

LUIS FERNANDO MALUF LOPES VASCONCELOS

**NOVA LEI DE DROGAS – CRIMES DE USO E DE TRÁFICO
DE DROGAS**

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO
CAMPO GRANDE - MS
2012**

LUIS FERNANDO MALUF LOPES VASCONCELOS

**NOVA LEI DE DROGAS – CRIMES DE USO E DE TRÁFICO
DE DROGAS**

**Monografia apresentada à Universidade
Católica Dom Bosco, curso de Direito sob
orientação da prof^ª. Juliana Medina para
efeito de obtenção do título de Bacharel.**

**CAMPO GRANDE - MS
2012**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Este documento corresponde à versão final da monografia intitulada Nova Lei de Drogas – Crimes de uso e de tráfico de drogas defendida por Luis Fernando Maluf Lopes Vasconcelos perante a Banca Examinadora do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco, tendo sido considerado aprovado.

Professora Orientadora Dra. Juliana Medina

Professor (a) Examinador (a)

Professor (a) Examinador (a)

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.” (Ruy Barbosa, 1849-1923)

Dedico a presente monografia a Deus, fonte de inspiração e sabedoria, e aos meus pais, companheiros de todas as horas, pelo incentivo e apoio.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pelas graças que me concede diariamente, por ser tão maravilhoso e proveniente ao guiar, de forma cuidadosa, as minhas decisões, por este trabalho e pela sabedoria que me enobrece.

Agradeço aos meus pais, irmãos e avós, aos quais me espelho diariamente, pelo amor, carinho e incentivo nos estudos, além do apoio constante na construção dos meus princípios morais e éticos.

Agradeço aos meus colegas de turma pela ótima companhia ao longo do curso de direito, bem como pelo grupo de estudo, o qual chamávamos de “Paladinos da Justiça”.

Agradeço à minha Orientadora, Professora Juliana Medina, por, atenciosamente, me conduzir na elaboração deste trabalho acadêmico e pela amizade construída ao longo do curso.

ABREVIATURAS

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

HC – Habeas Corpus

JECRIM - Juizado Especial Criminal

LICP - Lei de Introdução ao Código Penal

MP – Ministério Público

OMS - Organização Mundial da Saúde

SISNAD - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

SNFMMF - Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SVS/MS – Secretaria de vigilância Sanitária do Ministério da Saúde

TJ/MS – Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

RESUMO

O presente trabalho monográfico objetiva demonstrar as peculiaridades dos principais crimes da lei de drogas, consistentes nos crimes de posse ou porte de drogas para uso próprio e tráfico de drogas, previstos na Nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006). Para que seja alcançado tal objetivo o presente trabalho monográfico apresenta o atual conceito de drogas, o histórico da legislação de drogas no Brasil, as peculiaridades dos supracitados crimes, tais como: o tipo de ação penal e o procedimento, as condutas tipificadas e a prisão em flagrante, o objeto jurídico e material e o sujeito ativo e sujeito passivo. O trabalho objetiva, ainda, trazer o conceito do “tráfico privilegiado”, as peculiaridades da causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4º, da Nova Lei de Drogas, a constitucionalidade da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a hediondez no crime de tráfico e no caso do “tráfico privilegiado” e o regime inicial de cumprimento de pena. Para solucionar tais questões, o trabalho utiliza-se de base doutrinária e jurisprudencial, detalhando cada ponto mencionado. Observa-se, ainda, a importância da correta tipificação legal, vez que as penas são distintas, aplicando-se, no caso de usuário, medidas alternativas diversas da prisão, no caso do traficante, pena privativa de direitos e, no caso do traficante primário, de bons antecedentes, que não dedique às atividade criminosa e não integre organizações criminosas, a causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4º, da Nova Lei de Drogas.

PALAVRA-CHAVE: Lei n. 11.343/2006. Tráfico de drogas. Tráfico privilegiado. Artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 CONCEITO DE DROGAS E HISTÓRICO DA LEI DE DROGAS	12
1.1 ORDENAÇÕES FILIPINAS DE 1603	15
1.2 CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1830.....	16
1.3 CÓDIGO PENAL DE 1890.....	16
1.4 CÓDIGO PENAL DE 1940.....	17
1.5 LEI N. 6.368/76	19
1.6 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	21
1.7 LEI N. 10.409/2002	22
1.8 Lei N. 11.343/2006	24
2 PRINCIPAIS CRIMES DA LEI DE DROGAS	26
2.1 POSSE OU PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO.....	27
2.1.1 Da ação penal e do procedimento.....	31
2.1.2 Condutas tipificadas e prisão em flagrante	31
2.1.3 Objeto material e objeto jurídico tutelado	33
2.1.4 Sujeitos, ativo e passivo	34
2.1.5 Princípio da insignificância.....	35
2.2 TRÁFICO DE DROGAS.....	36
2.2.1 Da ação penal e do procedimento.....	38
2.2.2 Condutas tipificadas e prisão em flagrante	39
2.2.3 Objeto material e objeto jurídico tutelado	40
2.2.4 Sujeitos, ativo e passivo	41
3 DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006	43
3.1 DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006	43
3.2 DA POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS	45
3.3 DA HEDIONDEZ E DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

Em outubro de 2006, passou a vigorar no Brasil a Lei 11.343 (Nova Lei de Drogas), já que o sistema jurídico brasileiro, no que tange às drogas, encontrava-se extremamente decadente, ou seja, era preciso preencher as omissões legislativas das anteriores Lei n. 6.368/76 e Lei n. 10.409/2002, bem como adequar a atual realidade no que diz respeito ao uso e à disseminação de drogas no Brasil.

Vale mencionar que a Nova Lei de Drogas passou a ser o único diploma legal a regular toda a matéria referente ao uso e disseminação de drogas, sendo vedadas expressamente, em seu artigo 75, as duas leis supramencionadas.

Diante disso, o presente trabalho monográfico tratará de esclarecer as peculiaridades dos crimes de posse ou porte de drogas para uso próprio, previsto no artigo 28, da Lei n. 11.343/2006 e do tráfico de drogas, previsto no artigo 33, da mesma lei.

Para introduzir a leitura daqueles que se interessam por este assunto, será exposto, no primeiro capítulo, o atual conceito de drogas como sendo a substância ou produto capaz de causar dependência, as quais são especificadas em lei ou relacionadas em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Sabe-se que as drogas infelizmente fazem parte do dia a dia da sociedade, sendo causadoras de grandes deformidades sociais, sendo certo que de alguma forma “respeitam o princípio da isonomia”, ou seja, não discrimina a origem da pessoa, sua raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação.

Além disso, dentre os fatores determinantes que levam o indivíduo a recorrer as drogas, destacam-se: inversão de valores morais e éticos, falta de diálogo com a família, influência de amigos, ignorância sobre os desastres que as drogas ocasionam, ausência de formação cristã que afasta o ser humano e Deus, desestrutura familiar, busca por novas sensações e pelo prazer temporário, dentre outros.

Preocupando-se com essa realidade, o Brasil necessitava urgentemente de suplementos para combater o uso e disseminação de drogas no país. Este será o tema do segundo capítulo que tratará de abordar o histórico da legislação brasileira sobre drogas, citando, inclusive, alguns fatos internacionais que influenciaram o nosso atual ordenamento

jurídico, tais como, as Ordenações Filipinas e a Conferência Internacional do Ópio que ocorreu em Haia no ano de 1911, vez que o presente tema (drogas) se tornou um “vilão” no mundo inteiro.

Posteriormente, no terceiro capítulo, serão debatidas as peculiaridades dos crimes previsto no artigo 28 e 33 da Nova Lei de Drogas, especialmente no que concerne às suas condutas, pois, atualmente, há divergência quanto ao enquadramento do crime no tipo penal, uma vez que é difícil saber bem ao certo, por exemplo, se o fato de transportar droga se enquadra como a conduta de um usuário ou de traficante de drogas, devendo o magistrado verificar a natureza e quantidade da droga apreendida com o agente, bem como as condições em que estas são encontradas.

