XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

João Porto Silvério Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-793-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Reuniram-se os autores dos textos ora apresentados em uma tarde ensolarada do outono brasileiro, por ocasião do XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia.

Apresentados e discutidos os textos, na ordem em que agora serão apresentados, restou claro o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra e que foram divididos, de acordo com a temática de cada um, em três grandes blocos: direito penal material, o direito processual penal e a execução penal.

Destacam-se no primeiro bloco os seguintes textos:

- Princípio da insignificância no direito penal: fundamentos e aplicabilidade, das autoras Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno e Rejane Alves De Arr, que versa sobre o estudo do princípio da insignificância sob a ótica de seu acolhimento ao longo da história, de seus fundamentos e aplicabilidade na Justiça Comum e Militar, bem como de sua análise frente aos princípios da adequação social e da ofensividade e dos crimes de menor potencial ofensivo. Destacou-se que o princípio da insignificância passou a ser aplicado pelos Cortes Superiores na década de 80, momento que denota um avanço no processo de efetivação da subsidiariedade do direito penal no Brasil.

- A condenação criminal pelo uso de droga e a reincidência, do autor Bruno Pinheiro Caputo, e que traz uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação a respeito da condenação criminal pelo uso de drogas e o instituto da reincidência, com vistas à resposta à seguinte questão: a condenação por uso de drogas é geradora da reincidência?

- Espécies invasoras e a tutela do direito penal: o caso do bagre-africano, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Vanessa de Vasconcellos Lemgruber França, que versa sobre a abordagem jurídico-penal no tratamento de espécies invasoras em solo brasileiro, mais precisamente o Bagre-africano na região do Rio Caratinga. Pondera-se sobre a nova faceta do bem jurídico tutelado pelo direito penal na seara ambiental em decorrência do surgimento de novos riscos e do aprofundamento do processo de globalização.

- Para um conceito adequado de corrupção pública no direito penal, de Camilo de Oliveira Carvalho, que se volta à compreensão do conceito de corrupção, sobretudo da corrupção pública, bem como à identificação acerca de quais crimes do Código Penal é possível utilizar adequadamente o termo. O autor faz um breve panorama sobre o problema da corrupção para, em seguida, trabalhar com a sua compreensão ética e política. Por fim, são apresentados parâmetros para a identificação da corrupção pública, analisando, no Código Penal Brasileiro, as hipóteses aptas a se enquadrarem no conceito exposto.

- O bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro e a sua necessária identificação para a proteção da ordem constitucional, de Rhayssam Poubel de Alencar Arraes e Leonardo Ferreira dos Santos, e que analisa a natureza do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro demonstrando a sua importância para a proteção da ordem constitucional. É examinada a estrutura do referido delito, seu histórico, e a relação com seu objeto de tutela. O artigo conclui que o bem jurídico salvaguardado é a ordem econômica, sendo que a sua identificação é traduzida no amparo de direitos e garantias fundamentais do acusado e na defesa da ordem econômica, ambos elementos essenciais da ordem constitucional brasileira.

- Discurso jurídico penal e (pós) democracia, de Clodomir Assis Araújo Júnior, que trata da seguinte temática: entre a crise e um estágio de (pós) configuração, persistem vários discursos que tentam identificar de fato quais seriam as principais marcas da intervenção penal brasileira. O autor busca compreender se a função de contenção do poder punitivo vem sendo adequadamente concretizada pela Justiça Criminal Brasileira. Para tanto, foi perquirida a relação entre o eficientismo judicial, o ideário prevencionista da pena e as distorções da criminalização nos meios de comunicação.

- O direito penal do trabalho e a construção histórica da tutela penal em prol da organização do trabalho, de Marina Calanca Servo e Jair Aparecido Cardoso, que propõe a produção de novos olhares sobre os movimentos de proteção dos direitos laborais, mediante análise dos avanços obtidos no amparo desse bem jurídico. Para tanto, os autores percorrem desde o resultado da herança escravista às garantias concedidas pela Constituição de 1988, visando compreensão e análise da legitimidade ao Direito Penal do Trabalho.

- Responsabilização penal da pessoa jurídica e a (im) possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização, de Claudevan da Silva Lima, que assim pode ser resumido: considerando o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de responsabilização penal da pessoa jurídica, o texto tem por objetivo, partindo da criação da teoria do domínio do fato por Welzel e sua evolução para teoria do domínio da organização com seus pressupostos constitutivos desenvolvida por Roxin, fazer uma análise das teorias e,

ao final, constatar a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais.

- Fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, de Jamir Calili Ribeiro, o qual discute o fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, para o fim de responder às seguintes perguntas: é possível pensar na possibilidade de um ente coletivo praticar uma infração penal? Se for possível, o que fundamenta essa capacidade? Conclui-se que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é uma capacidade criada pelo legislador por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas, inspirada no Direito Penal Simbólico.

- A nova inquisição: o Supremo Tribunal Federal e a sua conduta de juiz inquisidor consonante à teoria do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, das autoras Karine Silva Carchedi e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, que pode ser resumidamente apresentado da seguinte forma: Recentemente, o Supremo Tribunal Federal consolidou-se como detentor de legitimidade para a abertura de inquérito com o fim de investigar possíveis notícias fraudulentas emanadas contra a instituição, bem como seus ministros e familiares. O texto objetiva analisar os possíveis pontos de inconstitucionalidade presentes na Portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019, o seu caráter processual penal inquisitivo não adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e a forma como se coaduna com o direito penal do inimigo.

