

TESE 17

Proponente:

Área: Criminal

II Encontro Estadual - 2008

Súmula: A condenação pelo artigo 28 da Lei de Drogas não gera reincidência e outros efeitos secundários.

A tese é de extrema relevância aos Defensores Públicos que lidam com o direito penal, tanto no processo de conhecimento como no de execução da pena. A imunização dos efeitos decorrentes da reincidência impede a intensificação do direito de punir do Estado. Como consequência, o indivíduo defendido pela Defensoria Pública cumprirá tempo menor de prisão, seja porque não teve sua pena exacerbada, seja porque não será obrigado a cumprir lapsos temporais maiores com vistas a sua progressiva liberdade. Isso certamente reduz os efeitos deletérios e marginalizantes que o sistema penitenciário produz, bem como contribui ao arrefecimento da dessocialização do condenado. É necessário que os Defensores Públicos lotados nas varas criminais singulares e nas varas de execuções penais incorporem a seu cotidiano funcional a vertente hermenêutica consubstanciada na presente tese, afirmando a importância dos princípios e contribuindo ao fortalecimento de um sistema penal edificado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. A utilidade prática do posicionamento adotado, portanto, evidencia o interesse e a pertinência institucionais da tese (artigos 2º; 5º, III; 51, I DA LODPSP).

Trata o artigo 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) da conduta daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Anteriormente era o artigo 16 da Lei 6.368/76 o responsável pela descrição e a definição das consequências jurídico-penais do comportamento do usuário de drogas.

O legislador ordinário deu novo tratamento aos usuários de drogas, deixando de puni-los com pena privativa de liberdade. Como se lê nos incisos do artigo 28 da Lei de Drogas[1], esses agentes doravante sofrerão medidas despenalizadoras, abandonada que foi a idéia do encarceramento.

Em razão disso, instalou-se relevante discussão acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei de Drogas. Basicamente, três posições surgiram: I) houve *abolitio criminis*, de modo a rechaçar o caráter criminoso da conduta do usuário de drogas; II) trata-se de infração penal *sui generis*, pois a nova disciplina legal descriminalizou formalmente a conduta do usuário e, ao mesmo tempo, previu medidas despenalizadoras para censurá-lo; III) o artigo 28 é crime e o usuário, tóxico-delinquente, tendo havido apenas despenalização da conduta do usuário.

Nos autos do Recurso Extraordinário de n. 430.105 QO/RJ, publicado em 13 de fevereiro de 2007, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o egrégio Supremo Tribunal Federal adotou o terceiro entendimento supramencionado[2]-[3].

Nesse ponto, indaga-se: pode o artigo 28 da Lei de drogas gerar reincidência?

Como regra, na hipótese de o agente ter contra si condenação anterior definitiva pela prática de crime, caso incorra novamente nas elementares de um tipo penal, será considerado reincidente, em conformidade com o artigo 63 do Código Penal.

Nessa ordem de idéias, na linha do entendimento recentemente sufragado pela mais alta corte de Justiça do país, será reincidente o agente que cometer nova infração penal após ser condenado definitivamente pelo cometimento da infração descrita no artigo 28 da Lei de Drogas. Essa solução encontra amparo na legislação penal em vigor e certamente atrairá muitos adeptos.

Discorda-se de tal posicionamento, porém.

Sabe-se que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem com um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana, como se lê no primeiro dispositivo da Carta Maior. A colocação topográfica desse comando revela que nosso sistema constitucional é garantista.

Desse modo, os provimentos jurisdicionais não de ser razoáveis, proporcionais, tendo-se sempre em mira o indivíduo, figura mais importante em um Estado como o nosso, marcado por sua feição Social, Democrática e Humanista.

Colocadas tais premissas, afirma-se convicta e veementemente que **A CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS É INCAPAZ DE GERAR REINCIDÊNCIA**, razão pela qual devem ser afastadas prontamente interpretações puramente legalistas, para que cedam espaço aos mandamentos constitucionais da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Formulada a assertiva, passa-se agora à explanação dos fundamentos jurídicos que guiaram e autorizaram tal conclusão.

Como se sabe, constitui a reincidência uma circunstância agravante (artigo 61, I, CP) e sua finalidade é intensificar o direito de punir do Estado. O julgador vale-se de condenação anterior transitada em julgado para majorar os limites quantitativos da resposta penal-estatal[4].

Pois bem, imagine-se a seguinte situação concreta: um determinado agente que fora condenado anteriormente pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas é sujeito passivo de uma persecução penal que objetiva a apuração do crime de tráfico, em sua forma simples.

Concretizado um dos verbos elencados no tipo penal delineado no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas e reconhecida a culpabilidade desse agente, será ele condenado à pena privativa de liberdade de, no mínimo, cinco anos.

