



## Saulo Castrillon: Regressão penal por porte de drogas é desproporcional

O princípio constitucional da proporcionalidade, previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, preconiza que o exercício do poder estatal se realize de maneira prudente, moderada, vedando o excesso nos meios utilizados para consecução dos seus fins.

Beccaria, ao encerrar sua obra *Dos Delitos e das Penas*, conclui que “*para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei*” [1].

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco prelecionam que o princípio da razoabilidade (aspecto material do devido processo legal), em essência, “*consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico*” [2].

Cezar Roberto Bitencourt anota que, em razão do princípio da proporcionalidade, além da adequação teleológica, o ato estatal deve ser necessário, vale dizer, “*não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos à conservação do fim legítimo que se pretende*”. Demais disso, deve haver uma proporcionalidade *stricto sensu*, impondo que a todo representante do estado a obrigação de “*fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais*” [3].

O princípio da proporcionalidade, obtempera Alberto Silva Franco, “*exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)*”. Assim, pondera Silva Franco que, “*toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio, estabelece-se, em conseqüência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de pena (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em conseqüência, um duplo destinatário: o Poder Legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)*” [4].

Como não poderia deixar de ser, visto que envolve exercício de poder punitivo, a Lei 7.210/84 (LEP), incorporando no seu artigo 57 referido princípio à execução penal, dispõe que na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

À luz desse princípio, temos que a prática do crime [5] descrito no artigo 28 da Lei 11.343/2006, não induz automaticamente à subsunção do *caput* do artigo 52 e do inciso I do artigo 118, ambos da LEP, com a conseqüente regressão de regime de pena do reeducando, ante a manifesta falta de



---

proporcionalidade entre a gravidade do fato típico e a gravidade da sanção disciplinar.

Deveras, com o advento da Lei 11.343/06, foi abolida a aplicação de pena privativa de liberdade aos condenados pela prática de porte de drogas para consumo pessoal, limitando-se o preceito secundário do respectivo tipo penal a cominar como sanções a advertência, a prestação de serviços à comunidade e a aplicação de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Assim, se hodiernamente o porte de droga para consumo pessoal não importa mais na privação da liberdade ambulatorial do agente, não é razoável que se imponha ao reeducando indiciado ou processado pelo delito em apreço consequências penais mais drásticas do que a própria condenação pelo delito tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Em outros termos, não é desproporcional que a prática da conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/2006 implique na fixação de regime prisional mais rigoroso do que o determinável na sentença condenatória pelo respectivo delito.

Além do que, se, por força do art. 52 da LEP, a prática de contravenções penais e de crimes culposos não autorizam a regressão de regime de pena, é iníquo e desrazoável que a conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006, que nem sequer é punida com reclusão, detenção ou prisão simples, seja levada em consideração para fins de aplicação do inciso I do artigo 118 daquele mesmo diploma normativo.

Tal desproporcionalidade se avulta, ainda mais, quando, por exemplo, comparamos a situação processual de um reeducando que é indiciado pela prática de homicídio culposo com a situação de um apenado flagrado portando consigo droga para consumo pessoal: o primeiro, embora responda por crime de maior gravidade, por não ter contra si a imputação de crime doloso, não sofrerá regressão de regime de pena; o segundo, por sua vez, em que pese ter contra si uma acusação por crime de menor potencial ofensivo, mercê de uma exegese inflexível e divorciada da Constituição Federal do *caput* do artigo 52 e do inciso I do artigo 118, ambos da LEP, será transferido para regime de pena mais rigoroso.

Além do que, por força do art. 57 da LEP, é injusto, materialmente desigual, desproporcional e alheio à garantia contida no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, que o juízo da execução penal dê ao reeducando que pratica a conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/2006 o mesmo tratamento disciplinar àquele que comete um crime doloso contra a vida, um latrocínio ou qualquer outro crime grave.

Aliás, na doutrina, Amilton Bueno de Carvalho consigna que “*com o alargamento interpretativo autorizado pelo sistema aberto ao julgador, desde que para beneficiar o apenado, o delito (?) de porte de droga (miseros 0,174g) não está englobado pela expressão doloso (leia-se, grave, agressivo, causador de pane social, perigo à vida humana). Logo, não é possível regredir de regime*”[\[6\]](#).

Embora não haja muita ressonância na jurisprudência, é possível joeirar alguns julgados esposando a tese em análise, *in litteris*:

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL CONTRA DECISÃO QUE DENEGOU PEDIDO DE REGRESSÃO DE REGIME – PRÁTICA DE CRIME DOLOSO – PORTE**



DE DROGA PARA USO – DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 – DESPENALIZAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER CRIMINÓGENO DA CONDUTA – DESACERTO DA DECISÃO NÃO VISLUMBRADO – MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL – RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO. (TJMG, número do processo: 1.0000.07.465505-1/001(1), Numeração Única: 4655051-95.2007.8.13.0000, Relator: Des.(a) EDELBERTO SANTIAGO, Data do Julgamento: 26/02/2008, Data da Publicação: 11/03/2008);

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. NÃO SE REGRIDE REGIME CARCERÁRIO QUANDO O NOVO CRIME É INSIGNIFICANTE, PENA DE AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 118, I, DA LEI DAS EXECUÇÕES PENAIS. AGRAVO PROVIDO PARA REESTABELECIMENTO DE REGIME SEMI-ABERTO. (TJRS, Agravo nº 298.007.11, Quinta Câmara Criminal, Rel. Amilton Bueno de Carvalho)<sup>[7]</sup>.

De outro vértice, considerando que constitui dever do condenado manter comportamento disciplinado durante o cumprimento da pena (inciso I do artigo 39 da LEP), caso ele pratique a conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/2006, o juízo da execução penal, a título de sanção, deverá lançar mão de outros meios mais adequados e menos excessivos que a imposição de regime prisional mais gravoso, tais como advertência, repreensão, a suspensão ou restrição de direitos ou a perda de alguns dias de remição.

Diante do exposto, concluímos que a prática do crime descrito no artigo 28 da Lei 11.343/2006, não induz, por si só, à subsunção do *caput* do artigo 52 e do inciso I do art. 118 da LEP, sendo inconstitucional a regressão de regime de pena do reeducando nessa hipótese, ante a manifesta falta de proporcionalidade entre a gravidade do fato típico (sobretudo, das penas cominadas à conduta) e a gravidade dos seus efeitos na execução penal.

Praticada a conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/2006, o juízo da execução penal, a título de sanção, deverá utilizar-se outros meios mais adequados e menos excessivos que a imposição de regime prisional mais gravoso, tais como advertência, repreensão, a suspensão ou restrição de direitos ou, ainda, a perda de alguns dias remidos.

---

[1] *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martim Claret, 2003, p. 107.

[2] *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 121/122.

[3] *Tratado de direito penal*. Volume 1: parte geral, 14 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

[4] *Crimes hediondos*. 7 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

[5] Conforme entendimento firmado pelo Pretório Excelso na Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ. Há, contudo, na doutrina forte entendimento de que a criminalização da conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/2006 é inconstitucional, ante a ausência de lesão a bem jurídico de terceiros. *Vide, e. g.*, QUEIROZ, Paulo. Direito penal e liberdade. Boletim IBCCRIM, n. 20, maio 2000,



p. 5. Atualmente, a constitucionalidade do delito será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 635659.

[6] *Garantismo aplicado à execução penal*. CARVALHO de, Amilton Bueno. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 290.

[7] *Garantismo aplicado à execução penal*. CARVALHO de, Amilton Bueno. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 288.

**Date Created**

25/04/2014