- Os fins da pena: uma breve exposição sobre a teoria da prevenção geral positiva de Günter Jakobs, de Ana Carolina Ramos Silveira, e que tem por objetivo tecer breve exposição sobre os fins da pena conforme as teorias absolutas e relativas e, especialmente, sobre a teoria da prevenção geral positiva conforme Günther Jakobs.

- Sistema de justiça penal prospectivo: em busca de um paradigma de justiça social, de Brenda Caroline Querino Silva e Luiz Fernando Kazmierczak, e que busca compreender a responsabilidade da ineficiência da ressocialização dos condenados quanto a propagação do sentimento de ódio e vingança nos indivíduos. Objetiva-se destacar o caráter meramente retrospectivo do sistema criminal brasileiro, a fim de que seja possível elucidar a importância de sua humanização e alteração da perspectiva social atual.

Os textos que compõem o segundo grande bloco, que versa sobre o direito processual penal, são apresentados doravante, também por título, autores e conteúdo:

- Etiologia Criminológica no senso comum teórico e processo penal como instrumento de defesa social: (des)velando o fundamento da periculosidade do agente para garantia da ordem pública na prisão preventiva, dos autores Marcus Vinicius Do Nascimento Lioma e Juliano de Oliveira Leonel, e que pode ser assim resumido: A Criminologia etiológica, centrada no determinismo, abandonou a noção de responsabilidade penal ancorada no livre-arbítrio, fazendo com que o corpo criminológico voltasse a atenção para a finalidade de cessar ou diminuir a periculosidade do sujo, dentro de uma concepção de defesa social. A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite o uso da prisão preventiva para garantia da ordem pública partindo da noção de periculosidade do agente. O texto procura demonstrar o equívoco de se atribuir ao processo penal, notadamente à prisão preventiva, metas de defesa social, dentro do atual paradigma de um Estado Democrático de Direito.

- Prazo razoável do processo: liberdade de imprensa versus presunção de inocência do acusado, dos autores Tiago Oliveira De Castilhos e Valdir Florisbal Jung, que propõe uma reflexão sobre o princípio da razoável duração do processo, da análise da influência ou não da imprensa no trâmite dos processos e no julgamento de crimes de maior repercussão. A liberdade de expressão da mídia prevalece sobre a presunção de inocência nesta sociedade acuada pela (in)segurança pública? O que a torna mais propensa a confundir justiça e a vingança? Sobre o tema, os autores trataram, comparativamente, de dois processos de homicídio que tramitaram em Canoas, terceiro PIB do RS.

- “Pacote anticrime”: uma análise da transposição do instituto da plea bargaining para o processo penal brasileiro, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson, o qual analisa a transposição, para o processo penal brasileiro, do instituto da plea bargaining, questionando em que medida esta transposição se afigura como manifestação de um modelo eficientista de processo que viola as garantias estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito. O texto encontra-se estruturado em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos. Na primeira, analisa-se o instituto da plea bargaining conceitualmente; na segunda, visa estabelecer uma crítica ao instituto e à sua “transposição” à realidade brasileira, buscando evidenciar a lógica eficientista que subjaz à citada proposta de alteração legislativa.

- O artigo “A evolução da investigação policial e a feição resolutiva do delegado de polícia: mudança de paradigma”, de Irineu Coelho Filho e Marina Garcia Valadares, propõe uma releitura do sistema de investigação policial adotado pelo ordenamento jurídico, demonstrando a importância e a necessidade de seu aprimoramento, o que irá repercutir no aperfeiçoamento da Justiça Criminal. Busca-se com apoio na bibliografia uma revisão

conceitual, a construção e oferecimento de proposta de mudança de paradigma, atribuindo ao delegado de polícia a função de conciliador em prol da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça.

Por fim, os textos que tratam da execução penal, são os seguintes, por título, autores e resumo:

- Presídios e a iniciativa privada, de Evelise Slongo Dudziak, o qual propõe desvendar em que medida o Estado pode abrir mão da prestação do serviço público de segurança e conceder à iniciativa privada tal tarefa, diante da crise do sistema carcerário. Conclui-se que a administração dos presídios pode ser repassada às entidades privadas, sendo uma estratégia viável ao Poder Público.

- Panóptico: mecanismos de controle social e jurídico na sociedade contemporânea, de Fernanda dos Santos Andrade Amaral e Simone Valadão Costa e Tressa, O trabalho versa sobre o estudo do panóptico, idealizado por Jeremy Bentham como modelo arquitetônico para instituições de vigilância e retomado por Foucault sob o aspecto da dominação de pensamentos, bem como os diversos mecanismos de controle na sociedade contemporânea. A conclusão indica a necessidade de conscientização dos indivíduos quanto ao controle e a necessidade de elaboração de regras para uso moderado desses mecanismos.

