios do direito penal. A hipótese diz respeito se há ou não há a infringência do princípio da proporcionalidade no tocante à reincidência de condenação pelo porte de drogas para consumo pessoal.

Para enfrentamento do tema, utilizou-se, durante a pesquisa, basicamente o método de pesquisa bibliográfica, desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros, artigos de lei, doutrinas e outros meios de informação, bem como, fazendo uso de pesquisa documental indireta, decorrentes da análise de leis e decisões judiciais. Dessa forma, a intenção que justifica o presente artigo se baseia na busca pelo conhecimento e breve aprofundamento de norma penal constitucional importante na luta pelo direito, no caso se há violação de norma fundamental, qual seja o princípio penal da proporcionalidade, em afronta aos direitos fundamentais.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

Segundo Rogério Greco (2011), apesar de o princípio da proporcionalidade não ser expressamente adotado, ele é implicitamente reconhecido em diversos princípios que fazem parte do texto constitucional brasileiro. O princípio da individualização da pena, por exemplo, demonstra a presença da proporcionalidade tanto no plano abstrato, através da definição das penas previstas em lei para cada infração, quanto no plano concreto, por meio da aplicação feita pelo juiz, que deve observar a obediência a esse princípio.

Para Cezar Roberto Bitencourt (2009), o princípio da proporcionalidade não se trata apenas de um critério de interpretação, mas sim de uma garantia que legitima e limita todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. A aplicação desse princípio tem o poder de restringir o exercício arbitrário de poder, inclusive por parte do Poder Legislativo, no momento de legislar.

Primeiramente, é importante observar que, no âmbito legislativo, a aplicação do princípio da proporcionalidade requer a avaliação da adequação entre os meios utilizados pelo legislador e os objetivos que se busca alcançar. É necessário verificar a legitimidade desses objetivos, pois apenas nessa condição é possível justificar a restrição de direitos individuais.

O princípio da proporcionalidade contém três subprincípios, tornando-lhe em um caráter trifásico: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, pode-se afirmar que uma medida é considerada razoável quando se mostra adequada para cumprir as finalidades da qual foi proposta, quando é a opção menos prejudicial entre as alternativas possíveis, ou seja, ocasionando um menor impacto aos direitos fundamentais. (PRADO, 2018).

Apesar do princípio da proporcionalidade ter origem na Antiguidade, foi somente durante o Iluminismo, em especial com a obra de Cesare Beccaria, que esse princípio se consolidou no direito penal. Beccaria afirmava que as penas estabelecidas em lei devem ser proporcionais aos delitos cometidos e, em certa medida, a verificação do grau que o dano foi causado à sociedade. Para o autor, o dano causado à sociedade é o parâmetro da medida do crime. (BECCARIA, 2002).

Por sua vez, o Barão de Montesquieu via na proporcionalidade entre o delito e a pena uma maneira de evitar o excesso, ou seja, que a pena se torne uma forma de violência praticada pelo homem contra o homem. (PRADO, 2018).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º, estabelecia que “A lei só deve estabelecer penas estritamente e evidentemente necessárias [...]”. Esse artigo evidenciava a importância da proporcionalidade na aplicação das penas, afirmando que elas devem ser estritamente necessárias e proporcionais ao delito cometido.

Os requisitos para a determinação da pena são de adequação e necessidade, a proporcionalidade também, como um princípio fundamental. No que se refere à adequação, a pena deve ser um recurso capaz, apto e adequado para alcançar o resultado pretendido pelo legislador, ou seja, o meio deve ser adequado ao fim. O requisito da necessidade implica que o meio escolhido seja imprescindível e necessário para alcançar o objetivo pretendido, devendo-se optar pelo meio adequado que apresentar ser menos gravosa e igualmente eficaz. (PRADO, 2018).

O princípio da proporcionalidade, em sua acepção mais restrita, demanda uma relação valorativa e, por conseguinte, gradativa, entre a ação praticada e a punição prevista em lei, deixando claro a proibição de qualquer excesso. Em outras palavras, a gravidade do delito deve ser proporcional à gravidade da sanção, de modo que a pena não seja excessiva em relação ao delito cometido. (PRADO, 2018).

