

30



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

69

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº
03774498

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009781-64.2010.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante LUCAS VENTURA DA SILVA sendo apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA AFASTAR OS EFEITOS DECORRENTES DA REINCIDÊNCIA, NOS TERMOS DO VOTO DO REVISOR, DES. MÁRCIO BARTOLI, QUE FICARÁ COM O ACÓRDÃO.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, vencedor, PÉRICLES PIZA, vencido e MARCO NAHUM.

São Paulo, 5 de março de 2012.

MÁRCIO BARTOLI
RELATOR DESIGNADO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº 0009781-
64.2010.8.26.0400

Olímpia

Apte. Lucas Ventura da Silva

Declaração de voto de revisor nº 25.716

1. Lucas Ventura da Silva foi condenado como incurso no **art. 33, caput, da Lei 11.343/2006**, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de **cinco anos e dez meses de reclusão em regime inicial fechado**, e ao pagamento de **580 dias-multa, no valor mínimo legal**. Irresignado, apelou em busca da reforma da decisão. Aduziu, em síntese, a insuficiência do acervo probatório coligido para embasar a procedência da pretensão punitiva e, em consequência, requereu sua absolvição. Pugna, subsidiariamente, pela não configuração



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da reincidência pela condenação anterior ao ilícito do artigo 28 da Lei 11343/06 e, por consequência, pela redução da pena aplicada, afastando-se a agravante geral, aplicando-se a causa de diminuição de pena do §4º do artigo 33 da mencionada lei (razões de fls.137/142).

2. O recurso foi processado regularmente, tendo sido apresentada resposta pela parte contrária. A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 157/163).

3. De absolvição por insuficiência probatória não se cogita. A prova reunida no curso da instrução criminal é suficiente para autorizar o reconhecimento da procedência da denúncia, porque há prova pericial da existência material do delito de tráfico, traduzida no laudo de exame químico-toxicológico juntado aos autos do processo, e elementos indicando a certeza da autoria do delito atribuída ao recorrente, atuação devidamente comprovada pelos depoimentos precisos e seguros prestados pelos agentes da autoridade (cf. fls. 80 e 81).

2



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4. Ao ser interrogado em juízo, o acusado negou a posse dos materiais entorpecentes em versão mera e simples, que se choca com os relatos policiais, produzindo um resultado francamente comprometedor de sua conduta. Era mesmo caso de procedência da acusação. A sentença impugnada analisou corretamente os elementos probatórios reunidos e, acertadamente, concluiu pela procedência da imputação.

5. O Desembargador Relator acolheu parcialmente o apelo defensivo tão-só para reduzir a sanção estabelecida na sentença monocrática, haja vista o reconhecimento da menoridade do recorrente, fixando a pena privativa de liberdade, em definitivo, na margem mínima legal de cinco anos de reclusão e 500 dias-multa.

6. Este voto, contudo, dá provimento ao apelo em maior extensão, julgando procedente a irresignação defensiva quanto à **impossibilidade de majoração da pena pela agravante geral da reincidência com suporte em condenação**

3



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

anterior pela prática do ilícito de porte de entorpecente para uso pessoal, prevista no artigo 28 da lei 11343/05.

7. Com efeito, o legislador ordinário, com a edição da Lei 11.343/2006, conferiu **novo tratamento jurídico** à realidade do uso de entorpecentes. A fim de bem se compreender a significativa ruptura – verdadeira quebra de paradigma – imprimida por esta alteração legislativa, impõe-se um breve relato do trato sancionatório da conduta de porte de entorpecentes para uso próprio.

Em 1968, o Decreto-lei n. 385, conferindo nova redação ao artigo 281 do Código Penal, equiparou a conduta de trazer consigo para uso próprio ao crime de tráfico de entorpecentes¹. Igualação, pois, que apontava para o grande desvalor conferido ao comportamento de portar drogas para uso próprio.

Em 1976, com o surgimento da Lei 6368, já se nota significativa diferenciação a apontar para um tratamento

¹ GRECO FILHO, Vicente, *Tóxicos: prevenção-repressão*, 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148.
Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olímpia

4



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

penal mais benéfico para o indivíduo que pratica as condutas tipificadas, como por ex. portar, para fins de uso, em relação ao que o faz com o fim de mercancia. Distinção que fica evidenciada com o cotejo entre a sanção cominada ao tráfico – delito previsto no artigo 12 da revogada Lei -, que é reclusão de três a quinze anos e pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa, enquanto que para o “uso” – crime tipificado no artigo 16 da Lei – era prevista pena de detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de trinta a cem dias multa.