Nesse mesmo caso, suponha-se que o julgador, partindo do mínimo legal na primeira fase de individualização da pena, reconheça a reincidência e aplique o percentual de aumento de um sexto[5]. A pena de prisão que era de cinco anos passará a ser de cinco anos e dez meses, isto é, utilizando e valorando o artigo 28 da Lei de Drogas, o magistrado determinará que o agente cumpra mais dez meses de encarceramento!

Por outro lado, no processo de execução da pena, a adoção acrítica do pensamento do egrégio Supremo Tribunal Federal é nefasta e redundante em sérios prejuízos ao *status libertatis* do indivíduo. De fato, considerar o condenado ao artigo 28 reincidente significa ampliar sua manutenção no cárcere, pois nesse caso os lapsos temporais conducentes à obtenção de direitos são mais extensos, de que constituem exemplos o livramento condicional – cujo requisito objetivo de um terço passa a ser metade do cumprimento da pena privativa de liberdade – e a progressão de regime prisional nos crimes hediondos e equiparados, que passou a exigir dos reincidentes o cumprimento de três quintos da pena privativa de liberdade após a promulgação da Lei de n. 11.464/07.

Significa dizer que a interpretação puramente legalista, despida do conteúdo normativo-constitucional da razoabilidade, ao reconhecer a aptidão do artigo 28 a induzir reincidência, estende (indevidamente) o tempo do indivíduo no cárcere. A depender do caso concreto, essa manutenção no sistema penitenciário pode durar anos[6]-[7].

Analisando-se o corpo do voto do relator do acórdão que definiu como crime o artigo 28 da Lei de Drogas, verifica-se que a egrégia Corte de Justiça reafirmou a intenção do legislador em repelir a possibilidade de o usuário cumprir pena privativa de liberdade, bem como enfatizou o caráter despenalizador do dispositivo em análise[8].

São diminutas as conseqüências jurídico-penais daqueles que incidam nas elementares do artigo 28 da Lei de Drogas. Tanto isso é verdade que sequer houve previsão legal de pena privativa de liberdade aos usuários de entorpecentes.

Nesse contexto, carece de razoabilidade utilizar a condenação definitiva anterior pela prática do artigo 28 da Lei de Drogas para o fim de retirar direitos subjetivos do acusado, incrementar a censura penal-estatal e mantê-lo mais tempo segregado, suportando as agruras do cárcere.

Poder-se-ia argumentar que todos esses efeitos decorrem da lei penal, cuja incidência é imperativa e inderrogável. Verificado o suporte fático autorizador da aplicação do artigo 63 do Estatuto do Repressivo, o silogismo daí decorrente conduziria necessariamente à produção dos efeitos da reincidência.

O argumento impressiona, mas não convence.

Predomina entre os intérpretes que não infirmam a constitucionalidade do instituto da reincidência o entendimento segundo o qual o reincidente revela maior grau de periculosidade, estando a exacerbação da pena justificada pela insuficiência da punição anterior[9]. Todavia, pode ser considerada perigosa uma pessoa anteriormente condenada por um fato que nem mesmo enseja pena de prisão? É merecido tal estigma e justificada a exacerbação da reprimenda penal àquele que

teve contra si imposta medida despenalizadora que se descumprida não o sujeita ao cárcere? Óbvio que não!

Ademais, a exacerbação vulnera a não mais poder o princípio da proporcionalidade, “uma vez que o acessório (agravante da reincidência) não pode exceder o principal (a pena imposta)”[10]. E é precisamente isso o que ocorre na hipótese de que se trata: as conseqüências da reincidência são mais pujantes e gravosas que a condenação anterior pela prática do artigo 28[11].

De outro lado, a valoração da condenação anterior pelo artigo 28 como substrato fático hábil a induzir reincidência conduz à equiparação dessa conduta a crimes graves, tais como os crimes hediondos e equiparados (v.g., latrocínio, homicídio qualificado, tráfico de drogas, tortura, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor etc.). A toda evidência, esse proceder viola os princípios da igualdade e da proporcionalidade, pois confere idêntico tratamento jurídico a situações fáticas tão distintas[12].

A respeito do princípio da igualdade, cita-se a valiosa doutrina do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho:

“Exige-se uma **igualdade material através da lei**, devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual’. Diferentemente da estrutura lógica formal de *identidade*, a *igualdade* pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma *relação* entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma *igualdade relacional*[13].

É perfeitamente possível a controlabilidade judicial do princípio da igualdade, mormente para aviar interpretações que dêem tratamento uniforme a situações fáticas desiguais, homenageando-se o princípio da proibição geral do arbítrio.