A proporcionalidade abstrata se refere à relação geral entre a conduta criminosa e a sanção prevista em lei, e se dirige ao legislador, enquanto a proporcionalidade concreta se refere à relação específica entre a conduta criminosa em um caso concreto e a sanção imposta ao autor, dirigindo-se ao juiz. A proporcionalidade entre delitos e penas deve ser pautada pelo princípio do justo equilíbrio, tanto na esfera abstrata (legislador), quanto na concreta (juiz). Isso implica encontrar um equilíbrio justo entre a gravidade do fato ilícito cometido, o desvalor da ação e do resultado, e a penalidade cominada ou imposta. (PRADO, 2018).

Em síntese, o autor Luiz Regis Prado (2018), estabelece que a sanção penal deve ser proporcional ou adequada à gravidade ou magnitude do dano causado ao bem jurídico representado pelo crime, enquanto a medida de segurança deve levar em conta

a periculosidade criminal do autor. A definição de critérios para a afetação do bem jurídico é essencial no âmbito do direito, pois permite uma melhor compreensão da ação ou omissão do agente.

Para alcançar esse objetivo, é fundamental estabelecer uma teoria constitucional do bem jurídico que proporcione um conceito claro e hierárquico entre os diferentes bens. Isso significa que o conceito de bem jurídico deve ser baseado nos princípios constitucionais, que impõem limites ao legislador ordinário ao criar a legislação penal.

É importante observar que a ideia de proporcionalidade é um quesito não apenas de prevenção (geral/especial), mas também de justiça material, isso significa que:

Trata-se então de uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência, delito e consequência jurídico-penal. Constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas. (HASSEMER, 1994 apud PRADO, 2018).

Essa concepção tem uma importância fundamental em questões criminais, como na relação entre pena e a culpabilidade e na descrição da legítima defesa e do estado de necessidade, que tratam do conflito entre direitos na área penal. Para que se configure o estado de necessidade, a legislação penal, em seu artigo 24, estabelece que é necessário que esteja em perigo um direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, ou seja, é necessário que haja uma proporção adequada entre a gravidade do perigo e o dano causado.

No que se refere à legítima defesa (artigo 25 do Código Penal), a resposta a uma agressão injusta requer o uso de meios necessários, com moderação, isto é, a utilização dos meios imprescindíveis para repelir a agressão sem ultrapassar os limites necessários para afastá-la. É fundamental que haja uma certa proporção entre a agressão e a reação defensiva, em relação aos bens e direitos ameaçados.

Considerando tudo o que foi exposto, é evidente que o Princípio da Proporcionalidade foi concebido com o objetivo de limitar o abuso das penas. Assim, é importante que a penalidade aplicada a um delito seja proporcional à gravidade da infração cometida pelo autor. Em última análise, a finalidade desse princípio é garantir a imposição de penas mais justas, tanto por parte do legislador, que cria as leis, quanto pelo juiz, que julga o delito.

3 A REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE DE PENA

A palavra "reincidência" tem origem no latim "*recider*" e é formada pelo prefixo de repetição "re" e pelo substantivo feminino "incidência", que significa acontecimento ou caída sobre algo. A reincidência refere-se à ação ou efeito de cometer um crime novamente, ou seja, incidir novamente em um comportamento delitivo. No âmbito do Código Penal, a reincidência é uma das circunstâncias agravantes, sendo a primeira a ser considerada. Sua definição é estabelecida de forma incompleta pelo artigo 63 e regulamentada pelo artigo 64 do mesmo diploma legal.

A reincidência no Direito Penal brasileiro acontece quando uma pessoa comete um crime ou contravenção penal após ter sido condenada definitivamente por um crime ou contravenção penal anterior, seja no Brasil ou no exterior. As definições são estabelecidas pela combinação do artigo 63 do Código Penal e do artigo 7º da Lei das Contravenções Penais. (SOUZA, 2023).

De acordo com Alberto Silva Franco (2010), a reincidência é um pressuposto que exige a majoração da punição, em virtude da existência de um fato criminoso anterior, reiterando o poder punitivo do Estado. A reincidência é um fator que agrava a pena, conforme estabelecido no artigo 61, inciso I, do Código Penal. Portanto, é levada em consideração na segunda fase da determinação da pena, seguindo o sistema trifásico adotado pela Parte Geral.