Percebe-se, da análise deste breve histórico, que **o desvalor conferido à conduta** de quem pratica, para fins de uso, qualquer dos núcleos verbais previstos em lei, como, **por exemplo, portar, reduziu-se abruptamente**. Isto porque a **sanção penal** - reflexo da valia bem jurídico protegido e resposta do ordenamento à gravidade da conduta perpetrada – prevista para tal proceder foi, de uma legislação para outra, **significativamente abrandada**.

5



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este movimento de transposição de uma normatividade de cariz marcadamente repressivo (antes igualando a conduta do “usuário” ao tráfico, depois, com a Lei 6368, apenando-a com detenção de até dois anos), aperfeiçoa-se com o advento da Lei 11343 em 2006.

Esta Lei, a consagrar no Direito Brasileiro um **novo paradigma em matéria criminal, traz um quadro de descarcerização**, visto que, pelo atual regramento – artigo 28 da lei 11343² -, não há qualquer possibilidade, **sequer hipótese de conversão**, por eventual descumprimento, de cerceamento de liberdade do usuário de drogas.

Confira-se, a propósito, excerto de parecer da **Comissão de Constituição e Justiça e de Redação** quanto ao Projeto de Lei nº 7.134 de 2002, que deu origem à Lei 11343/06: “Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades

² “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”.

“§ 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) meses”.
Apeiação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olímpia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas – Título IV. Nos Capítulos I e II deste Título, podemos destacar o reforço do papel da prevenção do uso indevido, da atenção e da reinserção social do usuário e dependente de drogas, através do estabelecimento de princípios e objetivos precisos (art. 18 a 25). 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”³.

³ www.camara.gov.br
Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olímpia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Candente discussão doutrinária e jurisprudencial teve início, com o advento desta inovadora previsão, quanto à natureza delituosa da conduta do usuário de entorpecentes⁴: (1) para uns, não se estaria mais diante de uma infração penal - nem crime nem contravenção - visto que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal cingiria o conceito de crime aos ilícitos apenados com reclusão e detenção e de contravenção às infrações sancionadas com prisão simples ou multa isoladamente; sanções estas não previstas no citado artigo 28; (2) para outros, diante da previsão na Lei de Introdução ao Código Penal, não se trataria de crime nem contravenção; o que não implicaria, contudo, descriminalização, já que o artigo 28 se encontra no capítulo "dos crimes e das penas" da Lei 11343, sendo clara o intento de cominação de sanções penais ao fato, tratando-se, pois, de "infração *sui generis*"; (3) e, por fim, sustentou-se que o "uso" configuraria crime visto que clara a intenção legislativa neste sentido, sendo que a Lei de Introdução

⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda; *Legislação Penal Especial*: volume 1, 5ª edição, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 223/225.
Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olímpia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ao Código Penal estaria em descompasso com o texto constitucional, e a dicotomia crime/contravenção fora por ela estabelecida em função das espécies sancionatórias existentes à época de sua edição, o que hoje não encontra consonância com o disposto no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição.

O **Supremo Tribunal Federal**, em sessão realizada em 13/02/2007, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QORJ, Relator **Min. Sepúlveda Pertence**, rejeitando as mencionadas teses de *abolitio criminis* e de infração penal *sui generis*, **afirmou a natureza delituosa da conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11343**, muito embora dando ênfase à **despenalização** levada a efeito pelo legislador, nos termos constantes do Informativo n.º 456, a seguir transcritos: "A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias consequências tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o

10



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas". Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorrera tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário." (grifos nossos)

Questão que se coloca no vertente caso não é persistir na discussão quanto à natureza jurídica do artigo 28, que já fora, inclusive, alvo de apreciação pela Corte



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Suprema no mencionado julgamento. Mas sim, com olhos na evidente e profícua reforma legislativa de mitigação do desvalor à conduta do usuário – vendo-o, agora, como dependente a ser tratado e não como delinquente a ser reprimido --, perquirir acerca da pertinência da aplicação da agravante geral da reincidência, sem a devida ponderação, ao condenado por uso de drogas das consequências jurídico-penais aplicáveis quando da prática de qualquer delito, como se estivesse a tratar de um ilícito penal ordinário, sem qualquer especificidade.