Nota-se que o principal objetivo do novo diploma foi estabelecer as medidas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção de usuários e dependentes de drogas, conforme se observa na exposição de motivos da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, referida lei visa estabelecer e diferenciar as condutas do traficante do mero usuário de drogas, uma vez que despenalizou a conduta do usuário de drogas, passando a estabelecer medidas alternativas diversas da prisão ao invés de encarcerá-los e agravou, de forma significativa, a situação do traficante, uma vez que aumentou-se o mínimo da pena privativa de liberdade e restringiram-se alguns de seus direitos, tais como o de receber sursis, graça, indulto, dentre outros.

Por fim, o último capítulo abordará as peculiaridades da causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, a qual a doutrina e a jurisprudência preferiu chamar de “tráfico privilegiado”. Entretanto, apesar de receber tal nomenclatura, não se trata de um crime autônomo, pois, a Nova Lei de Drogas deu tratamento especial ao traficante primário, que tenha bons antecedentes que não se dedica a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Ainda, no quarto capítulo, o presente trabalho abordará sobre possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas, a qual será possível caso o agente seja beneficiado pela supracitada causa especial de diminuição de pena. Além disso, será discutido, no nesse capítulo, a hediondez do crime previsto no artigo 33 de Lei n. 11.343/2006, bem como o regime inicial de cumprimento de pena, permanecendo regime inicial fechado ao agente que pratica o crime do *caput* e §1º do

artigo 33, da Nova Lei de Drogas, sendo possível o regime mais brando caso o agente receba o benefício do §4º, do artigo 33, da mesma lei.

1 CONCEITO DE DROGAS E HISTÓRICO DA LEI DE DROGAS

A palavra droga vem de droog (holândes), cujo significado é folha seca ou produto seco, vez que antigamente, grande parte dos medicamentos era manipulado a base de vegetais.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), considera-se droga a substância não produzida pelo organismo, que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações em seu funcionamento.

Nesse sentido, ao citar Maria Silvia C6 Freitas, Damásio de Jesus traz o conceito de drogas:

[...] Qualquer substância natural ou sintética, que ao entrar em contato com um organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções; é uma substância química que tem ação biológica sobre as estruturas celulares do organismo, com fins terapêuticos ou não.¹

As Leis nº. 6.368/1976 e 10.409/2002 utilizavam a nomenclatura “substância entorpecente”, conforme a antiga orientação da Organização Mundial da Saúde. Com a promulgação da Lei nº. 11.343/2006 passou-se a utilizar o termo “droga”.²

A doutrina definia entorpecente como “*venenos que agem eletivamente sobre o córtex cerebral, suscetível de promover agradável ebriedade, de serem ingeridos em doses crescentes sem determinar envenenamento agudo ou morte [...]*”³

Não obstante a mudança de nomenclatura, o termo entorpecente não deve ser desconsiderado, porquanto é, na verdade, um dos tipos de drogas.⁴

Na Lei n. 11.343/2006, base do presente estudo, o conceito de drogas é apresentado no parágrafo único do artigo 1º e no artigo 66, *in verbis*:

Art. 1.º [...]

Parágrafo único – Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim

¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral. V. I.** São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 52.

² GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 358.

³ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei n.º 6.368, de 21-10-1976,** acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3.

⁴ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/2006.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

[...]

Art. 66 - Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.5

O parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº. 11.434/2006 é classificado como norma penal em branco, pois necessário se faz a análise de um preceito normativo (Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998), deixando a cargo do Poder Executivo da União estabelecer uma definição para droga, através do Ministério da Saúde, por meios de portarias, que terão rol taxativo.

Sobre o assunto:

[...] A nova Lei de Drogas manteve a característica de norma penal em branco, ao deixar a cargo do Poder Executivo da União a definição de drogas, limitando-se a salientar que são quaisquer substâncias ou produtos com capacidade de causar dependência, física ou psíquica.

[...]

A definição de drogas, portanto, ficou a critério do Ministério da Saúde, que por meio de portarias expedidas por seus órgãos competentes, estipula o rol de substâncias que devem ser consideradas ilícitas. Expedida a portaria, seu rol será sempre taxativo, mas poderá ser alterado a qualquer momento, a critério do referido órgão técnico, que terá autonomia para incluir ou excluir quaisquer substâncias com base em critérios que lhe pareçam convenientes.⁶

Nesta senda, é o entendimento do Professor Luis Flávio Gomes:

[...] A nova Lei passa a adotar uma terminologia diversa da usada pelas Leis 6.368/76 e 10.409/2002. No lugar de substância entorpecente, utiliza o vocábulo droga.

Drogas, de acordo com o conceito legal, são substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e que estejam especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas, de forma periódica, pelo Poder Executivo da União (parágrafo único do art. 1.º). Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco (ver comentários ao art. 33).

Assim, mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (art. 28). Estamos diante da denominada lei penal em branco ou

⁵ BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 30 de julho de 2012.

⁶ FREITAS JUNIOR, **Roberto Mendes de. Drogas:** comentários à Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 06-07

norma penal em branco, que exige um complemento normativo. Não existindo esse complemento, a figura típica não se completa (ou seja: não há que se falar em tipicidade penal).⁷

Ressalta-se, outrossim, que a Portaria 344, de 12 de maio de 1998 que identifica quais as drogas proscritas no território brasileiro utiliza o conceito ultrapassado, qual seja, “entorpecente”, classificando este como a substância que pode causar dependência física ou psíquica e que estão previstas nas listas em anexo à mesma.⁸

Apesar disso, o termo “droga”, é a expressão mais utilizada na mídia, bem como no meio social, ou seja, é a expressão de maior ciência da população, a qual é a principal destinatária da referida lei.

Dessa forma, constata-se que a droga que não estiver relacionada na Portaria 344/98 mesmo que seja distribuída ou vendida no Brasil ou mesmo que possa gerar consequências negativas para a saúde pública, não será reprimida penalmente em virtude do que dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 11.343/2006.

Observa-se, ainda, que quando se trata de norma penal em branco, em que se necessita de complementação normativa para fins de imputação, não há que se falar em contrariedade ao princípio da reserva legal previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal. Entretanto, é imprescindível que a droga, conforme já mencionado, esteja especificada em lei ou disciplinada em listas criadas pelo Poder Executivo da União, através de seus órgãos.⁹

Ademais, a atual lei de drogas estabelece, no parágrafo único, do artigo 2º, que somente a União, pode autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, desde que não sejam proibidas no território nacional, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização.

Nota-se, portanto, que a droga pode ser classificada como lícita ou ilícita. Porém, existem substâncias que, mesmo ilícitas, podem ser utilizadas para fins terapêuticos, como, por exemplo, os medicamentos para cura de doenças.

⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2008, p. 26.

⁸ BRASIL. Portaria 344, de 12 de maio de 1998. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/344_98.htm. Acesso em 25 de julho de 2012.

⁹ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

Nesse sentido, cumpre observar, que a mesma substância pode funcionar ora como medicamento, ora como substância tóxica, como, por exemplo, os opiáceos, que são substâncias derivadas do ópio, englobando a morfina, a codeína, que podem ser utilizadas no tratamento da dor, devendo ser ministradas com precaução em pacientes com câncer, pessoas que sofreram grandes queimaduras, isto é, funcionam como um pré-anestésico. No entanto, o uso inadequado de opiáceos pode causar uma intoxicação aguda ou, até mesmo, uma overdose.

Da mesma forma, a maconha, apesar de causar dependência física e psíquica, pode ser utilizada como medicamento em duas condições clínicas: reduzir ou eliminar náuseas e vômitos produzidos por medicamentos anticâncer e tem efeito benéfico em alguns casos de epilepsia.¹⁰

Outrossim, para se alcançar um exato conceito de drogas, a legislação brasileira pertinente ao assunto em comento sofreu constantes alterações ao longo da história, sendo influenciada, inclusive, por tratados internacionais, senão vejamos.

1.1 ORDENAÇÕES FILIPINAS DE 1603

O primeiro documento que se tem conhecimento que abordou o tema drogas, objeto do presente estudo, foram as Ordenações Filipinas, em seu título 89¹¹, a qual foi promulgada por D. Felipe I, no ano de 1603, ficando vigente até o ano de 1830, ou seja, por mais de 200 (duzentos) anos.