O autor Luciano Anderson de Souza (2023), nota que a definição apresentada pelo artigo 63 do Código Penal é limitada, pois não abrange a previsão legal das contravenções penais. Além disso, devido a uma técnica legislativa inadequada, se um indivíduo comete um crime após ter sido condenado por uma contravenção penal anterior, mesmo que ocorrida no Brasil, ele não será considerado reincidente. Dessa forma, o agente será sempre considerado reincidente se a infração penal anterior for um crime. No entanto, se a infração anterior for uma contravenção penal, o agente só será considerado reincidente se a contravenção tiver sido cometida no Brasil e for seguida por outra contravenção.

Existem duas categorias distintas de reincidência: a primeira é a reincidência real, que ocorre quando o agente comete um novo crime após ter cumprido integralmente a

pena pela infração anterior; a segunda é a reincidência ficta, que acontece quando o agente comete uma nova infração penal enquanto está cumprindo uma pena definitiva por infração anterior. Ambas as formas têm as mesmas implicações jurídicas. (SOUZA, 2023).

Outra classificação possível para a reincidência é a genérica ou específica. A reincidência genérica ocorre quando o agente comete crimes de espécies diferentes, ou seja, após ser condenado definitivamente por um furto, comete um assédio sexual. Já a reincidência específica se verifica quando o agente comete crimes da mesma espécie, ou seja, após ser condenado definitivamente por um furto, comete outro furto. (SOUZA, 2023).

Para comprovar a reincidência, é possível utilizar uma certidão cartorial ou simplesmente a folha de antecedentes criminais. Nos termos da Súmula 636 do Superior Tribunal de Justiça: "A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência". (BRASIL, 2019).

A doutrina penal tem gerado controvérsia em relação aos fundamentos da reincidência. No Brasil, a teoria mais comum, de perspectiva positivista, foi sintetizada por Roberto Lyra (1940), que afirmava: "A reincidência (de recidere, recair) não se subordina aos critérios da responsabilidade, e sim aos da periculosidade".

Com a Reforma de 1984 e a ampla aceitação das teorias finalistas, tornou-se comum a compreensão de que a justificativa para o aumento da pena pela reincidência estaria na culpabilidade do agente, pois indicaria uma maior reprovação pessoal. Além de agravar a pena, a reincidência também acarreta uma série de outros efeitos negativos para o acusado, tais como no que diz respeito à troca de sanções, potencialmente impedindo a suspensão condicional do processo e prolongando o prazo para prescrição.

Majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a validade do instituto da reincidência, mas não permitem a sua dupla valoração, conforme Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL, 2000).

Além disso, condenações anteriores definitivas que não foram utilizadas para o reconhecimento da reincidência podem ser consideradas como maus antecedentes, mas não podem ser utilizadas para desvalorizar a personalidade do réu ou sua conduta social.

A punição não pode ser justificada por meio de um Direito Penal do Autor, ou seja, baseada na personalidade do indivíduo, mas sim deve levar em consideração o que ele fez. Isso porque a punição só é possível se houver uma previsão expressa de um fato típico, a violação de um bem jurídico e a aplicação da pena deve ser embasada na instrumentalidade do processo, garantindo que os direitos e garantias fundamentais do acusado sejam respeitados.

Aceitar um instituto que leva em conta a personalidade do indivíduo, sem considerar os fatores sociais diretamente relacionados à sua vida, e a falha do Estado em assumir a responsabilidade de proporcionar a necessária reintegração social, reforça a desigualdade na punição daqueles que foram alvo do sistema penal. Portanto, é importante destacar que: “O reincidente, no entanto, nem sempre é merecedor de sanção penal mais gravosa, pois é mister a análise do caso concreto, inclusive dos fatores que contribuíram para a recidiva, para ser aplicada a pena justa e de acordo com a gravidade do ato ilícito praticado” (CHIQUEZI, 2009).

