

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

JOANA BOLSONI

A REINCIDÊNCIA BASEADA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

Florianópolis

2021

JOANA BOLSONI

A REINCIDÊNCIA BASEADA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito, Área das Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

Coorientadora: Me. Anna Letícia Piccoli Bolsoni

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Bolsoni, Joana

A REINCIDÊNCIA BASEADA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS /
Joana Bolsoni ; orientador, Matheus Felipe de Castro,
coorientador, Anna Letícia Piccoli Bolsoni, 2021.

78 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, , Graduação em ,
Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. . 2. Drogas. 3. Reincidência. 4. Reincidência
Específica. 5. Porte para Consumo Pessoal. I. de Castro,
Matheus Felipe. II. Piccoli Bolsoni, Anna Letícia. III.
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em . IV.
Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA
ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC (VIRTUAL)
(Autorizada pela Portaria 002/2020/PROGRAD)

Ao primeiro dias do mês de março do ano de 2021 , às 13 horas e 30 minutos, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), no modo virtual, através do link: “ <https://meet.google.com/fai-pqem-zvf> ” intitulado “A Reincidência Baseada no Art. 28 da Lei de Drogas” , elaborado pelo(a) acadêmico(a) Joana Bolsoni, matrícula 15204172, composta pelos membros Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro, Me. Anna Leticia Piccoli Bolsoni, Prof. Dra. Chiavelli Facenda Falavigno e Mestrando Ricardo Ávila Abraham, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 9,0 (nove vírgula zero), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

- () Aprovação Integral
(x) Aprovação Condicionada a reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

Florianópolis, 01 de Março de 2021.

MATHEUS FELIPE DE CASTRO Assinado de forma digital por MATHEUS FELIPE DE CASTRO
Dados: 2021.03.01 16:01:55 -03'00'

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (ASSINATURA DIGITAL)
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente
Chiavelli Facenda Falavigno
Data: 08/03/2021 20:08:37-0300
CPF: 015.906.330-24
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Dra. Chiavelli Facenda Falavigno (ASSINATURA
DIGITAL)

Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
RICARDO AVILA ABRAHAM
Data: 11/03/2021 15:53:47-0300
CPF: 076.602.939-58
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Mestrando Ricardo Ávila Abraham (ASSINATURA DIGITAL)
Membro de Banca

ANNA LETICIA
PICCOLI

Assinado de forma digital por ANNA LETICIA PICCOLI
DN: c=BR, o=CP-Brasil, ou=Autenticado por AR
CERTSIGN (0A8), ou=Assinatura Tipo A.3,
ou=ADVOGADO, cn=ANNA LETICIA PICCOLI
Dados: 2021.03.19 13:26:36 -03'00'

Anna Leticia Piccoli Bolsoni (ASSINATURA DIGITAL)
Coorientadora

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A Reincidência Baseada no Art. 28 da Lei de Drogas”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “Joana Bolsoni”, defendido em 01/03/2021 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **9,0 (nove vírgula zero)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 01 de Março de 2021

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (ASSINATURA DIGITAL)
Professor Orientador

Prof. Dra. Chiavelli Fazenda Falavigno (ASSINATURA DIGITAL)
Membro de Banca

Mestrando Ricardo Ávila Abraham (ASSINATURA DIGITAL)
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Joana Bolsoni

RG: 5.075.654

CPF: 045.779.109-85

Matrícula: 15204172

Título do TCC: A Reincidência Baseada no Art. 28 da Lei de Drogas

Orientador(a): Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

Eu, Joana Bolsoni , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 01 de Março de 2021.

Joana Bolsoni

JOANA BOLSONI

A REINCIDÊNCIA BASEADA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito, Área das Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (Orientador)
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Me. Anna Letícia Piccoli Bolsoni (Coorientadora)
Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC

Prof. Dra. Chiavelli Fazenda Falavigno
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Mestrando Ricardo Ávila Abraham
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família que conviveu pacientemente comigo nesses dias complicados de TCC, primeiramente a minha mãe Elisiani por aguentar meus dias complicados, a meus irmãos Plínio e Luiza, um por me emprestar o computador e dividir o escritório comigo, e a outra por me tratar mesmo à distância, e ainda minha cunhada Anna Letícia pela paciência e por me ajudar a colocar esse Trabalho de Conclusão de Curso nos eixos.

Ainda devo um agradecimento especial aos meus amigos do Bosento: Amandinha, Aninha, Serino, Hamiltinho, Is“adora”, Lothinhas, Quint, Hemsing, Candanga Taynara, Tati Tarta, Tobis, Rigo e Pirão. Foram vocês que me deram o “gás” para não desistir desse projeto quando meu computador apagou meu trabalho de 4 dias no dia que eu pretendia entregar.

Aos amigos da Nova Estação que me fizeram ver a Universidade Federal com outros olhos, e me acompanharam em infinitas horas de reunião.

As amigas que me acompanham desde sempre, Bianca, Jade e Thís, e as que não estão a tanto tempo comigo, mas que tem um lugarzinho no meu coração, Izabelly, Joana D., Nati, Yasmim. A minha dupla eterna, Tayzinha, já estou com saudades.

Por fim, ao meu pai Plínio, que mesmo não estando mais presente, marcou minha vida com um caráter e amor que jamais esquecerei.

RESUMO

O tema dessa pesquisa é a reincidência baseada no crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006). Trata-se de Trabalho de Conclusão de Curso, a fim de obter o grau de Bacharel em Direito. Para tanto, promove o aprofundamento investigativo, por meio de pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, com viés indutivo, dedicando-se aos problemas analítico-conceituais das teorias acerca da reincidência aplicada a partir do Art. 28 da Lei 11.343/2006. O problema de pesquisa se concentra na seguinte pergunta: qual a posição dos Tribunais Superiores sobre a possibilidade de considerações da reincidência baseada no porte de drogas para consumo próprio? O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise do contexto atual das interpretações jurisprudenciais da reincidência baseada no artigo 28, que trata sobre a posse de droga para consumo pessoal. Para tanto, os objetivos específicos são: fazer uma revisão bibliográfica a fim de entender o contexto histórico brasileiro dos entorpecentes ilícitos; mostrar as recentes alterações legislativas e políticas dentro da lei de drogas; verificar o conceito e aplicação da reincidência dentro do contexto da lei de drogas; analisar os julgados recentes das cortes superiores, verificando a argumentação usada para defender a aplicação ou não aplicação da reincidência genérica baseada no art. 28 da Lei nº. 11.343/2006; comparar e verificar quais são os argumentos mais razoáveis dentro da perspectiva dos tribunais brasileiros, se o crime de porte de drogas para consumo pessoal deve ser utilizado para fins de reincidência. Justifica-se na medida em que o consumo de drogas é um tema ainda polêmico para maioria dos círculos sociais, tanto no Brasil quando internacionalmente. A abordagem legal do tema mexe com vários pontos sensíveis, como segurança, liberdade individual e, em alguns casos, religiosa, além da questão de saúde e dos danos que o tráfico traz a sociedade. A pesquisa será dividida em dois capítulos, sendo o primeiro dedicado a estudar o histórico da política sobre uso de drogas, e o segundo capítulo os argumentos favoráveis e contrários a aplicação a reincidência nos crimes de posse de drogas para uso próprio. Diante da pesquisa realizada, depreende-se que a aplicação da reincidência baseada no porte de drogas para consumo próprio pode ser aplicada de diversas maneiras, a depender do caso concreto. Assim, é possível a aplicação da reincidência na medida em que o porte de drogas para consumo próprio ainda é considerado como crime; se houver o réu cometido crime do artigo 28 e

posteriormente outro delito, não será aplicada a agravante da reincidência; a reincidência do porte para consumo pessoal tratada no § 4º, é específica.

Palavras-Chave: Drogas. Uso pessoal. Reincidência. Reincidência específica.

ABSTRACT

The theme of this research is recidivism based on the crime of carrying drugs for personal consumption (art. 28 of Law 11.343/2006). It is a Course Completion Treaty in order to obtain a Bachelor of Law degree. Therefore, investigative deepening is promoted, through descriptive-explanatory research of the documentary-bibliographic type, with inductive bias, dedicating itself to the analytical-conceptual problems of theories about recidivism applied from Art. 28 of Law 11.343/2006. Drugs have been present in humanity since ancient times. However, narcotics have been banned by the State. research problem focuses on the following question: what is the position of the Brazilian Higher Courts on the possibility of considerations of recidivism based on the possession of drugs for own consumption? The present work aims to make an analysis of the current context on the Drug Law (Law No. 11.343/06), focusing on recidivism based on Article 28, which deals with the possession of drugs for personal consumption. For this, the specific objectives are: to make a bibliographic review in order to understand the Brazilian historical context of illicit narcotics; show recent legislative and political changes within the drug law; verify the concept and application of recidivism within the context of drug law; analyze the recent judgments of the higher courts, verifying the argument used to defend the application or non-application of generic recidivism based on art. 28 of Law No. 11.343/2006; compare and verify what are the most reasonable arguments within the perspective of the Brazilian courts, whether the crime of carrying drugs for personal consumption should be used for recidivism purposes. It is justified to the extent that drug use is a still controversial topic for most social circles, both in Brazil and internationally. The legal approach to the subject touches on several sensitive points, such as security, individual and, in some cases, religious freedom, in addition to the issue of health and the damage that trafficking brings to society. The research will be divided into two chapters, the first dedicated to studying the history of drug use policy, and the second chapter focuses on the study of favorable and contrary arguments to the application of recidivism in the crimes of possession of drugs for own use. In view of the research carried out, it can be insgiven that the application of recidivism based on the possession of drugs by own consumption can be applied in several ways, depending on the concrete case. Thus, it is possible to apply recidivism to the extent that the possession of drugs for own

consumption is still considered as a crime; if the defendant has committed a crime of Article 28 and later another offense, the aggravating of recidivism will not be applied; the recurrence of the postage for personal consumption treated in §4, is specific.

Keywords: Drugs. Personal use. Recurrence. Specific recidivism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O HISTÓRICO DA POLÍTICA SOBRE DROGAS	17
2.1 DROGAS: CONCEITO, HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO	17
2.2 CONTORNOS LEGISLATIVOS SOBRE O USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES.....	25
2.3 REINCIDÊNCIA: CONCEITO E APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL.....	39
3 DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DO TJSC SOBRE A REINCIDÊNCIA NO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO	45
3.1 O DEBATE SOBRE A DESPENALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	46
3.2 DECISÕES DO STJ SOBRE A MAJORAÇÃO DA PENA DECORRENTE DA REINCIDÊNCIA NO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO	53
3.3 DISCUSSÃO SOBRE A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	63
4 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

1 INTRODUÇÃO

As drogas fazem parte dos costumes da humanidade desde a pré-história, antes não chamadas de ilícitas. O ópio, a maconha, os cogumelos alucinógenos, entre outras substâncias já eram utilizadas pelas sociedades antigas, como remédio ou, como estudos mais recentes demonstram, como recreação.

Contudo, o abuso do consumo de ópio levou ao aumento da mortalidade, com isso iniciou-se uma série de proibições, a exemplo das populações asiáticas e europeias que sofreram com o consumo de ópio, que a princípio era usado como analgésico e, com o tempo, se tornou uma “epidemia”. Também a título de exemplo, com relatos de suicídios e envenenamentos, o governo chinês proibiu, em 1800, a importação do ópio, causando o que ficou conhecido como a “primeira guerra do ópio”.

No presente trabalho tem-se por objetivo fazer uma análise do contexto atual sobre a Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/06), especificamente quanto à reincidência baseada no artigo 28, que trata sobre a posse de droga para consumo pessoal. Portanto, o tema da pesquisa é a reincidência baseada no crime de Porte de Drogas para consumo pessoal, art. 28, da Lei 11.343/2006.

O problema que busca responder é: é cabível, na interpretação do STF, do STJ e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a aplicação do instituto da reincidência baseada no porte de drogas para consumo próprio, contida no art. 28 no julgamento de delitos cometidos posteriormente?

Para tanto, os objetivos específicos são: fazer uma revisão bibliográfica a fim de: (i) contextualizar histórica e legislativamente o delito de porte de droga para consumo pessoal (ii) verificar o conceito e aplicação da reincidência dentro do contexto da lei de drogas; (iii) analisar os julgados recentes das cortes superiores e no TJSC, verificando a argumentação usada para defender a aplicação ou não aplicação da reincidência genérica baseada no art. 28 da Lei nº. 11.343/2006 (iv) comparar e verificar quais são os argumentos mais razoáveis dentro da perspectiva dos tribunais superiores brasileiros, se o crime de porte de drogas para consumo pessoal deve ser utilizado para fins de reincidência.

Justifica-se a pesquisa na medida em que, enquanto há projetos de lei que buscam despenalizar a posse de drogas para uso próprio; de outro norte não só mantém a criminalização como prevê a internação compulsória de quem comete a conduta penal e o segundo lado acabou vencendo a disputa política.

A abordagem legal do tema mexe com vários pontos sensíveis, como segurança, liberdade individual e, em alguns casos, religiosa, além da questão de saúde e dos danos que o tráfico traz a sociedade, o que vem sendo discutido no STF com reconhecimento de repercussão geral em Recurso Extraordinário.

Ainda referente a esse tema, apresenta-se a possibilidade de descriminalização do delito de porte de droga para consumo pessoal que está aguardando ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, analisando as decisões das cortes de uniformização, os projetos de lei, a jurisprudência busca-se e contribuir com o debate.

A pesquisa será dividida em dois capítulos, para compreender melhor sobre a reincidência no crime de posse de drogas para uso próprio. O primeiro dedicado a estudar o histórico da política sobre uso de drogas, buscando conceituar o que são “drogas”, saber desde quando são utilizadas e onde surgiram suas proibições; realizando um pequeno trajeto histórico legislativo que permite estudar de forma contextualizada o Código Penal e a Lei de Drogas, bem como estudando conceitualmente a reincidência, especialmente quanto à sua interpretação doutrinária, sobretudo estudando o instituto da reincidência por meio de seus conceitos, espécies e aplicabilidade.

O segundo capítulo debruça-se no estudo de argumentos favoráveis e contrários a aplicação da reincidência nos crimes de posse de drogas para uso próprio por meio de análise de decisões do STF, STJ e TJSC sobre o assunto. No primeiro tópico colacionam-se as duas principais decisões do STF sobre o assunto: o RE nº 635.659/SP que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que ainda aguarda julgamento e o Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ que discute se a mudança de reprimenda pelo delito de posse de drogas para uso próprio se trata de despenalização ou descriminalização da conduta.

Após, passa-se a analisar a posição do STF quanto à aplicação do instituto da reincidência e o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Percebe-se que não há uma pacificação do entendimento, na medida em que se encontram decisões favoráveis e outras contrárias ao reconhecimento de que condenação transitada em julgada por crime de posse de drogas para uso próprio anterior é capaz de agravar a pena por meio da reincidência/maus antecedentes, a depender do lapso temporal entre as condenações.

Por fim, foi buscado na jurisprudência catarinense o posicionamento da Corte sobre a aplicação da reincidência ao crime do artigo 28 da Lei de Drogas. Embora percebeu-se uma tendência majoritária na adoção do posicionamento do STF de que a não descriminalização do delito significa que a substituição da pena por restritiva de direitos não é capaz de excluir os demais reflexos penais da condenação.

No entanto, apresentam-se decisões que inclusive antecipam decisão do STF quanto à declaração da constitucionalidade do artigo citado, declarando ser inconstitucional a criminalização da conduta de posse de drogas para uso próprio, bem como excluindo o efeito da reincidência mesmo tendo sido condenado por sentença transitada em julgado por crime de posse de drogas para uso pessoal.

Para este trabalho, a metodologia utilizada será por meio do método dedutivo, por meio descritivo-explicativo, a partir de pesquisa bibliográfica e consulta jurisprudencial. Assim, dá-se início à pesquisa por meio do estudo referente ao conceito e histórico sobre as drogas.

2 O HISTÓRICO DA POLÍTICA SOBRE DROGAS

Este capítulo tem como objetivo conhecer um pouco mais sobre o histórico da política sobre drogas. Para tanto, estua o conceito, o histórico e a contextualização das substâncias consideradas como drogas no decorrer dos tempos e das legislações brasileiras e internacionais. Além disso, busca-se compreender desde quando e porque as drogas passaram a ser proibidas, bem como qual o critério objetivo para considerar que uma substância é droga.

Faz-se um breve percurso histórico das legislações penais e das leis que especificamente dispõe sobre elementos considerados como tóxicos ou como drogas e, por fim, passa-se a analisar o anteprojeto de modernização da Lei de Drogas, bem como o projeto da Lei Complementar 37/2013 com a finalidade de concluir se o legislador tem acompanhado as mudanças sociais, bem como as últimas decisões interpretativas dos Tribunais Superiores sobre o assunto.

Tal estudo é de primordial importância para que, em um segundo momento, faça-se a investigação sobre a reincidência no crime de posse de drogas para uso próprio, na medida em que se terá conhecimento de forma objetiva do que é considerado como drogas (cujo rol é taxativo e se encontra em portaria da Anvisa), bem como subjetivo do tipo, a saber a quantidade de droga que pode ser considerada “para uso próprio”.

2.1 DROGAS: CONCEITO, HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO

É fato notório que as drogas ou entorpecentes são difundidos tanto no Brasil quanto no mundo todo, são comercializadas legal e ilegalmente em festas, bares, nas praças e becos de grande parte das cidades brasileiras, para não dizer em todas.

Dentre os significados da palavra “droga” extraídos do Dicionário Michaelis, o conceito associado à medicina, como “[...] substância que se possa utilizar, no homem e nos animais, para fins de alívio, diagnóstico, profilaxia, tratamento ou cura de doenças”¹.

Além desse, o conceito genérico a compreende como “substância alucinógena, entorpecente etc. cujo uso, além de alterar o humor e o comportamento, pode levar à dependência e à tolerância [...] associa o uso e o consumo de substâncias alucinógenas, entorpecentes, excitantes etc. à prática de diferentes modalidades de crimes”².

¹ **Droga | Michaelis On-line**, disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/droga>>, acesso em: 4 nov. 2020.