- A modalidade da educação à distância para os apenados: inclusão social e efetividade dos direitos da personalidade, de Débora Alécio e Zulmar Antonio Fachin, e que tem por objetivo discutir a situação de vulnerabilidade do apenado, diante da necessidade de inclusão social por meio da educação. Considera-se que a educação à distância é uma modalidade capaz de alcançar este público vulnerável, acesso este que procura garantir o mínimo existencial, o resguardo aos direitos da personalidade e se mostra como meio hábil de ressocialização. Por isso, a educação à distância se torna um instrumento de inclusão social do preso e consequente efetivação do direito à educação e direitos da personalidade.

O leitor, por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas.

Tenham todos ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. João Porto Silvério Júnior - UNIRV

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - UNIJUI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CONDENAÇÃO CRIMINAL PELO USO DE DROGA E A REINCIDÊNCIA.

THE CRIMINAL CONDEMNATION FOR THE USE OF DRUG AND RECENTNESS

Bruno Pinheiro Caputo

Resumo

O presente artigo tem por finalidade fazer uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação, basicamente, a respeito da condenação criminal pelo uso de drogas e o instituto da reincidência. A pesquisa adotará o método dogmático jurídico. Será buscado durante o desenvolvimento do trabalho responder a seguinte pergunta: A condenação por uso de drogas é geradora da reincidência?

Palavras-chave: Uso de droga, Condenação, Reincidência, Proporcionalidade, Jurisprudência

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze the jurisprudence of higher courts and legislation, basically regarding criminal conviction for drug use and the institute of recidivism. The research will adopt the legal dogmatic method. It will be sought during the development of the work to answer the following question: Is condemnation for drug use leading to recidivism?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Use of drug, Conviction, Recidivism, Proportionality, Jurisprudence

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade fazer uma análise jurisprudencial, notadamente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, e legal a respeito da condenação criminal por uso de droga e o instituto da reincidência.

A discussão é de suma importância para a sociedade e para a seara jurídica na medida em que busca analisar se a condenação por uso de droga é capaz de gerar ou não reincidência quando o condenado pelo uso comete novo crime.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 430.105/RJ (BRASIL, 2007), consolidou ser o uso de droga capaz de configurar crime por estar o artigo 28, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), responsável por tipificar o uso de drogas, inserido no capítulo "dos crimes e das penas", embora seja uma conduta despenalizada, ou seja, não tem previsão legal de, caso o usuário seja condenado, venha a sofrer pena privativa de liberdade, mas somente advertência sobre os efeitos nocivos das drogas, prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Caso o agente condenado, injustificadamente, não cumpra as medidas expostas acima contida na sentença penal condenatória poderá o juiz o submeter, sucessivamente, a admoestação verbal e multa, conforme parágrafo sexto, do artigo 28, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006).

Ainda a respeito da sanção penal, calha afirmar que caso o agente seja condenado por uso e sofra a pena de prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, o tempo de cumprimento de tais penas será de cinco meses e, em caso de reincidência, será aplicada a pena de dez meses, conforme parágrafos segundo e terceiro, do artigo 28, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006).

No que se refere ainda a discussão sobre ser ou não crime o uso de droga, seguindo o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, vinha, recorrentemente, decidindo que a condenação por uso de drogas é crime e, portanto, capaz de ser gerador da reincidência.

Todavia, em um sentido totalmente oposto, passou a decidir não ser a condenação por uso de drogas geradora de futura reincidência, apesar de crime, conforme julgamento do REsp 1.672.654/SP (BRASIL, 2018).

Para chegar à conclusão de não ser possível a condenação por uso de drogas gerar a reincidência, o Superior Tribunal de Justiça utilizou do princípio da proporcionalidade, sob o

argumento de estar o crime de uso de drogas despenalizado e, diante disso, como as contravenções penais também não geram reincidência e ao mesmo tempo tem pena de prisão simples, vale dizer, prevê pena privativa de liberdade, seria desproporcional a condenação por uso de drogas ser geradora da reincidência, o que, segundo a sua visão, é capaz de afastar o instituto da reincidência, mesmo estando diante de um crime.

Nesse contexto, a polêmica do tema encontra-se em saber se a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi acertada ao concluir pela não geração da reincidência após a condenação do agente pelo crime de uso de drogas ou, ao contrário, se andou mal o Superior Tribunal de Justiça ao decidir dessa forma, uma vez que o uso de drogas é crime e, assim o sendo, é de rigor operar-se a reincidência após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Portanto, busca-se, nos próximos capítulos, pormenorizar tal discussão, fazendo uma análise a respeito do crime de uso de drogas, reincidência, e as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para, só depois, chegar a uma conclusão a respeito de ser ou não a condenação ao uso de drogas geradora da reincidência e, consequentemente, se o Superior Tribunal de Justiça acertou ou errou na decisão.

2 REINCIDÊNCIA

A reincidência é uma agravante contida no Código Penal, conforme artigo 61, I, (BRASIL, 1941) que age na segunda fase da dosimetria da pena para aumentar a pena do réu.

O Código Penal, no artigo 63, dispõe que “verifica-se 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” (BRASIL, 1941).

Diante disso, pode-se concluir que a reincidência apresenta alguns pressupostos, a saber: trânsito em julgado da sentença penal condenatória e cometimento de nova infração penal.

Dispondo sobre a reincidência, o artigo 7°, da Lei de Contravenções penais, prescreve que “verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção” (BRASIL, 1941).