O doutrinador Luciano Anderson Souza (2023), aduz que uma minoria da doutrina argumenta contra o instituto da reincidência, alegando que ele viola o princípio do “ne bis in idem”, pois o indivíduo é novamente condenado por um fato anterior. Além disso, alegações de maior periculosidade ou censurabilidade seriam infundadas, visto que condenações por crimes culposos ou dolosos sem maior gravidade também são consideradas como reincidência.

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal reconheceu por unanimidade a constitucionalidade do instituto da reincidência no Recurso Extraordinário 453.000 e atribuiu ao caso a repercussão geral. (BRASIL, 2013). Essa decisão representa um marco importante no sistema jurídico brasileiro, consolidando a validade e o uso do instituto da reincidência como uma medida legítima para a aplicação de penas mais severas a reincidentes. No entanto, é importante ressaltar que, mesmo reconhecendo a constitucionalidade desse instituto, o tribunal reforçou a necessidade de se observar os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, a fim de evitar excessos e garantir uma justiça equitativa.

Com base nesses fundamentos, a reincidência criminal é um instituto importante do ordenamento jurídico brasileiro para a repressão do crime. Tem sido presente ao longo

da história do Direito Penal e Processual Penal, e suas consequências têm um impacto significativo na vida do réu. No entanto, a constitucionalidade do instituto da reincidência ainda é questionável e requer uma reflexão mais aprofundada por parte do Poder Judiciário brasileiro.

4 O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI ANTI DROGAS)

A Lei 11.343/2006 trouxe uma notável transformação ao proibir a imposição de pena privativa de liberdade ao indivíduo que adquire, guarda, tem em depósito, traz consigo ou transporta droga para consumo pessoal. Essa mudança legislativa reflete uma abordagem mais voltada para a saúde pública e a busca por alternativas à criminalização do usuário de drogas. Em vez de uma punição severa, a lei prevê medidas não privativas de liberdade, como advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Especificando cada uma: Adquirir significa obter ou conseguir algo, podendo ser por meio de compra, troca, substituição, doação, pagamento à vista ou a prazo, em dinheiro, cheque ou qualquer outra forma de transação. Dessa forma, a pessoa que adquire uma droga passa a ser proprietária ou dona dela, independentemente da forma de aquisição utilizada. Guardar, é o ato de ocultar ou esconder a droga, mantendo-a fora do alcance e da visibilidade pública. A clandestinidade é uma característica marcante desse comportamento.

O terceiro termo encontrado no dispositivo é ter em depósito, significa manter a droga sob controle e disponibilidade imediata, podendo ela estar exposta ou não ao público. O local onde a droga é mantida em depósito não é relevante para a caracterização do crime. Trazer consigo, por sua vez, é o mesmo que portar ou carregar a droga, o que implica a disponibilidade imediata para o uso, independentemente do local onde o agente a mantém consigo podendo ser no bolso, na carteira, ou em qualquer outro lugar.

O parágrafo 1 do artigo 28 da lei de drogas criminaliza as ações de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à produção de pequenas quantidades de substâncias ou

produtos que possam causar dependência física ou psíquica. É importante ressaltar que essas ações devem ter como finalidade o consumo pessoal, ou seja, o agente deve estar cultivando a droga para o seu próprio uso. Além disso, o conceito de "pequena quantidade" não é definido pela lei e deve ser avaliado pelo juiz no caso concreto.

O legislador considerou que a prisão de um indivíduo por posse de drogas para uso pessoal não traz benefícios efetivos para a sociedade. Isso ocorre porque a prisão pode impedir o tratamento de dependência química e também pode expor o usuário a um sistema carcerário ineficiente, frequentemente controlado por organizações criminosas envolvidas no tráfico de drogas. Além disso, há o risco de que o próprio indivíduo seja cooptado por essas facções. (MASSON; MARÇAL, 2022).

É importante salientar, que mesmo com essa abordagem mais tolerante, as ações mencionadas no artigo 28, tanto no caput quanto no § 1º, são consideradas crimes.