A partir de 1830 foram elaboradas diversas legislações que abordaram o tema drogas, conforme será exposto a seguir.

¹⁰ BELLINI, Jomar f. *Além do Oxi*: as drogas 'comum' continuam em alta. **Jornal Ipanema**. Disponível em: <http://www.jornalipanema.com.br/novo/Comportamento/ALEM+DO+OXI:+AS+DROGAS+%E2%80%99COM+UNS%E2%80%99+CONTINUAM+EM+ALTA.html>. Acesso em 31 de julho de 2012.

¹¹ Livro 5 Tit. 89: Que ninguém tenha em sua casa rosagar, nem o venda nem outro material venenoso. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/15p1240.htm>. Acesso em 26 de julho de 2012.

1.2 CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1830

Em 1830 entra em vigor o Código Criminal do Império do Brasil que não tratou especificamente do tema drogas. Apenas em 29 de setembro de 1851, na vigência do referido Código Criminal, a matéria é tratada em um Regulamento, o qual tratava da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.

1.3 CÓDIGO PENAL DE 1890

No dia 11 de outubro de 1890, entra em vigor o Código Penal (CP), estabelecendo, em seu artigo 159, sanções para quem vendia ou ministrava substâncias venenosas. *In verbis*: “ Art. 159. Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios: Pena – de multa de 200\$ a 500\$000.”¹²

Nota-se que referida legislação, ao tratar das drogas, preferia a expressão “substâncias venenosas”, sendo comum, neste período, jovens burgueses frequentarem prostíbulos para fazer uso de tais substâncias.

No ano de 1911, em Haia, houve a primeira Conferência Internacional do Ópio, onde o Brasil começou a fiscalizar o consumo de ópio e da cocaína, iniciando, com isso, a tentativa de controle de prevenção das drogas. Entretanto, apesar de tal repressão, o consumo se proliferou entre as várias classes da sociedade, e, no ano de 1914, o país foi invadido completamente por uma onda de tóxicos, fazendo com que os dispositivos supracitados deixassem de ter força coercitiva. Dessa forma, o Estado, inseguro por não controlar a proliferação de tais substâncias, criou o Decreto nº. 4.294, de 06 de julho de 1921, na tentativa de reprimir o uso descontrolado de tais substâncias.¹³

¹² BRASIL. Decreto N. 847 – de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 26 de julho de 2012.

¹³ SANTOS, Adriano Alves dos. *Lei de drogas: evolução histórica e legislativa no Brasil*. **JurisWay**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4818. Acesso em 26 de julho de 2012.

Logo após, com o advento do Decreto n. 20.930/32, passou-se a utilizar a expressão “substância tóxica” e estabeleceu-se qual o órgão responsável em determinar quais as substâncias teriam o efeito de alterar o comportamento da pessoa.

Por fim, diante da dificuldade de se estabelecer um parâmetro de consulta legislativa, devido à carga de leis criadas para tratar sobre o tema do presente estudo, no ano de 1932, por meio do decreto n. 22.213/32, foi aprovada a Consolidação das Leis Penais, estabelecendo em seu artigo 159¹⁴ o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.¹⁵

1.4 CÓDIGO PENAL DE 1940

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, a matéria passou a ser regulada no capítulo III, do título VII, especificamente previsto no artigo 281, sob a seguinte rubrica: “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”:

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.¹⁶

Em 1964 foi promulgada a Lei nº. 4.451, ocasionando a alteração da redação do artigo 281, do CP, acrescentando a conduta de plantar substância entorpecente, sendo que a classificação de tais substâncias ficou incumbida ao Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia – SNFMF, baseado na lista de entorpecentes da Convenção Única de Entorpecentes de 1961.

¹⁴ Art. 159 – Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescritas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias: Pena – de prisão celular por um a cinco annos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22164/drogas-e-a-ilegitimidade-legal-um-retrocesso-social>. Acesso em: 14 de agosto de 2012.

¹⁵ AVELINO, Vitor Pereira. *A evolução da legislação brasileira sobre droga*. **Jus Navegandi**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14470/a-evolucao-da-legislacao-brasileira-sobre-drogas>. Acesso em 26 de julho de 2012.

¹⁶ BRASIL. Decreto N. 2.848 – de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 27 de julho de 2012.

No ano de 1968, o Decreto-Lei n. 385, novamente modificou a redação trazida pelo artigo 281, do CP, estatuidando que:

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.)

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vêzes o maior salário-mínimo vigente no país.¹⁷

Observa-se, com isso, que o artigo 281 da redação originária de 1940, outrora revogado, não tipificava a conduta de quem “preparava” ou “produzia” substância entorpecente.

O novo diploma, Decreto-Lei n. 385/68, por sua vez estabelecia que:

Art. 281. [...]

[...]

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à **preparação** de entorpecentes ou de substância que determinem dependência física ou psíquica; (grifo nosso)

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à **preparação** de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica. (grifo nosso)

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à **preparação** de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.(grifo nosso)¹⁸

Desse modo, nota-se que o legislador preocupou-se em tipificar as condutas que caracterizavam o comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, já que esta trazia sérios danos à saúde pública e social. De forma complementar, em 29 de outubro de 1971, a Lei n. 5.726 estabeleceu, além das medidas repressivas, outras medidas preventivas ao uso e ao tráfico de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei Nº 385 – de 26 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Dei0385.htm. Acesso em 27 de julho de 2012.

¹⁸ *Idem*.

Novamente, o artigo 281 do Código Penal, conforme redação do Decreto-Lei n. 385/68, foi alterado pela Lei n. 5.726/71, determinando novo rito processual para o processamento e julgamento dos crimes previstos neste artigo, aplicando subsidiariamente o Código de Processo Penal.

Nos termos da Lei n. 5.726/71, as definições das condutas delituosas ficavam a cargo do artigo 23, o qual substituía o revogado artigo 281 e seus parágrafos, do Código Penal.¹⁹

1.5 LEI N. 6.368/76

Necessitando de uma norma que tratasse de regulamentar a vigilância sanitária submetida aos medicamentos, insumos farmacêuticos e as drogas, foi promulgada a Lei n. 6.368, em 23 de setembro de 1976, descodificando completamente as matérias de drogas que eram previstas no Código Penal de 1940.

Ademais, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio acrescentam que o diploma legal de 1976, ao tratar sobre o tema do presente estudo, teria como principal finalidade o combate da toxicomania, englobando o tráfico de entorpecentes, sua entrega ou exposição ao consumo e sua utilização.²⁰

Não destoando de tal entendimento, Vicente Greco Filho elogiando a Lei n. 6.368/76, entendia que:

[...] Em linhas gerais, seguindo a orientação aberta pela anterior Lei nº 5.726/71, o diploma procura ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, único instrumento realmente válido para se obter resultado no combate ao vício, e por isso talvez seja o diploma legal mais completo e avançado sobre o assunto, dentre as legislações modernas²¹

Referido diploma substituiu a Lei n. 5.726/71, alterando a parte procedimental e processual, salvo na parte que tratava do procedimento sumário de expulsão do estrangeiro

¹⁹ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Ação penal:** Lei n. 6.368/76. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 5.

²⁰ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial.** São Paulo: Atlas, 1999, p. 115.

²¹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos:** prevenção-repressão: comentários à Lei n.º 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial. 1996, p. 47.

que cometia crime de tráfico de entorpecente²². A nova Lei de Drogas de 1976 concentrou esforços para expandir o campo de incriminação, isto é, visava abranger condutas mais variadas, tais como a do tráfico ilícito de entorpecente e da posse para o uso próprio.

Para o sujeito que praticava o crime de tráfico de entorpecentes, a pena foi sensivelmente aumentada, enquanto o agente que fazia uso de tal substância ficava sujeito a uma pena mais branda.