Destarte, é possível inferir dos dispositivos legais que caso o réu seja condenado com trânsito em julgado por crime, no Brasil ou estrangeiro, desde que o crime no estrangeiro também seja crime no Brasil, haverá a configuração da reincidência na hipótese de condenação

por novo crime, assim como também haverá a reincidência caso haja condenação, com trânsito em julgado, por contravenção penal praticada no Brasil e a posterior condenação, por nova contravenção, no Brasil.

Importante esclarecer que caso seja o réu condenado, com trânsito em julgado, por contravenção, e venha a ser condenado por pratica de crime, não será considerado reincidente, por falta de previsão legal.

A reincidência, conforme prescreve o artigo 64, I, CP, (BRASIL, 1941) não irá durar a eternidade.

É que o Código penal adotou o sistema da temporariedade, prescrevendo, no artigo citado, o seu tempo depurador, conforme segue:

> não prevalece a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão e do livramento condicional, se não ocorrer revogação (BRASIL, 1941).

Como observa-se, a reincidência tem prazo para sua duração. Diante disso, o dispositivo legal acima transcrito é claro ao dispor que o período depurador da reincidência será de 5 (cinco) anos, a contar do cumprimento da pena ou da sua extinção, sendo o período de prova da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional também computado, se não ocorrer a revogação.

Insta ressaltar que passado o período depurador da reincidência, caso o agente volte a ser novamente condenado por crime cometido após a condenação criminal transitada em julgado, a reincidência, obviamente, não será considerada para agravar sua pena na segunda fase da dosimetria da pena.

Entretanto, a condenação anterior será utilizada na primeira fase da dosimetria como maus antecedentes para agravar a pena do condenado. Nesse caso, porém, há que se ressaltar ter a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126315/SP (BRASIL, 2015), sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidido que a condenação com trânsito em julgado por crime anterior não poderá ser usado na primeira fase da dosimetria da pena eternamente:

> Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6.

> Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida (BRASIL, 2015).

A decisão acima baseia-se no fato, basicamente, de não haver no Brasil penas de caráter perpétuo, não podendo, dessa maneira, a condenação criminal transitada em julgada ser utilizada infinitamente em desfavor do réu. Apesar dos argumentos, vale esclarecer não ter sido decisão tomada pela pleno do Supremo Tribunal Federal, o traz como consequência o fato de não vincular os demais órgãos do Judiciário. No Estado de Minas Gerais, por exemplo, a primeira câmara criminal há o entendimento de não se aplicar o tempo depurador na reincidência aos maus antecedentes, ressalvado a divergência, conforme decidido:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO - CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 155, CAPUT C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL - MAUS ANTECEDENTES - EXTINÇÃO DA PENA HÁ MAIS DE CINCO ANOS - IRRELEVÂNCIA - COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - IMPOSSIBILIDADE. Diferentemente da agravante da reincidência, para a configuração dos maus antecedentes, é irrelevante o transcurso do prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do CP. É inviável a simples compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, especialmente quando a confissão não trouxe contribuição para a elucidação dos fatos e o agente é reincidente também por crime contra o patrimônio.
> V.v.: EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - MAUS ANTECEDENTES - NÃO CONFIGURADOS. Os registros de sentenças condenatórias transitadas em julgado e que tiveram a extinção da pena em momento anterior ao período depurador de cinco anos, estabelecido no art. 64, inciso I, do Código Penal, são inaptos a arrimar a agravante da reincidência, bem como não podem ser utilizados para macular os antecedentes criminais (BRASIL, 2019).

Pelo citado acordão, dar-se para vislumbrar a polêmica do tema, ao passo que a decisão da não incidência do período depurador da reincidência para afastar os maus antecedentes deu-se de forma não unânime, considerando a maioria não ser possível aplicar o período depurador da reincidência aos maus antecedentes.

Pois bem.

Ainda no que concerne a dosimetria da pena, mais especificamente os maus antecedentes e a reincidência, uma observação é salutar, ou seja, não pode o julgador, no momento da dosimetria da pena, utilizar o mesmo crime com trânsito em julgado em desfavor do condenado para aumentar a pena na primeira fase, como maus antecedentes, e segunda fase, como reincidência, da dosimetria pena, sob pena de bis in idem.

O que seria possível é caso o réu fosse reincidente por múltiplas condenações com trânsito em julgado sem ter passado o seu período depurador o magistrado utilizar um crime

com trânsito em julgado para agravar a sua pena na primeira fase e outro na segunda fase da dosimetria, o primeiro como maus antecedentes e o segundo como reincidente.

Questão interessante a ser explicitada é em relação a extinção da punibilidade.

Em regra, caso a punibilidade seja extinta ao longo do processo criminal, portanto antes do trânsito em julgado, não há que se falar em reincidência, eis que faltará seu pressuposto básico, o trânsito em julgado.

Todavia, se a extinção da punibilidade se der após o trânsito em julgado, como, por exemplo, prescrição da pretensão executória, o réu, caso cometa novo crime, será considerado reincidente, na medida em que houve o trânsito em julgado, salvo a situação em que a extinção da punibilidade se der por abolitio criminis, perdão judicial e anistia.