O legislador optou por manter a natureza criminosa das condutas previstas no caput e no § 1º do art. 28 ao denominar o Capítulo III do Título III da Lei 11.343/2006 como "dos crimes e das penas". Embora não haja previsão de pena de prisão para os crimes de consumo pessoal, a ausência dessa pena não impede a caracterização dessas condutas como criminosas. De fato, a Constituição Federal (art. 5º, XLVI) permite que o legislador estabeleça outras penas além da privação de liberdade e multa para os crimes.

O artigo 28, caput e § 1º, da Lei 11.343/2006 estabelece três modalidades de penas para os crimes de posse de droga para consumo pessoal, as quais serão atribuídas de acordo com as circunstâncias descritas no art. 42 da Lei de Drogas. São elas: (a) advertência sobre os efeitos das drogas; (b) prestação de serviços à comunidade; e (c) medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. É importante destacar que a escolha da pena a ser aplicada dependerá da avaliação das circunstâncias do caso concreto.

Para o autor, Antonio Scarance Fernandes (2005), torna-se evidente que a aplicação de pena restritiva de liberdade não é permitida para o indivíduo condenado por posse de droga para uso pessoal, em razão da falta de previsão legal. Logo, como a prisão decorrente de uma sentença condenatória transitada em julgado é inviável, é claramente inviável qualquer tipo de prisão temporária ou preventiva, mesmo em caso de flagrante, com a devida elaboração do respectivo auto, como forma de respeito ao

princípio da homogeneidade.

De acordo com a proibição explícita do §1º do artigo 283, não será possível impor quaisquer medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, mesmo em casos de necessidade, em respeito à proibição mencionada.

Com base na Súmula 693 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2003), o habeas corpus é incabível em casos que envolvam a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que essas medidas não constituem ameaça direta à liberdade de locomoção do indivíduo. Portanto, como não é possível impor a prisão em caso de posse de drogas para uso pessoal, a aplicação do habeas corpus não é cabível.

Uma vez que os delitos de posse de drogas para consumo pessoal são considerados infrações penais de menor gravidade, é possível a aplicação das penas correspondentes por meio da transação penal ou na própria sentença condenatória. Se o juiz optar por aplicar a sanção por meio da transação penal, essa decisão não acarretará reincidência e será registrada somente para evitar a concessão do mesmo benefício dentro de um período de cinco anos.

Assim vêm decidindo atualmente as duas Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça: “[...] este Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que se revela desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28, da Lei n. 11.343/2006.” (BRASIL, 2020). Além disso, também afirmam que “[...] revela-se desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, argumento que também se aplica para os maus antecedentes.” (BRASIL, 2020).

Em resumo, não ocorreu a descriminalização das condutas elencadas pelo artigo 28, caput e § 1º, da Lei 11.343/2006. Esta foi a decisão estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal:

Posse de droga para consumo pessoal: art. 28 da Lei 11.343/2006. Natureza jurídica de crime. O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal – 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 Lei 11.343/2006 – 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). (BRASIL, 2007).

Com uma opinião divergente e minoritária, o professor Luiz Flávio Gomes, argumentava que o porte de drogas para uso pessoal, apesar de ser proibido no Brasil, deixou de ser considerada uma infração penal, uma vez que não se enquadra em nenhuma das descrições contidas no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. O artigo 28 da Lei 11.343/2006 não prevê pena de reclusão ou detenção, o que tornaria o porte de drogas para uso pessoal não ser mais considerado um crime e também não prevê pena de prisão simples ou multa, o que não a caracterizaria como uma contravenção penal. Portanto, seria uma infração *sui generis*. (GOMES *et al*, 2006).

As duas posições que surgiram sobre a (in)constitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal são:

1ª posição: O art. 28 da Lei de Drogas é inconstitucional, por violação ao direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana. Ademais, a criminalização do porte de droga para consumo pessoal contraria o princípio da alteridade, pois a conduta causa prejuízo somente a quem pratica. (KARAM, 2006).

Ademais, Rômulo Luis Veloso de Carvalho (2019), considera que “a criminalização da conduta não tem um significado, em particular no Brasil e na América Latina, uma resposta minimamente satisfatória para levar os indivíduos a deixar de praticar o consumo das substâncias vedadas ou proteger a saúde pública”, por isso, conclui o autor, “a proibição do consumo fomenta o mercado ilegal e permite ainda a possibilidade de misturas mais tóxicas e nocivas.”