Ainda diante da pobreza legislativa, a lei necessitava de uma estabilidade para saber qual substância era considerada entorpecente e quais condutas seriam tipificadas. Com isso, foram promulgadas legislações durante a vigência da Lei n. 6.368/76, as quais algumas ainda estão em vigor, integrando, inclusive, a atual Lei de Drogas. Nesse sentido, ensina Vicente Greco Filho:

[...] **Legislação promulgada durante a vigência da Lei 6.368/76 que ainda está em vigor.** Estão em vigor e, portanto, integram a legislação atual (Lei n. 11.343/2006), o Decreto-Lei n. 753, o Decreto-Lei n. 159, o Decreto-Lei n. 891, o Decreto-Lei n. 2.375, de 8 de julho de 1940, c Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, com as modificações de 1972, e a Convenção sobre Psicotrópicos de 1971. Observa-se, porém, quanto ao Decreto-Lei n. 891, que se encontra ele quase que totalmente revogado tacitamente pela legislação posterior. (grifo no original)²³

Observa-se que, na vigência da Lei n. 6.368/76, bastava que a substância entorpecente produzisse ou fosse apta a produzir dependência física ou psíquica, para serem consideradas ilícitas. Dessa forma, referida interpretação teria um caráter mais efetivo, uma vez que com a produção e a fabricação de novas substâncias entorpecentes, mesmo que ainda não relacionadas nas normas supracitadas, acabaria por configurar a infração penal, desde que causasse a dependência física ou psíquica.²⁴

No ano de 1998, a portaria n. 344, de 12 de maio, a qual integra o atual ordenamento jurídico, disciplinou quais as substâncias entorpecentes eram capazes de causar dependência física ou psíquica, bem como normatizou sua fiscalização.

Assim, era necessária a elaboração do laudo de exame toxicológico, para o fim identificar se a substância era ou não relacionada como entorpecente.

Ressalta-se, ainda, que em 25 de julho 1990, com a promulgação da Lei n. 8.072, o crime de tráfico de entorpecentes para efeitos da Lei dos Crimes Hediondos, incluía as

²² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 2009, p. 5.

²³ *Idem*.

²⁴ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 1999, p. 117.

condutas previstas nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76. Além disso, a Lei n. 8.072/90, inovou acrescentando, ao lado do vocábulo “entorpecentes”, o termo “e drogas afins”.²⁵

Interessante mencionar que, na vigência da Lei n. 6.368/76, o condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes não tinha o direito a apelar em liberdade, conforme expõe a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. APELAÇÃO EM LIBERDADE.

Não tem direito a apelar em liberdade, réu condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por se tratar de crime hediondo (L. 8.072/90, art. 2º, II).

O pleno do tribunal já declarou a constitucionalidade do referido artigo 2º da lei.²⁶

Observa-se, com isso, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, considerava constitucional a redação do artigo 2º da Lei de Crimes hediondos.

1.6 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) disciplinou diferenciadamente o tratamento dado ao sujeito traficante de entorpecentes (artigo 5º, XLIII). *In verbis*:

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

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;²⁷

²⁵ MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos; 6. ed. atual., de acordo com as Leis ns. 9.677, de 2-7-1988 e 9.695, de 20-8-1998. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 101-102.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Habeas corpus. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Apelação em liberdade. **Habeas Corpus n. 81.871-4 - Mato Grosso**. Paciente Jota Márcio Souza da Silva. Impetrante Elídia Penha Gonçalves. Coator Superior Tribunal de Justiça - STJ. Relator Ministro Nelson Jobim. Segunda turma. DJ 21/03/03. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78876>. Acesso em: 02 de agosto de 2012.

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 30 de julho de 2012.

A Carta Magna também referiu-se ao tráfico, em seu artigo 5º, LI, dispondo que o brasileiro naturalizado pode ser extraditado caso seja comprovada sua participação no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente se o crime ocorre antes ou depois da naturalização.

Nesse sentido:

[...] **(ii) tráfico ilícito de drogas e entorpecentes**, na forma da lei. Pouco importa o momento da prática do crime, se antes ou após a naturalização. Se a participação delitiva for devidamente comprovada, os brasileiros naturalizados podem ser extraditados. É a única hipótese que independe do período do cometimento ilícito para o brasileiro naturalizado sofrer extradição.²⁸

Por fim, estabelece no artigo 243 e parágrafo único que as glebas de qualquer região do Brasil que fazem plantações ilegais serão imediatamente expropriadas, bem como os bens derivados do tráfico ilícito de entorpecentes serão apreendidos, sendo que serão utilizados em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.²⁹

1.7 LEI N. 10.409/2002

A Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, recebeu o nome de Nova Lei Antitóxicos, sendo promulgada com a finalidade de solucionar as lacunas deixadas pela Lei n. 6.368/76.

Entretanto, ao invés de solucionar tais pendências, a novo diploma legal gerou discussões doutrinárias e jurisprudenciais, diante de preceitos inconstitucionais, da péssima qualidade em se definir os crimes e das imperfeições técnicas, motivo pelo qual grande parte de seu conteúdo, foi vetado pelo Presidente da República.³⁰

²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 513.

²⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97.

³⁰ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**. 2006, p. 01.

Assim, o Poder Executivo apenas vetou o Capítulo III - “Dos crimes e das penas” – e o artigo 59 da Lei n. 10.409/2002, que dispunha sobre a revogação do diploma de 1976, de modo que somente foi aprovada a parte processual da Nova Lei de Antitóxicos.

Desse modo, a legislação vigente, neste período, sobre o tema, se dividia em duas leis, quais sejam, Lei n. 6.368/1976, no que tange aos aspectos penais, já a parte processual era disciplinada na Lei n. 10.409/2002.

Sobre o assunto:

[...] Com isso, estavam em vigor:

a) no aspecto penal, a Lei n. 6.368/76, de modo que continuavam vigentes as condutas tipificadas pelos arts. 12 a 17, bem como a causa de aumento prevista no art. 18 e a dirimente estabelecida pelo art. 19, ou seja, todo o Capítulo III dessa Lei;

b) na parte processual, a Lei n. 10.409/2002, estando a matéria regulada nos seus Capítulos IV (Do procedimento penal) e V (Da instrução criminal).

Dessa forma, a anterior legislação antitóxicos se transformara em um verdadeiro centauro do Direito: a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto a processual, a de 2002.³¹

Diante deste embaraço na marcha legislativa, o Superior Tribunal de Justiça, em alguns julgados, entendeu pela aplicação da Lei 10.409/2002, já que esta foi elaborada à luz da Constituição Federal de 1988, o que não inibiria a sua incidência. Nesse sentido, colaciona-se a citada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RITO DA LEI 10.409/2002. CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O artigo 27 da Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, está inserto na Seção Única do Capítulo IV da lei nova, que cuida da fase inquisitorial da persecutio criminis, visando à sua efetividade, não havendo razão qualquer para negar incidência às suas normas, e, por maior razão, às normas processuais contidas nesse diploma legal, por desinfluyente o veto lançado no Capítulo III da lei, referente à "repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica", em se encontrando, como já se encontrava em vigor a Lei nº 6.368/76, dispondo sobre o "tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica".

2. Trata-se, com efeito, de normas jurídicas de natureza processual penal, elaboradas e postas em vigor à luz da Constituição Federal, nada inibindo sua regular incidência, à falta de disposição expressa que a vinculasse à vetada modificação parcial das normas penais referentes ao tráfico e uso ilícitos de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, V. 4:** legislação penal especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 697.

3. As novas normas processuais penais, contudo, não prevalecem sobre as relativas às infrações penais de pequeno potencial ofensivo, quais sejam, aquelas cujas penas máximas não são superiores a 2 anos de reclusão, como na letra do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei 10.259/2001, precisamente porque destas, sim, é indissociável o seu procedimento legal, como o determina a Constituição da República, em seu artigo 98, inciso I.

4. Recurso improvido.³²

Enquanto não houve uma reforma legislativa no tocante à Nova Lei de antitóxicos, prevalecia esta interpretação, ou seja, utilizava-se parte da nova lei e parte da antiga legislação, notando-se, com isso, que mais uma vez era necessária uma melhoria acerca do tema.

1.8 LEI N. 11.343/2006

Composta por 75 (setenta e cinco) artigos, dividida em 6 (seis) títulos, a Nova Lei de Drogas tem aplicação no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou seja, com caráter nacional e não apenas caráter federal.