² *Ibid.*

Para fins desta pesquisa, quando se tratar de “drogas”, estará se baseando no segundo conceito apresentado: a droga como substância entorpecente, que altera o discernimento e as ações dos seres humanos, que muitas vezes é tratada pela sociedade como um agente “destruidor de famílias”, que a depender da sua intensidade e quantidade, causa vício e pobreza aos seus usuários. Segundo publicação da Marinha Naval que trata sobre drogas lícitas e ilícitas, aponta que:

Uma das maiores pesquisas globais sobre o assunto, realizada pela Global Drug Survey 2017, contou com 50 países, incluindo o Brasil com 3 mil participantes em um total de quase 120 mil usuários, trazendo dados estatísticos das 10 drogas mais consumidas em 2016: álcool (94,1%); maconha (60%); tabaco (47,6%); energéticos a base de cafeína (42,8%); cocaína (19,1%); MDMA-Ecstasy (19%); anfetaminas (12,2%), LSD (11,4%), cogumelos alucinógenos (10,4%) e opióides com prescrição (8,9%).³

Para começar essa discussão é preciso abordar uma divisão necessária na categoria que chamaremos de “droga” ou “entorpecente”. Primeiramente disserta-se sobre a droga lícita, que também altera os sentidos humanos, porém, por ter menor lesividade ou fazer parte do costume local, não é proibida pelo Estado. O exemplo disso cita-se o álcool, o cigarro, a bebida religiosa chamada de Chá de Santo Daime ou Ayahuasca⁴, o rapé etc.

Em segundo momento, apontam-se os entorpecentes considerados mais lesivos ao ser humano. Estes foram considerados tabus e não passíveis de uso “seguro”, que são conhecidos como drogas ilícitas, que em algum momento histórico foram proibidas pelo Estado.

Embora a venda das drogas elencadas como lesivas seja expressamente proibida no mercado lícito, seu alto nível tóxico causa aumento diário do número de dependentes químicos, o que passou a sustentar o perigoso, porém altamente lucrativo, mercado das drogas, mais conhecido por tráfico de drogas. Essa ideia fica evidenciada pelo trecho de Henrique Carneiro:

Com o advento do proibicionismo e da separação das drogas em categorias lícitas e ilícitas o hiper-valor foi hipertrofiado. A proibição agregou um enorme valor às substâncias cujo mercado clandestino permitiu formas de hiperacumulação de capital por meio de isenção fiscal, margem de lucro gigantesca e regime de monopólio com

³ **Drogas lícitas e ilícitas | Saúde Naval**, disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/saudenaval/content/drogas-l%C3%ADcitas-e-il%C3%ADcitas>>, acesso em: 12 nov. 2020.

⁴ COSTA, Maria Carolina Meres; FIGUEIREDO, Mariana Cecchetto; CAZENAVE, Sílvia de O. Santos, Ayahuasca: uma abordagem toxicológica do uso ritualístico. **Archives of Clinical Psychiatry (São Paulo)**, v. 32, n. 6, p. 310–318, 2005.

o uso da violência sobre a força de trabalho produtora, o sistema comercial e o mercado consumidor.⁵

Atualmente as substâncias ilícitas mais conhecidas são a maconha, a cocaína, o crack, o LSD, o MDMA (popularmente conhecido como ecstasy) e a heroína. Contudo, é importante ressaltar um estudo de 2017 do Escritório de Drogas e Crime das Nações Unidas (UNODC - Office of Drugs and Crime) afirmando que, em 2016, foi reportado ao Observatório Europeu das Drogas e da Toxicodependência (EMCDDA) que pelo menos uma nova substância sintética surge a cada semana.⁶

Além disso, globalmente ficaram disponíveis entre 2009 e 2016 pelo menos 739 (setecentas e trinta e nove) novas drogas psicoativas (NPS - New psychoactive substances), isso considerando que nem todas as substâncias são reportadas ao UNODC anualmente⁷.

Nacionalmente, as pesquisas sobre drogas e tráfico são mais escassas. Os dados encontrados são da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que levou em conta 3.735 (três mil setecentas e trinta e cinco) sentenças judiciais por tráfico de drogas, considerando o período entre primeiro de junho de 2014 até 30 de junho de 2015. Segundo a pesquisa, “[...]a droga mais comum nos processos foi cocaína (1.841 ocorrências), seguida de maconha (1.576 ocorrências) e crack (413 ocorrências)”.⁸

Além da pesquisa da Defensoria Pública do Estado do Rio, alguns dados oferecidos pelo FUNAD (Fundo Nacional Antidrogas) demonstram as arrecadações de bens oriundos do tráfico de drogas, de multas socioeducativas e por auto de infração de empresas. Conforme a figura 1, temos os números de arrecadação anual de 2016 até outubro de 2020, é claro o aumento de valores, e essas arrecadações aumentam proporcionalmente ao mercado de drogas brasileiro.

⁵ CARNEIRO, Henrique. **Drogas: A História do Proibicionismo**, Edição do Kindle. [s.l.]: Cauê Ameni, Hugo Albuquerque e Manuela Beloni, 2019.

⁶ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME – UNODC. **Global Synthetic Drugs Assessment: Amphetamine-type stimulants and new psychoactive substances**. 2017. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/scientific/Global_Drugs_Assessment_2017.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2020.

⁷ MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; PINTO JUNIOR, Jony Arrais; HABER, Carolina Dzimidas [coord.]. **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro**. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/dprj_pesquisa_sentencas_judiciais_trafico.pdf>. acesso em: 4 nov. 2020.

⁸ MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; PINTO JUNIOR, Jony Arrais; HABER, Carolina Dzimidas [coord.]. **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro**. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/dprj_pesquisa_sentencas_judiciais_trafico.pdf>. acesso em: 8 nov. 2020.

Figura 1 - Tabela FUNAD



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública⁹

O conceito legal de “droga” mais atualizado no Brasil provém da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, conhecida como Lei de Drogas, que traz em seu primeiro artigo o parágrafo único apontando que, para fins da lei, consideravam-se drogas “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”¹⁰.

As Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial são publicadas e atualizadas pela ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na Portaria 344 de maio de 1988. É essa lista que define quais são as substâncias que o Poder Executivo chama de Proscritas, ou comumente chamadas de proibidas.¹¹ A lista D1 contém as substâncias “Precursoras de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos”.

A própria Portaria 344 apresenta o significado de precursores como “Substâncias utilizadas para a obtenção de entorpecentes ou psicotrópicos e constantes das listas aprovadas pela Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas [...]”¹².

Tais substâncias são utilizadas para fabricação de drogas, logo o Estado tenta manter uma vigilância maior sobre elas, sujeitando-as a um controle de estoque trimestral (nos meses de abril, julho, outubro e janeiro). Além disso, as substâncias da lista D1 precisam de apresentação de nota fiscal para compra, venda, transferência ou devolução.

⁹ **FUNAD em números** — Ministério da Justiça e Segurança Pública, disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/fundo-nacional-antidrogas-1/funad-em-numeros/>>, acesso em: 12 nov. 2020.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Lei de Drogas. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020

¹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **PORTARIA Nº 344, DE 12 DE MAIO DE 1988**. 1988. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em: 11 nov. 2020.

¹² *Ibid.*

A lista D2 dispensa maiores explicações, eis que trata de insumos químicos utilizados para fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos, por serem altamente procuradas pelo mercado das drogas ficam sujeitas à Controle Do Ministério da Justiça e Segurança Pública. A lista E, trata das plantas proscritas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. Entre elas a *Cannabis sativa* L., a *Erythroxylum coca* Lam e a *Lophophora williamsii* Coult., conhecidas como Maconha, Folha de Coca e Peyote, respectivamente.¹³

Ainda nessa lista estão a popularmente chamada de Trombeta de anjo, além de outras plantas e fungos com propriedades alucinógenas. Cabe ressaltar que a partir dessa categoria existe proibição relativa à importação, exportação, comércio, manipulação e uso, além disso, também estão sob controle todas as substâncias obtidas a partir dessas plantas.

Finalmente, as substâncias de uso proscrito no Brasil, a lista F, que é formada por: F1- Substâncias Entorpecentes, F2 – Substâncias Psicotrópicas, F3 – Substâncias Precursoras e F4 – Outras Substâncias. Entre as substâncias entorpecentes (F1) as de maior popularidade são a cocaína e heroína, acrescentando-se a uma série de analgésicos, com moléculas semelhantes à morfina, fentanil e outras.

Por fim, na lista F2 que possui atualmente 145 substâncias, sem contar os seus sais e isômeros possíveis. Temos as drogas psicotrópicas, nesse rol estão às conhecidas substâncias como LSD (ácido lisérgico), Metanfetamina, THC (derivado da maconha), MDMA (ecstasy), Psilocibina (princípio ativo proveniente de cogumelos), além de substâncias usadas para fabricar a droga chamada de “boa noite cinderela” e etc.

Desta forma, a partir da análise do conceito de drogas no Brasil e da sua interpretação que nem sempre converge com as espécies de entorpecentes conhecidos como proibidos em outras legislações, bem como descrito que as principais listas de proibições legais pela ANVISA estão nas listas revisadas periodicamente, passa-se a estudar a origem das proibições dos usos dessas substâncias.

Como a habilidade de escrita do ser humano é relativamente recente, não existem registros escritos para explicar e comprovar o uso de drogas na pré-história. Contudo, pesquisas de fósseis e arte pré-histórica corroboram a narrativa de consumo de drogas, foram encontrados, por exemplo, resquícios de plantas alucinógenas em cavernas peruanas, sendo datadas de 8.600 a 5.600 a.C. Além disso, foi constatado que havia opiáceos e restos de papoula em ossos de

¹³ *Ibid.*

esqueletos humanos em torno de 4.000 a.C., da mesma forma, existem constatações semelhantes em relação ao álcool, tabaco e folhas de coca.¹⁴

Dito isso, fica claro que as drogas estão presentes há muito tempo nas comunidades humanas, até o momento que o homem decidiu que o consumo de drogas podia ser prejudicial, e existindo uma forma de Estado, as proibições se iniciaram.

A primeira aparição legal brasileira sobre esse tema foi durante o Brasil colonial nas Ordenações Filipinas, e não era diretamente ligada ao conceito atual de droga, mas sim de “rosalgar” ou como podemos chamar hoje, óxido de arsênio, que tem como característica ser insípido, inodoro e tóxico, logo era usado como um veneno. Conforme trazia o quinto livro das Ordenações Filipinas, Título LXXXIX:

Que ninguém tenha em sua caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso. Nenhuma pessoa tenha em sua **caza para vender rosalgar** branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, **nem escamonéa, nem opio, salvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica**, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza algumas das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar, e seja degredado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios.” (grifo nosso)¹⁵.

Essas Ordenações consistiam em um compilado de leis portuguesas que foram ratificadas em 1603 e porções dessa legislação vigoraram no território brasileiro até o Código Civil de 1917, sendo que com as mudanças, algumas partes passaram a ser revogadas após a Independência do Brasil¹⁶.

Por conseguinte, embora de forma tímida, nessa época já havia um tipo penal, que tornava crime a conduta de ter em casa ou ter em casa para vender aquelas substâncias, e uma pena, ligados não só aos venenos, como o rosalgar e a escamônea, mas ao ópio, que poderiam ser manipulados por boticários e pessoas autorizadas. Paralelamente, cabe destacar a pena de evicção da “fazenda” em prol do Império e do delator, somada à pena de degredo para a África

¹⁴ Humanos usam drogas desde os tempos pré-históricos, revelam pesquisas. **HuffPost Brasil**. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2015/02/26/humanos-usam-drogas-desde-os-tempos-pre-historicos-revelam-pesq_n_6754708.html>. Acesso em: 16 set. 2020.

¹⁵ PORTUGAL. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Candido Mendes de Almeida, 1870. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209334-livro-v-ordenacoes-filipinas-titulo-lxxxix-que-ninguem-tenha-em-sua-casa-rosalgar-nao-o-venda-nem-outro-material-venenoso.html#:~:text=Di%C3%A1rio%20das%20leis%20%2D%20Livro%20V,venda%20nem%20outro%20material%20venenoso>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

¹⁶ RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ordenações Filipinas x Lei 8.935/1994. **Colégio Notarial do Brasil**. 2010. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/blog/notarial/ordenacoes-filipinas-x-lei-8-9351994>>. Acesso em: 6 dez. 2020.

aos que vendessem as substâncias sem autorização, o que pode ser comparado de forma rasa ao que conhecemos hoje por “tráfico de drogas”.

Contemporaneamente, diversos países passaram a sofrer com a comercialização desenfreada e a falta de uma regulação do comércio de drogas, principalmente do Ópio. Tal substância foi inicialmente usada com fins analgésicos, para aliviar dores de dente e até durante os períodos de guerra, para feridos e para os soldados suportarem as condições dos campos de batalha, contudo com o passar dos anos deixou diversos dependentes químicos e um rastro de morte, conforme evidenciado no trecho:

A crença de que o ópio não acarretava prejuízo individual ou coletivo começou a ruir em 1830, e, em 1860, essa droga se tornou problema médico e social, em função dos dados estatísticos de mortalidade. Segundo esses dados **um terço de todos os envenenamentos fatais foram devidos a casos de sobre dose de ópio**, quer tomado como fonte de prazer, quer com intenções suicidas (grifo nosso)¹⁷.

Esses envenenamentos ocorriam muitas vezes pela dependência desenfreada que o ópio causava em seus usuários contumazes, a papoula, planta que dá origem a tal droga, era conhecida pelos sumérios como “planta da alegria”, contudo com o passar das décadas e com a evolução da escrita, relata-se, por exemplo, que os três escritores proeminentes Edgar Allan Poe, Mary Shelley e Charles Boudelaire tentaram suicídio utilizando ópio.¹⁸ Sobretudo é importante lembrar que até esse momento histórico não havia grande controle sobre as substâncias entorpecentes dentro dos países, e nenhum controle internacional.

O Código Criminal Brasileiro de 1890 (decreto nº 847/1890), por exemplo, não apresentava nenhuma referência a ópio, morfina (opio e morphina - conforme a grafia do período), estupefaciente, ou mesmo a substância venenosa no sentido de entorpecente, apenas como produto que “determine a morte, ponha em perigo a vida, ou altere profundamente a saúde”¹⁹.

Ainda internacionalmente, estudos apontaram que o consumo de morfina, ópio e semelhantes com fins não relacionados ao médico chegou a 90% nos Estados Unidos²⁰. Embora surgissem controvérsias sobre o uso do ópio, apenas uma parcela mais esclarecida da sociedade

¹⁷ DUARTE, Danilo Freire. Uma breve história do ópio e dos opióides. **Revista Brasileira de Anestesiologia**, v. 55, n. 1, 2005.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ BRASIL. **Código Criminal de 1890**. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 16 set. 2020.

²⁰ INCB. Annual Report 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf>. Acesso 11 dez. 2020.

ficou conscientizada do abuso dessa e de outras substâncias, assim, anos se passaram até a primeira providência ser tomada em conjunto por alguns chefes de Estado.

Em primeiro de dezembro de 1911, foi realizada a Conferência Internacional do Ópio, que formulou o primeiro tratado abrangendo o controle internacional de drogas, do qual o Brasil foi signatário.²¹ Nesse tratado ficou disposto medidas que visavam “impedir o abuso crescente do opio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína [...]” e, no Brasil, essas disposições foram ratificadas pelo Decreto Nº 2.861, de 8 de julho de 1914.²²

Poucos anos depois foi publicado o Decreto nº 4.294/1921, não dispondo apenas penalidades, mas apresentando pela primeira vez uma forma de “garantia” para os dependentes de drogas: na época foi criado um “estabelecimento especial” para os chamados de intoxicados, garantindo tratamento médico e o que foi chamado de regime de trabalho.

O Art. 6º do Decreto nº 4.294/1921 trazia duas categorias de dependentes em tratamento: os internados judiciários, que foram condenados por algum delito relacionado ao consumo de drogas; e os internados voluntários, que seriam admitidos comprovando a necessidade de tratamento por vontade própria, ou a requerimento da família, para “evitar a pratica de actos criminosos ou a completa perdição moral”²³.

Cabe ressaltar que, à época, não era utilizada na legislação a nomenclatura droga, mas “substância venenosa” e no Decreto 4.294, foi atribuída pela primeira vez à característica de entorpecente para algumas dessas substâncias, conforme o trecho do artigo XX do Decreto nº 4.294/1921: “Si a substancia venenosa tiver qualidade entorpecente, como o opio e seus derivados; cocaina e seus derivados”²⁴.

Com o passar dos anos, cada vez mais surgia à necessidade de uma regulação mais firme e organizada sobre o assunto. Logo, foi criada a Comissão permanente de Fiscalização de Entorpecentes, conforme o Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936. Essa comissão era um órgão nacional com caráter consultivo, com funções fiscalizatória e repressora do tráfico de “ilícitos”.

²¹ *Ibid.* 2011.

²² BRASIL. **Decreto nº 2.861, de 8 de julho de 1914.** Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccIVIL_03/decreto/1910-1929/D11481.html#:~:text=2.861.%20de%20%20julho,Dezembro%20de%201911%20e%20cujo>. Acesso em: 16 set. 2020.

²³ BRASIL. **Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>> Acesso em: 16 set. 2020.

²⁴ *Ibid.*, p. 294.

Ainda, nesse decreto houve a previsão de que não só a União, mas os estados e municípios deveriam cuidar da “higiene mental e incentivar a lucta contra os venenos sociaes”²⁵.

Pela primeira vez foi usada a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes”, e criado o compromisso de formular, a partir de estudos uma nova lei que abrangesse: cultivo, extração, produção, fabricação, transformação, preparo, posse, importação, reexportação, oferta, venda, compra, troca, cessão, bem como a repressão do tráfico e usos ilícitos de drogas entorpecentes.

Foi assim que ocorreu o início das proibições dos entorpecentes no Brasil, a legislação foi sendo modificada gradualmente e sempre incentivada por grandes movimentos e acontecimentos internacionais. Mais adiante se apresenta as legislações que trouxeram novas mudanças no cenário dos entorpecentes, como a Lei de Fiscalização de Entorpecentes.

2.2 CONTORNOS LEGISLATIVOS SOBRE O USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES

A primeira vez que a legislação brasileira apresentou uma lista discriminando as diversas substâncias que foram consideradas entorpecentes foi à chamada Lei de Fiscalização de Entorpecentes, idealizada pela comissão permanente de Fiscalização de Entorpecentes, assinada pelo presidente Getúlio Vargas, foi publicada em 25 de novembro de 1938 como Decreto-Lei nº 891/1938.²⁶ Estão nesse rol os assíduos ópios, morfina e seus derivados.

Porém, esse decreto trouxe diversas novidades quanto às substâncias consideradas como drogas, entre elas a cocaína e seus sais, a codeína e seus sais e o cânhamo *cannabis sativa* e *indica*. Além desse rol, foi proibido o plantio da *Erytroxylum coca* que é base para cocaína; da *Papaver somniferum* e *Aibum* que são bases para o ópio; e da *Cannabis Sativa* e *Indica*, chamada atualmente de maconha.