Do discorrido até o presente, a reincidência, conforme já é observado, irá ser utilizada sempre em malefício do réu, expondo o legislador, além do seu aumento na segunda fase da dosimetria da pena, a vedação ao livramento condicional nos crimes hediondos em que o condenado seja reincidente específico nesses crimes, conforme artigo 83, V, CP (BRASIL, 1941).

Tem-se, ainda, a hipótese trazida pelo Código Penal no caso de concurso entre agravantes e atenuantes, sendo a reincidência, os motivos determinantes do crime e a personalidade do agente preponderantes, conforme artigo 67 (BRASIL, 1941).

Por último, urge salientar não gerar a reincidência os crimes militares próprios, que são aqueles previstos somente no Código Penal Militar, e os crimes políticos.

Diante do exposto, é possível observar que o legislador trata o reincidente de maneira mais rígida, uma vez que, condenado pelo sistema de justiça criminal com trânsito em julgado, ainda assim voltou a delinquir, o que torna a sua censura maior na segunda fase de dosimetria da pena, respeitado o período depurador.

3 USO DE DROGA NA LEI 11.343/06 E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Lei 11343/06, no seu artigo 28, tipifica o uso de drogas, prescrevendo:

> quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo a determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
>
> I – advertência sobre os efeitos nocivos das drogas;
>
> II – prestação de serviços à comunidade;

> III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006)

O bem jurídico tutelado pela normal penal é a saúde pública e o equilíbrio sanitário da coletividade.

Pela análise do dispositivo legal supra, é possível, inicialmente, já perceber que o legislador foi atécnico ao utilizar a palavra “drogas”, quando, na verdade, para que a conduta se amolde ao tipo penal não é necessário estar o agente com “drogas”, mas, apenas, com droga.

Outro ponto importante a ser observado é que não foi inserido nos verbos do artigo 28 a expressão “usar”, o que tem como consequência o fato de que se for encontrada uma pessoa apenas usando droga, sem, porém, ter incidido nos verbos núcleo do tipo, o fato será atípico.

Ainda sobre os verbos contidos no artigo 28, há que se destacar o fato de também estarem contidos no artigo 33, o qual tipifica o crime de tráfico de drogas, ambos da Lei 11.343/06 (BRASIL, 1941).

Com efeito, considerando ser os verbos idênticos, pode-se chegar à conclusão ser a diferença entre o crime de uso de drogas e o tráfico de drogas, basicamente, residente no elemento subjetivo do agente, ou seja, seu especial fim de agir.

No artigo 28, o agente adquiri, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, a droga para consumo pessoal, enquanto no artigo 33, tráfico, visa a mercancia.

Ponto em comum entre o artigo 28 e o artigo 33 é que ambos, como outros, estão dispostos no Capítulo três, denominado “Dos crimes das penas”, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006).

Apesar do título, o uso de drogas não traz qualquer modalidade de pena privativa de liberdade, o que leva a conclusão do legislador o ter despenalizado, apesar de ser considerado crime, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 430.105/RJ (BRASIL, 2007):

> EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de

> princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado (BRASIL, 2007).

Como percebe-se, o tribunal constitucional prestigiou a opção do legislador em colocar o uso de drogas dentro do capítulo “dos crimes e das penas”, o que levou a ser decidido ser o uso de drogas crime, apesar, conforme dito, de despenalizado.

Seguindo no mesmo sentido do Supremo Tribunal Federal, o professor Gabriel Habib, com o brilhantismo que lhe é peculiar, assim se pronunciou sobre ser ou não o uso de drogas crime:

> o porte de drogas para uso continua sendo uma infração de natureza penal. Em primeiro lugar, o art. 28 está previsto no capítulo III da lei, que dispõe “Dos crimes e das Penas”. Logo, se o legislador inseriu a infração dentro desse capítulo, com esse tema, fica clara a sua opção em classifica-lo como infração de caráter penal. Em segundo lugar, a parte final do art. 28, caput, dispõe “será submetido às seguintes penas”. Mais uma vez o legislador deixou claro que a consequência jurídica para quem praticar a conduta prevista no art. 28 da lei é uma sanção penal. Em terceiro lugar, há várias infrações de natureza penal às quais o legislador não comina pena privativa de liberdade, e nem por isso deixam de ser consideradas crimes, a exemplo dos artigos 292, 303, 304 e 306 do Código Eleitoral (Lei n° 4.737/1965). Portanto, o art.28, que dispõe sobre a conduta de porte de drogas para uso, continua sendo infração penal (HABIB, 2017, p.485).

Ver-se, claramente, que o renomado professor também não se afastou da opção do legislador em inserir o uso de drogas no capítulo “dos crimes e das penas”, da Lei de drogas (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, observa-se ser de suma importância a atenção do operador do direito nas suas diversas áreas de atuação, como na função judicante, se atentar para as opções do legislador, dado que tais opções representam, em última análise, a soberania popular.

Portanto, feitas tais considerações, verifica-se restar consolidado na jurisprudência do pretório excelso e do Superior Tribunal de Justiça ser o uso de droga crime, apesar de despenalizado, uma vez que, basicamente, está inserido no capítulo dos crimes e das penas na Lei 11343/06, Lei de drogas. (BRASIL. 2006).