Ademais, a Lei 11.343/2006, em seu preâmbulo estabelece suas atribuições, dispondo que:

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.³³

Ressalta-se que a atual Lei 11.343/06, promulgada no dia 23 de agosto de 2006, passou a disciplinar toda a matéria referente ao uso e disseminação de drogas no Brasil, estabelecendo em seu artigo 75 que “*Revogam-se a Lei no 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei no 10.409, de 11 de janeiro de 2002.*”³⁴

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Rito da Lei 10.409/2002. Constrangimento Inexistente. Recurso Improvido. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 14.044**. Recorrente Avani Serafim de Santana e Recorrido Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. DJ 02/10/2006. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=10.409+&b=ACOR. Acesso em: 01 de agosto de 2012.

³³ BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 02 de agosto de 2012.

³⁴ *Idem*.

Observa-se que o Projeto de Lei n. 115/02 do Senado Federal deu origem à Lei n. 11.343/2006, sendo elaborado pelo Grupo de Trabalho – Subcomissão – Crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro (Grupo 3), em 06 de maio de 2002. Em 20 de agosto de 2002, foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão, recebendo o número 7.134/2002.³⁵

Ademais, através da Mensagem Nº 724, de 23 de agosto de 2006, foram vetados 10 (dez) artigos do Projeto de Lei n. 115, de 2002 (n. 7.134/02 na Câmara dos Deputados), em razão de 9 (nove) artigos serem inconstitucionais e 1 (um) afrontar diretamente o interesse público.³⁶

No que tange aos crimes do novo diploma legal, seu principal objetivo foi diferenciar as figuras do traficante e do usuário de drogas. O usuário passou a ser visto como uma pessoa que necessita de cuidados, sendo a lei mais tolerante em relação a eles e mais severa em relação ao traficante de drogas. É o que se observa da mensagem presidencial de veto. Cite-se:

O projeto manteve clara a separação entre o tradicional modelo denominado retributivo adequado à repressão da produção não autorizada, do tráfico ilícito de drogas e aquilo que modernamente se conhece por ‘justiça restaurativa’, adequada à prevenção, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.³⁷

Conforme supracitado foi instituído, pela nova lei, o SISNAD, cujo objetivo era integrar, articular, organizar e coordenar as atividades de repressão e prevenção do uso de drogas, através dos órgãos e entes da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, nos termos do artigo 1º do Decreto n. 5.912/06.³⁸

Mister observar que a Nova Lei de Drogas manteve algumas regras estabelecidas nas leis anteriores, bem como é a mais eficiente legislação de drogas, sendo modelo para o mundo todo.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 2008, p. 17

³⁶ BRASIL. Mensagem nº 724 – de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-724-06.htm. Acesso em: 02 de agosto de 2012.

³⁷ *Idem*.

³⁸ BRASIL. Decreto nº 5.912 – de 27 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm. Acesso em: 02 de agosto de 2012.

2 PRINCIPAIS CRIMES DA LEI DE DROGAS

Ao examinar a Nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), percebe-se que o legislador não mencionou o *nomen iuris* das figuras penais, quais sejam, posse ou porte de drogas para uso próprio (artigo 28) e o tráfico de drogas (artigo 33), gerando, com isso, constantes críticas desde sua promulgação.

Nota-se que a Constituição Federal de 1988, especificamente no artigo 5º, XLIII, abarca a expressão “tráfico de drogas”, concluindo-se, desse modo, que apesar de tal expressão não pertencer ao comando legal da Lei n. 11.343/2006, esta é utilizada ao se fazer a interpretação de uma norma.³⁹

Ademais, nota-se que os crimes do artigo 28 e do artigo 33, da referida lei, são tipos penais misto alternativos ou de ação múltipla, isto é, a prática de mais de uma conduta não implica em concurso de crimes.

Nesse sentido é o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: HABEAS CORPUS. – [...] Com efeito, o delito de tráfico, por ser tipo misto alternativo ou de ação múltipla ou de conteúdo variado [Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez, in Direito Penal, Parte Geral, Editora Saraiva, 2004, pág 459/460), relativamente a "CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES", ensinam: "Crime de ação múltipla ou conteúdo variado: É aquele em que o tipo penal descreve várias modalidades de realização do crime (tráfico de drogas - art. 12 da Lei n. 6.368/76; instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio - art. 122 etc.)."], resta configurado com a simples guarda, posse ou depósito de substância entorpecente, possuindo caráter permanente. Este Órgão Fracionário, embasado em precedentes dos Tribunais Superiores, também tem o mesmo entendimento em relação ao delito de tráfico de entorpecentes. Precedente da egrégia 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.[...]⁴⁰

³⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 2011, p. 140.

⁴⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS. **Habeas Corpus n. 70039464094**. Impetrante Maristela Scarinci Issi. Paciente Urania Simonete De Oliveira. Coautor Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Alvorada. Relator Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Segunda Câmara Criminal. DJ 09/12/2010. Disponível em:

http://google4.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70039464094%26num_processo%3D70039464094%26codEmenta%3D3964677+uso+de+drogas+e+misto+e+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70039464094&comarca=Comarca+de+Alvorada&dtJulg=09-12-2010&relator=Marco+Aur%25E9lio+de+Oliveira+Canosa. Acesso em: 06 de agosto de 2012.

Não destoando desse raciocínio, o professor Fernando Capez, ao tratar do usuário de drogas (artigo 28 da Lei n. 11.343/2006), ensina que “*Várias são as condutas incriminadoras, constituindo-se um tipo misto alternativo (sobre o tema, vide comentários ao art. 33 da Lei)*”⁴¹

Assim, percebe-se que o legislador, ao tipificar as condutas dos artigos 28 e 33, da Nova Lei de Drogas, puniu de forma equiparada, todas as condutas ali elencadas, já que a prática de uma ou mais condutas descritas nos referidos tipos penais são consideradas crime único.

2.1 POSSE OU PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO

O artigo 28, da Lei 11.343/2006, estabelece as condutas relativas aos usuários ou dependentes de drogas, determinando regras penais e processuais próprias, as quais não se assemelham às previstas aos traficantes de drogas. *In verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 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.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

⁴¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, V. 4. 2008, p. 699.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.⁴²

Ao examinar a nova lei, observa-se que o artigo 28 encontra-se no Título III (Das atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas), precisamente no Capítulo III (Dos crimes e das penas), determinando conforme supramencionado as penas alternativas de: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Ocorre que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (LICP) é bastante esclarecedor ao dispor o conceito de crime, estabelecendo que:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.⁴³

Nesse sentido, a revogada Lei n. 6.368/76, em seu artigo 16, ao tratar dos usuários, prescrevia uma “*Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.*”⁴⁴

Para o professor Luiz Flávio Gomes, houve, na conduta do artigo 28 da atual Lei de Drogas, uma descriminalização formal, uma vez que a posse de droga para o consumo pessoal deixou de ser formalmente um crime, entretanto, não perdeu sua condição de infração (de ilícito). Para o jurista, tal infração já não pode ser considerada um crime, do ponto de vista formal e, também, não há que se falar em legalização da droga. Acrescenta, ainda, que o fato continua sendo ilícito, isto é, passa a ser um ilícito *sui generis* (ato contrário ao direito), pois perde sua condição de crime.⁴⁵

⁴² BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 07 de agosto de 2012.

⁴³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914 – de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm. Acesso em: 07 de agosto de 2012.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 6.368 – de 21 de outubro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm. Acesso em: 07 de agosto de 2012.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 2008, p. 119-121.