Logo, a Lei de Fiscalização de Entorpecentes, foi à primeira legislação brasileira a proibir a maconha, além disso, com o surgimento de mais substâncias dessa natureza, a necessidade de uma expressão que abrangesse todas essas “drogas” era crescente, nesse contexto o legislador cunhou a expressão “droga entorpecente”, a fim de descrever todas as substâncias ilícitas que alteravam o estado de consciência do indivíduo.

²⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936**. Comissão de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

²⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938**. Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De10891.htm>. Acesso em: 16 set. 2020.

O Decreto-lei 891/1938 ainda trata de como devem ocorrer às operações de importação e exportação, quem pode obter o certificado de importação, a forma e quantidade que devem ser guardados os entorpecentes, e dispõem sobre o que acontece com a falta de certificado de importação.

Conceitua-se como contrabando as substâncias entorpecentes destinadas a quem não possui certificado de importação, ficando estabelecimentos como farmácias, hospitais, instituições de ensino e pesquisa responsáveis e sujeitos às penalidades previstas no decreto²⁷:

Só poderão ser feitas quando estes estabelecimentos estiverem regularmente licenciados, e mediante requisição em tres vias, assinadas, datadas e autenticadas pelos respectivos responsáveis, visadas pela autoridade sanitária local competente, obedecendo ao que for determinado nas Instruções baixadas pelo Departamento Nacional de Saúde²⁸ (grifo nosso).

Assim, somente pessoas autorizadas e licenciadas poderiam efetuar a comercialização, importação, pesquisa e utilização dessas substâncias sensíveis, ainda o Departamento Nacional de Saúde deixava claro como deveriam ocorrer às vendas de Substâncias entorpecentes contidas no rol do artigo primeiro.

Igualmente importante nessa lei, é a disposição sobre internação e interdição do toxicômano ou intoxicado habitual por entorpecentes, que passou a ser considerada uma “doença de notificação compulsória” devendo ser informada a autoridade sanitária.

Outrossim, manteve a internação facultativa que já estava prevista no Decreto 4.294/21, e apresentou a internação compulsória, não só por necessidade de tratamento, mas com toques de maldade, adicionou ao texto a internação compulsória por conveniência à ordem pública, proibiu o que tratamento dos toxicômanos fosse realizado em domicílio, e dispôs no texto que a internação poderia ser por tempo “determinado ou não”.

Pouco tempo depois foi publicado o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848/1940). Em sua versão original, aponta no artigo 281 do Capítulo III - Dos Crimes contra à Saúde Pública, o crime de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, sendo considerada uma grande evolução em relação ao Código Penal anterior, o de 1890, que não trouxe nenhuma informação sobre esse tipo de crime²⁹.

O núcleo penal do art. 281 passou a ser formado por vários verbos que descrevem as condutas tipificadas como “Comércio Clandestino ou Facilitação de uso de Entorpecentes”,

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ BRASIL. **código Penal de 1940**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em: 21 nov. 2020.

dessa forma o artigo está posto muito semelhante ao que chamamos atualmente de tráfico de drogas. Nesse momento, as substâncias em questão passaram a ser chamadas apenas de entorpecentes, sem nenhum outro aditivo.

O Código Penal de 1940 ainda é vigente, por mais que tenha sofrido diversas alterações ao longo dos anos. Por exemplo, a Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964, modificou o Art. 281 e incluiu no tipo o verbo “plantar”, isso se deve ao fato de que parte dos entorpecentes provenientes de plantas tratadas no Decreto-lei 891, já sofriam restrições relativas ao seu cultivo sem autorização³⁰.

A Lei de Fiscalização de Entorpecentes apresentou importantes novidades em relação às normas anteriores, como a proibição do plantio de plantas base para criação de drogas, e posteriormente o Código Penal de 1940 tipificou o comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, agora será tratada a Lei dos Tóxicos.

A Lei Nº 6.368, chamada de Lei dos Tóxicos ou Lei dos Entorpecentes, foi publicada de 21 de outubro de 1976.³¹ A Lei dos Tóxicos é posterior e amplamente influenciada pelo Acordo Sul-Americano Sobre Entorpecentes E Psicotrópicos, firmado pela República Federativa do Brasil, Argentina, Bolívia, Equador, Paraguai, Uruguai e Venezuela, em Buenos Aires, no dia 27 de abril de 1973.³² Os principais objetivos conjuntos encontrados na Conferência estão ligados à troca de informações sobre o uso de entorpecentes e o Tráfico ilícito, o Acordo teve os demais objetivos enumerados na sua primeira disposição:

Instrumentar as medidas necessárias à consecução de estreita colaboração e intercâmbio eficaz de informação em tudo que diz respeito à luta contra o uso impróprio de entorpecentes e psicotrópicos, especialmente no que se refere a: a) controle de tráfico lícito; b) repressão do tráfico ilícito; c) cooperação entre órgãos nacionais de segurança; d) harmonização das normas penais e cíveis; e) uniformização das disposições administrativas que regulam a venda; f) prevenção da toxicomania; g) tratamento, reabilitação e reajustamento dos toxicômanos³³.

Posteriormente, no Acordo Sul-Americano Sobre Entorpecentes E Psicotrópicos foi trazida à disposição sobre atos puníveis aplicados para os que cometessem crimes ligados aos entorpecentes, que seriam as penas restritivas de liberdade entre outras, como no trecho:

³⁰ BRASIL. Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm#art281>. Acesso em: 21 nov. 2020.

³¹ BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Lei dos Tóxicos. 1976. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

³² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto Legislativo nº 78 de 05 de dezembro de 1973. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/581636/publicacao/15712700>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

³³ *Ibid.*

- a) As espécies de punições que poderão ser aplicadas de modo conjunto ou alternativo, conforme a gravidade dos atos cometidos e outras circunstâncias, são: restritivas da liberdade, pecuniárias e inabilitação profissional ou funcional;
- b) se o condenado for adepto dessas substâncias, o Juiz imporá sempre uma medida de segurança curativa ou reeducativa, e poderá, além do mais, segundo o caso, dar como satisfeita a punição e aplicar apenas a medida de segurança, impondo esta antes ou depois de cumprida a pena restritiva da liberdade, ou ambas simultaneamente;

Sem dúvidas, no que tange ao tema desta monografia, essa disposição levou a mais importante alteração na Lei dos Tóxicos. Pela primeira vez na história do Brasil, houve a diferenciação entre o usuário de entorpecentes e o traficante de drogas na legislação positivada.

Assim, conforme o Art. 16 da Lei de Tóxicos, quem “adquire, guarda ou traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente”³⁴ tem pena uma significativamente menor, passando de três até quinze anos de reclusão na pena de tráfico, para seis meses a dois anos de detenção na pena de porte para consumo, sendo que a multa também é substancialmente menor. Além disso, para comprovação do uso de entorpecente passou a ser necessário um laudo toxicológico, logo não seriam condenados por uso os inocentes, garantindo o princípio penal da presunção de inocência³⁵.

Também nesse momento, foi novamente alterado o crime de “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes” no Código Penal, conforme citado anteriormente foi incluído o tipo penal “plantar”, além de alterar a pena de reclusão e a multa deixou de ser em contos de réis e passou a ser em cruzeiros, conforme o texto da Lei 4.451/64, o Art. 281 que trazia:

Art. 281. Plantar, importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo, substância entorpecente, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez mil cruzeiros.

Na Lei de Tóxicos, a pena passou a ser maior, de três até quinze anos de detenção e multa, e foram incluídos diversos núcleos penais novos, o legislador quis deixar bem clara a gravidade do delito e sempre tentando prever a maior quantidade de tipos, visando que nenhum crime relacionado a entorpecentes ficasse impune. Outrossim, foram adicionadas ao texto

³⁴ BRASIL. **LEI Nº 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976**. Lei dos Tóxicos. 1976. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

³⁵ História do combate às drogas no Brasil. **EM DISCUSSÃO - Senado Federal**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 16 set. 2020.

substâncias que causam dependência física ou psíquica juntamente com os entorpecentes, da mesma forma que a ideia do legislador era que condutas lesivas não deixassem de ser previstas, o mesmo aconteceu com as substâncias, que caso não estivessem no rol, se causassem dependência física e psíquica estariam proibidas, conforme o Art. 12 da Lei dos Tóxicos:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Ainda, no inciso I e II do Art. 12, o legislador aplicou as mesmas penas para os tipos penais que abrangem as matérias primas e plantas, sempre com a preocupação de deixar de punir alguma forma de comércio de entorpecentes, foram adicionadas ao Art. 12 as formas equiparadas ao tráfico de drogas:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Não obstante, foram adicionadas pela primeira vez as circunstâncias majorantes de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) de pena. Os casos mais graves passaram a ser mais penalizados pela Lei de Tóxicos, como é o caso do tráfico internacional, o tráfico que envolve os menores de idade e o tráfico praticado em locais estratégicos como hospitais, escolas e ainda os estabelecimentos penais, conforme o art. 18:

I - no caso de tráfico com o exterior ou de extra-territorialidade da lei penal; II - quando o agente tiver praticado o crime prevalecendo-se de função pública relacionada com a repressão à criminalidade ou quando, muito embora não titular de função pública, tenha missão de guarda e vigilância; III - se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação; IV - se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino ou hospitalar, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo de estabelecimentos penais, ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou do local.

Ainda, foi incluída nessa legislação a associação de duas ou mais pessoas para os crimes do Art. 12 (tráfico de entorpecentes). Além disso, foi incluído o Art. 13, que trata dos

maquinários que são usados para fabricação e preparação de entorpecentes, contudo nesse tipo não pode haver substâncias ou matérias-primas de drogas, pois assim, teria de ser aplicado o tipo do art. 12.

Por fim, a Lei de Tóxicos pode ser um importante marco pois passou a tratar os crimes relacionados aos entorpecentes de forma mais severa e sempre tentando abranger a maior quantidade de núcleos penais e substâncias. A discussão seguinte é sobre a Lei de Drogas, que trouxe a maior alteração relativa ao tema dessa Dissertação, o porte para consumo pessoal.

Quando entrou em vigor, a Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, revogou as normas antecessoras, como supracitada a Lei de Tóxicos (6.368/76) e a Lei 10.409/2002, que tratava da repressão do uso e tráfico de drogas.

Antes da Lei de Drogas fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro houve promulgação da Constituição Federal, que acarretou mudanças substanciais na esfera penal do direito. Conhecida como Constituição Cidadã, o novo texto constitucional inovou ao apresentar um rol amplo de direitos e garantias individuais e coletivas, entretanto, não apresentando a mesma indulgência com o crime de tráfico de drogas, conforme o Art. 5º, XLIII:

[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Assim, o crime de tráfico de drogas passou a ser tratado com maior seriedade e, com a criação da Lei de Crimes Hediondos ou Lei 8.072/90, incluso neste rol, sendo-lhe proibido o indulto e a liberdade provisória, e os prazos processuais foram dobrados, com a finalidade de ampliar o tempo de duração da prisão provisória³⁶.

Após essas fundamentais alterações na legislação penal, a Lei de Drogas foi promulgada em 2006 e permanece em vigor. Enquanto os diplomas anteriores, já revogados, apresentavam nomenclaturas complexas como: substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, substâncias venenosas, venenos sociais, material venenoso, substância de qualidade entorpecente, substância psicotrópica, entre outros; nesse momento, foi consagrada uma terminologia mais simples, facilmente usada pela população e inclusive preferida pela Organização Mundial da Saúde, que é o termo “droga”³⁷.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais.**, 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

Assim, no artigo inaugural da Lei nº 11.343 de 2006, dispõe que as drogas são as substâncias que causam dependência e substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, conforme estão listadas na Portaria 344 da Anvisa junto com o Ministério da Saúde. Dessa forma, percebe-se que a Lei de Drogas é de eficácia limitada, eis que depende de uma Portaria publicada pelo Poder Executivo da União, logo os tipos penais são chamados de norma penal em branco, pois não podem ser aplicados sem uma complementação secundária³⁸.

Dito isso, e com a grande quantidade de novas substâncias surgindo todas as semanas, a Portaria 344 é atualizada periodicamente e de forma interligada a outros países, consonante as orientações da Organização Mundial da Saúde, que foram disciplinadas na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas em 1977, conforme o decreto nº 79.388, ratificado pelo Brasil:

Se uma parte ou a Organização Mundial da Saúde forem informadas sobre uma substância que ainda não esteja sob controle internacional e tal informação parecer indicar, em sua opinião, a necessidade de incluir a substância em apreço em qualquer das Listas da presente Convenção, notificará o fato ao Secretário-geral, fornecendo-lhe informações que fundamentem a notificação³⁹.

Destarte, dentre as alterações legislativas apresentadas pela Lei de Drogas, houve um aumento de dois anos na pena mínima do crime de tráfico de drogas. Enquanto a Lei de Tóxicos que apontava pena de três a quinze anos para este crime, a lei atual o apena de cinco a quinze anos, ambos de reclusão. Já os tipos penais no caput de ambas as leis permaneceram os mesmos, houve apenas alterações de escrita, mantendo os verbos.

Além disso, no crime de tráfico de drogas, algumas majorantes foram modificadas e outras adicionadas se comparado à Lei de Tóxicos, e o peso da fração mudou de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), para 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Entre as majorantes modificadas no diploma anterior estão os incisos I, II, III e IV, citados anteriormente, apenas com mudanças na forma de escrita e ordem.

Foram incluídos na nova lei os incisos IV- o tráfico exercido com violência, arma ou alguma forma de intimidação, que não havia previsão anteriormente, porém é um artifício conhecidamente utilizado pelos membros de organizações ligadas ao tráfico para coerção; V- o

³⁸ *Ibid.*

³⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 79.388, de 14 de Março de 1977.** Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <

tráfico interestadual, para diferenciar do tráfico internacional; e VII- o financiamento ou custeio de tráfico, que não era previsto, mas é de grande relevância, pois aumenta as possibilidades do tráfico de drogas, fornecendo matéria prima e/ou armamento. O crime de posse de drogas para consumo passou a figurar no artigo 28 da nova Lei, com as seguintes disposições:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica [...]⁴⁰.

A grande novidade desse artigo em relação às legislações já revogadas, é que o crime de porte de droga para consumo pessoal não tem mais pena privativa de liberdade. Contudo, existe grande discussão sobre qual a forma de chamar essa modificação: alguns doutrinadores afirmam que houve uma descriminalização⁴¹; outros acreditam que houve uma descarcerização, ou ainda, despenalização do tipo penal, esse último entendimento é o mesmo defendido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme será mais bem explorado no próximo capítulo⁴².

Dessa forma, fica claro que o art. 28 da Lei 11.343/06, continua sendo considerado crime, conforme entendimento do STF, mesmo que não exista mais a previsão de pena privativa de liberdade ou multa. No lugar da detenção, que era trazida pela Lei de Tóxicos, surgiram medidas socioeducativas e, em caso de descumprimento dessas medidas será aplicada multa e mais medidas socioeducativas.

Além disso, foram incluídas as disposições que tratam do cultivo de pequena quantidade de “substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica” para consumo próprio que incorre na mesma penalidade de quem comete o crime do caput do art. 28. Contrária às disposições anteriores - que não diferenciavam o cultivo para consumo - essa hipótese era penalizada de forma mais grave, independente de quantidade. A disposição que trazia a necessidade de um exame para comprovar a posse para consumo deixou de constar, como trata o Art. 28, parágrafo segundo:

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Lei de Drogas. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

⁴¹ GOMES, Luis Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?, **Migalhas**. 2007. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa>>, acesso em: 2 dez. 2020.

⁴² STF. **Informativo nº 645.** 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Por fim, cabe ressaltar que existe forma tentada para o art. 28, no tipo penal “adquirir”, quando o indivíduo ainda não consumiu a droga, mas foi pego tentando comprá-la em quantidade considerada cabível para consumo pessoal. E ainda, que o uso preterido não caracteriza é criminalizado, conforme o trecho “é importante recordar que o uso pretérito de droga, por si só, não configura crime. De fato, em se tratando de delito contra a saúde pública, este bem jurídico não corre perigo se a substância já deixou de existir”⁴³.

A Lei 11.343 de 2006 representou uma quebra de paradigma, separou o traficante de drogas do usuário de drogas. Assim dispuseram tratamentos diferenciados para os dois crimes, focando no aspecto educacional e tratamento para o usuário e para o usuário dependente químico, e penalizando firmemente o traficante e formas equiparadas. Contudo, com o passar dos anos a Lei de Drogas precisou se atualizar as mudanças e dessa necessidade surgiu o Projeto de Lei.

Em junho de 2018, o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, criou uma comissão para atualizar a Lei de Drogas, colocando o Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, do Superior Tribunal de Justiça como Presidente da comissão, que foi formada por 13 integrantes, entre eles desembargadores, professores de direito, juristas e até o médico Dr. Antônio Dráuzio Varella. Com a finalização do Anteprojeto de modernização ele passou a se chamar Projeto de Lei 4.565, que foi apresentado em 20 de agosto de 2019, pelo autor da proposta de modernização, o deputado Alexandre Padilha, e na justificativa do projeto trouxe algumas considerações sobre a Lei 11.343 e as anteriores:

É possível resumir todos os anos de aplicação da atual legislação sobre a questão como um rotundo fracasso. Não apenas a comercialização das drogas lícitas e ilícitas não diminuiu, como o custo social da política da guerra às drogas é uma das maiores tragédias do nosso tempo. A atual política de drogas tem impactos profundos em várias áreas da sociedade como o sistema de justiça criminal, sistema de saúde, segurança pública, mundo do trabalho, economia e, na própria sociabilidade.⁴⁴

⁴³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**, 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

⁴⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 4.565 De 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2216080>>. Acesso em: 11 nox. 2020.

É notável que a repressão ao tráfico de drogas não é tão eficaz quanto deveria, considerando os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2019. Recentemente o Governo Federal divulgou pesquisa que comprova que os detentos envolvidos em tráfico de drogas lideram o ranking da população carcerária, chegando a 178.930 encarcerados no segundo trimestre de 2018, seguidos por 141.698 encarcerados por roubo qualificado, no mesmo período⁴⁵.

Considerando ainda que existe um déficit de 312.125 vagas nas unidades carcerárias do Brasil, sendo que a população carcerária alcançou a marca de 773 mil detentos em julho de 2019, temos em torno de 40% da população carcerária de forma irregular⁴⁶.