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, é salutar afirmar que o presente artigo não pretende esgotar o tema a respeito de tal princípio, mas apenas abordar os aspectos mais importantes a seu respeito dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de adentrar especificamente no dito princípio, cabe trazer à baila a diferença básica entre princípio e regra.

Os princípios são normas qualitativas e, por isso, dotados de um maior grau de abstração que as regras, fazendo com que consigam regulamentar um maior número de situações. Já as regras, são normas específicas que atuam no caso concreto no "tudo ou nada", o que as fazem serem menos qualitativas e, com isso, sem flexibilidade.

A respeito da diferença, cabe trazer os ensinamentos de Robert Alexy:

> "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentre das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve ser fazer exatamente aquela que ela exige; nem mais menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio" (ALEXY, 2006, p.91).

O princípio da proporcionalidade tem status de norma constitucional, eis que está dentre os princípios implícitos da carta maior, como, por exemplo, o princípio da lesividade.

Tal princípio visa assegurar que nenhum princípio constitucional é absoluto. Diante disso, quando estiverem em colisão dois princípios constitucionais, o princípio da proporcionalidade, utilizando a ponderação de valores a luz da dignidade da pessoa humana, irá estabelecer qual princípio em colisão irá prevalecer.

Vale ressaltar que a prevalência de um princípio constitucional sobre o outro não quer dizer que o princípio afastado perdeu totalmente sua essência, pelo contrário, o princípio ainda continua válido para o caso em que foi afastado, porém relativizado, permanecendo, assim, seu núcleo intangível (SILVA,2017).

A respeito da colisão dos princípios constitucionais e o seu núcleo intangível, o Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar a respeito da progressão de regime nos crimes hediondos no julgamento responsável por editar a súmula 471 (BRASIL, 2006), a qual prevê a

possibilidade de presos por crimes hediondos progredirem de regimes, asseverou, pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, a impossibilidade de um princípio, mesmo que relativizado, não pode perder o seu núcleo intangível, conforme segue:

> A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado. Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a idéia de individualização enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas em maculatura. Daí afirmar Maria Lucia Karam, em texto já referido por Peluso, que "a imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento de pena privativa de liberdade, com vedação de progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim indevidamente retirando-lhe eficácia, assim, indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante." (Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, in: Escrito em Homenagem a Alberto Silva Franco, São Paulo, 2003, p. 314) (BRASIL, 2006).

Pelo voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, observa-se a importância de se manter o núcleo intangível dos princípios constitucionais, notadamente os princípios garantidores dos direitos e garantias fundamentais, eis que se assim não o fosse o legislador poderia simplesmente, através de uma Lei ordinária, suprimi-lo de forma indireta, atentando contra a ordem constitucional brasileira.

O princípio da proporcionalidade é bastante desenvolvido pelo direito e doutrina administrativista, onde é empregado como forma de limitar o poder discricionário do administrador ao analisar se o ato administrativo utilizou os meios proporcionais para alcançar determinados fins, devendo o administrador utilizá-lo segundo os padrões comuns da sociedade e não pelos seus critérios pessoais (DI PIETRO, 2017)

Devido sua ampla atuação, o princípio é subdividido em três subprincípios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação refere-se ao fim pretendido pela administração pública e o meio utilizado para alcançar seu objetivo. O segundo subprincípio, necessidade, afirma que a administração pública adote, dentre os meios, aquele que menos limitações tragam ao administrado. O terceiro, proporcionalidade em sentido estrito, traz uma valoração entre o direito garantido e o outro restringido, de modo que o direito garantido traga maior vantagem.

No direito penal, o princípio da proporcionalidade está ligado mais à sanção penal e a gravidade do fato. Vale dizer, a sanção penal deve estar proporcional com a conduta criminosa expositora do bem jurídico tutelado pela norma penal.

Nessa linha intelectiva, Rogério Sanches da Cunha conceitua o citado princípio da seguinte forma:

> Trata-se de princípio constitucional implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra a sua função, deve se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente. Esse mandamento foi aprofundado na teoria geral da pena (CUNHA, 2015, p. 98).

Como se percebe, o princípio, no campo penal, está ligado entre a exposição do bem jurídico pela conduta criminosa e a censura imposta em decorrência de tal violação.

Portanto, na seara penal, o princípio da proporcionalidade estará ligado aos ditames da pena aplicada ao delito praticado.

5 A CONDENAÇÃO POR USO DE DROGA E A REINCIDÊNCIA.

Conforme discorrido ao longo do trabalho, o uso de droga, diante da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, é crime, ainda que despenalizado.

Como não poderia deixar de ser, o pretório excelso levou em consideração o fato do legislador, intencionalmente, inserir o uso de drogas no capítulo “dos crimes e das penas” na Lei de Drogas (BRASIL, 2006) para qualificar o uso de droga “crime”, mesmo que despenalizado.

A despenalização do uso de drogas, aliás, não é motivo suficiente para deixá-lo de considerar como crime, uma vez que ainda existe sanção penal, porém, mais branda. O termo “despenalização” não quer dizer, diga-se de passagem, ausência de sanção penal, mas, apenas, a sua descarcerização. A respeito do tema, Gabriel Habib explana:

> Na despenalização, a conduta continua sendo crime e a resposta estatal continua sendo uma pena. Embora seja uma pena, é uma sanção penal mais suave, sem que haja a privação da liberdade. O legislador, por meio desse instituto, mantém a intenção de aplicar ao agente uma sanção penal, porém, uma sanção mais branda, que não implique a privação da liberdade. Por esse razão, temos que a expressão despenalização é equivocada, uma vez que, se a intenção é evitar o cárcere, o mais correto seria denomina-la descarcerização. (HABIB, 2017, p. 485).