Em sentido contrário é o entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF, entendendo que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é considerado crime, sendo que, com a promulgação desta lei, houve uma mera “despenalização”, não implicando, entretanto, em *abolitio criminis*. Cite-se:

EMENTA: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", 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).⁴⁶

Em conformidade com o posicionamento do STF é o entendimento de Ricardo Antonio Andreucci, afirmando que a Nova Lei de Drogas apenas diminuiu a carga punitiva ao usuário, pois manteve a conduta como crime, obrigando o indivíduo a se tratar, como forma de pena. O Jurista acrescenta, ainda, que a nova conduta é de competência dos Juizados Especiais Criminais, devendo o Promotor de Justiça oferecer a proposta de transação penal, e,

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Recurso extraordinário. EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105-9 Rio de Janeiro**. Recorrente Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Recorrido Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Interessado Marcelo Azevedo da Silva. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgamento em: 13/02/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em: 07 de agosto de 2012.

caso a transação seja descumprida, pode o juiz impor nova admoestação verbal ou até mesmo impor o pagamento de multa.⁴⁷

Além disso, Renato Marcão disciplina que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal está desatualizado, bem como não resolve a questão, vez que “*a ausência de cominação privativa de liberdade não afasta, nos tempos de hoje, a possibilidade de a conduta estar listada como crime ou contravenção.*”⁴⁸

Ressalta-se, ainda, que o Professor Vicente Greco Filho adverte que:

[...] Não é porque as penas não era previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção seja ditada por lei ordinária (no caso decreto-lei com forma de lei ordinária, como faz o Código Penal), e que lei mais recente não possa alterar.⁴⁹

Desse modo, compreende-se que segundo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, a conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é considerada crime, apesar de contrariar o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, visto que, atualmente, tal legislação (Decreto-Lei 3.914/41) não obsta que uma lei ordinária superveniente possa adotar outros critérios para a conceituação de crime, já que a própria Constituição Federal de 1988 admite tal circunstância, no artigo 5º, XLVI e XLVII.

Nota-se, com isso, que o agente que praticar qualquer das condutas prevista no artigo 28 e, no fim, vier a ser condenado por este crime, não será exposto a qualquer aplicação de pena privativa de liberdade.

Logo, as penas restritivas de direitos existentes nesse tipo penal são autônomas e não substitutivas das penas privativas de liberdades existentes na parte geral do Código Penal.

⁴⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29-31.

⁴⁸ Marcão, Renato. **Tóxicos**. 2011, p. 71.

⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 2011, p. 151.

2.1.1 Da ação penal e do procedimento

O crime do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 se procede mediante ação penal pública incondicionada, ou seja, “*É aquela em que o Ministério Público não se sujeita a qualquer condição específica para o exercício de seu direito de ação*”.⁵⁰

Conforme expressa determinação do artigo 48, §1º da referida lei, aplica-se a esse crime de posse ou porte de drogas para uso próprio, as regras estabelecidas no artigo 60 e seguintes da Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, tratando-se dos juizados especiais criminais, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos artigos 33 a 37 da Nova Lei de Drogas.⁵¹

Vale observar que havendo a transação penal do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, deve o Ministério Público (MP) propor ao usuário as penas do artigo 28, I, II, e III, da Nova Lei de Drogas.⁵²

Por fim, não se aplica as regras da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), uma vez que o porte ilegal de drogas para consumo pessoal não é considerado um crime hediondo.

2.1.2 Condutas tipificadas e prisão em flagrante

Na revogada Lei n. 6.368/76, três eram as condutas incriminadoras, quais sejam, guardar, trazer consigo ou adquirir. Com a promulgação da Nova Lei de Drogas, foram acrescentadas as condutas de ter em depósito e transportar, ou seja, passaram a ser cinco as condutas tipificadas. O artigo 28, §1º, do referido diploma estabelece, ainda, que as mesmas

⁵⁰ OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. **Direito processual penal**, 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60-61.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 11.343 – de 23 de agosto de 2006. Art. 48. (...) §1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispões sobre os Juizados Especiais Criminais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 08 de agosto de 2012.

⁵² FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**. 2006, p. 40.

medidas descritas no *caput* serão submetidas àqueles que para consumo pessoal, semear, cultivar ou colher plantas consideradas como drogas.⁵³

Apesar da semelhança das condutas prevista no artigo 33, da Lei n. 11.343/2006, o artigo 28 difere-se daquele justamente pela finalidade específica do agente, qual seja, “para consumo pessoal”. Os critérios estabelecidos pela lei para descobrir se a droga destina-se ao consumo pessoal estão previsto no §2º, do artigo 28.

Sobre o assunto:

[...] A Lei nova estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Em outras palavras, são relevantes: o objeto material do delito (natureza e quantidade da droga), o desvalor da ação (local e condições em que ela se desenvolveu) assim como o próprio agente do fato (suas circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes).⁵⁴

Nesta senda:

Quando pelas circunstâncias fáticas do delito não se evidenciar o destino comercial da droga apreendida, bem como tratar-se os agentes que vivem em situação lastimável e surpreendidos na posse de pequena quantidade de droga, impõe-se a desclassificação do delito para o tipo penal previsto no artigo 28, da Lei 11.343/2006, devendo os autos serem remetidos ao Juizado Especial Criminal.⁵⁵

Além disso, o professor Luiz Flávio Gomes acrescenta que as condutas consistentes em guardar, ter em depósito e trazer consigo são permanentes, ou seja, o bem jurídico resulta afetado em todo momento, sendo que esta permanência se mostra relevante para o momento da captura do agente.⁵⁶

Entretanto, no momento da captura, o novo diploma legal veda expressamente a prisão em flagrante do agente que é surpreendido na posse de drogas para o consumo pessoal,

⁵³ BRASIL. Lei nº 11.343 – de 23 de agosto de 2006. Art. 28. (...) §1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva, ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 09 de agosto de 2012.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 2008, p. 163-164.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – TJ/MS. Apelação criminal. Porte de substância entorpecente para uso próprio – Elementos insuficientes a caracterizar a traficância. **Recurso de Apelação Criminal n. 2012.013067-8 Jardim**. Apelantes Ministério Público Estadual e Sérgio Mendes e outro. Apelados Sérgio Mendes e outros e Ministério Público Estadual. Relator Desembargador Manoel Mendes Carli. Segunda Câmara Criminal. Julgamento em: 16/07/2012. Disponível em:

<http://www.tjms.jus.br/cjoseg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=2&tpClasse=J>. Acesso em: 09 de agosto de 2012.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 2008, p. 150.

estabelecendo que este deva ser imediatamente encaminhado ao juízo competente, ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer.⁵⁷

Guilherme de Souza Nucci esclarece que o usuário deve ser levado à presença da autoridade competente para avaliar se é caso de consumo pessoal ou tráfico de drogas, de acordo com artigo 28, §2º, da Lei n. 11.343/2006. Caso a autoridade entenda ser caso de consumo pessoal, o agente deve ser levado ao Juizado Especial Criminal (JECRIM), porém, inexistindo, lavrar-se-á o termo circunstanciado de ocorrência, devendo o autor assumir o compromisso de comparecer ao JECRIM quando chamado, e, caso não compareça, a autoridade policial nada poderá fazer.⁵⁸

Percebe-se, desse modo, que a lei adverte que o autor do fato não pode ser preso em flagrante, isto é, não será lavrado o auto de prisão em flagrante em seu desfavor, não impedindo, entretanto, que seja encaminhado à autoridade competente.

2.1.3 Objeto material e objeto jurídico tutelado

O objeto jurídico tutelado pela norma é a saúde pública, vez que a razão jurídica da punição das condutas descritas no *caput*, do artigo 28, da Nova Lei de Drogas, é o perigo social que elas representam.

Como bem assinala Fernando Capez, “*Quem traz consigo a droga pode vir a oferecê-la a outrem, e é esse risco social que a lei pune*”.⁵⁹

Além disso, mesmo na condição de usuário, tal situação não o impossibilita de cometer o crime de tráfico de drogas, sendo, inclusive, prática comum dos dependentes químicos a venda de drogas para sustentar o vício⁶⁰, incidindo em outra conduta

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 11.343 – de 23 de agosto de 2006. Art. 48. (...) §2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ela comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 08 de agosto de 2012.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas. 4. ed. rev. atual. e ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 386.

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, V. 4.** 2008, p. 701-702.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – TJ/MS. Apelação Criminal. Tráfico de drogas – pretendida desclassificação – impossibilidade. **Recurso de Apelação Criminal n. 2012.028133-3/0000-00 São Gabriel do Oeste.** Apelante Tiago Surubi. Apelado Ministério Público Estadual. Relator Carlos Eduardo Contar. Segunda Câmara Criminal. DJ: 09/05/2011. Disponível em:

incriminadora. Neste caso, o crime de menor gravidade segue o procedimento do crime de maior gravidade, qual seja, tráfico de drogas.

