

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

GABRIEL GARRIDO ATRA

A INCONSTITUCIONALIDADE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE REINCIDÊNCIA
NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS POR CONDENAÇÃO ANTERIOR POR PORTE
DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO:
ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS
CORPUS 178.512

São Paulo

2023

GABRIEL GARRIDO ATRA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no
Curso de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. DR. GUARACY MOREIRA

São Paulo
2023

GABRIEL GARRIDO ATRA

A INCONSTITUCIONALIDADE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE REINCIDÊNCIA
NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS POR CONDENAÇÃO ANTERIOR POR PORTE
DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO: ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL EM
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 178.512

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no
Curso de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador: Prof. Dr. Guaracy Moreira

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar meus sinceros e humildes agradecimentos àqueles que acreditaram em mim.

Aos meus irmãos Pedro e Luca, que sempre tiram as melhores risadas de mim e tornam o dia a dia mais leve e feliz. Sou muito grato por todos os nossos momentos juntos e ansioso para os próximos que virão.

Ao meu pai, meu maior ídolo, melhor amigo e inspiração no mundo do Direito. Sou extremamente grato por todos os ensinamentos, por sempre me mostrar o lado positivo da vida e principalmente por ter acreditado em mim, mesmo quando nem eu acreditava mais. Se um dia eu me tornar metade do homem que o senhor é, serei o homem mais feliz do mundo. Obrigado por me inspirar diariamente a ser uma pessoa melhor.

À minha mãe, mulher inabalável que sempre colocou os filhos em primeiro lugar, acreditou em mim, me amou incondicionalmente e me apoiou em momentos difíceis, devo todo o reconhecimento e gratidão.

À minha madrastra e segunda mãe, que desde que nos conhecemos me amou, cuidou e apoiou, sendo um dos maiores presentes que a vida me deu.

À minha namorada e amor da minha vida Mariana, que me mantém feliz e equilibrado para enfrentar os desafios e dificuldades da vida adulta. Obrigado por todo amor e confiança depositada em mim.

Aos meus ítimos amigos, com destaque ao Matheus e ao Gabriel, que sempre me aconselham e apoiam, desempenhando papel fundamental na formação da minha perspectiva de mundo.

E por fim, ao meu orientador, que sempre se mostrou excepcionalmente atencioso em nossos encontros, proporcionando discussões de alto nível acerca do tema abordado neste trabalho, além de ser um grande Doutrinador sobre a matéria estudada.

**A INCONSTITUCIONALIDADE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE
REINCIDÊNCIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS POR CONDENÇÃO
ANTERIOR POR PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO:
ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS
CORPUS 178.512**

Gabriel Garrido Atra¹

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar inconstitucionalidade acerca da possibilidade de reincidência no crime de tráfico de drogas por condenação anterior por porte de droga para consumo próprio. O estudo baseia-se na análise do julgamento do Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus 178.512 pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional a possibilidade de reincidência no crime de tráfico de drogas por condenação anterior por porte de droga para consumo próprio. a pesquisa envolveu revisão bibliográfica, análise da legislação e jurisprudência, além de artigos de história e de drogas. O objetivo é fornecer uma visão geral e coerente sobre o tema, culminando na análise do caso paradigma.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas. Reincidência. Uso pessoal de drogas.

Abstract: This article aims to analyze unconstitutionality about the possibility of recipient in the crime of drug dealing due to a previous conviction for possession of drugs for own consumption. the study is based on the analysis of the judgment of the analysis of Regimental Appeal in Ordinary Appeal in Habeas Corpus 178.512 by the federal supreme Court, which considered the possibility of repeating the crime of drug trafficking unconstitutional due to a previous conviction for possession of drugs for personal consumption. The research involved bibliographical review, analysis of legislation and jurisprudence, as well as articles on history and drugs. The objective is to provide a general and coherent view of the topic, culminating in the analysis of the paradigm case.

Keywords: Drug dealing. Recidivism. Personal drug use.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica da política de drogas. 2.1 Drogas, conceito histórico e contemporâneo. 3. Tráfico de drogas. 4. Porte de drogas para consumo próprio. 5. Reincidência criminal: conceito e aplicabilidade. 6. Análise do Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus 178.512. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Objetiva-se estudar a inconstitucionalidade acerca da possibilidade de reincidência no crime de tráfico de drogas por condenação anterior por porte de droga para consumo próprio.

Neste diapasão, o presente artigo científico será fulcrado na análise do Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 178.512, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional condenar como reincidente no crime de tráfico de drogas o réu que já tenha sido condenado anteriormente por crime de porte de drogas para consumo próprio.

A metodologia utilizada foi primordialmente a revisão bibliográfica, com base em autores do cenário nacional em direito criminal, além da consulta da legislação, bem como artigos de História e História das Drogas no Direito e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, será abordado, na primeira parte, o histórico da política de drogas, o crime de tráfico de drogas, o porte de drogas para consumo próprio e a reincidência criminal, bem como os principais eventos que marcaram a evolução histórica da legislação no Brasil.

A segunda parte do trabalho abordará os temas Tráfico de Drogas, Posse de Drogas para Consumo Próprio e Reincidência Criminal.

A terceira e última parte será a análise aprofundada do Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus 178.512.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POLÍTICA DE DROGAS

Estudar e compreender a evolução histórica da política de drogas no Brasil, onde serão desenvolvidos os conceitos de droga, o contexto histórico e as legislações brasileiras que acompanharam o desenvolvimento e difusão das drogas é fator preponderante para uma melhor análise.

Aludido estudo mostra-se de suma importância pois acarretará em uma análise crítica sobre a reincidência e seus efeitos na sociedade, sobre a lei 11.343/06 e principalmente do

próprio Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 178.512, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1 DROGAS, CONCEITO HISTÓRICO E CONTEMPORÂNEO

É fato incontroverso que as drogas estão presentes em todas as regiões do Brasil, sendo comercializadas ilegalmente em ruas, festas, universidades, escolas, praças e até mesmo em bares, possuem um potencial destruidor na vida das pessoas. O aumento do consumo e principalmente da grande variedade de entorpecentes que estão sendo ilegalmente comercializados, trazem um panorama extremamente preocupante para o futuro do país.