Por mais que se defenda a natureza criminosa do artigo 28 da Lei 11343, é inegável que a ausência de previsão de pena privativa de liberdade como sanção, sequer de forma remota, significa uma relevante alteração na valoração do fato, de um diminuto desvalor e ofensividade, notadamente tendo-se em conta o regime normativo anterior⁵.

⁵ "Não é exagerado, assim, equiparar a intensidade da ilicitude do fato 'porte de drogas' ao mesmo grau das mais tênues contravenções penais. Sabe-se que a prática da contravenção penal não configura falta grave durante o cumprimento de pena. Também não é capaz de revogar obrigatoriamente o sursis (da pena ou processual) e não gera reincidência no caso de condenação por crime. Eis o necessário raciocínio pela proporcionalidade: ora, se mesmo
Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olímpia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mudança esta que não pode ser, pelos aplicadores do Direito, negligenciada.

De uma breve análise das sanções previstas no citado dispositivo, dessume-se um novel paradigma no Direito Brasileiro, o afastamento *in totum* da pena privativa de liberdade, em um movimento de descarcerização movido, em muito, pela consciência mundialmente alcançada quanto ao fracasso da política de embate e repressão aos entorpecentes, inclusive quanto ao usuário⁶.

As sanções previstas para o indivíduo que pratica conduta tipificada no artigo 28 não têm matiz

as contravenções penais que cominam pena privativa de liberdade não configuram falta grave, não revogam necessariamente o sursis e não geram reincidência para a futura prática de crime, como uma infração penal com ilícito menos intenso e abstratamente menos reprovável pode fazê-lo? Seria evidentemente desproporcional, contrariando os ditames de isonomia e razoabilidade que regem a interpretação racional do ordenamento (...) Enfim, é formalmente um crime, mas seus efeitos secundários não podem superar os de uma contravenção penal, por uma questão de proporcionalidade". (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda; *Legislação Penal Especial*: volume 1, 5ª edição, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 225)

⁶ Esta a conclusão, inclusive, da Comissão Global de Política de Drogas, em informe de junho de 2011, cujo título é "*Guerra a las drogas – informe de la comisión global de políticas de drogas*". Um dos princípios enunciados é "*Las políticas de drogas deben basarse en los principios de derechos humanos y salud pública. Deberíamos terminar con la estigmatización y la marginalización de las personas que usan ciertas drogas y de aquellos que están involucrados en los niveles más bajos del cultivo, la producción y la distribución, y tratar a las personas dependientes de drogas como pacientes, no como delincuentes*". E uma das recomendações é "*Reemplazar la criminalización y el castigo de las personas que usan drogas por la oferta de servicios de salud y tratamiento para aquellos que los necesitan*". (<http://cbdd.org.br/pt/tag/politica-de-drogas/>)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

repressivo, mas antes, de cunho preventivo especial positivo, com vistas à reinserção social e o afastamento de fatores de vulnerabilidade⁷. A deixar ainda mais evidente tal intento, mesmo em hipótese de descumprimento das sanções impostas, não prevê a lei a conversão em privativa de liberdade.

Ora, cientes da irrupção deste novo paradigma, é possível e legítimo, como feito pelo juiz sentenciante, considerar a prática anterior do artigo 28 da lei 11343/06 como fato criminoso idôneo a gerar reincidência? Em outros termos: um indivíduo é condenado pela realização de conduta prevista no artigo 28 e, posteriormente, pratica, por exemplo, tráfico de entorpecentes – em lapso inferior a cinco anos – ele é, à luz do ordenamento pátrio, reincidente?

Dispõe o artigo 63 do Código Penal: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de

⁷ “A evolução é no sentido de impor pena racional, vinculada à espécie de crime e à efetiva prevenção da reincidência, com instrumentos construtivos e de comunicação efetiva ao sentenciado, abandonando-se a irracionalidade do castigo desmedido da prisão – sem eficácia científica demonstrada – que culminava, no mais das vezes, com a dessocialização do condenado”. (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda; *Legislação Penal Especial*: volume 1, 5ª edição, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 225; *Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olimpia*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Em um raciocínio automático, lógico-subsumtivo, poder-se-ia dizer que se o indivíduo que realiza conduta do artigo 28 da Lei 11343/06 está a praticar crime, consoante decisão do STF, em conduta delituosa posterior (fato anterior ainda não depurado pelo lapso de cinco anos), forçosamente, será reincidente.