Ademais, o objeto material tutelado pela Nova Lei de Drogas vem descrito no *caput*, do artigo 28 ao utilizar a expressão “drogas”. Entretanto, o fato de tal expressão estar no plural, por si só, não deve gerar confusão ao interprete, uma vez que, mesmo que se faça uma interpretação restritiva, não se pode concluir que o fato do usuário adquirir, por exemplo, uma droga e não drogas tornaria a conduta atípica.

O professor Renato Marcão, na mesma linha de raciocínio, acrescenta que:

[...] Tal forma de pensar não é acertada, nada obstante a letra da lei. A interpretação correta exige bom senso e que se busque o verdadeiro espírito da lei, que de maneira alguma autoriza a conclusão liberalizante, para a finalidade acima apontada.⁶¹

Observa-se, assim, que a expressão “drogas” prevista no artigo 28, da Lei n. 11.343/2006, não tem qualquer relação com o número espécies de drogas apreendidas, ou seja, basta que o agente seja surpreendido com apenas uma droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para configurar o presente delito.

2.1.4 Sujeitos, ativo e passivo

O sujeito ativo das condutas do artigo 28 da Nova Lei de Drogas pode ser qualquer pessoa. Caso um usuário menor de dezoito anos de idade seja flagrado praticando uma das condutas deste artigo, aplicam-se as medidas sócio-educativas previstas na Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), todavia, elas não podem ser mais graves que as sanções do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.⁶²

Ademais, o sujeito ativo é isento de pena se, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com

<http://www.tjms.jus.br/cjosg/index.jsp?tpClasse=J&clDocumento=&deEmenta=MERA+REPETI%C7%C3O+DOS+ARGUMENTOS+UTILIZADOS+EM+1%BA+GRAU+&nuProcesso=&deClasse=&cdClasse=&deOrgaoJulgador=&cdOrgaoJulgador=&nmRelator=&cdRelator=&dtInicio=&dtTermino=&acordaos=true&Submit=Pesquisar&Origem=1&rbCritérioEmenta=TODAS&rbCritérioBuscaLivre=TODAS>. Acesso em: 08 de agosto de 2012.

⁶¹ Marcão, Renato. **Tóxicos**. 2011, p. 73.

⁶² GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 2008, p. 151.

esse entendimento, nos termos do artigo 45 da Lei n. 11.343/2006.⁶³ Vale observar que este artigo aplica-se também aos demais crimes da referida lei.

O sujeito passivo deste crime é a coletividade ainda que a finalidade seja a de consumo pessoal, uma vez que, conforme mencionado ao se tratar do objeto material da Nova Lei de Drogas, a droga gera um perigo social para o Estado enquanto sociedade.

2.1.5 Princípio da insignificância

Nas lições de Edilson Mougnot Bonfim e Fernando Capez, o princípio da insignificância consiste no fato de que o direito penal não deve preocupar-se com bagatelas⁶⁴. Invocando tal princípio é possível excluir a tipicidade material da conduta, ou seja, apesar de formalmente haver infração penal, materialmente não há crime. Os juristas acrescentam, ainda, que *“Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento”*.⁶⁵

Não é possível, todavia, a aplicação do Princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas, uma vez que, independentemente da quantidade de drogas apreendidas, trata-se de crime contra a saúde pública, bem como é um crime de perigo abstrato, ou seja, não depende de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Neste sentido é posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

[...]Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela

⁶³ BRASIL. Lei nº 11.343 – de 23 de agosto de 2006. Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 09 de agosto de 2012.

⁶⁴ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121.

⁶⁵ *Idem*.

aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes.⁶⁶

Guilherme de Souza Nucci assevera que a quantidade de droga independe para configuração do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não devendo ser aplicado, ao caso, o princípio da insignificância, acrescentando, ainda, que:

[...] O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de ínfimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação da sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado.⁶⁷

Assim, caso o agente pratique uma das condutas do artigo 28 da Nova Lei de Drogas, independentemente da quantidade de droga apreendida em seu poder, resta tipificada a conduta, já que, por tratar-se de crime de perigo abstrato, tal circunstância não obsta a desnaturação do ilícito.

2.2 TRÁFICO DE DROGAS

O artigo 33, *caput*, da Nova Lei de Drogas disciplina o crime de tráfico de drogas, estabelecendo 18 (dezoito) condutas possíveis de se praticá-lo. Interessante notar, ainda, que a Lei n. 11.343/2006 manteve os verbos constantes no revogado artigo 12 da Lei n. 6.368/76⁶⁸.

Cite-se:

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

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas corpus. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. **Habeas Corpus nº 181.486 - SP (2010/0144629-2)**. Impetrante Fernanda Costa Hueso. Impetrado Tribunal de Justiça de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente Rodrigo Cardoso da Silva. Relator Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. DJe 05/10/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1088324&sReg=201001446292&sData=20111005&formato=PDF. Acesso em: 10 de agosto de 2012.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. 2009, p. 335.

⁶⁸ BRASIL. Lei n. 6.368 – de 21 de outubro de 1976. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

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.⁶⁹

Observa-se que as condutas descritas no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 passaram a ter, conjuntamente, o complemento “ainda que gratuitamente”, isto é, não há diferença em saber se houve ou não lucro ou mesmo o intuito de lucro.⁷⁰

Frisa-se que o tráfico de drogas é um crime de perigo abstrato, ou seja, não permite ao agente provar que seu comportamento é inofensivo, uma vez que várias pessoas, em número indefinido, são atingidas com a prática de tal crime.⁷¹

Luiz Flávio Gomes assevera ser impossível discutir a possibilidade de se invocar a excludente de ilicitude do estado de necessidade⁷², pois a prática do tráfico ilícito de drogas é moralmente reprovável e socialmente perigosa, bem como fere o senso de justiça da comunidade.⁷³

Nesse sentido:

O Princípio da Insignificância é inaplicável ao delito de tráfico de drogas, porquanto se trata de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo totalmente irrelevante a quantidade de entorpecente apreendida em poder do agente.⁷⁴

Ademais, pode-se notar que a pena mínima prevista no artigo 12 do antigo diploma legal sofreu considerável alteração, uma vez que, ao invés reclusão, de 03 (três) anos a 15 (quinze) anos, a pena privativa de liberdade, passou a ser de reclusão, de 05 (cinco) anos a 15 (quinze) anos.

⁶⁹ BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 2009, p. 346.

⁷¹ *Ibidem*, p. 345.

⁷² BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 – de 7 de dezembro de 1940. Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

⁷³ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 2008, p. 184.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – TJ/MS. Apelação criminal. Aplicação do princípio da insignificância - desclassificação para usuário – impossibilidade. **Recurso de apelação criminal n. 2012.009946-8/0000-00 Campo Grande**. Apelante Cleidson João dos Santos. Apelado Ministério Público Estadual. Relator Desembargador Miguel Absso Duarte. Segunda Câmara Criminal. Dj: 21/06/2012. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/cjoseg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

Além disso, a pena de multa também sofreu alteração com a promulgação da Lei n. 11.343/2006, pois era de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, ao passo que atualmente passou a ser de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

2.2.1 Da ação penal e do procedimento

O crime do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 se procede mediante ação penal pública incondicionada.

Não se trata de crime de menor potencial ofensivo, uma vez que a pena máxima prevista supera 2 (dois) anos, sendo incabível falar em transação penal ou suspensão condicional do processo. Dessa forma, a competência para julgar o crime previsto no artigo 33 da referida lei é da justiça comum.