2ª posição: A posição de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional tem como justificativa jurídica a ideia de que tal conduta representa um perigo social. Aqueles que adquirem, guardam, depositam, transportam ou trazem consigo drogas para uso próprio são considerados fatores decisivos na difusão dos tóxicos, mesmo antes de consumi-los, o que coloca em risco a saúde pública. (MASSON; MARÇAL, 2022).

A temática recebeu uma atenção especial após o Supremo Tribunal Federal admitir o Recurso Extraordinário 635.659/SP, que trata da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. Após o voto do relator Gilmar Mendes e de outros dois ministros, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, o julgamento

foi interrompido. Se a Suprema Corte decidir pela inconstitucionalidade dos crimes de porte de droga para consumo pessoal, o Brasil seguirá a tendência de outros países da América Latina. (MASSON; MARÇAL, 2022).

5 A VIOLAÇÃO OU NÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE RELATIVA À REINCIDÊNCIA NOS CASOS DE CONDENAÇÃO PELO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI ANTI DROGAS)

Até o momento, foi realizada uma análise da legislação brasileira em relação ao porte de drogas para consumo pessoal. Foram analisadas as penalidades impostas a esses indivíduos, além de ter sido abordado o conceito de reincidência, bem como um dos princípios basilares do ordenamento jurídico penal, o princípio da proporcionalidade. Assim, neste momento, será esclarecido se o princípio da proporcionalidade é ou não violado em relação à reincidência de condenação por porte de drogas para consumo pessoal, um tema relevante e atual que é o foco principal deste trabalho.

O artigo 28 da Lei de Drogas estabelece três tipos de penalidades: a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Vale ressaltar que a inobservância de qualquer uma dessas medidas não resulta em privação de liberdade para o condenado.

É importante destacar que, conforme previsto no artigo 63 do Código Penal, ocorre 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 crime anterior.”

Sendo assim, o conceito de reincidência exige que o indivíduo seja condenado por cometer um segundo crime após já ter sido condenado anteriormente por outro crime que tenha tido uma sentença condenatória transitada em julgado, e não uma contravenção penal, por exemplo. Além disso, o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece que crime é a “infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”. A pena de reclusão pode ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a pena de detenção pode ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, exceto

em casos de necessidade de transferência para regime fechado, conforme previsto no artigo 33 do Código Penal.

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 178.512/SP, o ministro Edson Fachin argumenta, que se o legislador não prevê pena privativa de liberdade para o crime do artigo 28 da Lei de Drogas, parece pouco justificável que uma condenação anterior possa ter efeito negativo na fixação da pena aplicada. (BRASIL, 2022).

No caso de reincidência “[...] deve o julgador, no exercício de seu prudente arbítrio, determinar o quantum da elevação da pena, sempre em obediência ao princípio da proporcionalidade”. (CUNHA, 2015).

Alguns doutrinadores categorizam o porte de drogas para uso pessoal como *abolitio criminis*. Conforme apontado por Rogério Greco (2016), A *abolitio criminis*, além de resultar na extinção da punibilidade, ocasiona o término de todos os efeitos penais da sentença condenatória, embora seus efeitos civis permaneçam válidos. Nesse sentido, com a descriminalização e a consequente cessação dos efeitos penais da condenação, é necessário proceder à exclusão do nome do indivíduo do registro de culpados, impedindo que sua condenação seja considerada para fins de reincidência ou de antecedentes penais.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Desembargador Márcio Bartoli (2012), afirma que não se pode buscar a aplicação do artigo 63 do Código Penal em situações de uso de drogas, ignorando completamente as inovações introduzidas pela Lei 11343/06. É importante ressaltar que essa lei é especial, possui a mesma hierarquia e foi promulgada posteriormente ao Código Penal. Ao adotar tal abordagem, estaríamos negando a completa alteração legislativa em relação ao tratamento dado ao usuário de drogas. Além disso, é inviável adotar uma interpretação que vá de encontro aos princípios constitucionais, especialmente os de proporcionalidade e razoabilidade.