Ocorre que não se pode pretender a aplicação do artigo 63 do Código Penal em hipótese de uso de drogas, olvidando-se, por completo, toda a inovação trazida com a Lei 11343/06, Lei, diga-se, especial, de mesma hierarquia e posterior que o Código Penal. Assim procedendo, estar-se-ia a negar a total alteração legislativa no tocante ao tratamento conferido ao usuário de drogas. Não se pode, ainda, pretender uma interpretação dissonante dos princípios constitucionais, mormente da proporcionalidade e razoabilidade.

15



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Consoante dito, houve, de forma inovadora no Direito Brasileiro, a despenalização (nomeadamente descarcerização) da conduta do usuário de entorpecentes, justamente em atenção aos gravosos efeitos da pena privativa em casos como estes. Medida legislativa que deve, por necessário, guardar ressonância no exercício (recuado e mitigado) do poder punitivo, especificamente, na hipótese colocada nos autos, na impossibilidade de se considerar o artigo 28 como fator hábil a gerar, ulteriormente, reincidência.

Leciona a doutrina que o instituto da reincidência⁸ representa uma maior censura a uma "vontade do

⁸ Não faltam críticas à legitimidade do instituto, per se, da reincidência. Isto porque, para alguns, consubstanciaria elemento típico de Direito Penal do Autor, a configurar proibido *bis in idem*, quando um exercício do poder punitivo legítimo haveria, necessariamente, de prender-se ao fato praticado isoladamente considerado. Foi, inclusive, recentemente, reconhecida repercussão geral do Recurso extraordinário 591563 no Supremo Tribunal Federal, cujo objeto é justamente a declaração de não recepção do artigo 63 do Código Penal Brasileiro pela Constituição Federal, quando prevê a aplicação da reincidência a todos os casos de condenação anterior, quando não ultrapassado o lapso temporal de depuração previsto no dispositivo. ALBERTO SILVA FRANCO demonstra claramente a existência de uma relação conflituosa entre a reincidência e os princípios constitucionais penais expressos ou implícitos na CF, no artigo "Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988, Breves Anotações", Escritos em Homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes, Lumen Juris, Editora, p. 1. A esse respeito, sintetiza FIGUEIREDO DIAS: "A agravamento da pena aplicada aos casos de reincidência encontra-se, em muitos lados, sob o fogo cerrado da crítica, tendo o movimento de contestação logrado muito recentemente, v.g., que o instituto fosse eliminado do CP alemão, para passar a ser considerado exclusivamente em termos de perigosidade e de consequente aplicação de uma medida de segurança. Já vimos, porém, que as principais objeções de índole dogmática - a da duvidosa compatibilização da agravamento com o princípio da culpa, ou a aceitação, de princípio, de um

Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olimpia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ilícito mais intensa”⁹, que “o novo delito representa a ineficácia da persecução penal e da condenação, com vistas à prevenção especial individual do condenado, e maior culpa pela obrigação de respeitar a lei pela lembrança da experiência vivida. Soma-se, também, um interesse social de se levar em conta a reincidência para se atender ao necessário e suficiente à prevenção especial, com vistas à defesa da sociedade”¹⁰. Segundo Jorge de Figueiredo Dias, a fundamentação jurídico-penal da reincidência pode repousar tanto numa censura à maior culpa consubstanciada na atitude pessoal de desconsideração do agente à condenação anterior, é dizer, na traição à tarefa suposta pelo ordenamento jurídico de manter uma personalidade de

efeito de advertência de uma condenação anterior em pena de prisão – não subsistem face a um sistema como o contido no nosso CP. Maior razão pode haver na alegação de que as mais recentes investigações criminológicas – sobretudo as subsidiárias do labelling approach – mostrariam que a agravação da reincidência não atinge sempre, ou mesmo as mais das vezes, os grupos de delinquentes mais perigosos: abrange uma percentagem insuportavelmente alta de casos pequenos de criminalidade ou mesmo de criminalidade bagatelar (sobretudo no âmbito dos crimes contra o património); e onere com frequência o agente numa idade em que se encontra já ultrapassada o ponto mais alto da sua carreira criminosa”. (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, p. 275/276).