O conceito de droga, pode ser definido como

Qualquer substância natural ou sintética (substância criada pelo homem) que, quando administrada ou consumida por um ser vivo, modifica uma ou mais de suas funções, com exceção daquelas substâncias necessárias para a manutenção da saúde normal (água alimentos etc.).²

Segundo o disposto no dicionário Michaelis, o conceito de drogas pode estar associado tanto à medicina, como sendo “Qualquer substância que se possa utilizar, no homem e nos animais, para fins de alívio, diagnóstico, profilaxia, tratamento ou cura de doenças”³, quanto ao uso de qualquer substância alucinógena, entorpecente etc. cujo uso, além de alterar o humor e o comportamento, pode levar à dependência e à tolerância.

Para Lima, o conceito de droga pode ser definido como “as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.⁴

Em meados de 1.830, foi sancionado pela Câmara do Rio de Janeiro uma norma que proibia a “venda e o uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas”⁵, sendo considerada como o primeiro ato legal de proibição de venda e uso da maconha no Brasil.

² MICHAELIS. **Droga**. 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/modernoportugues/busca/portugues-brasileiro/droga>. Acesso em: 4 nov. 2020.

³ CENTRO DE INSTRUÇÃO ALMIRANTE ALEXANDRINO. Drogas: conceitos básicos. **Centro de Instrução Almirante Alexandrino**, 23 nov. 2020. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/ciaa/sites/www.marinha.mil.br/ciaa/files/DROGAS%20CONCEITOS.pdf>. Acesso em: 31 out. 2023.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 974.

⁵ DÓRIA, Rodrigues. Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício. *In*: Serviço nacional de educação sanitária (Brasil). **Maconha**: coletânea de trabalhos brasileiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 1958. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/maconha_coletania_trabalhos_brasileiros_2ed.pdf. Acesso em: 7 nov. 2023. p. 2 e 14.

Em 1.915, na tentativa de combater a popularização do Ópio, da Morfina e seus derivados no Brasil, surgiu o Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, com o seguinte teor:

Promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocollo de Encerramento, assignados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil:

Tendo sancionado pelo Decreto n. 2.861. de 8 de julho de 1914, a Resolução Nacional de 3 do mesmo mez e anno que approvou as medidas tendentes a impedir o abuso crescente do opio, da morphina e seus derivados, bem como da cocaina, constantes das resoluções approvadas pela conferencia Internacional do Opio, realizada no 1º de Dezembro de 1911 e cujo <<Protocollo suplementar de assignatura das Potencias não representadas na Conferencia>>. foi assignado pelo Plenipotenciario Brasileiro, na mesma cidade em 16 de Outubro de 1912, em virtude do artigo 22 da dita Convenção; e havendo sido depositada a respectiva ratificação na cidade da Haya, aos vinte e tres dias do mez de Dezembro de mil novecentos e quatorze,

Decreta que a mesma Covenção e o seu respectivo Protocollo de encerramento appensos ao presente Decreto, sejam executados e cumpridos tão inteiramente como nelles se contem.

Rio de Janeiro, 10 de Fevereiro de 1915, 94º da Independencia e 27º da Republica.⁶

Proposto e Sancionado pelo Presidente da República Epitácio Pessoa, o Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921⁷, estabeleceu penalidades para os contraventores na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados, criou um estabelecimento especial para internação de pacientes quimicamente viciados, onde os mesmos teriam a oportunidade de reabilitação, além de apresentar as formas de aplicação das penas e multas dos infratores, sendo considerada a primeira lei específica de controle de drogas no Brasil.

Já em 1.940, o Código Penal caracterizou o crime de tráfico de drogas como “Crime contra a Saúde Pública”, com a pena de um a cinco anos de reclusão, disposto em seu artigo 281, caput, com o seguinte teor:

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 20, 1997.

⁶ BRASIL. **Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915**. Promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocollo de Encerramento, assignados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 7 abr. 1915. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-publicacaooriginal-97865-pe.html>. Acesso em: 26 out. 2023.

⁷ BRASIL. **Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921**. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morphina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo alcool ou substancias venenosas; estabelece as fórmias de processo e julgamento e manda abrir os creditos necessarios. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 6 jul. 1921. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>. Acesso em: 26 out. 2023.

Art. 281. 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 desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.⁸

Décadas depois, passou a vigorar a lei de drogas nº 6.368/76, que em seu artigo 12, caput, estabeleceu que, aos praticantes do tráfico de entorpecentes, a pena de reclusão seria de 3 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa:

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; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.⁹

Sobre o artigo 12 da Lei nº 6.368/76, o respeitável doutrinador Nazareth Castellanos dispõe que:

[...] mesmo que esse delito venha a ser praticado por alguém em auxílio do usuário parente ou amásio, recolhido ou não, uma vez iniciada a ação, considera-se o delito consumado, vez o tipo do art. 12 da Lei de Tóxicos constitui-se de múltiplas modalidades de conduta, bastando o cometimento de qualquer uma delas para tipificar o crime.¹⁰

Além disso, o artigo 16 da lei nº 6.368/76 também dispunha sobre a pena para consumo pessoal:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

⁹ BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 22 out. 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

¹⁰ CASTELLANO, Soraia. Aspectos relevantes e controversos da Lei nº 6.368/76. **Âmbito Jurídico**, 31 ago. 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aspectos-relevantes-e-controversos-da-lei-n-6-368-76/>. Acesso em: 26 out. 2023.

Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.¹¹

Atualmente, passa a vigorar no Brasil a lei de drogas nº 11.343/2006, com mudanças importantes sobre tráfico de drogas e uso de consumo pessoal.

A nova lei eliminou a pena de prisão para o uso pessoal de drogas, mas aumentou o tempo mínimo de prisão para o tipo penal do tráfico de drogas, conforme disposto nos artigos 28 e 33:

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.¹²

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – Reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.¹³

Sendo este o momento atual da legislação pátria, bem como de sua aplicação, justamente o objeto do Agravo Regimental em voga.

3 TRÁFICO DE DROGAS

Sobre o tema, a nova Lei de Drogas nº 11.343 de 2006, trouxe mudanças significativas em seus artigos 31, 32, caput, e artigo 33.