A falta de eficácia fica clara em falas de criminalistas como Antônio Claudio Mariz de Oliveira, que entende que no Brasil, dificilmente um grande traficante é preso, e que os detidos normalmente são usuários de drogas ou os chamados de “aviõezinhos”, pequenos traficantes de drogas⁴⁷. Ainda, o Magistrado Alexandre Morais da Rosa tem entendimento semelhante, trazendo que os usuários de droga são erroneamente detidos como traficantes pela Polícia Militar por discordar da forma como a Lei de Drogas removeu a penalidade privativa de liberdade, conforme o trecho:

Enquadrar usuários como traficantes é um efeito rebote da nova lei. O artigo 16 da lei anterior previa uma pena razoável para porte e consumo. Já a nova lei gera uma sensação de que o usuário não é punido. E os PMs, via de regra, são movidos pela ideia de que há um diabo que é o traficante, e que é preciso puni-lo. Por isso, há a classificação forçada de uma série de pequenos usuários como vendedores de drogas⁴⁸.

Assim, percebe-se que muitas prisões são realizadas de forma arbitrária, principalmente por uma ausência de previsão legislativa da Lei 11.343, sobre a quantidade de drogas que caracteriza um porte pessoal, e a quantidade que representa o suficiente para ser considerado tráfico de drogas.

Dessa forma, uma consideração importante é que a Lei de Drogas não traz em seu texto a quantidade de droga para ser considerada como uso pessoal. Assim, é totalmente subjetivo aos policiais e ao judiciário, havendo apenas a disposição que “o juiz atenderá a natureza e a

⁴⁵ PINHO, Marco. Tráfico de drogas lidera ranking de crimes em “censo” de presos. **Notícias R7**. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/trafico-de-drogas-lidera-ranking-de-crimes-em-censo-de-presos-29022020>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ RODAS, Sérgio. **Em grande parte usuários, condenados por tráfico reincidem pouco. Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/grande-parte-usuarios-condenados-trafico-reincidem>>. Acesso em: 7 dez. 2020.

⁴⁸ *Ibid.*

quantidade de substância” e conduta e antecedentes do agente, conforme o parágrafo segundo do art. 28.

Em discussão para formulação do Projeto de Lei de modernização da Lei 11.343/06, a convidada Lucia Helena de Oliveira, Defensora Pública e integrante da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (Anadep), informa que a legislação define o que é porte pela quantidade, qualidade, local de prisão e condições da pessoa, conforme afirma:

Se a pessoa é encontrada com dois gramas de maconha ou de cocaína, essa mesma conduta pode ser enquadrada como usuário ou como tráfico. O que comanda isso, segundo a legislação, é quantidade, qualidade, o local da prisão, as condições da pessoa⁴⁹.

Novamente são apresentados conceitos abertos para a interpretação pessoal do magistrado ou do policial que efetuou a prisão, que são as “condições da pessoa”, “local da prisão”. Por isso, quando a comissão elaborou o projeto em questão, incluiu a previsão expressa de 10 doses, sendo que cada tipo de droga teria uma quantidade e determinada por dose, conforme sua natureza a ser regulada pela Anvisa. Contudo, o autor do projeto de lei alterou essa proporção para 30 doses, justificando que essa quantidade já era utilizada como parâmetro em diversos países.

Assim, com as alterações relativas às doses de drogas consideradas como porte pessoal e a descriminalização do usuário, o projeto de Lei 4.565 previu mudanças no título do terceiro capítulo, que na publicação original da Lei de Drogas era “Dos Crimes e Das Penas” e no projeto passou para “Do Uso e Das Sanções” e o Art. 28 passaria a ter o seguinte texto:

Art. 28. A aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento ou uso de drogas ilícitas, para consumo pessoal, **em quantidade de até 30 (trinta) doses não constitui crime.** § 1º Semear, cultivar ou colher até 6 (seis) plantas das quais se possa extrair substância ou produtos conceituados como drogas ilícitas não constitui crime. § 2º O limite excedente a 30 (doses) previsto neste artigo será considerado para consumo pessoal, se em decorrência das condições em que se desenvolveu a ação, ficar caracterizado que a droga ilícita se destinava exclusivamente para uso próprio. (grifo nosso)

⁴⁹ NOBRE, Noéli. Juristas divergem sobre liberação do consumo recreativo de drogas. **Notícias - Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/549492-juristas-divergem-sobre-liberacao-do-consumo-recreativo-de-drogas/>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Desta forma, poder-se-á interpretar como a descriminalização do usuário de drogas, cujo agente não sofreria encarceramento, penalização ou mesmo uma consequência jurídica. Apenas foram incluídas pelo projeto no art. 29 da Lei de Drogas duas infrações administrativas: (i) para situações de uso em frente a incapaz, e (ii) para quantidade superior ao previsto no art. 28, sendo comprovado que a substância é para uso pessoal. As penalidades nesse Projeto de Lei seriam:

Art. 29-A. As infrações administrativas do art. 29 acarretam as seguintes sanções: I - apreensão e perda da droga ilícita; II - multa de 1 (um) salário mínimo, aumentada até 100 (cem) vezes ou reduzida a 1/10 (um décimo) do valor, em decorrência das condições pessoais do agente.

Em relação ao trato mercantil, a comissão teve um posicionamento mais firme quanto ao tráfico internacional e o financiamento do tráfico. O tráfico internacional deixou de ser uma majorante e passou a ser disposto no art. 33-A, e a pena foi aumentada para 10 a 20 anos de reclusão, visto que o tráfico internacional normalmente envolve organizações criminosas, grandes quantidades, evasão do território, conforme disposição do Art. 33-A:

Tráfico internacional de drogas ilícitas - Art. 33-A. Importar ou exportar drogas ilícitas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena: reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e multa de 800 (oitocentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa."

Já o financiamento ao tráfico passou a ter a mesma pena do Art. 33-A, e foi tratado em artigo próprio, o Art. 36, sendo considerada uma conduta gravosa para a sociedade, pois possibilita a compra de matérias-primas para a produção de drogas, e também pode ser utilizado na compra de armas, já que é fato notório que organizações criminosas ligadas ao tráfico praticam coerção utilizando violência e armas. A alteração no projeto ficou consonante ao disposto a seguir:

[...]Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos. 33-A, 33-8, 33-C, 33-G, 33-H, 33-1, 34 e 34, parágrafo único, desta Lei: Pena: reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos, e multa de 1.000 (mil) a 2.000 (dois mil) dias-multa. Parágrafo único. Se o financiamento ou custeio for para a prática de tráfico internacional, as penas aumentam-se em um terço.

O projeto ainda abrandou a pena para os coagidos ou que receberam ordens para transportar drogas, os conhecidos como “mulas”, que na Lei de Drogas respondiam pelo crime de tráfico, com pena de 5 a 15 anos na versão original da Lei, e no Projeto de Lei 4.565 passam

a responder por dois a cinco anos de reclusão. Similarmente, para os pequenos traficantes, que são aqueles com quantidades apreendidas de 100 a 1.000 doses, a pena é reduzida de um sexto (1/6) a um terço (1/3).

Como pôde ser percebido ao longo da leitura, o Projeto de Lei 4.565/2019 tem uma política mais branda para usuários e pessoas com papéis menores no comércio de drogas e pesou as penas para as grandes figuras do tráfico, como quem financia o tráfico e traficantes internacionais. Contudo, esse projeto ainda está em tramitação, e novas propostas inclusive com viés político e ideológico totalmente divergente já estão sendo propostos, como será descrito em seguida.

O Projeto de Lei Complementar 37 de 2013, de iniciativa do Deputado Federal Osmar Terra, voltou a ser discutido em 2019 e foi sancionado pelo Presidente da República com alguns vetos em 5 de junho do mesmo ano, com a proposta de alterar o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e “as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas”⁵⁰.

Entre as alterações está a criação da Semana Nacional da Política de drogas e a adição do Plano Nacional de Políticas sobre Drogas, que terá prazo de cinco anos a contar de sua aprovação, frisando que o Poder Público deve dar ampla divulgação a esse plano.

Entre os objetivos desse plano, os mais importantes são: (i) o foco na reinserção social e econômica do dependente, “promovendo programas que priorizem a melhoria de sua escolarização e a qualificação profissional; (ii) fomentar um serviço telefônico com informações para os usuários e dependentes; (iii) a promoção de formas coletivas de organização para o trabalho para promover a autonomia do dependente egresso do tratamento; (iv) a promoção de estudos e avaliação dos resultados das políticas sobre drogas.⁵¹

A versão original da Lei de Drogas, publicada em 2006, tinha o foco na política da redução de danos e no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana relativos ao usuário de drogas, como podemos ver nos trechos extraídos dos Art. 19 e 22 da supracitada lei:

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes: [...] III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas; [...] VI - o reconhecimento do "não-uso", do "retardamento do uso" e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados [...]

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 13.840, de 5 de Junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁵¹ *Ibid.*

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;⁵²

Contudo, esse novo Projeto de Lei Complementar (PLC 37), está sendo criticado como retrógrado por trazer de volta as internações compulsórias no tratamento de dependência química, principalmente porque a Lei de Drogas tentava manter uma política de redução de danos, o PLC 37 traz em seu texto a previsão de internações compulsórias:

§ 3º São considerados 2 (dois) tipos de internação: [...] II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.

Essa mudança na política de tratamentos dos dependentes químicos não foi bem vista pela Organização Pan-americana de Saúde (OPAS), que considera inadequada e ineficaz a internação compulsória. Ainda a OPAS cita um documento da Organização Mundial da Saúde que tem dez princípios gerais que orientam o tratamento dos dependentes químicos, entre eles o princípio do “Tratamento da dependência de drogas, direitos humanos e dignidade do paciente” que explicita o direito a autodeterminação, autonomia e respeito aos direitos humanos em qualquer estratégia de tratamento para dependentes de drogas⁵³.

Ainda, o projeto inclui as “comunidades terapêuticas acolhedoras”, que são pessoas jurídicas sem fins lucrativos, que realizam o acolhimento dos usuários ou dependentes de drogas. Contudo, essa proposta é preocupante do ponto de vista de garantia dos direitos humanos, visto que são “instituições de tratamento normalmente ligadas a igrejas e que recentemente estiveram sob holofotes após denúncias de abusos e violações de direitos”⁵⁴

Já um relatório elaborado pelo Ministério Público Federal sobre as instituições terapêuticas encontrou instalações precárias, agressões físicas, indícios de trabalho forçado entre outros problemas relacionados a essas comunidades.⁵⁵ Contudo, esse relatório não teve

⁵² BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Lei de Drogas. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020

⁵³ Nota Técnica da OPAS/OMS no Brasil sobre internação involuntária e compulsória de pessoas que usam drogas. **OPAS BRASIL.** Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=3206:nota-tecnica-da-opas-oms-no-brasil-sobre-internacao-involuntaria-e-compulsoria-de-pessoas-que-usam-drogas&Itemid=875>. Acesso em: 25 nov. 2020.

⁵⁴ BBC. O que muda com a lei sobre drogas que o Senado correu para aprovar?. **G1 - Ciência e Saúde.** 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/05/16/o-que-muda-com-a-lei-sobre-drogas-que-o-senado-correu-para-aprovar.ghtml>>. Acesso em: 16 set. 2020.

⁵⁵ *Ibid.*

relevância quando da elaboração do PLC 37, pois mesmo existindo sérias acusações de violações dos direitos humanos ligadas às comunidades terapêuticas, os criadores do projeto as mantiveram no texto sem ressalvas.

Dessa forma, o PLC 37 pode ser considerado polêmico, já que trouxe disposições sobre o tratamento dos dependentes que não foram bem vistas por organizações ligadas à saúde, e dispôs na lei estabelecimentos que violam os Direitos Humanos.

Assim, ao longo do primeiro capítulo foi tratado do contexto histórico dos entorpecentes, com marcos importantes, nacionais quanto internacionais, desde a pré-história com fósseis de ópio, passando pelo período colonial brasileiro, até os tempos atuais, com as últimas alterações na Lei de Drogas e disposições da Portaria 344 que lista as substâncias proscritas para usuários.

2.3 REINCIDÊNCIA: CONCEITO E APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL

A reincidência é um conceito presente no Direito Penal desde o século passado, definida a partir do cometimento de um novo crime por agente que já fora condenado por outro crime com sentença já transitada em julgado, conforme o art. 63, do Código Penal Brasileiro⁵⁶.

O instituto da reincidência é visto por partes da doutrina como inadmissível, já que a aplicação dos seus efeitos pode considerada como um desrespeito ao princípio da vedação ao *Bis In Idem* e ofensa à Coisa Julgada. Assim, vem sendo discutido e rediscutido a muito tempo, como afirmam Zaffaroni e Pierangeli no trecho a seguir:

A reincidência apresenta um sério inconveniente desde o século passado: em toda agravação da pena pela reincidência existe uma violação do princípio non bis in idem. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pela qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo. E, ao obrigar a produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior⁵⁷.

Reincidir significa, portanto, incidir novamente; repetir o ato. No direito penal especificamente, se refere a repetição de uma infração penal. Doutrinariamente, denota-se que

⁵⁶ BRASIL. **CÓDIGO PENAL DE 1940**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 21 nov. 2020., disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>, acesso em: 16 set. 2020.

⁵⁷ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE., **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.**, 13ª. [s.l.]: Revista dos Tribunais, [s.d.].

a reincidência é aplicável tanto aos delitos dolosos quanto culposos, sem distinção. Justifica-se na medida em que, mesmo que o resultado não seja de vontade do agente, a conduta é dotada de voluntariedade⁵⁸.

A punição dos crimes possui, como objetivo, a reintegração do agente na sociedade de forma a ter maior socialização, conhecimento e consciência da necessidade dos cumprimentos legais. Diante disso, a necessidade de punir de forma mais severa quem não cumpriu com o objetivo da pena é de longa data. A exemplo disso, o direito canônico também contemplou a reincidência em relação a determinados crimes, criando uma construção da noção da repetição do crime como circunstância agravante do delito e sua punição⁵⁹.

Neste sentido, Mirabete afirma que a exacerbação da pena em caso de reincidência é justificada de forma plena para aqueles que, punidos anteriormente, voltam a delinquir, na medida em que demonstram “com sua conduta criminoso, que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo”⁶⁰. Portanto, ao cometer novo crime, há um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide. Portanto, deve-se agravar a pena do agente, que voltando ao crime, demonstra sua falta de sensibilidade e destemor diante das leis penais.

Atualmente, utilizar o agravamento da pena contra o criminoso com antecedentes cheios de condenações “é uma ideia rudimentar que todas as legislações, as mais primitivas como as mais civilizadas, têm mais ou menos acertado”⁶¹. Historicamente no Brasil a primeira vez que o instituto da reincidência apareceu na legislação penal foi no Código do Império, em seu artigo 16, parágrafo 3º. Naquele código, era previsto como circunstância agravante “ter o delinqüente reincidido em delito da mesma natureza”⁶². Embora o texto seja singelo e falte completude, só era admitida a reincidência nos casos de haver sentença anterior passada em julgada⁶³.

Em 1890 foi promulgado novo Código Penal que, mesmo timidamente, apresentou a questão da reincidência, definindo-a e fixando-lhe requisitos, cuja circunstância “tinha insignificante aplicação”⁶⁴. A atual legislação penal apresentou significativo avanço na aplicação da reincidência, imprimindo-lhe uma nova feição e conferindo maior amplitude.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forensse, 2020, p. 639 640.

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. 3. Campinas: Millennium, 1999, p. 120.

⁶⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 16ª ed. v. 1, São Paulo: Atlas, 2000, p. 293.

⁶¹ SÁ, José Sinval de. **Aspectos jurídicos da reincidência**. Tese [Doutorado]. Brasília: UNB, 1981, p. 53.

⁶² BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁶³ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva Editor, 1966, p. 79.

⁶⁴ SÁ, José Sinval de. **Aspectos jurídicos da reincidência**. Tese [Doutorado]. Brasília: UNB, 1981, p. 53.

Percebe-se, portanto, um esforço legislativo com o escopo de conferir ao instituto uma feição definida, mais assente com a realidade social brasileira.

Também importa trazer a lume as espécies de reincidência, principalmente porque é um ponto importante de aplicação do instituto diante dos crimes previstos na Lei de Drogas, em especial a posse de drogas para uso próprio. Embora não seja requisito essencial da reincidência a necessidade de o sentenciado haja iniciado ou vencido o cumprimento da pena⁶⁵, isso não se aplica a todas as espécies, como se verá a seguir.

A primeira espécie de reincidência a ser analisada é a reincidência real, que ocorre quando o agente comete novo delito “depois de já ter efetivamente cumprido pena por crime anterior”⁶⁶. A reincidência ficta ocorre quando o autor comete novo crime depois de ser condenado por sentença penal transitada em julgado por crime anterior, ainda sem cumprir a pena.

Aqui se faz importante trazer um detalhe: o cometimento do crime no dia que transita em julgado a sentença penal condenatória não é suficiente para caracterizar a reincidência, tendo em vista que o requisito é claro em exigir que o cometimento do crime seja após o trânsito em julgado. A prova da reincidência, neste caso, se dá com a apresentação da certidão do cartório judicial que comprova condenação anterior, independente de documentos expedidos pelo sistema prisional, tampouco a folha de antecedentes, que não é expedida diretamente pelo juízo.

Por fim, há a reincidência específica, em se tratando de cometimento de crimes da mesma espécie pelo agente. Via de regra, não há divergência entre os efeitos das espécies do instituto, no entanto, em alguns casos, a reincidência específica pode obstar a concessão de alguns benefícios (a exemplo do artigo 83, V do Código Penal que veda o livramento condicional nos crimes hediondos ou equiparados quando o condenado é reincidente específico em crimes dessa natureza⁶⁷). Também é o caso de ser requisito para agravante de pena ser a reincidência específica, como exemplo do artigo 28, parágrafo 4º da Lei de Drogas, cuja discussão será traçada no próximo tópico.

No que tange aos pressupostos da reincidência, pacífico é que se exige sentença penal condenatória transitada em julgado por prática de crime, assim definido pela Lei de Introdução ao Código Penal⁶⁸. Portanto, somente pode-se considerar que há reincidência quando um novo

⁶⁵ LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, p. 345.

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forensse, 2020, p. 653.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forensse, 2020, p. 654.

⁶⁸ BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Penal**. Decreto Lei nº 3.914 de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 06 dez. 2020.

crime é cometido após a sentença condenatória de que não cabe mais recurso, ou que este não tenha sido interposto.