⁹ REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sergio M. de Moraes; *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 176.

¹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sergio M. de Moraes; *Penas e medidas de segurança no novo código*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 177.

Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olímpia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

homem fiel ao direito; como também, em outra vertente, na maior perigosidade revelada na reiteração da atividade delituosa, razão de exigências qualificadas de prevenção¹¹.

Ora, divisando-se a alteração de regime promovida com o advento da Lei 11343/06, denota-se que a reprovação ético-social ao comportamento do usuário de drogas é nos dias de hoje diminuta, justamente pela conscientização de que este indivíduo, muito mais do que um delinquente que opta deliberadamente por violar a ordem jurídica, é alguém a necessitar de apoio, informação e auxílio. Campo, pois, muito além do direito penal.

A equiparação, portanto, da conduta do usuário a outros delitos, para fins de geração de reincidência, viola princípios básicos como a isonomia e a proporcionalidade, visto que em detrimento das especificidades do tipo previsto no artigo 28 que o

¹¹ *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, p. 261
Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olímpia

18



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

caracterizam como um crime singular, de diminuta ilicitude e ofensividade, diante das sanções que lhe são cominadas.

Para além disso, a interpretação do conceito de reincidência do artigo 63 do CP, na fase de determinação da reprovação penal, não deve ser literal e automática, considerando apenas a cronologia das condenações, muito menos partindo de alguma formulação preconceituosa que concebe o reincidente como alguém mais culpado, como um desajustado, que, punido anteriormente, não respeitou a lei penal, nem se lembrou do castigo decorrente da condenação aplicada anteriormente, sinais supostamente reveladores de exacerbada culpabilidade.

A reincidência não deve ter valor absoluto porque muitas vezes o fato-crime anterior tem pouca relevância penal ou pode ter sido apenas um episódio isolado na vida do imputado, decorrente de circunstâncias momentâneas diversas, das quais ele não soube fugir ou não teria conseguido resistir.

Não se pode também presumir que a sanção aplicada ao crime anterior não tivera a eficácia desejada em

Assinatura manuscrita em tinta preta, com o número 19 escrito abaixo dela.

19



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

termos de prevenção especial, porque, muitas vezes, o agente sequer conhecia os termos da condenação.

A recomendação da doutrina penal mais abalizada é de que a reincidência é uma circunstância agravante a ser devidamente examinada no cálculo da sanção no crime posterior nos seguintes termos: "Apesar de o legislador não estabelecer, há graus na reincidência, ou seja, haverá maior ou menor gravidade, de acordo com as consequências da prática do novo fato delituoso: se o réu teve ou não ciência do processo e da condenação; se delinuiu enquanto estava cumprindo pena; após ter cumprido a pena; se delinuiu logo após ou três ou quatro anos após a condenação; se recebeu o benefício do sursis. Estes graus, a serem sopesados pelo juiz, decorrem, aliás, de a lei penal não fixar qual o *quantum* de agravação deve incidir em razão da reincidência"¹².

**O artigo 28 da Lei 11343/06 – lei posterior
ao artigo 63 do CP – fora concebido sem qualquer previsão**

¹² REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sergio M. de Moraes; Penas e medidas de segurança no novo código, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 177/178.
Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olimpia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de pena privativa de liberdade, na linha das modernas tendências de ver o usuário como indivíduo carecedor de tratamento e não delinquente infrator da ordem jurídica, fato que não pode ser negligenciado, como se estivesse a tratar de qualquer delito. Tal a razão pela qual aquele já condenado por uso de drogas não pode, a posteriori, ter este fato – não revelador de uma desconsideração pela ordem jurídica e nem perigosidade – valorado em seu desfavor, a título de reincidência, para ampliar o tempo no cárcere, em detrimento da vontade hoje estampada na lei.

O indivíduo anteriormente condenado como incurso no artigo 28 - que sequer enseja pena de prisão – não pode ser considerado perigoso e sequer pode ser tido como descumpridor da ordem jurídica, donde supostamente colocar-se-iam necessidades preventivas, visto que a própria lei hoje reconhece a condição daquele como pessoa a, muito mais do que censura, merecer tratamento.