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 22 out. 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

¹² BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 31 out. 2023.

¹³ *Ibidem*.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelo delegado de polícia na forma do art. 50-A, que recolherá quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

O tipo penal descrito no artigo 33 supracitado é de ação múltipla e de natureza permanente, razão pela qual a prática criminosa se consuma, por exemplo, a depender do caso concreto, nas condutas de “ter em depósito”, “guardar”, “transportar” e “trazer consigo”, antes

mesmo da atuação provocadora da polícia, o que afasta a tese defensiva de flagrante preparado.¹⁴

No caso de flagrante com pequena quantidade,

não se aplica o princípio da bagatela, pois os bens jurídicos tutelados são a saúde pública e, secundariamente, a saúde individual. No STJ, o entendimento é o de que pequena quantidade de droga não descaracteriza o crime de tráfico se há outros elementos de convicção do julgador. É sabido que, geralmente, as quadrilhas do tráfico comercializam a droga em doses reduzidas.¹⁵

Dessa forma, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. MATÉRIA QUE DEVERÁ SER DIRIMIDA AO LONGO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO. 1. O trancamento do processo no âmbito de habeas corpus é medida excepcional, somente cabível quando demonstrada a absoluta ausência de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade, hipóteses não verificadas no caso. 2. Consoante o disposto no art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. 3. Embora a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas não seja excessivamente elevada, o próprio recorrente negou que a droga seria para consumo pessoal e, embora haja afirmado que ela seria oriunda de apreensão policial anterior, certo é que, ao menos em princípio, não declinou qual operação seria essa, tampouco trouxe qualquer elemento que pudesse dar robustez a essa versão. 4. A pretendida desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é matéria que deverá ser dirimida ao longo da instrução criminal, inviável, portanto, de neste momento processual e na via estreita do habeas corpus, afastar a compreensão inicial das instâncias ordinárias de que, em princípio, ficou caracterizada a prática do delito de tráfico de drogas. 5. Recurso em habeas corpus não provido.¹⁶

PENAL. HABEAS CORPUS. TÓXICOS. TIPO SUBJETIVO. TRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. I O tipo previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo

¹⁴ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Legislação penal especial comentada**. São Paulo: Rideel, 2023. p. 180.

¹⁵ *Ibidem*. p. 181.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 94980. Relator: Ministro Rogério Schiatti Cruz. Brasília, DF, 06 de outubro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 29 mar. 2021.

adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento. II - O tipo previsto, no art. 16 da Lei nº 6.368/76, este sim, como delictum sui generis, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo exige a finalidade do exclusivo uso próprio. III - A pequena quantidade de droga apreendida, por si só, não é suficiente para ensejar a desclassificação do delito, ainda mais quando há outros elementos aptos à configuração do crime de tráfico. Ordem denegada.¹⁷

Ressalta-se que, o tráfico de drogas não é caracterizado como crime hediondo, portanto, permite a liberdade provisória.

Assim como é válida para casos de extorsão mediante sequestro, a busca e apreensão feita pela polícia sem mandado judicial, “é também considerada lícita para flagrante de tráfico de drogas, porte de armas e associação criminosa, delitos definidos como permanentes. Assim entendeu a 2ª T. do STF, ao negar em decisão unânime Habeas Corpus para um acusado de tráfico de drogas, associação para tráfico e porte de arma de fogo com numeração raspada,¹⁸ cuja ementa segue abaixo:

Habeas corpus. Processual penal. Prisão preventiva (CPP, art. 312). Ausência de fundamentação idônea. Não ocorrência. Decreto de prisão fundamentado na garantia da ordem pública. Quantidade de droga apreendida. Periculosidade concreta do paciente demonstrada. Precedentes. Constrangimento ilegal por excesso prazo. Inexistência. Complexidade do feito que justifica a razoável duração do processo, que tem regular processamento na origem. Precedentes. Ilicitude das provas recolhidas na residência do paciente, dada a inexistência de mandado de busca e apreensão para tanto. Desnecessidade. Situação de flagrância em crime permanente. Precedentes. Ordem denegada. 1. O decreto de prisão preventiva do paciente apresenta fundamentos aptos para justificá-lo, sendo estreme de dúvidas sua necessidade para acautelar o meio social, preservando-se a ordem pública, ante a periculosidade evidente do paciente, que, conforme verificado dos autos, foi surpreendido com grande quantidade de droga e uma arma de fogo com numeração raspada. 2. A demonstrada complexidade da causa, atrelada à notícia de que a ação penal tem regular processamento na origem, afasta o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo. 3. Consoante o entendimento da Corte, “[é] dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas” (RHC nº 121.419/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJE de 17/10/14). 4. Ordem denegada.

Segundo o Ilustríssimo Professor Guaracy Moreira Filho, “A constituição Federal, ao assegurar a inviabilidade do domicílio, não o faz de modo absoluto, inserindo, no rol das

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 37467. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 26 de outubro de 2004. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 dez. 2004.

¹⁸ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Legislação penal especial comentada**. São Paulo: Rideel, 2023. p. 180.

exceções à garantia, o caso de flagrante delito. Estabelece o art. 5º, inc., XI, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”. Em se tratando de tráfico ilícito de drogas, delito de natureza permanente, prolonga-se o estado de vacância, não havendo, pois, necessidade de mandado judicial em caso de flagrante delito. Por sua vez, a existência de denúncia anônima da prática de tráfico de drogas, por si só, não configura fundadas razões a autorizar ingresso policial no domicílio do acusado sem o consentimento ou sem determinação judicial.¹⁹

“A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminarmente indicativos de crime, **não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado**, estando ausente, assim, nessas situações, justa causa para medida.”²⁰ (grifo nosso)

No caso de traficantes estrangeiros detidos no Brasil, “Será passível de expulsão o estrangeiro autor de tráfico ou posse ilícita de drogas, mas decreto somente será executado após o cumprimento da pena.”²¹

Desta forma, vem se posicionando a Justiça Federal:

PENAL, TRAFICO DE ENTORPECENTES, FORNECIMENTO GRATUITO DA DROGA, CARACTERIZAÇÃO, DESCONHECIMENTO DA LEI POR REU ESTRANGEIRO, EXPULSÃO DE ALIENIGENA DO TERRITORIO NACIONAL, CRIME HEDIONDO, NULIDADE DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR CERCEAMENTO DE DEFESA, INOCORRENCIA. 1 - DESCABE FALAR-SE EM CERCEAMENTO DE DEFESA E CONSEQUENTE NULIDADE DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO PELO FATO DO INTERROGATORIO TER SIDO EFETUADO EM INGLES, E NÃO NO IDIOMA DO PAIS DE ORIGEM DO REU, SE ESTE O ENTENDIA E PODE EXPRESSAR DE MODO A QUE NÃO RESTASSEM DUVIDAS A RESPEITO DE SUAS RESPOSTAS, INEXISTINDO, DESSE MODO, QUALQUER PREJUIZO AO APELANTE. 2 - A ALEGAÇÃO DE QUE A DROGA ENCONTRADA EM PODER DO REU NÃO SE DESTINAVA AO COMERCIO, MAS SIM A FORNECIMENTO GRATUITO, NÃO DESCARACTERIZA O DELITO DE TRAFICO DE ENTORPECENTE, JA QUE O ART. 12 DA LEI N. 6368/76 PREVE A MODALIDADE DE "FORNECER AINDA QUE GRATUITAMENTE" A CONSUMO SUBSTANCIA ENTORPECENTE SEM AUTORIZAÇÃO. 3 - O ESTRANGEIRO NÃO PODE ALEGAR O DESCONHECIMENTO DA LEI NACIONAL EM RAZÃO DE SUA CONDIÇÃO DE ALIENIGENA, PARA EXIMIR-SE DO CRIME DE TRAFICO DE ENTORPECENTES, APLICAÇÃO DO ART. 21 DO CÓDIGO PENAL. 4 - A EXPULSÃO IMEDIATA DE TRAFICANTE ESTRANGEIRO DO TERRITORIO NACIONAL E MEDIDA DE

¹⁹ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Legislação penal especial comentada**. São Paulo: Rideel, 2023. p. 182.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 512.418. Relator: Ministra Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 26 de novembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 dez. 2019.

²¹ MOREIRA FILHO, Guaracy. op. cit. p. 184.

COMPETENCIA EXCLUSIVA DO PRESIDENTE DA REPUBLICA, E NÃO DO JUIZ SENTENCIANTE OU DO TRIBUNAL. 5 - APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.²²

A partir desta análise do conceito de tráfico de drogas, é possível realizar de forma mais contundente a análise do Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus 178.512 em espeque.

4 PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO

A posse de droga para uso próprio, embora infração de menor potencial ofensivo e sujeito às regras da Lei nº 9.099, continua sendo um fato típico, ilícito e culpável. Fato típico pela conduta punível estar prevista na lei, ilícito pela reprovação social e culpável por determinar ao usuário o cumprimento de medidas educativas para a sua reinserção social. O tipo em estudo, portanto, continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Com efeito, torna-se inviável em caso de descumprimento das medidas legais estabelecidas o juiz determinar pena privativa da liberdade.²³

Para o Ministro Gilmar Mendes, “a criminalização do porte de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário e não garante a proteção da saúde coletiva e a segurança pública”, segundo seu voto no Recurso Extraordinário nº 430.105 do Rio de Janeiro:

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

²² SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ACR nº 60123. Relator: Desembargador Federal Theotônio Costa. São Paulo, SP, 20 de junho de 1995. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, 20 jun. 1995.

²³ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Legislação penal especial comentada**. São Paulo: Rideel, 2023. p. 164.

especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.²⁴

Para o Nobre Professor Guaracy Moreira Filho,

não há como negar que a adoção de critérios objetivos para a distinção entre uso e tráfico, fundados no peso e na natureza da droga apreendida, e as vezes em até em seu grau de pureza, é medida bastante eficaz a condução de políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficantes. Por isso, mostra-se recomendável, no caso do Brasil, ainda sem critérios objetivos entre uso e tráfico.²⁵

O crime de posse de drogas para consumo próprio, por não ter pena privativa da liberdade, não gera reincidência. No RE nº 430.105 do Rio de Janeiro, O Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343 2006. No entanto, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não tem condão de gerar reincidência (art. 65 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao **princípio da proporcionalidade**, não deve gerar tal efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. **O porte de e drogas para consumo próprio foi despenalizada pela Lei de Antidrogas, mas não descriminalizado.** Apesar de ser considerado crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006, o porte de entorpecentes com a finalidade de consumo pessoal tem previsão de punição apenas com medidas distintas da restrição de liberdade, sem que haja possibilidade de conversão dessas medidas para prisão em caso de descumprimento.²⁶

Dessa forma vem se posicionando nossas cortes:

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 430105. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 27 abr. 2007.

²⁵ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Legislação penal especial comentada**. São Paulo: Rideel, 2023. p. 166.

²⁶ Ibidem. p. 167.

APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TESE AFASTADA. POSSE DE PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA QUE É INERENTE AO PRÓPRIO TIPO. MÉRITO. INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE POSSE DE DROGA PARA USO, POR AUSÊNCIA DE LESIVIDADE. AUTOLESÃO IMPUNÍVEL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. ART. 386, INCISO III, DO CPP. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 4ª Turma Recursal - 0020035-54.2019.8.16.0014 - Londrina - Rel.: JUIZ DE DIREITO DE COMARCA DE ENTRÂNCIA FINAL EMERSON LUCIANO PRADO SPAK - J. 18.02.2022) (TJ-PR - APL: 00200355420198160014 Londrina 0020035-54.2019.8.16.0014 (Acórdão), Relator: Emerson Luciano Prado Spak, Data de Julgamento: 18/02/2022, 4ª Turma Recursal, Data de Publicação: 20/02/2022)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO. DESNECESSÁRIO REVOLVIMENTO DE PROVAS. ALEGADA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE PROVA DA TRAFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL. REGRA PROBATÓRIA DECORRENTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Não se desconhece o entendimento pacífico da jurisprudência - tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal - de que a pretensão de desclassificação de um delito exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, em sede de recurso especial. 2. Todavia, a moldura fática delineada na sentença e no acórdão não demonstrou o fim de mercancia, nem afastou de forma incontestada a afirmação do réu de que a droga apreendida destinava-se ao seu consumo pessoal. 3. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976) - e que continua na legislação atual. 4. Não por outro motivo, a prática tem evidenciado que a concepção expansiva da figura de quem é traficante acaba levando à inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais. 5. A atual (embora não recente) crise do sistema penitenciário brasileiro e o fato de o Brasil possuir, hoje, a terceira maior população carcerária do mundo - segundo o Centro Internacional de Estudos Prisionais - ICPS (International Centre for Prison Studies) - recomendam não desconsiderar as ponderações feitas neste caso concreto de que efetivamente é temerária, também sob essa perspectiva, a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas. 6. A conduta imputada pelo Ministério Público - dentre as várias previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) - foi a de trazer consigo "11 (onze) pedras de crack, divididas em papelotes individuais e escondidas em suas partes íntimas". Em nenhum momento, o acusado foi visto vendendo, expondo à venda ou oferecendo entorpecentes a terceiros. 7. Não foram mencionados elementos que demonstrem, de modo satisfatório, a destinação comercial do entorpecente localizado com o recorrente. Com efeito, não houve campanha policial para averiguação da conduta do recorrente, mas tão somente uma abordagem pessoal em virtude do fato de o coacusado - que conduzia a motocicleta - ter se evadido ao avistar a autoridade policial. 8. O Ministério Público - sobre quem pesa o ônus da prova dos fatos alegados na acusação - não comprovou a ocorrência de mercancia ilícita da droga encontrada em poder do recorrente, ou que a tanto se destinava, de modo que remanesce somente a conduta de trazer consigo a droga, para consumo pessoal, prevista no tipo do caput do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. 9. Dada a primariedade do recorrente (conforme reconhecido na sentença), a reprimenda prevista para o delito de posse de drogas para consumo próprio - prestação de serviços

à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo - não pode superar o prazo de 5 meses (art. 28, § 3º, da Lei n. 11.343/2006). 10. Entretanto, o acusado respondeu ao processo cautelarmente privado de sua liberdade (desde sua prisão em flagrante, em 6/3/2017), e sua custódia preventiva foi mantida na sentença condenatória. 11. Como ele está preso a um lapso temporal superior ao da reprimenda que lhe seria imposta, deve ser reconhecida a extinção de sua punibilidade. 12. Recurso provido para desclassificar a conduta imputada ao réu para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, já cumprido o prazo máximo da sanção cabível - de modo até mais oneroso -, julgar extinta sua punibilidade. (STJ - REsp: 1769822 PA 2018/0255557-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 27/11/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2018)

A respeito da prescrição, “os lapsos tanto da prescrição punitiva quanto da executória são de dois anos, reduzidos da metade, se o agente, ao tempo do crime, era menor de 21 anos, ou, na data de sentença, maior de 70 anos. É a regra do artigo 30 desta lei.”²⁷

“Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos artigos 107 e seguintes do Código Penal.” (Brasil, 2006).

Ante o exposto, resta claro que o porte de droga para uso pessoal não deve gerar reincidência, devendo a jurisprudência acompanhar a modificação do artigo 28 da lei de drogas nº 11.343 de 2006.

5 REINCIDÊNCIA CRIMINAL: CONCEITO E APLICABILIDADE

Como é cediço, a análise e aplicação da reincidência criminal no ordenamento jurídico pátrio, em que pese a necessária e constante evolução e atualização de seus conceitos e alcances, detém caráter essencialmente preventivo e punitivo, objetivando penalizar de forma mais enérgica o agente que, mesmo após ser condenado e apenado por prática de delito pretérito, resiste a necessária ressocialização, voltando a ter conduta tipificada como delituosa, independente de referida ação subsequente vir a ser considerada específica ou genérica.

Ressalte-se que a fundamental análise da reincidência e primariedade tem início na própria dosimetria e aplicação da pena nos termos dos artigos 59 e 68 do Código Penal.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

²⁷ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Legislação penal especial comentada**. São Paulo: Rideel, 2023. p. 168.

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
 IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua

No que se refere ao objeto do estudo, a reincidência, o artigo 63 de referido Códex Legal, o Código Penal Brasileiro assim estabelece; “Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

De referido dispositivo legal depreende-se a dupla condição para que o agente possa ser considerado como reincidente, quais sejam:

- a. A prática de novo crime
- b. A condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior

A Emérita Professora Debora de Souza de Almeida apregoa que a origem a reincidência e sua aplicação no direito criminal pátria nasceu no Código Imperial de 1830:

A reincidência criminal está presente na legislação brasileira desde o advento do Código Imperial de 1830, com o marco da distinção das modalidades específica e genérica no Código Penal de 1940, o qual diferenciou de forma expressa estas espécies.²⁸

Em mesma obra, assevera ainda a Professora Debora de Sousa Almeida que “a recaída do indivíduo ao crime demonstra que a condenação de outrora não obteve o efeito esperado, pois revela que o mesmo não aprendeu a conviver em sociedade, seja por rebeldia, indiferença à punição anterior ou insensibilidade”²⁹

A reincidência específica é aquela onde o agente pratica ações penais tipificadas com de mesma natureza enquanto que a genérica trata de matéria de tipificação diversa.

Referida distinção entre as modalidades específica e genérica contemplada pelo Código Penal de 1940 e posteriormente alterada pela Lei nº 6.416/77, continua presente em varias legislações específicas.

A Lei 13.344 de 2016, por exemplo, acrescentou o inciso V ao artigo 83 do Código

²⁸ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência criminal**: reflexões dogmáticas e criminológicas. Curitiba: Juruá, 2012.

²⁹ Ibidem. p. 56.

Penal, o qual conduziu a uma maior gravidade a reincidência específica

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

[...]

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, **se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (nosso destaque)**

Também a Lei de Contravenções Penal, em seu artigo 7º, traz previsão em caso de reincidência.

“Art. 7º- Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.”