O artigo 63 do Código Penal⁶⁹ é claro ao prever que a causa da reincidência é cometimento de novo crime, e não infração legal. Portanto, não se pode aceitar que haja agravante da reincidência em cometimento de contravenção penal anterior, por exemplo. Não obstante, o artigo 7º da Lei de Contravenções Penais⁷⁰ prevê 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”.

Em interpretação dos dispositivos apresentados, conclui-se que, se um agente comete crime e depois de sentença penal condenatória transitada em julgado comete outro crime, é considerado reincidência; da mesma forma, se o agente pratica contravenção, vindo a ser condenado em decisão irrecorrível e comete outra contravenção, também é considerado reincidente; no entanto, se o agente comete contravenção penal e mesmo após sentença penal transitada em julgado pela contravenção comete outro crime, ele não é considerado como reincidente.

Quanto à pena de multa, a doutrina majoritária, a exemplo de Heleno Fragoso⁷¹ e Damásio Evangelista de Jesus⁷², sustenta que induz a reincidência. Da mesma forma a jurisprudência demonstra que a ampla posição nos tribunais é de aplicação de reincidência em caso de penalização de multa para crimes cometidos anteriormente. Isto porque, não é exigido sequer o cumprimento da pena para pelo agente que seja considerado reincidente, mas tão somente que haja crime anterior com sentença penal transitada em julgado.

Quanto à incidência de outros institutos penais em seus efeitos, também é preciso restringir-se aos requisitos legais. Assim, mesmo que ocorra a prescrição da pretensão punitiva, não subsistem os efeitos secundários da condenação, como a reincidência. Da mesma forma, o perdão judicial não gera a efeitos sobre a reincidência, nos termos do artigo 120 do Código Penal.

Da mesma forma, nos casos em que há indulto (clemência do Estado a condenação em geral) em relação ao primeiro delito, não haverá efeito na concretização da reincidência se o agente cometer o segundo. Contudo, havendo anistia (esquecimento de fatos considerados

⁶⁹ BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06 dez. 2020.

⁷⁰ BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁷¹ FRAGOSO, Heleno. **Lição de Direito Penal: a nova parte geral**, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 347.

⁷² JESUS, Damásio Evangelista. **Comentários à Parte Geral do Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 634.

delituosos) ou *abolitio criminis* (extinguir tipo penal incriminador) quanto à primeira infração, é natural que não exista reincidência se houver uma segunda.

Assim, podem-se elencar os efeitos da reincidência como: a existência de uma agravante que prepondera sobre outras circunstâncias legais (artigo 67 do Código Penal); a possibilidade de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa (arts. 44, II, e 60, § 2.º, CP); quando por crime doloso, impedimento à obtenção do *sursis* (art. 77, I, CP); a possibilidade de impedir o início da pena nos regimes semiaberto e aberto (art. 33, § 2.º, *b* e *c*, CP), salvo quando se tratar de detenção, porque há polêmica a esse respeito⁷³.

Além disso, é motivo para aumentar o prazo de obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP); bem como impedimento ao livramento condicional nos casos de crimes hediondos, tortura, tráfico de entorpecentes, tráfico de pessoas e terrorismo, tratando-se de reincidência específica (art. 83, V, CP); aumento do prazo de prescrição da pretensão executória em um terço (art. 110, CP); é uma causa de interrupção do curso da prescrição (art. 117, VI, CP).

Não bastasse, pode ser compreendida como possibilidade de revogação do *sursis* (art. 81, I, CP), do livramento condicional (art. 86, I, CP) e da reabilitação (neste caso, se não tiver sido aplicada a pena de multa, conforme art. 95, CP); aumento de um terço até a metade da pena de quem já foi condenado por violência contra a pessoa no caso de porte ilegal de arma (art. 19, § 1.º, LCP, para quem sustenta a vigência desse dispositivo); além da integração ao tipo da contravenção penal de ter consigo material utilizado para furto, por quem já foi condenado por furto ou roubo⁷⁴.

Quanto aos efeitos de impedir a liberdade provisória para apelar e impedir a prestação de fiança em caso de condenação por crime doloso, à legislação brasileira adotou o sistema de temporariedade em relação ao instituto da reincidência, desde a edição da Lei nº 6.416/77. Desta forma, existe no art. 64 uma limitação de cinco anos entre a data do cumprimento da pena relativa ao delito anterior e a prática do crime posterior, que veda a chamada de “reincidência perpétua”, dessa forma, de 5 anos para aplicação de reincidência por delito cometido pelo agente.

Contudo, a maioria dos Tribunais, inclusive o próprio STF vem entendendo, contrário sensu, que para efeito da concessão de fiança (artigo 323, III do CPP) não importa o lapso temporal transcorrido entre a anterior condenação e o pedido de arbitramento de fiança tornando, para essa finalidade processual, a reincidência como eterna⁷⁵. Além disso, mesmo

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forensse, 2020, p. 655-656.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forensse, 2020, p. 655-656.

⁷⁵ FRAGOSO, Heleno. **Lição de Direito Penal: a nova parte geral**, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 348.

que decorrido o prazo de cinco anos e a condenação anterior não seja mais suficiente para configurar a agravante da reincidência, é eficaz para caracterizar os maus antecedentes do agente⁷⁶.

Desta forma, passa-se a analisar a reincidência especificamente no cometimento do crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, qual seja a posse de drogas para uso próprio, estudando qualificação da infração legal – se crime ou contravenção – e se é possível a aplicação do instituto, sobretudo de forma a analisar as decisões dos Tribunais Superiores sobre o assunto.

⁷⁶ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 278.

3 DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DO TJSC SOBRE A REINCIDÊNCIA NO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO

Após tecer alguns comentários sobre o que são drogas, seu conceito, características e razões pelas quais as drogas são proibidas no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a estudar decisões do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, buscando analisar o entendimento de cada um deles sobre a despenalização ou descriminalização do delito de posse de drogas para consumo pessoal.

Primeiro apresenta-se alguns tópicos importantes sobre a repercussão geral reconhecida no pleito de declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas que ainda esta pendente de julgamento no STF, bem como a importante decisão da Corte Constitucional quanto a interpretação da alteração legislativa das penas do delito em questão, que deixou de ser reprimível por pena privativa de liberdade e passou a ser tão somente punível com restrição de direitos.

Depois disso, passa-se a analisar de forma específica sobre a reincidência no delito de posse de drogas para consumo próprio, o que é reflexo direto das questões anteriormente dispostas. Busca-se, nas decisões do STJ referências quanto à aplicação da reincidência em caso de delito de posse de drogas cometido após condenação pelo mesmo crime; bem como em caso de julgamento de crime cometido posterior à condenação transitada em julgado por posse de drogas para consumo próprio.

Compara-se, portanto, as decisões do STJ e do STF principalmente no tocante ao reconhecimento do delito do artigo 28 da Lei de Drogas ser considerado como crime e a aplicabilidade da sua reincidência.

Por fim, colacionam-se decisões e notícias de demandas catarinenses que se busque reduzir a pena em detrimento do não reconhecimento da aplicação da reincidência caso a condenação anterior seja de posse de drogas para consumo próprio, encontrando ora decisões que convergem com o entendimento do STF e ora com o entendimento do STJ, todas fundamentadas nos mesmos precedentes.

Mais do que o resultado dos julgados estudados, a fundamentação e os argumentos utilizados como forma de interpretações das mesmas decisões paradigmas dos Tribunais Superiores são de inteiro aproveitamento para o estudo em tela.

Portanto, busca-se descobrir se o instituto possui aplicabilidade no delito de posse de drogas para uso próprio, adentrando na delimitação do tema da pesquisa. Para isso, estudam-se algumas peculiaridades: primeiro é descobrir se o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas

é considerado como crime ou contravenção penal; depois é analisar se as decisões dos Tribunais interpretam as brandas sanções desta infração como despenalização ou descriminalização da posse de drogas para uso pessoal.

Por fim, busca-se na jurisprudência o entendimento predominante sobre a possibilidade ou não da aplicação da reincidência para a posse de drogas para uso próprio, especificamente estudando o parágrafo terceiro do artigo 28 da Lei de Drogas e buscando saber qual espécie de reincidência pode ser utilizada na referida infração.

3.1 O DEBATE SOBRE A DESPENALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Precipuamente, a constitucionalidade do Art. 28, aguarda julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 de São Paulo, e tem como Relator o Ministro Gilmar Mendes. Esse recurso foi considerado como matéria de repercussão geral, primeiro por tratar de matéria constitucional, e ainda por ter poder de excluir o tipo penal de porte de droga para consumo próprio, ou seja, descriminalizar o usuário de drogas.

Além disso, um dos questionamentos parte do princípio da lesividade, explicado anteriormente, que determina que a conduta que lese terceiro pode ser considerada crime e assim gera um condão para justificar uma pena privativa de liberdade, contudo conforme explicou o Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) a época, Cristiano Avila Maronna, “[...] o consumo de drogas é uma conduta auto lesiva, ou seja, que só pode fazer mal a quem pratica”⁷⁷.

Ainda, que a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal atinge milhares de brasileiros, que ainda são estigmatizados pelo consumo de drogas, o que muitas vezes só dificulta e os afasta de procurar atendimento médico ou reabilitação. Logo, contendo matéria de relevância jurídica e social, e ainda por ultrapassar os interesses subjetivos da causa, o Relator julgou que o presente recurso se encaixa nas características de matéria de repercussão geral.

As alegações do recorrente são de que o crime de posse para consumo pessoal da Lei 11.343/2006 desobedece aos princípios constitucionais da Intimidade e Vida privada, conforme previstos:

⁷⁷ BBC. O que muda com a lei sobre drogas que o Senado correu para aprovar? **G1 - Ciência e Saúde**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/05/16/o-que-muda-com-a-lei-sobre-drogas-que-o-senado-correu-para-aprovar.ghtml>>. Acesso em: 16 set. 2020.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação⁷⁸.

Assim, conforme relatório produzido pela Assessoria do Supremo Tribunal Federal, não há desrespeito às pessoas e aos bens jurídicos no simples ato de consumir drogas em particular, e que esse ato seria apenas parte do exercício da vida privada, e que a proibição ofenderia também o direito a intimidade dos jurisdicionados.

O recorrente afirma que também é ofendido o princípio da lesividade do direito penal, que prevê que um bem jurídico deve sofrer lesão ou perigo de lesão, para ser considerado crime. Para melhor esclarecer sobre o princípio, segue trecho do Doutrinador Rogério Sanches Cunha:

O princípio da ofensividade ou lesividade (*nullum crimen sine iniuria*) exige que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. [...] A norma primária, por seu turno, possui dois aspectos: (a) ela é valorativa (existe para a proteção de um valor); e (b) também imperativa (impõe uma determinada pauta de conduta). O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, desvalor da ação (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime). [...] Uma vez reconhecido este princípio, parcela da doutrina questiona a constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato (ou presumido), casos em que da conduta o legislador presume, de forma absoluta, o perigo para o bem jurídico.⁷⁹

O ministro Gilmar Mendes se pronunciou a fim de reconhecer a Repercussão Geral em 9 de dezembro de 2011, desde então foram deferidos dezenas de pedidos de *amicus curiae* e os autos foram remetidos de gabinete de um ministro para o outro. Apesar disso, parte da população segue marginalizada devido à dependência em drogas, apenas aguardando uma decisão definitiva sobre o tema.

Embora o feito ainda aguarde deslinde, já foram proferidos votos favoráveis à declaração da inconstitucionalidade, pelo Relator Ministro Gilmar Mendes, bem como ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Em face do pedido de vista do Min. Teori Zavaski o julgamento foi interrompido que, pendente, até a presente data.

⁷⁸ BRASIL. **constituição Da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2020.

⁷⁹ CUNHA, Rogério Sanches. Princípio da lesividade (ou ofensividade): breves comentários. **JusBrasil**. 2019. Disponível em: <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121815101/principio-da-lesividade-ou-ofensividade-breves-comentarios>>. Acesso em: 4 dez. 2020.

Argumentando o voto pela declaração da inconstitucionalidade do dispositivo, o Ministro Relator fundamenta que "a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade"⁸⁰, advertindo:

[...] o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06. Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social"⁸¹.

Assim, faz uma reflexão no sentido de que condutas consideradas como crime devem ser aquelas altamente reprovadas pela sociedade e que tenham condão de atingir terceiros além dos usuários. O Brasil é defensor de direitos e garantias fundamentais e, sobretudo deve atender os interesses sociais de forma a incluir aqueles marginalizados. Rotular os usuários como criminosos distancia ainda mais a assistência de saúde daqueles que necessitam.

Corroborando o entendimento ainda afirmando que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional por atingir sobremaneira o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo desproporcional a reprovabilidade da conduta. No entanto, não deixa de atentar-se a necessidade de uma política séria e atuante na prevenção do uso de substâncias entorpecente.

Aponta que as medidas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas são apropriadas para o cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, desde que não tenham qualquer efeito de natureza penal. Desta forma, o deslocamento da aplicação da esfera criminal para o âmbito civil propiciará maior efetividade no alcance dessas medidas, proporcionando possibilidade de nova abordagem ao problema do uso de drogas a partir da complexidade que o tema envolve.

Roberto Barroso, por sua vez, enuncia razões pragmáticas que justificam a descriminalização, afirmando ser uma alternativa melhor considerando que os males causados pela política atual de drogas superam largamente seus benefícios, apresentando consequências negativas sobre a sociedade, especialmente as comunidades mais carentes⁸². O Ministro aponta três fundamentos que justificam e legitimam a descriminalização à luz da Constituição Federal de 1988:

⁸⁰ STF. **Recurso Extraordinário nº 635.696/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em 07 fev. 2021.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

A intimidade e a vida privada, que compõem o conteúdo do direito de privacidade, são direitos fundamentais protegidos pelo art. 5º, X da Constituição. O direito de privacidade identifica um espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado. O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não afetar a esfera jurídica de um terceiro. [...] A liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo, todavia, absoluta, ela pode ser restringida pela lei. Porém a liberdade possui um núcleo essencial e inatingível, que é a autonomia individual. Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade. [...] O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, na sua dimensão instrumental, funciona como um limite às restrições dos direitos fundamentais. Para que a restrição a um direito seja legítima, ela precisa ser proporcional. Em matéria penal, tal ideia se expressa em alguns conceitos específicos, que incluem a lesividade da conduta incriminada, a vedação do excesso e a proibição da proteção deficiente.

Finaliza argumentando que o princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa à bem jurídico alheio, de modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. A lógica seria de que, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de substância entorpecente não se afiguraria legítima.

Aguarda-se, assim, manifestação dos demais Ministros e o julgamento do feito. No entanto, ao que parece não haverá pacificação do entendimento tão logo, na medida em que o julgamento tinha sido agendado para a sessão do dia 06/11/2020, mas foi determinado adiamento pela Presidência da Corte, restando o feito sobrestado em agosto de 2020.

A principal manifestação já julgada pelo STF quanto à reincidência a que se refere o crime de posse de drogas deu-se no Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ. Assim, utiliza-se tal recurso como parâmetro para apresentar a opinião da Corte Constitucional sobre a despenalização do artigo 28 da Lei de Drogas.

Analisado o histórico da criminalização do uso de substâncias entorpecentes, bem como a discussão de aplicação de penas quando o porte se limita a quantidade para uso pessoal, passa-se a estudar a reincidência aplicada a partir do art. 28 da Lei 11.343 de 2006, ou o do crime de porte para consumo pessoal. Retoma-se, portanto, o debate que aponta que a reincidência só é aplicável em casos de consumação de crime após sentença condenatória transitada em julgada condenando o autor por cometimento de crime anterior, ou contravenção penal seguida de outra contravenção penal quando há decisão definitiva entre os delitos.

Para tanto, a primeira informação a se conseguir é saber se o delito previsto como posse de drogas para uso pessoal é considerado crime ou contravenção penal, considerando que tal diferença é essencial para caracterização de reincidência. O artigo 1º da Lei de introdução ao Código Penal⁸³ conceitua crime como “a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou detenção” enquanto considera contravenção a “infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa”.

O artigo 28 da Lei de Drogas, por sua vez, prevê para aqueles que são condenados ao delito de posse de drogas para uso pessoal as seguintes penas: “I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”⁸⁴.

Assim, a leitura rápida dos dispositivos transcritos faz concluir que o delito de posse de drogas para uso próprio não é considerado crime para a Lei de introdução ao Código Penal, visto que com as alterações promovidas pela Lei de Drogas de 2006, as penas privativas de liberdade e a multa foram retiradas, deixando apenas as medidas socioeducativas. Contudo o debate não é tão simples e foi apresentado ao STF por meio do Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ.

O recurso em questão teve como recorrente o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e como recorridos o juízo de direito do juizado especial criminal da comarca do Rio de Janeiro, bem como o juízo de direito da 29ª vara criminal do Rio de Janeiro. A turma julgadora foi a Primeira Turma do STF e o relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence.

O parquet questionava, em sede de Recurso Extraordinário, a Lei de Drogas, recente a época do julgamento. O cerne da questão era justamente saber, na opinião do Supremo Tribunal, se o ato de comprar, transportar e guardar droga para consumo próprio seria ou não considerado como crime, mesmo sem haver pena de prisão ao condenado.

Em decisão unânime, acompanhando o voto do relator, a primeira turma decidiu, a título de questão de ordem, que, mesmo não podendo ser preso, o réu estaria sujeito a outros tipos de pena e, portanto, declarou que a nova redação legal implicava em despenalização da conduta e não sua descriminalização.

No voto, o relator apontou de forma enumerada os argumentos das correntes que acreditam que as novas penas do artigo 28 seriam suficientes para descriminalizar o delito,

⁸³ BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Penal**. Decreto Lei nº 3.914 de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Lei de Drogas. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

usando a argumentação de Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches, de que na verdade o porte para consumo não é nenhuma das categorias discutidas anteriormente, mas se trata na verdade de uma “infração penal *sui generis*”:

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*⁸⁵.

Em contrapartida, o relator também realizou apontamentos precisos sobre a corrente que afirma a mudança legislativa tratar-se de despenalização do delito, utilizando-se desta corrente como decisão do voto. Ponderou, sobretudo, que:

Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves⁸⁶.

Não apenas o argumento social e objetivo das penas foi suficiente para fundamentar o voto do relator, mas também o aspecto objetivo, considerando que a descriminalização da conduta do usuário sequer é possível no Brasil, eis que o país é signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. Destarte, o legislador fez foi tão somente “modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade como pena principal”⁸⁷.