21



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No Direito Português, a que fazemos referência a título de ilustração, a reincidência só funciona entre crimes que sejam e tenham sido punidos com pena de prisão efetiva com mais de 6 meses. Nesse sentido, já em 93 propugnava Figueiredo Dias: “quer o princípio político-criminal de luta contra as penas curtas de prisão, quer, em geral, considerações retiradas da função de prevenção especial da socialização aconselhariam a que o efeito agravante da reincidência se produzisse tão-só relativamente a penas de prisão de duração superior a 6 meses”.¹³ ¹⁴ Agravação que, neste ordenamento, por imperativo de proporcionalidade, não pode se

¹³ *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, Aquitas, Editorial Notícias, 1993, p. 264.

¹⁴ Eis a previsão legislativa, no Código Penal Português, do instituto da reincidência: Artigo 75º - “Pressupostos: 1 - É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de comparticipação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a 6 meses por outro crime doloso, se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime; 2 - O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não releva para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos; neste prazo não é computado o tempo durante o qual o agente tenha cumprido medida processual, pena ou medida de segurança privativas da liberdade; 3 - As condenações proferidas por tribunais estrangeiros contam para a reincidência nos termos dos números anteriores, desde que o facto constitua crime segundo a lei portuguesa; 4 - A prescrição da pena, a amnistia, o perdão genérico e o indulto, não obstem à verificação da reincidência”.

Artigo 76º - Efeitos: 1 - Em caso de reincidência, o limite mínimo da pena aplicável ao crime é elevado de um terço e o limite máximo permanece inalterado. A agravação não pode exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores; 2 - As disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras da punição da reincidência.

Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olímpia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dar em medida maior que a pena aplicada na condenação anterior.

O modelo legislativo português bem consubstancia a ideia de que só pode haver um legítimo incremento da resposta punitiva, via reincidência, quando o agente demonstra menosprezo pela ordem jurídica com a reiteração da prática delituosa. **Mas não qualquer reiteração.** A condenação anterior deve revestir-se de uma gravidade tal, que, naquele sistema, é representada pela cominação, no caso concreto, de pena privativa de liberdade efetiva, no mínimo, de seis meses.

Poder-se-ia, por aqui, argumentar que a Lei brasileira não contempla tal requisito. De fato. Não pode, todavia, o CP, Lei de 1940, ser interpretado em dissonância do arcabouço garantístico constitucional, sendo também inviável pretender-se que lei anterior conduza interpretação de norma ulterior, impondo-se, sim, o contrário, a leitura do artigo 63 à luz da *ratio* do artigo 28 da Lei 11343/06.

23



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É dizer: a sanção prevista no tipo penal retrata o desvalor do ordenamento à conduta tipificada, pelo que a impossibilidade absoluta de privação da liberdade por violação do artigo 28 revela, de forma estreme de dúvidas, uma mudança radical na percepção e reprovação social ao comportamento do usuário, dantes delinquente a ser combatido e segregado, hoje dependente a merecer apoio e tratamento. Fator este que não pode ser negligenciado na análise do âmbito de incidência do artigo 63 do CP, que, não é demais salientar, não pode ser aplicado quando o fato anterior não goza de significativa gravidade, pena de admitir-se irrestrita e injustificada compressão de direitos fundamentais.

Se o legislador afasta peremptoriamente a pena privativa de liberdade para o indivíduo que incide no artigo 28 – inclusive no grave caso de descumprimento das sanções impostas -, como admitir-se que, em eventual delito posterior, a pena seja, a título de reincidência, majorada na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

forma de prisão exatamente em virtude do uso anterior?
Estar-se-ia, por via transversa, em flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, a admitir pena privativa pelo uso quando tal fora afastado, de forma categórica, pelo próprio legislador.

A corroborar a impropriedade de o artigo 28 da Lei 11343/06 servir como suporte para a caracterização da reincidência, tem-se o regime das contravenções penais. Estas, consoante disposto no artigo 5º do decreto lei 3688/41, sujeitam-se às penas principais de prisão simples ou multa, penas estas, realce-se, mais graves do que as previstas para o indivíduo que incide no artigo 28¹⁵.

Conforme consabido, quem pratica uma contravenção penal e depois um crime é primário, visto que o artigo 63 do Código Penal só considera reincidente aquele que comete crime anterior, conceito que não abarca contravenção penal, e o artigo 7º da Lei de Contravenções Penais não contempla tal hipótese como de reincidência.