Merece destaque ainda outros dispositivos legais, preconizados no Código Penal do Brasil, que estabelecem consequências mais penosas ao agente reincidente.

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

[...]

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

[...]

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade **se o condenado for reincidente em crime doloso**

[...]

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, **se o condenado é reincidente.**

[...]

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

[...]

VI - pela reincidência

[...]

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso

noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

Art. 170 - **Nos crimes previstos neste Capítulo, aplica-se o disposto no art. 155, § 2º.**

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

§ 1º - **Se o criminoso é primário**, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

Ressalte-se ainda que a condição do agente delituoso ser reincidente ou primário não é eterna, tendo em vista que o Código Penal, em seu artigo 64, estabelece condições para que seja “devolvida” ao condenado a condição de primariedade.

Art. 64 - **Para efeito de reincidência:**

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

II - **não se consideram os crimes militares próprios e políticos.** (grifo nosso)

Por todo o exposto é inequívoco que o instituto da reincidência na prática delituosa do agente, sendo ela específica ou genérica, detém relevante importância no direito penal pátrio.

Nesta seara existem inúmeras teorias que validam a aplicação das penas e seu agravamento ante a reincidência do agente (teorias legitimadoras), contudo, contrariun sensu, verifica-se outras tantas que atribuem a nova prática do agente a fatores sociais, sendo, desta forma, comprovação da própria incapacidade da pena na recuperação do delinquente (teorias deslegitimadoras).

As teorias deslegitimadoras, em apertada síntese, defendem que a análise de antecedentes e reincidência como agravantes em realidade age como segregador, agindo em tese sobre grupos mais vulneráveis, reforçando desigualdades sociais, criando de certa forma “etiquetas, estigmatizando e estereotipando o agente, dificultando ainda mais sua ressocialização, de certa forma contribuindo para que este continue a delinquir, como se o universo do crime se tronasse em realidade seu próprio mundo, única forma de sobreviver.

As teorias legitimadoras, também de forma resumida, defendem como necessária a imposição de agravantes em caso de antecedentes e reincidência tendo em vista que o agente, em tese, não teria minimamente se esforçando para não voltar a delinquir, demonstrando desprezo as normas e conduta social, praticando delitos como hábito, detendo, desta forma

maior culpabilidade do que o réu primário, sendo necessário que a pena detenha não apenas um caráter punitivo, mas também preventivo e educativo, para que o delinquente reflita e venha a temer a prática de novo ato, bem como norteie a própria conduta da sociedade.

A Teoria Mista encontra-se contemplada no direito pátrio, segundo a qual as penas aplicadas devem deter o caráter preventivo e retributivo, contemplando de certa forma todas as teorias, absolutas ou relativas, deslegitimadoras ou legitimadoras, conforme contemplado no artigo 59 do código Penal

Ante a ampla controvérsia e dissonância entre as diversas teorias, entende-se que o instituto da reincidência criminal inserido no Direito Penal Brasileiro, pode-se se dizer que durante toda sua trajetória histórica, objetiva uma maior repreensão ao agente delituoso, tanto na forma retributiva quanto na forma preventiva e educacional, assim como a própria sociedade como um todo.

Desta forma, a necessária pacificação do entendimento na matéria objeto do presente estudo, a qual vem sendo adotada por nossas cortes, torna-se premente, vez que, considerando a extensão das consequências da aplicação da reincidência ao agente, bem como seus requisitos legais para aplicação, em confronto com a ausência de aplicação de penas in concreto ao portador de drogas para consumo, não se pode, salvo melhor juízo e douta análise dos ilustres Ministros que se encontram debruçados sobre a questão no julgamento do RE 635.659, concluir de forma diferente a da não aplicação do agravante neste caso.

6 ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 178.512

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ASSENTADA EM ANTERIOR REGISTRO DE INCIDÊNCIA AO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A JUSTIFICAR A MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. Conquanto não ultimado o julgamento do RE 635.659 (Relator Ministro Gilmar Mendes), que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio como causa hábil a configurar reincidência e afastar a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 3. Não se afigura razoável permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, a fim de evitar a estigmatização

do usuário de drogas, possa dar azo à posterior configuração de reincidência

4. Além de aparente contrariedade com a própria teleologia da Lei 11.343/2006, no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser conferida ao usuário de drogas, deve-se ponderar ainda que a reincidência depende, segundo consolidada jurisprudência desta Corte, da constatação de que houve condenação criminal com trânsito em julgado, o que, em grande parte dos casos de incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006 não ocorre. 5. Cumpre registrar que, nos termos do art. 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (grifo nosso). Portanto, o conceito de reincidência reclama a condenação pela prática de um segundo crime após anterior com trânsito em julgado – e não contravenção penal, por exemplo. 6. O art. 28 da Lei 11.343/2006, por não cominar pena de reclusão ou detenção, não configura crime nos termos da definição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, e, assim, não tem a condão de gerar reincidência, instituto disciplinado no Código Penal. 7. Agravo regimental desprovido.³⁰ (grifo nosso)

Depreende-se do V. Acórdão em referência, prolatado nos autos do Habeas Corpus 178.512/SP, processo 0103280-66.2019.3.00.000, objeto do presente estudo, que a questão fulcral cinge-se a análise, aplicação e análise de constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, razão pela qual traz-se a colação:

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

Neste diapasão, infere-se o destaque das assertivas constantes de aludido V. Acórdão do Agravo Regimental objeto.

a. “[...] **revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio como causa hábil a configurar reincidência [...]**”

b. “[...] **Não se afigura razoável permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, [...], possa dar azo à posterior configuração de reincidência**”

c. “[...] **aparente contrariedade com a própria teleologia da Lei 11.343/2006, no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser conferida ao usuário de drogas, deve-se ponderar ainda que a reincidência depende, [...], da constatação de que houve condenação**

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC: 178512. Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 22 de março de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 20 jun. 2022.

criminal com trânsito em julgado, o que, em grande parte dos casos de incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006 não ocorre [...]”

d. “[...] nos termos do art. 63 do Código Penal, [...] ‘quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior’ [...] o conceito de reincidência reclama a condenação pela prática de um segundo crime após anterior com trânsito em julgado – e não contravenção penal, por exemplo [...]”

e. Por fim, merece destaque a parte final do julgado, a qual, de forma lapidar, resume a tese do Ilustre Ministro relator “[...] O art. 28 da Lei 11.343/2006, por não cominar pena de reclusão ou detenção, não configura crime nos termos da definição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, e, assim, não tem a condão de gerar reincidência, instituto disciplinado no Código Penal.”