Por fim, o recurso foi julgado como prejudicado na medida em que foi reconhecida que o artigo 30 da Lei de Drogas fixou em dois anos o prazo para prescrição da pretensão punitiva,

⁸⁵ SANCHES, Rogério Cunha; GOMES, Luis Flávio. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “*sui generis*” ou infração administrativa?. **Migalhas**. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa>>. Acesso em: 2 dez. 2020.

⁸⁶ STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 430.105/RJ. Questão de Ordem. DJ: 13/02/2007. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

⁸⁷ STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 430.105/RJ. Questão de Ordem. DJ: 13/02/2007. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

sendo julgada extinta a punibilidade dos fatos, que ocorreram há mais de dois anos do julgamento. Inobstante tal fato, o debate quanto a questão de ordem foi fundamental para uniformizar a interpretação da despenalização do delito de posse de drogas para uso próprio, principalmente declarando que ainda é considerado como crime.

Quanto à aplicação da reincidência no delito em questão, importa frisar que, para a teoria que indica que posse para consumo é infração penal *sui generis*, não teria como se aplicar a reincidência. No entanto, diante do julgamento do Recurso Extraordinário acima descrito, que não deixou de considerar a posse de drogas para uso próprio como crime, conclui-se que é possível a aplicação da reincidência no delito em questão. Transcreve-se:

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. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves. Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário - o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata de 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 107 e seguintes do C.Penal (L. 11.343/06, art. 30). Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou abolitio criminis⁸⁸.

Pacificando o entendimento da decisão analisada, em 2019 o Superior Tribunal de Justiça lançou a Jurisprudência em Teses nº 131, compilando os entendimentos sobre a Lei de Drogas, concluindo que a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio “foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, não havendo, portanto, abolitio criminis”⁸⁹.

Mais recente o STF voltou a se manifestar sobre o assunto. Em 2019, ao julgar Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 148.484, cujo provimento foi negado por unanimidade dos ministros, que seguiram voto do relator Celso de Melo. Aduziu que o porte de drogas ilícitas

⁸⁸ STF. **Informativo** nº **465**. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁸⁹ STJ. **Publicação traz entendimentos atualizados do STJ sobre a Lei de Drogas. 2019**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Publicacao-traz-entendimentos-atualizados-do-STJ-sobre-a-Lei-de-Drogas.aspx#:~:text=Despenaliza%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B%C3%A7%C3%A3o,destacada%20pela%20Secretaria%20de%20Jurisprud%C3%AAncia.>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

para consumo pessoal não mais autoriza imposição de pena privativa de liberdade ao condenado, restringindo-se à aplicação das sanções meramente restritivas de direitos, como definidos no artigo 28 da Lei de Drogas.

Como parâmetro, citou a decisão acima analisada inclusive transcrevendo um trecho dela para reiterar que “não obstante a nova Lei de Drogas tenha adotado medidas (simplesmente) despenalizadoras em relação ao porte de drogas para consumo pessoal, tal conduta ainda ostenta a natureza jurídica de crime”⁹⁰.

É incisivo ao afirmar que concernente à incoerência de “abolitio criminis” do porte de drogas para consumo pessoal, torna-se impossível o acolhimento de que uma condenação pelo crime do artigo 28 da Lei 11.343/06 não configura maus antecedentes ou reincidência.

Colaciona decisões do STJ em consonância com o entendimento da Suprema Corte e finaliza concordando com os argumentos da Procuradoria Geral no caso, apontando que “condenação anterior por infração penal descrita no art. 28 da Lei nº 11.343/06 pode ser utilizada na aplicação da agravante genérica da reincidência, bem ainda como maus antecedentes, pois essa conduta não deixou de ser crime”⁹¹.

Assim, apenas reitera entendimento anterior, que continua sendo utilizado inclusive como parâmetro para os demais tribunais. Para saber mais especificamente sobre a possibilidade da aplicação do instituto da reincidência, bem como qual espécie da agravante é cabível nos crimes de posse de drogas para uso próprio, passa-se a estudar julgados do STJ e cuja análise será realizada no tópico seguinte.

3.2 DECISÕES DO STJ SOBRE A MAJORAÇÃO DA PENA DECORRENTE DA REINCIDÊNCIA NO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO

Com o entendimento consolidado por meio da decisão do STF em questão de ordem no RE 430.105/RJ, bem como pelo STJ na jurisprudência em Tese nº 131 de que a infração de posse de droga para consumo pessoal não foi descriminalizada e sim despenalizada, conseqüentemente, o delito em questão continua sendo considerado como crime. Então se conclui que, conforme o art. 63 do Código Penal⁹² é cabível aplicar a reincidência partindo do

⁹⁰ STF. **Habeas Corpus nº 148.484**. Relator: Ministro Celso de Melo. DJ: Sessão Virtual de 29 de março a 04 de abril de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339973243&ext=.pdf>>. Acesso em: 06/02/2021.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06 dez. 2020.

trânsito em julgado do delito do art. 28 do Código Penal, e esse era o entendimento que predominava, conforme voto do relator no Recurso Extraordinário analisado em tópico anterior.

Contudo, começaram a surgir controvérsias nos demais, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça, sobre a aplicação da reincidência partindo do art. 28 da Lei de Drogas. Assim, foram escolhidas decisões para analisar e discutir as decisões, todas referentes ao crime de posse de drogas e a aplicação do instituto de reincidência, nas mais variadas ordem de cometimento dos crimes.

Primeiramente, aponta-se caso em que a posse de drogas para consumo próprio é o primeiro crime cometido, e o outro crime posterior, visto que nas contravenções penais que tem penas mais severas (prisão simples e multa) não se aplica a reincidência dessa forma. Para auxiliar na definição, a doutrina:

(...) se a infração anterior for uma contravenção penal, teremos a seguinte situação: (a) Condenado definitivamente pela prática de contravenção penal, que venha a praticar crime, não é reincidente (CP, art. 63). (b) Condenado definitivamente pela prática de contravenção, que venha a realizar nova contravenção, é reincidente, nos termos do art. 7º da LCP. Se, no entanto, for condenado definitivamente por crime e vem a praticar contravenção penal, é considerado reincidente, nos termos do art. 7º da LCP⁹³.

A conclusão doutrinária acima já tinha sido estudada no primeiro item deste capítulo. Contudo, a retomar se faz imprescindível para que se possa chegar a uma conclusão na aplicação do instituto no delito que se está estudando.

Dito isso, considerando o entendimento é que não se aplica reincidência sendo o primeiro delito uma contravenção e o posterior um crime; bem como que a contravenção é punida com prisão simples e multa, e o crime de porte de drogas para consumo próprio não tem pena privativa de liberdade ou multa, apenas advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, pode-se concluir que o crime de posse de drogas para consumo seria de menor gravidade que as próprias contravenções penais.

Desse raciocínio extrai-se que não pode ser aplicada a reincidência partindo do art. 28 como primeiro crime, equiparando-o a uma contravenção penal. Foi essa incerteza que deu início ao Agravo Regimental no Habeas Corpus Nº 475.304 de Minas Gerais, que teve como Relator o Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 29/03/2019⁹⁴.

⁹³ CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155

⁹⁴ STJ. Agravo Regimental no Habeas Corpus Nº 475.304. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. DJ: 29/03/2019. **JusBrasil**. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859525661/agravo->

No caso em tela, o réu/paciente impetrou Habeas Corpus contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, contra decisão monocrática. No caso, o paciente/réu foi condenado primeiramente pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 e, posteriormente, foi condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, caput da mesma lei (tráfico de drogas), e 16, parágrafo único, inciso IV da Lei 10.826/03 (portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado).

Como é notório, o legislador colocou uma pena bem mais severa para o crime de tráfico de drogas, visto que é uma atividade considerada de alto perigo social, principalmente se comparada ao art. 28 que não significa perigo social, apenas uma escolha individual do usuário. Assim, foi alegado no juízo a quo o constrangimento ilegal ao paciente, conforme trechos do relatório do Relator:

No presente mandamus (fls. 3/10), o impetrante sustentou que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois foi considerado reincidente em razão da prática anterior do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o qual não deve ser considerado para agravar a pena ou para obstar a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Aduziu que o referido delito deve ser equiparado à prática de contravenção penal, que não é apta a gerar reincidência. Citou, ainda, precedente desta Corte nesse sentido.

[...]Ao final, liminarmente e no mérito, pediu o afastamento da reincidência do paciente, a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, a alteração para regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dessa forma, em primeiro grau o réu/paciente foi condenado as penas de 11 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e multa pelos crimes acima descritos. Inconformada, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça que proveu parcialmente o recurso, em decisão por maioria de votos, para reduzir as penas aplicadas para 10 anos de reclusão. Foram opostos embargos infringentes, que foram rejeitados.

Por fim, a defesa impetrou Habeas Corpus, sustentando constrangimento ilegal ao paciente pelo acórdão proferido, sobretudo por considerar a reincidência em razão da prática anterior do delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Argumentava, em síntese, que o crime de posse de drogas para uso pessoal não poderia ser considerado para agravar a pena ou obstar aplicação de diminuição de penas do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas (agente

primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa).

O requerimento era, portanto, de afastar a reincidência em relação aos delitos pelos quais foi condenado e a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, acima citado, a fração máxima, bem como a alteração do regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, não foi conhecido o Habeas Corpus, mas foi concedida ordem de ofício para redimensionar a pena. A decisão inclusive citou o RE 30.105/RJ analisado no tópico anterior a fim de fundamentar que “a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio [...] foi apenas despenalizada pela nova lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve *abolitio criminis*”⁹⁵.

Assim, considerando a decisão analisada, bem como outros precedentes colacionados pelo relator, foram afastados os efeitos da reincidência decorrente da condenação anterior pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas. Entretanto, não foi acolhido o pleito de incidir a redução prevista no artigo 33, parágrafo 4º da mesma Lei, na medida em que o núcleo aplicado foi o paciente “se dedicar a atividade criminosa”.

Da mesma forma, julgados de 2020 entendem que, embora não houve descriminalização do artigo 28 da lei de Drogas, a aplicação da reincidência como efeito secundário é desproporcional. Dentre os argumentos, o principal é que seria desproporcional uma consequência que agrava pena considerando que o crime anterior (artigo 28 da Lei de Drogas) foi considerado de tão baixa reprovabilidade pelo legislador. É o caso do julgamento do Resp 1.672.654/SP, que se deu em 07 de dezembro de 2020 e consignou que:

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" (grifo nosso)⁹⁶.

⁹⁵ STJ. **HABEAS CORPUS N° 478.757 – SP**. DJ: 05/02/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788053&num_registro=201803010158&data=20190211&formato=PDF>. Acesso em: 07 dez. 2020.

⁹⁶ STJ. **RECURSO ESPECIAL**. Resp. n° 1.672.654/SP. DJ: 30/08/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701226657&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

No mesmo dia foi julgado o Habeas Corpus nº 453.437 – SP, no qual o réu foi condenado pelo artigo 28 e estava sendo julgado pela infração do artigo 33, ambos da Lei de Drogas, que também entendeu pela desproporcionalidade da reincidência. Dentre os argumentos mais relevantes, o STJ declarou que a aplicação da reincidência pela prática anterior da infração prevista no artigo 28 da Lei de Drogas seria medida injusta “à vista do novo tratamento dado aos usuários de entorpecentes, de forma que a prática da infração prevista no artigo 28 da Lei de Drogas não é apta a gerar reincidência, de forma a permitir a aplicação ao caso do mencionado redutor”⁹⁷.

Também é importante trazer à discussão que houve outras decisões semelhantes, algumas com ambos os delitos da Lei 11.343/2006 – posse e tráfico de drogas, artigos 28 e 33, respectivamente. O primeiro exemplo é do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.778.346, também julgado em dezembro de 2020, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, que o apenado cometeu a mesma sequência de delitos, cujo reconhecimento da reincidência foi desprovido, também fundamentado na desproporcionalidade⁹⁸.

Apesar de todos os recursos anteriores tratarem de situações semelhantes, em que o apenado cometeu ambos os delitos relacionados à Lei de Drogas, em especial os artigos que tratam da posse para consumo seguida do tráfico de drogas, o entendimento é o mesmo caso o crime posterior não esteja contido na Lei de Drogas.

A título de exemplo, o Habeas Corpus nº 478.757 de relatoria do Ministro Felix Fischer, analisou o caso de um acusado que foi condenado anteriormente por posse de drogas para uso próprio, e posteriormente praticou mais dois crimes: um furto qualificado, que não houve reparação; e uma falsa comunicação de crime (crime contra a administração pública).

O Habeas Corpus não teve cabimento, uma vez que não se admite a sua impetração em substituição ao recurso adequado. Todavia, entendeu pela viabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois com a exclusão da reincidência o apenado cumpria os requisitos para progressão de regime.

Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio **pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado. De outro lado**, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, [...] estabeleceu que

⁹⁷ STJ. HABEAS CORPUS. HC nº 453437 SP 2018/0135290-0, Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, DJ 14/06/2018. **JusBrasil**. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/589650908/habeas-corpus-hc-453437-sp-2018-0135290-0>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

⁹⁸ STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp nº 1778346 SP 2018/0296479-1, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 23/04/2019, DJe 03/05/2019. **JusBrasil**. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713194532/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1778346-sp-2018-0296479-1>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

"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"⁹⁹.

Na decisão também se faz importante distinção à reincidência genérica e específica descrita nos parágrafos do artigo 28 da Lei de Drogas. Isto porque aponta que o cometimento de crime de posse de drogas para consumo próprio não é punível com pena privativa de liberdade o que faz concluir que a reincidência genérica nesta conduta não é capaz de agravar o regime inicial do cumprimento de pena por condenação em crime posterior, cujo regime inicial deve ser aberto, eis que as circunstâncias do caso eram favoráveis quanto aos requisitos do artigo 44, parágrafo 3º do Código Penal.

Assim, denota-se uma mudança de entendimento da Quinta Turma do STJ – responsável pelo julgamento de causas penais – sendo que anteriormente decidia da mesma forma que o STF e agora passou adotar entendimento diverso sobre a aplicação da reincidência à condenações anteriores pelo do crime do porte para consumo.

Passa-se, então, a analisar o Recurso Especial nº 1.771.304 do Espírito Santo, cujo objetivo é compreender melhor sobre a reincidência geral e específica que tratam os parágrafos do artigo 28 da Lei de Drogas. Isto se faz relevante nos casos em que cometimento do crime de posse de drogas para consumo próprio se dá após a condenação transitada em julgada por crime diverso anterior.

O recorrido em questão foi condenado em primeira instância por dois delitos: o de receptação simples (art. 180, *caput* do Código Penal); e o de porte para consumo do art. 28, cominando respectivamente penas de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa pelo primeiro e 10 meses de prestação de serviços comunitários pelo segundo. Contudo, com a finalidade de minorar a pena restritiva de direitos, em recurso a defesa argumenta que a reincidência do art. 28 da Lei de Drogas é específica, conforme tratada no §4º:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...] § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses¹⁰⁰.

⁹⁹ STJ. Habeas Corpus nº 478.757. Relator do Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. DJ: 05/02/2019. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/675061906/habeas-corpus-hc-478757-sp-2018-0301015-8/inteiro-teor-675061918>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei nº 13.840, de 5 de Junho de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

Sob tal aspecto, o paciente teve a primeira condenação por delito diferente do porte de drogas para consumo pessoal, e que a reincidência tratada no art. 28, §4º é específica, logo a pena aplicada deve ser compreendida como comum, máxima de cinco meses prevista no §3º do dispositivo, e não a pena de reincidência do §4º, que seria de dez meses.

O Tribunal do estado do Espírito Santo afirmou existir divergências no entendimento da aplicação de tal dispositivo, assim uma corrente interpreta como sendo reincidência específica e outra interpreta que deve ser reincidência genérica, consoante ao trecho:

Primeiramente, entendo necessário estabelecer que a impugnação à sentença orbita em torno do § 4o, do art. 28, da Lei n. 11.343/06, que assim prevê: [...] Tal dispositivo prescreve que o agente condenado no art. 28 da referida lei, por uso de drogas, caso seja reincidente e lhe aplicado a pena prevista nos incisos II e III do caput, poderá ter sua condenação aumentada para até 10 (dez) meses. Entretanto, é notável na jurisprudência e na doutrina pátria uma importante discussão acerca da reincidência de que se trata o dispositivo. Encontramos, neste sentido, duas correntes distintas: i) aquela que entende que esta reincidência pode ser genérica; e ii) aquela que entende que esta reincidência deve ser específica¹⁰¹.

Dessa forma, apresentam-se correntes distintas sobre a aplicação da reincidência em crimes de posse de drogas para uso próprio: a de parte da doutrina e a jurisprudencial, que divergem em seu entendimento. A primeira, representada pelo Jurista Renato Brasileiro de Lima¹⁰², acredita que no texto do art. 28 existe apenas a previsão de reincidência, não faz distinção à qual espécie, logo, tendo qualquer crime anterior transitado em julgado, em consonância ao Art. 64 do Código Penal, a reincidência seria genérica.

Ainda, firma o autor que não cabe ao operador do direito fazer “interpretação restritiva”, argumentando que “quando a Lei faz menção à reincidência específica, sempre o faz de maneira expressa. (...) Portanto, diante do silêncio do art. 28, § 4º, o ideal é concluir que a reincidência ali mencionada é genérica”¹⁰³.

Em contraste com a corrente doutrinária, a jurisprudência segue o entendimento de que a reincidência tratada nos parágrafos do artigo 28 é específica. Ou seja, somente se aplica a pena de medidas socioeducativas de dez meses quando o agente já foi condenado por porte de drogas para consumo e reincidir no mesmo crime. Outrossim, o Enunciado Criminal nº 118 do FONAJE dispõe que “somente a reincidência específica autoriza a exasperação da pena de que

¹⁰¹ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1771304 ES 2018/0263873-2. **Jusbrasil**, disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859943689/recurso-especial-resp-1771304-es-2018-0263873-2/inteiro-teor-859943703>>. Acesso em: 7 dez. 2020.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

trata o parágrafo quarto do artigo 28 da Lei no 11.343/2006 (XXIX Encontro - Bonito/MS)”¹⁰⁴. O jurista Luiz Flávio Gomes, também segue a linha de que a reincidência é específica:

(...) Caso o agente tenha alguma outra condenação procedente (por roubo, homicídio, evasão de divisas, gestão temerária de empresa etc.) e vem a praticar o fato descrito no art. 28, em nada será prejudicado em virtude dessa condenação anterior. O fato de ter condenação por outro crime (distinto da posse de droga) não impede a aplicação das penas no art. 23 (posse de droga para consumo pessoal), sua pena não pode passar de cinco meses. Quando reincidente específico no art. 28, sua pena poderá chegar a dez meses (...)¹⁰⁵.