¹⁵ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda; *Legislação Penal Especial: volume 1, 5ª edição*, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 225/226. *Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olimpia*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ora, um sistema penal que se pretenda legítimo deve, ao menos, guardar coerência e razoabilidade. Como pode o artigo 28 da Lei 11343/06 – pelo qual sequer há possibilidade remota de privação da liberdade – gerar reincidência e a contravenção, passível de prisão simples, ser inábil a gerá-la em caso de crime posterior? Chancelar-se entendimento desta sorte implica admissão de séria fissura em detrimento da coesão e harmonia do sistema penal. E tal, o que é demasiado grave, em violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a necessariamente nortear um legítimo processo de tipificação de condutas e cominação de penas.

Refoge, portanto, ao razoável considerar-se que aquele que fora condenado por, v.g., porte de droga para consumo próprio, em futura condenação por crime, será considerado reincidente (quando sequer há pena privativa cominada para este delito), quando as contravenções (sancionáveis com prisão simples) são inidôneas para tanto.

26



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por derradeiro, realce-se que o §4º do artigo 28 trata da reincidência específica, é dizer, da hipótese em que o agente incide, por mais de uma vez, no artigo 28, o que autorizaria o incremento da pena prevista no tipo em meses¹⁶.

Feita esta necessária digressão a fim de se evidenciar a impossibilidade de se considerar a condenação pela prática de conduta prevista no artigo 28 da Lei 11343/06 enquanto suporte idôneo a gerar reincidência, verifica-se, na hipótese em julgamento que a pena do recorrente foi majorada em 1/6, assim como ele teve negada a aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11343/06, em virtude da reincidência. Reincidência esta supostamente caracterizada por condenação anterior do apelante por violação ao artigo 28 da Lei 11343/2006, infração datada de 03 de fevereiro de 2008 (fls. 89).

Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda; Legislação Penal Especial: volume 1, 5ª edição, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 243). Neste sentido, GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; TERRA DE OLIVEIRA, William, *Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: lei 11343, de 23.08.2006*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 133.

27



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Conforme visto à exaustão, o preceito secundário do artigo 28 não prevê pena privativa de liberdade, o que demonstra tratar-se de crime de menor gravidade e ofensividade¹⁷, razão da impossibilidade de considerar-se a condenação anterior por tal delito como causa hábil a configurar reincidência. Por tal razão, não pode esta anterior condenação do sentenciado embasar o aumento de pena nem a negativa da causa de diminuição, pelo que imperiosa a reforma da sentença monocrática.

Impõe-se, portanto, o afastamento do aumento de 1/6 a título de reincidência, fixando-se a pena no patamar mínimo legal. É o caso, ainda, de reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, consoante consignado no voto do relator, fato olvidado na sentença prolatada, o que não pode, em respeito à Súmula 231 do STJ, conduzir a pena aquém do

¹⁷ S¹⁷ “Conforme os §§3º e 4º do presente art. 28, as penas dos incisos II e III devem ser aplicadas no prazo máximo de cinco meses. No caso de reincidência, o prazo sobre para dez meses. Dada a especial característica das medidas do presente artigo, acreditamos que apenas a reincidência específica (art. 28 da lei 11343/06) é que permite o incremento da pena para dez meses”. (JUNQUEIRA, Gustavo egundo decisão do STF, na questão de ordem suscitada no RE 430105 QORJ, o fato “continua sendo crime sob a égide da nova lei, tendo ocorrido uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão das penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal”.
Apelação Criminal nº 0009781-64.2010.8.26.0400 - Olímpia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mínimo legal. E, por fim, por este voto deve a sanção ser reduzida no percentual de 2/3 diante do não preenchimento pelo apelante dos requisitos do §4º do artigo 33 da lei 11343/06.

8. Este voto acolhe o apelo defensivo em maior extensão para afastar a reincidência, reduzir a pena privativa para um ano e oito meses de reclusão em regime aberto, e 166 dias-multa, e para substituir a sanção reclusiva por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade a serem estabelecidas na fase de execução da pena, de acordo com o disposto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Assinatura manuscrita de Márcio Bartoli, escrita em tinta preta, com uma caligrafia fluida e cursiva.

Márcio Bartoli

Relator designado