É importante ressaltar que durante o julgamento do Recurso Especial 1.672.654/SP, sob a relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a Sexta Turma do STJ decidiu, por unanimidade, que considerar condenações anteriores baseadas no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para efeito de reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade, conforme consta na ementa do julgamento:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO

ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. [...] 2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas. [...] o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência. [...]. (BRASIL, 2018).

Atualmente, há uma grande discussão sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006. O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659, porém ainda não emitiu uma decisão a respeito do assunto. O cerne da questão diz respeito à possibilidade ou não de violação dos princípios da intimidade e vida privada, previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, e da lesividade, um valor fundamental do direito penal, pelo artigo 28. (BRASIL, 2015).

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 178.512/SP, o ministro Edson Fachin justifica que, além de parecer conflitante com o propósito da Lei 11.343/2006 no que diz respeito ao tratamento que deve ser dado ao usuário de drogas, é importante levar em conta que, de acordo com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, a reincidência depende da constatação de uma condenação criminal com trânsito em julgado, o que não ocorre em grande parte dos casos em que o artigo 28 da referida lei é aplicado. (BRASIL, 2022).

É possível observar que o STJ tem adotado a posição de que o porte de drogas para consumo pessoal não deve ser considerado como fator de reincidência. Além disso, é importante ressaltar a análise realizada no Recurso em Habeas Corpus nº 115173: [...] PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO. [...] 4. O "prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência" (BRASIL, 2019).

Por fim, vale ressaltar que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 não se qualifica como crime nos termos definidos na Lei de Introdução ao Código Penal, já que não prevê pena de reclusão ou detenção. Dessa forma, não há possibilidade de gerar reincidência, instituto regulado pelo Código Penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise realizada sobre a violação do princípio da proporcionalidade em relação à reincidência nos casos de condenação pelo porte de drogas para consumo pessoal, pode-se concluir que a aplicação desse princípio requer uma avaliação da adequação entre os meios utilizados pelo legislador e os objetivos buscados. A proporcionalidade, composta pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, exige uma relação valorativa e graduada entre a ação praticada e a punição prevista em lei, proibindo qualquer excesso.

No contexto específico do crime de porte de drogas para consumo pessoal, a legislação brasileira inovou ao proibir a imposição de pena privativa de liberdade para esse tipo de conduta. O legislador reconheceu que a prisão do indivíduo nessas circunstâncias não traz benefícios à sociedade e pode prejudicar o tratamento da dependência química, além de expor o usuário a um sistema carcerário ineficiente. Nesse sentido, a reincidência nesses casos tem sido considerada desproporcional por algumas instâncias judiciais.

Embora ainda haja divergências sobre a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, é importante ressaltar que o tema recebeu atenção especial após o Supremo Tribunal Federal admitir um recurso que trata da possibilidade de descriminalização dessa conduta. Caso o STF decida pela inconstitucionalidade desse delito, o Brasil seguirá a tendência de outros países da América Latina.

No que se refere à análise de decisões judiciais sobre a reincidência nos casos de condenação pelo porte de drogas para consumo pessoal, é notável que o Superior Tribunal de Justiça tem consolidado entendimento no sentido de que o porte de drogas não deve ser considerado como fator de reincidência. Não diferente o Superior Tribunal Federal na Decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 178.512/SP, de relatoria do Ministro Edson Fachin, assevera que, na medida em que o legislador não prevê pena privativa de liberdade para o crime do artigo 28 da Lei de Drogas, se denota sem justificativa que uma condenação anterior possa ter efeito negativo na fixação da pena aplicada, gerando a reincidência.

Deste modo é importante considerar que, de acordo com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, a reincidência depende da constatação de uma condenação criminal com trânsito em julgado, o que não ocorre em grande parte dos casos em que o artigo 28 da referida lei é aplicado.

Em suma, conclui-se que o artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para consumo pessoal, não configura crime nos termos definidos na Lei de Introdução ao Código Penal, uma vez que não prevê pena privativa de liberdade. Portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade implica entender que não há possibilidade de gerar reincidência nesses casos, pois isso viola um dos princípios fundamentais do direito penal: a proporcionalidade.