Portanto, o magistrado deve emitir resposta jurisdicional diversa quando depara com condenação anterior pelo artigo 28 da Lei de Drogas, levando em consideração as especificidades dessa infração. Em suma, para chegar a uma decisão adequada e socialmente convincente, deve o magistrado superar o puro positivismo jurídico[14], fazendo valer a principiologia em que está escorada a Constituição Federal e o rosário de direitos fundamentais previstos no artigo 5º, todos unificados pelo valor da dignidade humana, criando um ambiente favorável à reaproximação entre Direito e Ética[15].

Calha tracejar outro argumento: nos dias atuais, até mesmo as contravenções penais estatuem respostas penais mais gravosas que as previstas no artigo 28 da Lei de Drogas. Deveras, em conformidade com o artigo 5º da LCP, o agente que incidir numa das figuras típicas previstas no citado diploma legal será obrigado a cumprir pena de prisão simples, que deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto pelo prazo de até 5 (cinco) anos, ou pena de multa.

Se aquele que vier a cometer uma contravenção penal, que possui tratamento penal mais rigoroso, posteriormente cometer um crime, é considerado primário (artigo 63, CP), é desarrazoada, ferindo inevitavelmente o princípio da proporcionalidade, a conclusão segundo a qual é reincidente aquele que vem a ser condenado por crime na hipótese de anteriormente ter sido condenado por porte de droga para consumo

próprio, infração penal de diminutas conseqüências penais na esfera de liberdade do indivíduo.

É necessário registrar que não é estranha ao legislador a técnica de neutralizar os efeitos da reincidência, malgrado tenha o agente em seu passado cometido um delito e sido condenado. O Código Penal desconsidera, para efeito de reincidência, os crimes militares próprios e os políticos (art. 64, II). Nada impede, portanto, à luz dos princípios constitucionais acima apontados, que o magistrado deixe de reconhecer a reincidência aos que tenham incidido nas elementares do artigo 28 da Lei de Drogas.

Conceder ao magistrado o poder de neutralizar os efeitos da reincidência sem que para tanto exista previsão em lei não significa negar o ordenamento jurídico posto. Isso porque, hoje, o espírito da Justiça apóia-se nos direitos fundamentais da pessoa humana e a razoabilidade é a medida preferível para mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica[16].

Não há como aplicar uma norma de direito positivo a um determinado caso em que ela se revele injusta, posto que válida aos demais casos que ela regula, pois nessa hipótese sua incidência é inconstitucional, já que violadora do amplo catálogo de direitos fundamentais previstos na Carta Magna[17].

Enfim, sendo impossível realizar *the justice under law*, torna-se necessário escolher entre o direito positivo e a justiça[18]. Esse escrito caminha pela decisão em favor da justiça e espera que a conclusão no sentido de que o artigo 28 da Lei de Drogas é incapaz de gerar reincidência na forma do artigo 63 do Código Penal seja o entendimento prevalecente nos Tribunais pátrios.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2000.

Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 6ª ed., 2006, p. 350.

Bitencourt, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*, São Paulo, Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 5ª ed., 2002, p. 426.

— —. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Editora Coimbra, 2ª ed., 2001

Franco, Alberto Silva, *Código Penal e sua interpretação*, São Paulo, RT, 8ª ed., 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, São Paulo, RT, 6ª ed., 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, São Paulo, Atlas, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal – Introdução crítica*, São Paulo, Saraiva, 2001.

[1] O artigo 28 da Lei de Drogas prevê as seguintes medidas: “I – advertência sobre os efeitos da drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

[2] “Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo [art. 16 da Lei 6.368/76] continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a nova lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas”. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95” (Informativo n. 456).

[3] Em data posterior (31/03/2008), o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação criminal de n. 01113563.3, relator o juiz José Henrique Rodrigues Torres, reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do porte de droga para consumo pessoal, “porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil”. O presente escrito, todavia, trabalhará com o *decisum* do Supremo Tribunal Federal.

[4] Por conta disso, há quem divise na reincidência clara violação aos princípios do *non bis in idem*, da proporcionalidade e da legalidade. Nesse sentido, as lições, respectivamente, de Paulo de Souza Queiroz e de Alberto Silva Franco: “Ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito precedente, está-se, em verdade, valorando e punindo, uma segunda vez, a infração anteriormente praticada (em relação à qual já foi o agente condenado e punido)” (*Direito Penal – introdução crítica*, SP: Saraiva, 2001, p. 29); “Não se compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração. O fato criminoso que deu origem à primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória de pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica (*Código Penal e sua interpretação*, SP: RT, 8ª ed., 2007, p. 367).