Dessa forma, o entendimento da Justiça Estadual do Espírito Santo foi no sentido de diminuir a pena relativa ao crime do art. 28, pois aderiu a tese da defesa de que a reincidência é específica logo, a pena a ser aplicada ficou em 5 anos, que é a cominação máxima permitida sem que o réu seja reincidente, conforme o §3º do Art. 28 da Lei 11.343: “As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses”.

Ainda, o posicionamento firmado de que a reincidência era genérica, foi reformado, pelo Recurso Especial Nº 1.771.304, segundo o Relator Ministro Nefi Cordeiro da Sexta Turma, que alterou o entendimento. Assim, ficou fixada que a reincidência nesse caso era a específica, consoante a ementa:

RECURSO ESPECIAL. POSSE DE DROGAS. ART. 28, § 4o, DA LEI 11.343/2006. APLICABILIDADE ÀQUELE QUE REINCIDIR NA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO CAPUT DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. MELHOR EXEGESE. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DA SEXTA TURMA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A melhor exegese, segundo a interpretação topográfica, essencial à hermenêutica, é de que os parágrafos não são unidades autônomas, estando direcionados pelo caput do artigo a que se referem. 2. Embora não conste da letra da lei, é forçoso concluir que a reincidência de que trata o § 4o do art. 28 da Lei 11.343/2006 é a específica. Revisão do entendimento. 3. Aquele que reincide no contato típico com drogas para consumo pessoal fica sujeito a resposta penal mais severa: prazo máximo de 10 meses. 4. Condenação anterior por crime de roubo não impede a aplicação das penas do art. 28, II e III, da Lei 11.343/06, com a limitação de 5 meses de que dispõe o § 3o do referido dispositivo legal. 5. Recurso improvido.

Dessa forma, o requerimento feito pelo Ministério Público de aumentar a pena baseada na reincidência genérica foi negado, com isso a penalidade para o paciente foi mantida em cinco meses, que é o máximo permitido quando não há reincidência, em consonância ao § 3º do Art. 28 da Lei 11.343/2006. Sendo que o entendimento dado pelo STJ foi que para aumentar o prazo

¹⁰⁴ Conheça os enunciados criminais do FONAJE. **Jusbrasil**. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/694111605/conheca-os-enunciados-criminais-do-fonaje>>. Acesso em: 7 dez. 2020.

¹⁰⁵ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1771304 ES 2018/0263873-2. **Jusbrasil**, disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859943689/recurso-especial-esp-1771304-es-2018-0263873-2/inteiro-teor-859943703>>. Acesso em: 7 dez. 2020.

das medidas socioeducativas referidas no §4º do artigo 28, é necessária a reincidência específica, em outras palavras, que o réu seja condenado por posse para consumo pessoal e volte a ser condenado pelo mesmo crime posteriormente.

Recentemente o STJ também decidiu sobre o assunto. Em maio de 2020 o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em sede de agravo regimental AgRg no AREsp 1679045/AC interposto em agravo em recurso especial sobre o tema em análise. Na demanda em questão foi concedida ordem de habeas corpus afastando o desvalor atribuído a circunstância judicial e alteração da fração de exasperação da pena, inclusive revendo a dosimetria da pena aplicada¹⁰⁶.

Isto porque a sentença de primeiro grau condenou os recorrentes Bruno Silva dos Santos e Felipe Silva dos Santos como incurso no delito previsto no art. 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, inciso I, do Código Penal, às penas de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 110 (cento e dez) dias-multa, e 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 89 (oitenta e nove) dias-multa, respectivamente, ambos em regime inicial fechado, bem como fixou o valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) para cada, a título de indenização mínima pelos prejuízos sofridos pela vítima, com fundamento no art. 387, inciso IV, do CP.

A os condenados apelaram e ao recurso foi negado provimento. Apresentado, então, recurso especial pela defesa esse foi inadmitido pelo Tribunal a quo, que para tanto apontou a incidência dos óbices da Súmula n. 7/STJ e da ausência de cotejo analítico dos julgados tidos como colidentes. Insurgindo-se contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, foi interposto agravo, que não foi conhecido pelo Presidente desta Corte Superior, ante a incidência do óbice da Súmula n. 182/STJ. Daí a interposição do agravo regimental, cuja decisão se analisa.

Embora o relator tenha reconhecido as razões que inadmitiram os recursos anteriores, reconheceu, de ofício, ilegalidades no tocante à dosimetria das penas, mais precisamente quanto ao desvalor atribuído à vetorial conduta social, bem como no que diz respeito à fração de exasperação da pena-base decorrente do reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas, em relação a ambos os recorrentes, considerando como necessária a concessão de habeas corpus quanto a esses aspectos.

Isto porque, o juízo que condenou os agravantes e calculou a pena a ser cumprida fundamentou aumento da pena pela conduta social do agente, na medida em que possuía

¹⁰⁶ STJ. **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1679045/AC**. DJ: 26/05/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202000649147>. Acesso em: 30 jan. 2021.

irregularidades perante o Detran bem como ação anterior sobre posse de drogas para consumo próprio.

A decisão da quinta turma, que teve como Relator o Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, não conheceu o agravo interposto em recurso especial por falta de impugnação específica os óbices apontados pelo Tribunal de origem na decisão que inadmitiu o recurso especial e a reiterar a argumentação relativa ao mérito da demanda.

No entanto, no mérito a turma analisou matéria que interessa a pesquisa. Isto porque verificou de ofício a ocorrência de ilegalidades quanto à valoração negativa da circunstância judicial atinente a conduta social. Fundamentou que, embora a dosimetria da pena esteja inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, é possível, em casos excepcionais de violação de regra de direito, a revisão pela Corte.

Sob tal argumento, reiterou precedente da corte de acordo com a qual diversas condenações pretéritas devem ser atreladas apenas aos maus antecedentes, pois "constitui, no mínimo, uma atecnia entender que as condenações transitadas em julgado refletem negativamente na personalidade ou na conduta social do agente" (EAREsp 1311636/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/4/2019, DJe 26/4/2019).

Contudo, reproduziu entendimento firmado no sentido de que é desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28, da Lei n. 11.343/2006 tanto quanto a majorante da pena decorrente de maus antecedentes referindo-se a mesma conduta anterior do agente.

Portanto, ao comparar a decisão do STF de que a conduta de posse de drogas para consumo próprio foi somente despenalizada e não descriminalizada, pode-se perceber uma divergência das cortes superiores no sentido de que pacificação do entendimento que é desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto art. 28, da Lei n. 11.343/2006.

Isto porque, enquanto o STF acredita que a mera despenalização não é suficiente para isentar os demais reflexos que a conduta delituosa possui, sendo capaz de macular a folha de bons antecedentes do acusado, não há uma unificação das decisões do STJ, que ora entende da mesma forma que a Corte Constitucional, ora entende ser desproporcional que o cometimento da posse de drogas para uso próprio seja capaz de gerar efeito de reincidência ou mau antecedente no julgamento de delito posterior.

3.3 DISCUSSÃO SOBRE A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Encontra-se, na jurisprudência catarinense, convergência com as decisões do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, decisões contrárias ao STJ, aplicando como conduta desabonadora a crime anterior por posse de drogas para consumo próprio em julgamento de delitos posteriores.

Duas notícias chamam atenção no tocante a decisões do Tribunal Catarinense sobre o assunto. A primeira delas se refere ao julgado de 29 de setembro de 2016, cujo relator foi o Desembargador Rudson Marcos, na Apelação Criminal n. 0703468-26.2011.8.24.0090. No caso em tela o desembargador, de ofício, reconheceu que a quantia de droga apreendida que estava em posse do acusado para consumo próprio era tão pequena que merecia aplicação do princípio da insignificância¹⁰⁷.

Embora o delito em questão se trate de crime de mera conduta, eis que basta ter o agente cometido um dos verbos do tipo penal (adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas) do artigo 28 da Lei de Drogas, a decisão do tribunal pelo reconhecimento da insignificância da substância implica em verdadeiro reflexo na sua interpretação da reincidência, porquanto é a gravidade da conduta que se está discutindo.

Quando se refere ao mérito, o relator reconhecer haver divergência constante nos Tribunais Superiores e no próprio colegiado catarinense quanto à aplicação do princípio da insignificância nos crimes de posse de drogas para uso pessoal. No entanto, declara ser filiado à corrente que reconhece a atipicidade material da conduta, ressalvando circunstâncias especiais.

Mais do que isto, fundamenta a possibilidade de aplicação da insignificância devido à pendência do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 citado no início deste capítulo. Ainda em 2016 a discussão aberta sobre a possível declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 causava reflexos nos julgamentos locais, o que suscita dúvida até os dias atuais.

A defesa de princípios fundamentais como a privacidade e a intimidade, bem como a declaração de que a conduta do agente em portar drogas para consumo próprio “possui mínima

¹⁰⁷ Turma recursal do TJSC aplica princípio da insignificância para, de ofício, absolver rapaz condenado por posse de droga para consumo pessoal. **Empório Do Direito**. 20/12/2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/turma-recursal-do-tjsc-aplica-principio-da-insignificancia-para-de-oficio-absolver-rapaz-condenado-por-posse-de-droga-para-consumo-pessoal>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade, bem como inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado”¹⁰⁸ possui séria influência no reconhecimento da reincidência em caso de cometimento do delito em questão na medida em que instituto nada mais é do que agravante de pena pela maior reprovabilidade da conduta do agente.

Recentemente o Tribunal decidiu situação semelhante no Agravo de Execução Penal n. 0001053-77.2020.8.24.0064, cujo relator foi o Desembargador Paulo Roberto Sartorato e julgamento se deu em 10 de setembro de 2020¹⁰⁹. O apenado, cumprindo regime fechado, solicitou atendimento ao setor da saúde relatando ter engolido “bucha de maconha” há mais de quarenta dias.

A solicitação foi atendida e o material retirado, o que acarretou na instauração de procedimento administrativo disciplinar para reconhecer a prática de falta grave no âmbito de execução penal pela prática de crime doloso, que foi reconhecido pela juíza, considerando nova data-base para futuros benefícios e declarada perda de dias remidos e indeferimento de pedido de prisão domiciliar formulado pelo reeducando.

O apenado agravou a decisão pleiteando, sobretudo, a declaração da aplicação do princípio da insignificância pelo delito cometido. No entanto, o relator juntou diversos argumentos sobre a conduta de posse de drogas ser tipo penal considerado como crime, uma vez que o STF tão somente despenalizou a conduta, não sendo declarada sua descriminalização.

Reconheceu, ainda, estar sob análise o RE nº 635.659 perante o STF, havendo declaração sobre a existência de repercussão geral “no que tange à possível inconstitucionalidade da tipicidade do porte de droga para consumo pessoal”¹¹⁰, mas até o presente momento não foi concluída a *quaestio*, razão pela qual entendeu pela constitucionalidade da conduta narrada no artigo 28 da Lei de Drogas.

A segunda notícia aparenta maior ousadia por parte do relator. De acordo com site de notícia, o processo nº 0002048-25.2013.8.24.0068, que tramita em segredo de justiça, teve decisão em primeiro grau, confirmada pela terceira turma recursal do Tribunal Catarinense no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, seguindo voto do ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no RE acima citado¹¹¹.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ TJSC. **Agravo de Execução Penal** nº 0001053-77.2020.8.24.0064. Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal. DJ: 10/09/2020. Disponível em: <tjsc.jus.br>. Acesso em: 07 fev. 2021.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ VITAL, Danilo. Juiz de SC declara inconstitucionalidade do crime de posse de drogas. **Revista Consultor Jurídico**. 31/03/2020. Brasília. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/juiz-sc-declara-inconstitucionalidade-crime-posse-drogas>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

Para o relator, Alexandre Morais da Rosa, cujo voto foi aceito por unanimidade do colegiado, “a ausência de transcendência da conduta de portar drogas para consumo pessoal é o que faz com que a integridade física seja o bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006”. Em sua interpretação, portanto, inexistente crime.

A Terceira Turma Recursal de Santa Catarina fundamentou, ainda, que a decisão privilegia o primado material da Constituição Federal, defendendo “o princípio da dignidade da pessoa e do direito impostergável de escolha por situações que lhe digam respeito”, e garantindo o exercício da liberdade pessoal do agente.

Sendo identificadas as questões acerca do reconhecimento da criminalização da posse de drogas para consumo próprio, bem como verificando divergência na interpretação da pendência de julgamento do RE – em que ora se entende a simples dúvida quanto a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas ser suficiente para considerar que a conduta não é dotada de reprovabilidade social; e ora se entende que, em não tendo sido declarada a inconstitucionalidade do dispositivo ele continua sendo considerado como constitucional e válido no ordenamento jurídico – passa-se a analisar a aplicação do instituto da reincidência nos casos de condenação anterior no delito em estudo.

Para tanto, utiliza-se três decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) para verificar a corrente utilizada pelo tribunal nos casos de julgamento de crimes em que os acusados cometeram delito do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

O primeiro deles se trata de Apelação Criminal nº 0007362-63.2017.8.24.0018/SC¹¹² interposta pela defesa do réu, julgado em 21/01/2021. Nos autos, o acusado foi condenado pelo tribunal do júri pela consumação do delito de homicídio doloso mediante recurso que dificultou e impossibilitou a defesa, cuja pena imposta foi de 13 (treze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.

A insurgência do apelo se deu tão somente em relação à primeira fase da dosimetria da pena. Isto porque, o magistrado, ao analisar as circunstâncias do artigo 59 do CP, declarou a alta culpabilidade decorrente da premeditação do crime, que foi confirmado por testemunhas ouvidas pelo juízo, bem como considerou condenação anterior pelo crime de posse de drogas para uso próprio como suficiente para configurar maus antecedentes.

¹¹² TJSC. **Apelação Criminal** nº 0007362-63.2017.8.24.0018/SC Relator: Sidney Eloy Dalabrida. DJ: 21/01/2021. Disponível em: <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=processo_selecionar&num_processo=00073626320178240018&strUfOrigem=SC&hash=0d5f13bec5d3f55b38d3ec6eb7fa8ef1>. Acesso em: 06/02/2021.

Afirma, ainda, que embora exista entendimento no STJ que a condenação por crime anterior de posse de droga para uso próprio não seja capaz de gerar reincidência e/ou maus antecedentes, a corte catarinense filia-se no posicionamento de que a conduta que dispõe o artigo 28 da Lei de Drogas não foi descriminalizada e sim despenalizada, e, portanto, havendo condenação com trânsito em julgado deve contar como maus antecedentes. Assim, não apenas reconheceu a divergência de posicionamento dos Tribunais Superiores como também declarou a que posicionamento se filia – do STF:

Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, a partir do ano de 2018, com base em critérios de proporcionalidade, analogicamente ao que ocorre com as contravenções penais, passou a entender pela impossibilidade do reconhecimento da reincidência e dos maus antecedentes com fundamento em condenações pretéritas pela prática do delito de posse de drogas para consumo pessoal. Nesse sentido, cita-se: REsp 1672654/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 21/8/2018, DJe de 30/8/2018 e AgRg no AREsp 1679045/AC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 26/5/2020, DJe de 2/6/2020. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, assim como esta Corte de Justiça Estadual, filiam-se ao posicionamento de que as disposições descritas no art. 28 da Lei n. 11.343/06 não representam *abolitio criminis*, mas apenas trouxeram medidas de despenalização, de forma que a conduta tipificada no dispositivo ainda possui natureza de crime¹¹³.

Na decisão, o relator ainda incluiu ementa da Corte Constitucional que decidiu por improver recurso de agravo em abril de 2019 reafirmando decisões de precedentes que declararam a possibilidade de utilização de condenação anterior por delito posse de droga para uso pessoal (lei nº 11.343/2006, art. 28) como circunstância capaz de produzir reincidência/maus antecedentes principalmente pela inoccorrência de “abolitio criminis”¹¹⁴.

Além disso, apontaram outras três ementas de decisões da mesma corte em sentido semelhante. Finalizou afirmando que o cálculo dosimétrico operado na sentença devia permanecer incólume, reiterando tanto o posicionamento da corte catarinense, quanto reconhecendo a discordância de entendimento das cortes superiores e declarando filiação ao STF.

A segunda decisão do TJSC que este trabalho analisará se trata de Embargos de Declaração opostos na Apelação Criminal n. 0001821-12.2018.8.24.0019¹¹⁵, em que a

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ STF. **Habeas Corpus 148.484 AgR**. Relator Celso de Mello, Segunda Turma. DJ: 5/4/2019, DJe: 084 de 24/4/2019.

¹¹⁵ TJSC. **Apelação Criminal** n. 0001821-12.2018.8.24.0019. Relator Desembargador Antônio Zoldan da Veiga. Quinta Câmara Criminal. DJ: 29/10/2020. Disponível em: <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=321610033291593209655932821824&evento=321610033291593209655932805347&key=cc2c106f12d4da453e6c881e870ad2b850e8c141e721875f03a52ab790ced3d0&hash=0429b2b19a2c73bdea6a67bfe94f821>. Acesso em: 06/02/2021.

embargante alegou omissão no julgado quanto ao afastamento de ofício de agravante de pena pela prática de delito previsto no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, a qual, segundo argumentou, não serve para caracterizar os maus antecedentes ou a agravante da reincidência, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

A decisão que buscou embargar se trata de análise de apelações interpostas tanto pela defesa, que pretendia absolvição do réu, quanto do órgão ministerial, que buscava exasperação da pena base decorrente da conduta social, da personalidade do agente e dos maus antecedentes do agente. Os recursos foram julgados em 29/10/2020, em que a Quinta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade:

[...] conhecer do recurso interposto pela ré e negar-lhe provimento; e conhecer do recurso Ministerial e dar-lhe parcial provimento para: a) na primeira fase do cálculo, reconhecer a valoração negativa do vetor dos maus antecedentes; b) na segunda fase dosimétrica, alterar a fração relativa a agravante da reincidência para o patamar de 1/5 (um quinto), de modo a readequar a pena de Jucemara Meirelles para 2 (dois) anos, 10 (dez) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa; e c) fixar o regime inicial de cumprimento da reprimenda no fechado¹¹⁶.

Os embargos foram julgados 03/12/2020, em que a Quinta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade conhecer dos embargos de declaração e rejeitá-los. Isto porque a embargante fundamentou a omissão em posicionamento do STJ, que afirma que prática do delito previsto no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006 não é capaz de gerar agravante de reincidência nem caracterizar maus antecedentes.