7 REFERÊNCIAS

BECCARIA, C. B. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 07 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre a legislação penal brasileira. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Dispõe sobre a legislação de Contravenções Penais. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Dispõe sobre a legislação de introdução do Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 09 dez. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Dispõe sobre a legislação de drogas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso: 05 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. **AgRg no AREsp 1679045/AC**. Quinta Turma. Agravantes: Bruno Silva dos Santos e Felipe Silva dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado do Acre. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/868174041/inteiro-teor-868174047>. Acesso: 10 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. **RCH nº 115173/SP**. Sexta Turma. Recorrente: Ahelen Moreira Neves. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859366203/recurso-ordinario-em-habeas-corporhc-115173-rj-2019-0197939-4/inteiro-teor-859366213?ref=serp>. Acesso: 17 abr. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1672654/SP**. Sexta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Luiz Gustavo dos Santos Ferreira. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/619896889/inteiro-teor-619896909>. Acesso: 17 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 636**. A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/SAMSUNG/Downloads/5067-19030-1-PB%20.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 241**. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2000. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 430105/RJ**. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Juízo de Direito do x Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro e Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 27 de abril de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso: 10 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 635659/SP**. Segunda Turma. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério

Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 09 de março de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso: 17 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE nº 453000/RS**. Pleno. Recorrente: Volnei da Silva Leal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 04 de abril de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>. Acesso: 19 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. **RHC nº 178512/SP**. Segunda Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Girlei Rosa de Oliveira. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, 22 de março de 2022. Disponível em: [file:///C:/Users/SAMSUNG/Downloads/RHC%20178.512%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/SAMSUNG/Downloads/RHC%20178.512%20(2).pdf). Acesso: 05 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 693**. Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2714#:~:text=O%20que%20voc%C3%AA%20procura%3F&text=N%C3%A3o%20cabe%20habeas%20corpus%20contra,pecuni%C3%A1ria%20seja%20a%20%C3%BAnica%20cominada>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CARVALHO, R. L. V. **Lei de drogas**: propostas redutoras de prejuízos humanitários. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CHIQUEZI, A. **Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante**. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp099252.pdf>. Acesso: 16 mar. 2023.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal - Parte Geral**. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2005.

FRANCO, A. S. **Reincidência**: um caso de não-recepção pela Constituição Federal. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4063-Reincidencia-um-caso-de-nao-recepcao-pela-constituicao-federal. Acesso: 13 mar. 2023.

GOMES, L. F. *et al.* **Nova Lei de Drogas comentada**. São Paulo: RT, 2006.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal** - Parte geral. 13ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, R. **Código Penal Comentado** - Parte geral. 10ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

KARAM, M. L. **A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo**. São Paulo, 2006. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/4220/>. Acesso: 15 abr. 2023.

LYRA, R. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1940. Disponível em: <https://www.gnsc.adv.br/wp-content/uploads/2020/11/Comentarios-ao-Codigo-Penal-Volume2-Nelson-Hungria.pdf>. Acesso: 15 mar. 2023.

MASSON, C.; MARÇAL, V. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645602/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5!\]/4/38/1:139\[%C3%A3o%20%2CBen\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645602/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5!]/4/38/1:139[%C3%A3o%20%2CBen]). Acesso: 07 abr. 2023.

PRADO, L. R. **Curso De Direito Penal Brasileiro** - Parte Geral. Vol. 1, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F122952706%2Fv16.10&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000017301480cbbfaa56efd#sl=0&eid=9a7e6323549bff0ca21f6988991a391b&eat=a-147913948&pg=&psl=e&nvgS=false>. Acesso: 05 mar. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal. **AC nº. 00097816420108260400/SP**. Recorrente: Lucas Ventura da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Márcio Bartoli, 05 de março de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-tj-sp-porte-drogas-nao-conta.pdf>. Acesso: 17 abr. 2023.

SOUZA, L. A. **Direito penal** - Parte Geral. Vol. 1, 4ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. E-book. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F174115796%2Fv4.4&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000017301480cbbfaa56efd#sl=p&eid=547ad6d4af4bdb3edc4ffbbfc08ccd97&eat=a-num4-num0-num0-DTR_2023_162&pg=RB-25.11&psl=&nvgS=false. Acesso: 12 mar. 2023.