[5] “O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-as discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto” (Cezar Roberto Bitencourt, *Código Penal Comentado*, SP: Saraiva, 2002, p. 219).

[6] É o caso do indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade pela prática do crime de extorsão mediante seqüestro que teve duração superior a 24h. Nessa hipótese, a pena mínima é de 12 anos (art. 159, § 1º, CP). Condenado anteriormente pelo art. 28 da Lei de Drogas, em vez de dois quintos, terá que cumprir três quintos da pena privativa de liberdade para progredir de regime prisional (arts. 1º, IV e 2º, § 2º da Lei 8.072/90), o que certamente exigirá a permanência por mais alguns anos no regime fechado antes de ingressar no semi-aberto.

[7] Procurou-se demonstrar apenas alguns dos efeitos decorrentes da reincidência, tendo em vista que inúmeras são as conseqüências que ela traz a esfera jurídica de direitos do indivíduo (assim, p. ex., os artigos 67; 44, II; 60, § 2º, 77, I, 33, § 2º, b e c; 110; 117, VI, 81, I; 86, I; 155, § 2º; 171, § 1º e 170, todos do Código Penal). Guilherme de Souza Nucci, em seu Código Penal Comentado, lista 14 efeitos que a reincidência produz (SP: RT, 6ª ed., 2006, p. 378).

[8] “Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. (...) “De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade” (RE n. 430.105 QO/RJ, publicado em 13 de fevereiro de 2007, relator o Ministro Sepúlveda Pertence).

[9] “A exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Há, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide” (Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, Atlas, 2000, p. 301). Entretanto, a reincidência não é necessariamente um sinal de periculosidade. Nem sempre o reincidente é mais perigoso que o primário. Um primário alvo de diversas ações penais que buscam a apuração e o castigo de diversos homicídios, nenhuma delas com a nota da definitividade, certamente é mais culpável que um reincidente em crimes de furto.

[10] Após demonstrar a inconstitucionalidade do instituto, pondera Paulo Queiroz o seguinte: “Mas se a reincidência for tolerada, como o é ordinariamente, temos que o agravamento que dela decorrer jamais poderá implicar aumento igual ou superior, mas sempre inferior à pena que fora imposta na sentença condenatória precedente, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade” (*Direito Penal – Parte Geral*, RJ: *Lumen Juris*, 4ª ed., 2008, p. 61).

[11] Como ficou demonstrado nos casos práticos citados linhas antes, tanto no processo de conhecimento como no de execução da pena, a reincidência pode propiciar agravações significativas na pena privativa de liberdade, inclusive ampliar por anos a segregação do indivíduo, valendo mais uma vez frisar que o artigo 28 da Lei de Drogas apenas prevê em seu preceito secundário medidas despenalizadoras que não são convertidas em pena privativa de liberdade quando descumpridas, ao contrário do que ocorre com as restritivas de direitos, *ex vi* do artigo 44, § 4º, CP.

[12] “Quando não houver motivo racional evidente, resultante da ‘natureza das coisas’, para desigual regulação de situações de fato iguais **ou igual regulação de situações de facto desiguais, pode considerar-se uma lei**, que estabelece essa regulação, **como arbitrária** (José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra, 2ª ed., 2001, p. 382).

[13] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 5ª ed., 2002, p. 426.

[14] Plauto Faraco de Azevedo, *Aplicação do Direito*, SP: RT, 2ª ed., 2000, p. 134. É também do autor a seguinte passagem: “Pode também acontecer que a lei atenda às exigências da justiça, revelando-se, entretanto, injusta sua aplicação ao caso concreto, cuja singularidade resiste a seu enquadramento legal. Esta última hipótese já fora percebida por Aristóteles, que buscá-la resolvê-la mediante o recurso da equidade” (Idem, p. 139).

[15] A respeito do pós-positivismo e da ascensão dos princípios, registra-se o escólio de Luís Roberto Barroso: “O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. (...) A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e no nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie dentro da lei. (...) Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. (...) O pós-

positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, Saraiva: SP, 6ª ed., 2006, p. 350).

[16] STJ, RMS 25.652-PB, **Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/9/2008, 5ª Turma.**

[17] Já é bem conhecido o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição. Canotilho leciona que a *prevalência da constituição* é uma das dimensões desse princípio. Segundo o autor, “dentre várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais”. Fica claro então que “no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a *rejeição*, por inconstitucionalidade, dessa norma” (Idem, p. 1.210-1.211).

[18] Apud Plauto Faraco de Azevedo, *Aplicação do Direito, cit. Fundamentos de filosofia Del derecho* (“Grundzuge der Rechtsphilosophie”), tradução de Juan Manuel Mauri, Barcelona, Ariel, 1961, p. 252