Como se viu, o renomado professor Gabriel Habib discorre a respeito da despenalização, afirmando, basicamente, não haver motivos para não se considerar crime uma conduta descrita no tipo penal somente por não haver pena; aqui se refere a pena como privativa de liberdade, haja vista que a ausência de pena não significa ausência de sanção penal.

Pois bem.

Apesar do tribunal constitucional entender ser o uso de drogas crime, o Superior Tribunal de justiça, no REsp 1.672.654/SP (BRASIL, 2018), decidiu que a condenação por uso de droga é crime, portanto filiou-se a corrente seguida pelo supremo, mas afirmou não gerar reincidência.

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. 1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. 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 a 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. 3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. 4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, 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. 5. Recurso improvido (BRASIL, 2018).

O voto condutor do acordão, proferido pela Ministra Maria Thereza, no REsp 1.672.654/SP, assim discorreu:

> revendo meu posicionamento, tenho que a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade. É que, como é cediço, a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência pois o artigo 63 do Código Penal é expresso ao se referir à pratica de novo crime ao dispor: Art. 63 - Verifica-se 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. E, 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 a 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. Há de se considerar, ainda,

> que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, ocasião em que o ilustre relator, Ministro Gilmar Mendes, votando pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, consignou que "Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional. " Assim, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, tenho que 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).

Analisando o decidido pela corte superior, afere-se, facilmente, ter embasado o voto da Ministra para deixar de considerar reincidente a condenação pelo uso de droga o princípio da proporcionalidade, haja vista que, segundo o acordão, não há como considerar reincidente aquele condenado por crime de uso de drogas por ter havido a sua despenalização e, como as contravenções penais não geram reincidência e tem pena de prisão simples, não é proporcional o condenado por uso de drogas ser reincidente.

Ora, com todo o respeito merecido pelo Superior Tribunal de Justiça, é lamentável o pensamento exposto no dito acordão, eis que o princípio da proporcionalidade, conforme utilizado, gera um poder incomensurável ao Judiciário na medida em que pode utilizá-lo para qualquer fim, inclusive, conforme a própria decisão, comparar situação incomparáveis e desnaturar leis.

O legislador, quando da elaboração da Lei de drogas, quis que o uso de drogas continuasse a ser, para defender a saúde pública, crime e, como tal, não há motivo para deixar de considerar o usuário condenado como reincidente, na medida em que a condenação por crime gera reincidência.

Ademais, na elaboração da norma, o legislador ponderou ser a conduta do usuário passível de sanção, eis que é através dele que o tráfico de drogas se fortalece, pois não é possível imaginar o tráfico sem o usuário.

Calha afirmar ainda, não ter o Código Penal (BRASIL, 1941), ao dispor sobre a reincidência, excepcionalizado nenhuma situação em que o réu seja condenado com transito em julgado por crime e, após cometimento de novo crime, não seja considerado a sua reincidência,

salvo, conforme discorrido, se ultrapassado o seu tempo depurador ou ter havido abolitio criminis, perdão judicial e anistia.

Desconsiderar tal situação é um atentado inadmissível a separação dos poderes, pois desconsidera-se, a partir de uma decisão judicial, através de uma Ministra que não foi eleita pelo povo, uma disposição da Lei infraconstitucional que criminaliza e, com a criminalização vem todos os consectários legais, o uso de drogas pelo princípio da proporcionalidade, o qual é carregado de alta carga subjetivista.

Ao legislador é atribuído a tarefa de escolher os bens jurídicos que merecem ser tutelados pelo Direito Penal, sempre tendo em vista o princípio subsidiariedade e fragmentariedade, ambos corolários do princípio constitucional da intervenção mínima, o qual afirma servir o direito penal somente para tutelar, de forma subsidiária a outros ramos do direito, aqueles bens jurídicos mais importantes para sociedade.

Após a escolha do legislador para tutelar os bens jurídicos mais importantes na seara penal, deve o judiciário, no caso da Lei ser considerada constitucional, aplicá-la de acordo como exposta, não podendo utilizar métodos interpretativos para desnaturalizar o que foi legislado pelo legislador e, com isso, afetar a separação e harmonia entre as funções exercidas pelo Judiciário, Executivo e Legislativo, dado que assim o fazendo estará atuando como legislador positivo, ferindo, com todo respeito, a segurança jurídica que a sociedade deposita no ordenamento jurídico.

A Constituição da República é clara ao dispor em seu artigo 1°, parágrafo único, que "o poder emana do povo, que o exerce por meio dos seus representantes eleitos ou diretamente, por meio desta constituição" (BRASIL, 1988). Estabeleceu-se, a partir do dito artigo, a democracia representativa ou semidireta conjugada, em alguns casos, com a democracia direta, a qual é exercida, por exemplo, pela iniciativa popular, referendo e plebiscitos.