Ressalte-se ainda que, salvo melhor juízo e análise, conquanto ainda se aguarda o posicionamento definitivo de nossa Corte Suprema no julgamento do RE 635.659 (Relator Ministro Gilmar Mendes), onde se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, demonstra-se assertada, in totum, o **decisum** objeto do presente, o que vem se observando em reiterados julgados, senão vejamos;

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRÁTICA ANTERIOR DO CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO DA REINICIDÊNCIA E DOS MAUS ANTECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O posicionamento atual desta Corte é pela não configuração da reincidência, nem dos maus antecedentes, em decorrência da prática do crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 em cotejo com contravenções penais, em razão do princípio da proporcionalidade. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido.³¹

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL - CP RECONHECIDA MONOCRATICAMENTE. CONDENAÇÃO PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06 QUE NÃO ACARRETA REINICIDÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 não foi descriminalizada, mas apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas. Assim, em princípio, não tendo havido a abolitio criminis, a prática do crime descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 tem aptidão de gerar os mesmos efeitos secundários que uma condenação por qualquer outro crime gera, como a reincidência e a revogação obrigatória da suspensão condicional do processo, como previsto no artigo 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995. Todavia, importantes ponderações no

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC nº 702116. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 dez. 2021.

âmbito desta Corte Superior têm sido feitas no que diz respeito aos efeitos que uma condenação por tal delito pode gerar (REsp 1795962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/3/2020). 2. Em recente julgado deste Tribunal entendeu-se que "em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência" (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe 30/8/2018). Outrossim, vem-se entendendo que a prévia condenação pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, justamente por não configurar a reincidência, não pode obstar, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (REsp 1795962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/3/2020). 3. O principal fundamento para este entendimento toma por base uma comparação entre o delito do artigo 28 da Lei de Drogas e a contravenção penal, concluindo-se que, uma vez que a contravenção penal (punível com pena de prisão simples) não configura a reincidência, revela-se desproporcional considerar, para fins de reincidência, o prévio apenamento por posse de droga para consumo próprio (que, embora seja crime, é punido apenas com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, ou seja, medidas mais amenas) (REsp 1795962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/3/2020). 4. Agravo regimental desprovido.³²

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE AFASTOU A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E APLICOU O REDUTOR EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. REINCIDÊNCIA E AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO COM BASE EM CONDENAÇÃO ANTERIOR POR USO DE DROGAS. INADEQUAÇÃO. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA E DO FUNDAMENTO UTILIZADO PARA NÃO APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas. 2. Nesse contexto, é adequado o afastamento da reincidência apoiado em condenação por uso de drogas e, em consequência, preenchidos os demais requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é cabível o reconhecimento do privilégio no crime de tráfico de drogas, que foi aplicado em sua fração máxima, com base na inexpressiva quantidade das drogas apreendidas. 3. Agravo regimental não provido. . PACIENTE PRIMÁRIO. APLICAÇÃO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A incidência da

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1845722. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 04 de agosto de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 ago. 2020.

minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa. 2. O fundamento utilizado pelas instâncias de origem para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que a expressiva quantidade de entorpecentes seria indicativo de que o paciente não era traficante eventual, sem, contudo, haver a demonstração, por meio de elementos concretos extraídos dos autos, de que ele se dedicava a atividades criminosas ou mesmo que integrasse organização criminosa. 3. Precedentes deste Corte e do Supremo Tribunal Federal firmam a possibilidade de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de mula do tráfico. Precedentes. 4. No caso, inexistente óbice à aplicação da referida causa de diminuição, especialmente se considerado que o paciente foi flagrado transportando as drogas em seu veículo, entre duas cidades, o que caracteriza a função de mula do tráfico. Ademais, o acusado efetivamente é primário, possuidor de bons antecedentes, não sendo possível, através dos elementos existentes no feito, assegurar que possui a vida voltada ao ilícito, conforme expressamente ressaltado pela sentença condenatória. - Agravo regimental a que se nega provimento.³³

Neste diapasão merece ainda destaque da argumentação formulada pelo Emérito Ministro Edson Fachin em seu voto.

A despeito de não haver posicionamento definitivo acerca da matéria no âmbito desta Suprema Corte, ao meu entender, revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio para configurar reincidência e para afastar a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Isso porque não há cominação à pena privativa de liberdade.

As penas previstas para o art. 28 da Lei de Drogas são: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. O descumprimento de quaisquer dessas medidas tampouco implica restrição à liberdade do apenado. Nesse caso, nos termos do art. 28, § 6º, da Lei 11.343/06, a consequência poderá ser, sucessivamente, admoestação verbal ou multa.

Nesse contexto, se o legislador excluiu a cominação de pena privativa de liberdade para o tipo art. 28 da Lei de Drogas, não parece razoável que condenação anterior repercuta negativamente na dosimetria.

Destaco que, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.672.654/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a Sexta Turma do STJ, à unanimidade, passou a adotar o entendimento de que "a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade."

Colho do bem lançado voto da Ministra-Relatora (grifei):

"[...] revendo meu posicionamento, tenho que a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC: 686647. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 24 de agosto de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 ago. 2021.

proporcionalidade.

É que, como é cediço, a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência pois o artigo 63 do Código Penal é expresso ao se referir à prática de novo crime ao dispor:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

E, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas .

Em apertada síntese, considerando o momento atual sobre a discussão do tema, em especial o tão aguardado julgamento definitivo do RE 635.659, é inequívoco reconhecer-se o acerto da decisão prolatada, objeto do presente, bem como das demais que seguem a mesma tese.