Embora os embargos tenham sido rejeitados porquanto a matéria alegada se tratava de inovação recursal, não alegada em sede de apelação ou contrarrazões da apelação do órgão ministerial, o relator fez algumas ponderações pertinentes a este trabalho, mais uma vez adotando posicionamento do STF quanto ao assunto.

No mais, a título de esclarecimento, frisa-se que o Supremo Tribunal Federal, até o presente momento, não descriminalizou a conduta de posse de substância entorpecente para consumo pessoal, mas tão somente a despenalizou, no sentido de que não há como imputar ao agente a pena privativa de liberdade. Assim, eventual condenação anterior pelo art. 28, caput, da Lei n. 11.343/06 permanece válida para efeitos da reincidência.

Assim, embora não se ignore o intenso debate social que gira em torno da questão, nota-se que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, tem mantido o entendimento de que o respectivo artigo estampa, sim, uma conduta típica, antijurídica e culpável¹¹⁷ (grifo nosso).

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

Assim, mesmo não conhecendo o recurso pela inadequação da via, o voto do relator frisou a posição da Quinta Turma Criminal do TJSC para entender como suficiente para agravar a pena não apenas a título de maus antecedentes, mas também de reincidência a conduta do artigo 28 da Lei de Drogas, eis que embora a conduta delituosa não seja passível de pena de privativa de liberdade continua sendo considerada como crime.

Percebe-se, portanto, que o Tribunal Catarinense possui posicionamento pacífico no sentido de adotar a esse da Corte Constitucional e, inobstante conheça a postura do STJ sobre o assunto, adota a corrente que a posse de drogas para uso próprio é sim conduta reprovável cujos reflexos devem ser reconhecidos em crimes praticados posteriormente.

4 CONCLUSÃO

O objetivo central desse trabalho era estudar a legislação brasileira de drogas apresentando importantes marcos histórico-legislativos, e abordando principalmente o porte para consumo pessoal e a reincidência. Assim, foi apresentado um panorama histórico e legislativo desde as primeiras manifestações sobre as substâncias que se conhece atualmente como drogas, além de firmar o conceito da expressão “droga” como substância que altera o discernimento e comportamento do usuário e causa dependência, consoante ao artigo primeiro da Lei de Drogas.

O início da onda de proibições legislativas partiu da previsão de que o comércio e depósito de venenos e ópio eram punidos com degredo e evicção, conforme as Ordenações Filipinas, mesmo que esse crime ainda não fosse tratado a partir da perspectiva das substâncias entorpecentes ou drogas.

Posteriormente mudanças foram introduzidas pelo Decreto nº 2.861, que visava impedir o consumo e comércio de ópio, morfina e seus derivados, além da Lei de Fiscalização de Entorpecentes, que pela primeira vez proibiu o cultivo da maconha e outras plantas.

Então sobreveio o marcos de introdução da figura do usuário apresentados pela Lei de Tóxicos de 1967, que diferenciou o traficante de drogas do usuário de drogas, aumentando a pena para o traficante, e diminuindo significativamente a penalidade aplicada aos usuários.

Posteriormente, a Lei de Drogas apresentou importante marco legislativo, retirando as penalidades privativa de liberdade e multa para o crime do porte de drogas para consumo pessoal, ou seja, despenalizou a conduta do usuário de drogas, além de incluir a Portaria 344 da Anvisa, que lista as substâncias entorpecentes e é atualizada constantemente num esforço de conter a maior quantidade de drogas proscritas.

Por fim, foram abordados os projetos com política antidroga antagônica, o Projeto de Lei 4.565, mais focado na política de redução de danos e respeito ao usuário sua liberdade individual, e o PLC 37, com uma política totalmente contrária, tratando o usuário de drogas a partir da dependência química e permitindo as internações compulsórias e incluindo o tratamento nas polêmicas comunidades de terapêuticas.

Posteriormente, a parte mais específica, focada no porte para consumo pessoal, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, e na reincidência aplicada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e dos Tribunais Superiores a partir desse delito.

O primeiro recurso analisado é o Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, que ainda carece julgamento. No entanto, dos votos já proferidos pelos ministros, todos manifestaram-se

pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas na medida em que viola direitos fundamentais como a liberdade, a privacidade e a intimidade.

Além disso, aduzem que os efeitos da caracterização da conduta como crime são contrários aos objetivos da política de drogas na medida em que afasta o usuário da busca por unidades de saúde capazes de socorrê-los considerando a marginalização, a discriminação e o temor por condenação penal.

Ressalvam, no entanto, que embora a criminalização da conduta deva ser declarada inconstitucional isto não significa que as consequências previstas no tipo penal devam ser excluídas. Isto porque se mostram altamente eficazes no cumprimento dos objetivos da política antidrogas.

Quanto à análise sobre a substituição da pena prevista no tipo penal somente por penas restritivas de direito, concluiu-se que, para o STF, mesmo existindo a previsão de que o Art. 28 não possui mais pena privativa de liberdade e multa, como é a forma de penalizar outros crimes e contravenções, que o porte para consumo continua sendo crime.

O entendimento do STF no RE nº 430.105/RJ, é que o porte para consumo não foi descriminalizado, pois a intenção do legislador era manter a conduta do usuário como criminosa, apenas abrandando a forma de penalização para medidas socioeducativas. Apresentaram-se mais decisões que vem seguindo mesmo entendimento. No entanto, todas as decisões em consonância com o entendimento do STF citam o primeiro REsp analisado.

Por fim, quanto ao STJ, algumas correntes merecem destaque: primeiro que reconhece que houve tão somente despenalização do artigo 28 da Lei de Drogas, e não sua descriminalização. No entanto, entende pela desproporcionalidade da aplicação da reincidência/maus antecedentes quando a pena aplicada pelo legislador aparenta tão baixa reprovabilidade.

Ainda, ficou claro o entendimento dos tribunais sobre a discussão da aplicação da reincidência partindo do Art. 28 como primeiro crime. Já que o Porte para consumo pessoal é considerado como de menor lesividade, tanto que foi despenalizado, vários julgadores consideram desproporcional utilizar essa conduta como condão para uma aplicar a reincidência, que tira benefícios dos apenados, como penas menores e a progressão de regime por exemplo.

Além disso, outra discussão mais recente, era sobre a caracterização da reincidência aplicada a partir do Art. 28, parágrafo 4º, que prevê 10 meses de penalidades socioeducativas. A dúvida suscitada pelo Recurso Especial nº 1.771.304 do Espírito Santo, era sobre a caracterização da reincidência do §4º seria: (i) específica, que só se aplica no caso de reincidência em mesmo delito, ou (ii) genérica que o primeiro e o segundo delito são diferentes.

O entendimento do Recurso Especial nº 1.771.304 foi de que a reincidência do porte para consumo pessoal tratada no artigo 28 é específica, assim só se aplicam 10 meses caso o réu tenha sido condenado pelo porte de drogas para consumo e seja reincidente no mesmo crime.

Ainda, a reflexão trazida é em relação à morosidade do Recurso Extraordinário nº 635.659 de São Paulo, que mesmo sendo considerado como de repercussão geral e ter o poder de descriminalizar a conduta de porte de drogas para consumo próprio, logo os usuários de droga não seriam mais estigmatizados como criminosos, está há quase 10 anos nas mãos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal aguardando uma resposta.

No que tange ao Tribunal de Justiça Catarinense, todas as decisões convergiram o sentido de identificar que houve uma despenalização do artigo 28 da Lei de Drogas, mas que a posse de drogas para uso próprio continua sendo considerada como crime.

Assim, reconhece que há decisões do STJ em sentido contrário, mas segue entendimento do STF para utilizar de condenação anterior pelo crime do artigo 28 da Lei de Drogas como suficiente para majorar pena de condenação posterior, seja pela reincidência, seja por maus antecedentes, a depender da distância temporal entre as condenações.

Portanto, respondendo o problema da pesquisa, é unânime entre os tribunais que se analisaram decisões o entendimento de que houve uma mera despenalização e não descriminalização do artigo 28 da Lei de Drogas, que tão somente não comporta mais penas privativas de liberdade, mas continua sendo a conduta considerada como crime no ordenamento jurídico.

Ainda, quanto à aplicação da reincidência em julgamento de crimes posteriores em que o acusado possui condenação anterior por posse de drogas para consumo próprio, o STF e o TJSC têm adotado posicionamento igualitário em ratificar que a conduta ainda é considerada como crime e, portanto, gera reincidência e/ou maus antecedentes, a depender de quanto tempo passou entre a condenação anterior e o julgamento de novo crime.

Por fim, quanto ao STJ, algumas correntes merecem destaque: primeiro que em julgamentos de 2019 houve decisões na mesma toada que os demais tribunais analisados. No entanto, em 2020 apreciou demanda de mesmo cunho, entendendo pela desproporcionalidade da aplicação da reincidência/maus antecedentes quando a pena aplicada pelo legislador aparenta tão baixa reprovabilidade.

Encontra-se precedentes do STJ que decidiram sobre a reincidência específica, disposta o parágrafo 4º do artigo 28 da Lei de Drogas. Isto porque, o parágrafo 3 do referido artigo discorre que as penas terão aplicação máxima de cinco meses, enquanto em caso de

reincidência, a aplicação máxima será de dez meses (parágrafo quarto). É pacífico que a aplicação da pena máxima restritiva de direito pelo período de dez meses refere-se a reincidência específica: caso o réu tenha sido condenado pelo porte de drogas para consumo e seja reincidente no mesmo crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC. O que muda com a lei sobre drogas que o Senado correu para aprovar? **G1 - Ciência e Saúde**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/05/16/o-que-muda-com-a-lei-sobre-drogas-que-o-senado-correu-para-aprovar.ghtml>>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Código Criminal De 1890**. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Código Penal De 1940**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 891, De 25 De Novembro De 1938**. Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 2.861, de 8 de julho de 1914**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html#:~:text=2.861.%20de%208%20de%20julho,Dezembro%20de%201911%20e%20cujo>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>> Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm#art281>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Lei dos Tóxicos. 1976. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Lei de Drogas. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.840, de 5 de Junho de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 79.388, de 14 de Março de 1977**. Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Promulga%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Subst%C3%A2ncias%20Psicotr%C3%B3picas.&text=Que%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20apenas%20por,inteiramente%20como%20nela%20se%20cont%C3%A9m.>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 4.565 De 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2216080>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

CARNEIRO, Henrique. **Drogas: A História do Proibicionismo**, Edição do Kindle. [s.l.]: Cauê Ameni, Hugo Albuquerque e Manuela Beloni, 2019.

Conheça os enunciados criminais do FONAJE. **Jusbrasil**. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/694111605/conheca-os-enunciados-criminais-do-fonaje>>. Acesso em: 7 dez. 2020.

COSTA, Maria Carolina Meres; FIGUEIREDO, Mariana Cecchetto; CAZENAVE, Silvia de O. Santos, Ayahuasca: uma abordagem toxicológica do uso ritualístico, **Archives of Clinical Psychiatry (São Paulo)**, v. 32, n. 6, p. 310–318, 2005.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto Legislativo nº 78 de 05 de dezembro de 1973**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/581636/publicacao/15712700>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936**. Comissão de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 79.388, de 14 de Março de 1977**. Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Promulga%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Subst%C3%A2ncias%20Psicotr%C3%B3picas.&text=Que%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20apenas%20por,inteiramente%20como%20nela%20se%20cont%C3%A9m.>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Droga | Michaelis On-line, disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/droga>>, acesso em: 4 nov. 2020.

Drogas lícitas e ilícitas | Saúde Naval, disponível em:

<<https://www.marinha.mil.br/saudenaval/content/drogas-l%C3%ADcitas-e-il%C3%ADcitas>>, acesso em: 12 nov. 2020.

História do combate às drogas no Brasil. **EM DISCUSSÃO - Senado Federal**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 16 set. 2020.

DUARTE, Danilo Freire. Uma breve história do ópio e dos opióides. **Revista Brasileira de Anestesiologia**, v. 55, n. 1, 2005.

GOMES, Luis Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?, **Migalhas**. 2007. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa>>, acesso em: 2 dez. 2020.

INCB. Annual Report 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf>. Acesso 11 dez. 2020.

MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; PINTO JUNIOR, Jony Arrais; HABER, Carolina Dzimidas [coord.]. **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro**. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/dprj_pesquisa_sentencas_judiciais_trafico.pdf>. acesso em: 8 nov. 2020.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. 3. Campinas: Millennium, 1999.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**, 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **PORTARIA Nº 344, DE 12 DE MAIO DE 1998**. 1998.

Disponível em: <

https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em: 11 nov. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 16ª ed. v. 1, São Paulo: Atlas, 2000.

NOBRE, Noéli. Juristas divergem sobre liberação do consumo recreativo de drogas. **Notícias - Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/noticias/549492-juristas-divergem-sobre-liberacao-do-consumo-recreativo-de-drogas/>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Nota Técnica da OPAS/OMS no Brasil sobre internação involuntária e compulsória de pessoas que usam drogas. **OPAS BRASIL**. Disponível em: <

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=3206:nota-tecnica-da-opas-oms-no-brasil-sobre-internacao-involuntaria-e-compulsoria-de-pessoas-que-usam-drogas&Itemid=875>. Acesso em: 25 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forensse, 2020.

PINHO, Marco. Tráfico de drogas lidera ranking de crimes em “censo” de presos. **Notícias R7**. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/trafico-de-drogas-lidera-ranking-de-crimes-em-censo-de-presos-29022020>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

RODAS, Sérgio. **Em grande parte usuários, condenados por tráfico reincidem pouco. Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/grande-parte-usuarios-condenados-trafico-reincidem>>. Acesso em: 7 dez. 2020.

RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ordenações Filipinas x Lei 8.935/1994. **Colégio Notarial do Brasil**. 2010. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/blog/notarial/ordenacoes-filipinas-x-lei-8-9351994>>. Acesso em: 6 dez. 2020.

SÁ, José Sinval de. **Aspectos jurídicos da reincidência**. Tese [Doutorado]. Brasília: UNB, 1981.

STF. **Habeas Corpus 148.484 AgR**. Relator Celso de Mello, Segunda Turma. DJ: 5/4/2019, DJe: 084 de 24/4/2019.

STF. **Informativo nº 645**. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

STF. **Recurso Extraordinário nº 635.696/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em 07 fev. 2021.

STJ. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp nº 1778346 SP 2018/0296479-1, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 23/04/2019, DJe 03/05/2019. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713194532/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1778346-sp-2018-0296479-1>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

STJ. Agravo Regimental no Habeas Corpus Nº 475.304. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. DJ: 29/03/2019. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859525661/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-475304-mg-2018-0278633-5/inteiro-teor-859525671?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06/02/2021.

STJ. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº **1679045/AC**. DJ: 26/05/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202000649147>. Acesso em: 30 jan. 2021.

STJ. HABEAS CORPUS. HC nº 453.437 SP 2018/0135290-0, Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, DJ 14/06/2018. **JusBrasil**. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/589650908/habeas-corpus-hc-453437-sp-2018-0135290-0>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

STJ. Habeas Corpus nº 478.757. Relator do Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. DJ:

05/02/2019. **JusBrasil**. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/675061906/habeas-corpus-hc-478757-sp-2018-0301015-8/inteiro-teor-675061918>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1771304 ES 2018/0263873-2. **Jusbrasil**, disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859943689/recurso-especial-resp-1771304-es-2018-0263873-2/inteiro-teor-859943703>>. Acesso em: 7 dez. 2020.

STJ. **HABEAS CORPUS Nº 478.757 – SP**. DJ: 05/02/2019. Disponível em: <

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1788053&num_registro=201803010158&data=20190211&formato=PDF>. Acesso em: 07 dez. 2020.

STJ. **Publicação traz entendimentos atualizados do STJ sobre a Lei de Drogas. 2019.**

Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Publicacao-traz-entendimentos-atualizados-do-STJ-sobre-a-Lei-de-Drogas.aspx#:~:text=Despenaliza%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B%C3%A7%C3%A3o,destacada%20pela%20Secretaria%20de%20Jurisprud%C3%Aancia.>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**. Resp. nº 1.672.654/SP. DJ: 30/08/2018. Disponível em: <

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701226657&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.771.304/ES 2018/0263873-2. **Jusbrasil**, disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859943689/recurso-especial-resp-1771304-es-2018-0263873-2/inteiro-teor-859943703>>. Acesso em: 7 dez. 2020.

TJSC. **Agravo de Execução Penal** nº 0001053-77.2020.8.24.0064. Relator: Desembargador

Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal. DJ: 10/09/2020. Disponível em:

<tjsc.jus.br>. Acesso em: 07 fev. 2021.

TJSC. **Apelação Criminal** nº. 0001821-12.2018.8.24.0019. Relator Desembargador Antônio Zoldan da Veiga. Quinta Câmara Criminal. DJ: 29/10/2020. Disponível em: <

https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=321610033291593209655932821824&evento=321610033291593209655932805347&key=cc2c106f12d4da453e6c881e870ad2b850e8c141e721875f03a52ab790ced3d0&hash=0429b2b19a2c73bdea6a67bfb94f821>. Acesso em: 06/02/2021.

TJSC. **Apelação Criminal** nº 0007362-63.2017.8.24.0018/SC Relator: Sidney Eloy

Dalabrida. DJ: 21/01/2021. Disponível em: <

https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=processo_selecionar&num_processo=00073626320178240018&strUfOrigem=SC&hash=0d5f13bec5d3f55b38d3ec6eb7fa8ef1>.

Acesso em: 06/02/2021.

Turma recursal do TJSC aplica princípio da insignificância para, de ofício, absolver rapaz condenado por posse de droga para consumo pessoal. **Empório Do Direito**. 20/12/2016. Disponível em: < <https://emporiiododireito.com.br/leitura/turma-recursal-do-tjsc-aplica-principio-da-insignificancia-para-de-oficio-absolver-rapaz-condenado-por-posse-de-droga-para-consumo-pessoal>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME – UNODC. **Global Synthetic Drugs Assesment: Amphetamine-type stimulants and new psychoactive substances**. 2017. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/scientific/Global_Drugs_Assessment_2017.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2020.

VITAL, Danilo. Juiz de SC declara inconstitucionalidade do crime de posse de drogas. **Revista Consultor Jurídico**. 31/03/2020. Brasília. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/juiz-sc-declara-inconstitucionalidade-crime-posse-drogas>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

ZAFARRONI, EUGENIO RAÚL; PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE., **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, 13^a. [s.l.]: Revista dos Tribunais, [s.d.].