Os representantes do povo encontram-se na Câmara dos Deputados, a qual faz parte do Congresso Nacional, exercendo o poder que lhes fora outorgados constitucionalmente através do povo por meio do voto, motivo pelo qual a produção legislativa por eles elaborada deve ser respeitada pelo Judiciário, sob pena, conforme dito, de interferência indevida no Legislativo e, assim, flagrante atentado contra a soberania popular e a separação de poderes, a qual deve ser harmoniosa e independente.

Diante do exposto, não é salutar que o Judiciário fique utilizando princípios de elevada carga subjetivista para relativizar leis consideradas constitucionais e, com isso, atentar contra o

princípio da separação dos poderes, soberania popular e segurança jurídica, dado que tais atentados ferem frontalmente a carta constitucional de 1988 (BRASIL, 1988).

6 Conclusão

Conforme exposto, o trabalho buscou trazer a discussão a respeito da reincidência após o réu ser condenado por crime de uso de drogas.

Para tanto, fez-se uma análise legal e jurisprudencial, a qual analisou o artigo 28, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), e as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no que se refere a criminalização do uso de drogas e a reincidência.

Delineado o aspecto legal e jurisprudencial, o trabalho buscou abordar algumas considerações sobre princípios e, dentro de conteúdo, falou-se do princípio da proporcionalidade para, só depois, tecer maiores explanações acerca da condenação por uso de drogas e a reincidência.

Percorrido todo o caminho, não se pode deixar de reconhecer ter o Superior Tribunal de Justiça andado mal ao decidir que a condenação por uso de drogas não gera reincidência.

Apesar de ser considerado crime, o Tribunal, sob o argumento de ter o legislador despenalizado tal conduta e, como o crime de uso de drogas foi despenalizado e as contravenções penais tem pena de prisão simples, passou a entender ser desproporcional conferir o status de reincidente ao condenado por uso de drogas quando comete novo crime.

Ora, a despenalização não significa falta de sanção penal, mas, apenas, uma sanção penal mais branda, uma vez que ainda estão mantidas como sanção a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Ademais, o legislador elencou o uso de drogas no capítulo “dos crimes e das penas” na Lei de Drogas (BRASIL, 2006), o que implica ser ainda considerado crime e, como tal, deve o condenado ser considerado reincidente, uma vez que o Código Penal (BRASIL, 1941) ao dispor a respeito da reincidência considerou sê-lo aquele que novamente é condenado após já ter sofrido condenação criminal com transito em julgado por crime, desde que não ultrapassado o seu período depurador, não ter havido abolitio crimines, anistia e perdão judicial, não trazendo o texto legal qualquer outra exceção à regra, o que leva ao entendimento de não ser possível o interprete excepcionar onde o legislador não excepcionou e quis que fosse o condenado tratado

com maior rigor, eis que mesmo condenado com transito em julgado pelo sistema de justiça criminal ainda assim voltou a delinquir.

A comparação do artigo 28, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), que criminaliza o uso, com as contravenções penais, para fins de aplicação do princípio da proporcionalidade adotado pela corte superior não há que prevalecer, visto que o crime de uso de drogas protege de forma específica a saúde pública, diferente das contravenções penais que visa a incolumidade pública de forma genérica, o que torna a aplicação do princípio indevida.

Dessa forma, o meio legal para deixar de considerar o usuário condenado com trânsito em julgado como reincidente seria através do legislador utilizando da sua função típica, ou seja, legislar e excepcionar a regra do artigo 64, inciso I, do Código Penal (BRASIL, 1964).

Não é o Judiciário, através de princípios vagos, como o da proporcionalidade, que pode ser utilizado em qualquer situação onde supostamente haja um conflito de princípios e, com isso, sob o argumento de estar fazendo uma ponderação de valores, que pode desconsiderar o que foi constitucionalmente legislado pelo representante do povo, sob pena, conforme já dito, de indevida intromissão do Judiciário na esfera legislativa e, consequentemente, na soberania popular, separação e harmonia entre as funções exercidas na República Federativa do Brasil.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça andou mal ao decidir que a condenação transitada em julgado por crime de uso de drogas deixou de gerar a reincidência, uma vez que ainda continua sendo crime e, como tal, deve gerar a reincidência, de acordo com o artigo 64, inciso I, Código Penal, (BRASIL, 1964) conforme vontade do legislador, tendo tal decisão ido de encontro aos postulados constitucionais da separação, harmonia dos poderes e soberania popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Editora Malheiros, tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5° Edição, 2006.

CUNHA. Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. 3° Edição. Editora JusPodivm. 2015.

HABIB. Gabriel. *Leis Penais Especiais*. 9° Edição. Editora JusPodivm. 2017.

SILVA. Virgílio Afonso. Teoria dos Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2° Edição. Editora Malheiros, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Alexandre de Morais. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. *Código Penal (1941)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm . Acesso em 29/03/2019.

BRASIL. *Lei 11.434/06.* Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em 29/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 430.105/RJ. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2228314. Acesso em 29/03/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.672.654, SP. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/nao-reincidente-reu-condenado-porte.pdf . Acesso em 29/03/2019.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959-7. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206. Acesso em 29/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.315. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298. Acesso em 29/03/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0433.18.009901-5/001. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10433180099015001 . Acesso em 29/03/2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30° edição. Editora Forense. 2017.