Imperativo reconhecer-se e coadunar com as seguintes assertivas que lastream a referida decisão:

O artigo 28 da Lei da Lei 11.343/2006 estabelece como punição ao agente as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Na visão do Emérito Professor Luiz Flávio Gomes estabeleceu-se uma terceira categoria de penas

Se as penas cominadas para a posse de droga para consumo pessoal são exclusivamente alternativas, não há que se falar em “crime” ou em “contravenção penal”, conseqüentemente, o art. 28 contempla uma infração sui generis (**uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal**).³⁴ (grifo nosso)

Nesse sentido, elucida o Douto Professor Guaracy Moreira Filho, ao dizer que viola o princípio da proporcionalidade considerar o réu reincidente por um crime cuja pena sequer é a de prisão.³⁵

Neste diapasão se posicionou o Ilustre Ministro Fachin ao prolatar destacado voto: “Nesse contexto, se o legislador excluiu a cominação de pena privativa de liberdade para o tipo

³⁴ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de. **Nova lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.108-113.

³⁵ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Legislação penal especial comentada**. São Paulo: Rideel, 2023. p. 167.

art. 28 da Lei de Drogas, não parece razoável que condenação anterior repercuta negativamente na dosimetria.”

E complementou com o destaque ao disposto no artigo 63 do Código Penal do Brasil: “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

Isto posto, em que pese o duto entendimento dos magistrados que participaram do feito, anteriormente a decisão prolatada no agravo Regimental objeto, é inequívoco e incontroverso que a reforma em favor do paciente se mostrou como a correta aplicação da mais lidima justiça.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O panorama histórico e bem delineado da política de drogas no Brasil, bem como a evolução legislativa do tema, restou bem demonstrado, destacando-se seu marco inicial, ocorrido em meados de 1.830, onde foi sancionada uma norma que proibia a “venda e o uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas”, sendo considerada como o primeiro ato legal de proibição de venda e uso de drogas no Brasil, bem como sua própria evolução, surgindo diversas leis sobre o tema, as quais foram se aperfeiçoando, até o surgimento da Lei de Drogas nº 11.343/06, que está em vigor até os dias atuais.

Nesta seara aprofundou-se os estudos sobre tráfico de drogas, posse de drogas para consumo próprio e reincidência criminal.

No que se refere ao crime de tráfico de drogas, após análise criteriosa do artigo 33 da Lei de Drogas nº 11.343 de 2006, pode-se concluir que é uma ação múltipla e de natureza permanente, podendo o crime ser consumado apenas por possuir estoque de drogas em depósito e realizar o transporte de cargas. O tráfico de drogas não é caracterizado como crime hediondo, portanto, permite a liberdade provisória.

Com a nova Lei de Drogas nº 11.343 de 2006, a posse de droga para uso próprio foi despenalizada, mas continua sendo um fato típico, ilícito e culpável. O crime de posse de drogas para consumo próprio, por não ter pena privativa da liberdade, não deve gerar reincidência.

No julgamento do Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 178.152, os ministros afirmaram ser desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio para configurar reincidência e para afastar a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Ex positis, considerando as diversas teorias relativas ao computo da reincidência e

análise da vida pregressa do delinquente, sua aplicação e entendimento no direito pátrio, no que se refere ao ilícito primário versar sob a posse de drogas para consumo próprio, em que pese os traficantes poderem tentar se valer deste dispositivo para continuar disseminando suas ações, imperativo se faz a pacificação do conceito e de seu alcance, tendo em vista que, em casos concretos e bem configurados, se mostra excessiva a computação de agravantes na dosimetria da pena a ser imposta ao agente quando o próprio ato é configurado como de pequena monta despenalizado.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência criminal**: reflexões dogmáticas e criminológicas. Curitiba: Juruá, 2012.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 20, 1997.

BRASIL. **Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915**. Promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assignados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 7 abr. 1915. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-publicacaooriginal-97865-pe.html>. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921**. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo alcool ou substancias venenosas; estabelece as fórmulas de processo e julgamento e manda abrir os creditos necessarios. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 6 jul. 1921. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 22 out. 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC nº 702116. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC: 686647. Relator: Ministro Reynaldo Soares da

Fonseca. Brasília, DF, 24 de agosto de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1845722. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 04 de agosto de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 37467. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 26 de outubro de 2004. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 dez. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 512.418. Relator: Ministra Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 26 de novembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 94980. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 06 de outubro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 29 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 430105. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 27 abr. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC: 178512. Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 22 de março de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 20 jun. 2022.

CASTELLANO, Soraia. Aspectos relevantes e controversos da Lei nº 6.368/76. **Âmbito Jurídico**, 31 ago. 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aspectos-relevantes-e-controversos-da-lei-n-6-368-76/>. Acesso em: 26 out. 2023.

CENTRO DE INSTRUÇÃO ALMIRANTE ALEXANDRINO. Drogas: conceitos básicos. **Centro de Instrução Almirante Alexandrino**, 23 nov. 2020. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/ciaa/sites/www.marinha.mil.br/ciaa/files/DROGAS%20CONCEITOS.pdf>. Acesso em: 31 out. 2023.

DÓRIA, Rodrigues. Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício. *In*: Serviço nacional de educação sanitária (Brasil). **Maconha**: coletânea de trabalhos brasileiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 1958. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/maconha_coletania_trabalhos_brasileiros_2ed.pdf. Acesso em: 7 nov. 2023.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de. **Nova lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPodivm, 2018.

MICHAELIS. **Droga**. 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/modernoportugues/busca/portugues-brasileiro/droga>. Acesso em: 4 nov. 2020.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Legislação penal especial comentada**. São Paulo: Rideel, 2023.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ACR nº 60123. Relator: Desembargador Federal Theotônio Costa. São Paulo, SP, 20 de junho de 1995. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, 20 jun. 1995.

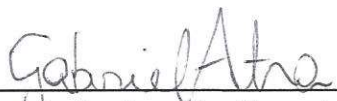
TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Gabriel Garrido Atra, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31940641, período noturno, turma 10T, tendo realizado o TCC com o título: A INCONSTITUCIONALIDADE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE REINCIDÊNCIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS POR CONDENAÇÃO ANTERIOR POR PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO: ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 178.512. sob a orientação do(a) Professor(a) Guaracy Moreira

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de novembro de 2023. .



Assinatura do discente