Nesse sentido:

Pois bem, quanto ao pedido de suspensão condicional do processo formulado às fl 480 dos autos, entendo incabível ao caso, vez que tal instituto é previsto na Lei dos Juizados, Lei 9.099/95, que não se aplica ao caso, pois a pena do crime de tráfico extrapola os dois anos exigidos pela lei dos Juizados⁷⁵

Observa-se que o procedimento a ser adotado será o previsto na Nova Lei de Drogas, conforme dispõe o *caput*, do artigo 48, desta lei, aplicando-se subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Fiscais.⁷⁶

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – TJ/MS. Apelação criminal. Suspensão condicional do processo – Impossibilidade – Instituto próprio dos Juizados Especiais. **Recurso de Apelação Criminal n. 2010.018984-0/0000-00 Campo Grande**. Apelante Ministério Público Estadual, Anair Vegas Medina Centurião e Kátia Olinda da Silva. Apelado Ministério Público Estadual, Mailton Natanael da Conceição, Anair Vegas Medina Centurião e Kátia Olinda da Silva. Relatora Desembargadora Marilza Lúcia Fortes. Primeira Turma Criminal. DJ: 02/08/2010. Disponível em:

<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=31&tpClasse=J>. Acesso em: 12 de agosto de 2012.

⁷⁶ BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Fiscais. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

2.2.2 Condutas tipificadas e prisão em flagrante

Conforme exposto, o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, manteve as 18 (dezoito) condutas estabelecidas pelo revogado artigo 12 da lei 6.368/76. O artigo 33, §1º, incisos I, II e III, do atual diploma legal estabelece, ainda, as figuras equiparadas, discorrendo que nas mesmas penas incorrem 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.⁷⁷

Ressalta-se que no caso de o agente praticar uma das condutas descritas no *caput*, ou em um dos incisos do §1º, do artigo 33, sem ficar provada qual a destinação da droga, responderá pelo crime de tráfico de drogas, uma vez que a consumação desta infração não exige qualquer resultado ou dolo específico, bastando a mera posse da droga. Posição minoritária entende que configura o crime de tráfico se ficar provada a real intenção do agente em disseminar a droga encontrada em seu poder, do contrário, responderá pelo crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.⁷⁸

Não destoando de tal entendimento, Vicente Greco Filho destaca:

O dolo específico aparece apenas no art. 28, de forma que, sendo exclusivamente o porte, a guarda ou a compra, para consumo pessoal, é determinada a aplicação de penas restritivas de direitos especialmente previstas pela lei. **Qualquer outra finalidade do agente determina a incidência do art. 33, inclusive a distribuição gratuita.** (grifo nosso)⁷⁹

Percebe-se que a comprovação da destinação da droga é um critério indispensável para aferir se ela se destina ao consumo pessoal ou ao tráfico de drogas. “*Portanto, a*

⁷⁷ BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

⁷⁸ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**. 2006, p. 53.

⁷⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 2011, p. 173.

alegação de ser o agente consumidor contumaz de entorpecente não é motivo suficiente para demonstrar que a droga apreendida era destinada ao consumo pessoal.”⁸⁰

Desse modo, consuma-se o delito com a prática de qualquer das condutas constantes no artigo 33, *caput* e §1º, I, II e III, da Lei n. 11.343/2006, independente do resultado, uma vez que o crime é de perigo abstrato. Além disso, não é necessário que haja lucro com a prática delitativa, isto é, ainda que gratuitamente se pratique tais condutas, haverá tráfico de drogas.

Além disso, o Professor Guilherme de Souza Nucci acrescenta que as condutas consistentes em expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar são permanentes, ou seja, a consumação se arrasta no tempo. O jurista entende que a tentativa do crime de tráfico de drogas é rara em face das 18 (dezoito) condutas presentes no tipo penal, mas não é impossível, pois, a tentativa de adquirir droga é viável.⁸¹

No que tange à prisão em flagrante, caso o agente seja surpreendido praticando uma das condutas supramencionadas, os autos de prisão em flagrante devem ser remetidos ao juízo competente, com vista ao Ministério Público em 24 horas (artigo 50, *caput*⁸²), não sendo requisito necessário para sua lavratura a perícia toxicológica, bastando apenas o auto de constatação que ateste a natureza e quantidade da droga (artigo 50, §1º⁸³).

2.2.3 Objeto material e objeto jurídico tutelado

O objeto jurídico tutelado é a saúde pública (objeto jurídico imediato) e a vida, a integridade física, a saúde física e psíquicas das pessoas (objeto jurídico mediato).

⁸⁰ SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério; LAVORENTI, Wilson. **Leis penais especiais anotadas**. 12. ed. São Paulo: Millennium Editora, 2011, p. 871.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 2009, p. 347.

⁸² BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Art. 50. Ocorrendo Prisão em flagrante, a autoridade policial judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao Órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 14 de agosto de 2012.

⁸³ *Idem*. Art. 50. (...) §1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

Destaca-se que “A saúde pública é um bem jurídico supra-individual que deve sempre ter como referência última os bens jurídicos pessoais.”⁸⁴

Ademais, o objeto material tutelado pela Lei n. 11.343/2006 vem descrito no *caput*, do artigo 33 ao utilizar a expressão “drogas”. Observa-se que novamente o legislador empregou o termo no plural, sendo, conforme já exposto, não se deve fazer uma interpretação restritiva, pois o simples fato de adquirir um tipo de droga, já configura o presente delito.

2.2.4 Sujeitos, ativo e passivo

O sujeito ativo das condutas do artigo 33 da Nova Lei de Drogas pode ser qualquer pessoa. Com efeito, assinala Luiz Flavio Gomes: “Temos, no entanto, uma exceção, trazida pelo verbo prescrever, o qual exige condição especial do agente (crime próprio), só podendo ser praticado por médico ou dentista.”⁸⁵

Ademais, o sujeito passivo, assim como no crime previsto no artigo 28 é a coletividade. “não se exclui, todavia, a possibilidade de existir um sujeito passivo secundário ou mediado, como no caso da conduta de vender a droga a uma dependente, fornecer ou administrar a menor ou doente mental. Nesses casos, a coletividade e o usuário são atingidos.”⁸⁶

O artigo 243, do Estatuto da Criança e do Adolescente estatui que:

Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, administrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. (Redação dada pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003)⁸⁷

Entretanto, no caso de ser fornecida uma substância catalogada como droga, o crime não será o previsto no artigo 243, da Lei n. 8.069/90, pois, aplica-se, ao presente caso, o princípio da especialidade, uma vez que referida lei trata genericamente de “qualquer produto”, ao passo que a Nova Lei de Drogas cuida, especificamente das drogas. Desse modo,

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 2008, p. 180.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 181.

⁸⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, V. 4**. 2008, p. 716.

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 8.069 – de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 14 de agosto de 2012.

quem é surpreendido vendendo, por exemplo, substância catalogada como droga, nos termos da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998, responde pelo crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.⁸⁸

⁸⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, V. 4.** 2008, p. 717.

3 DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006

É importante salientar alguns aspectos do §4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006. Nesse sentido, destacam-se a causa especial de diminuição de pena, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o regime inicial de cumprimento de pena, conforme será adiante analisado.

3.1 DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006

O artigo 33, §4º, da Nova Lei de Drogas traz em seu bojo uma causa especial de diminuição de pena, a qual a doutrina e a jurisprudência preferem chamar de tráfico privilegiado, sendo que tal diminuição deve ser considerada pelo magistrado no momento da fixação da pena ao traficante de drogas. *In verbis*:

§ 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)⁸⁹

Percebe-se que a própria lei estabelece alguns requisitos para que seja aplicada a causa de diminuição supracitada, quais sejam: se o agente praticou uma das condutas do artigo 33, *caput* ou do §1º deste artigo e sendo primário, possuindo bons antecedentes, não se dedicando às atividades criminosas nem integrando organização criminosa, deverá receber tal benefício.

Nesse sentido:

52. Direito subjetivo do réu

A simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, parece-nos que, preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração

⁸⁹ BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

minorante (esta orientada pela quantidade e/ou espécie da droga apreendida).⁹⁰ (grifo no original)

Este também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, necessário o preenchimento de todas as condições elencadas na lei, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa.

2. Inviável o reconhecimento da minorante em questão quando evidenciado que o paciente é reincidente e possuidor de maus antecedentes. [...] ⁹¹

Nota-se, com isso, que para a concessão de tal benefício, o agente deve preencher cumulativamente todos os requisitos.

Considera-se primário “o agente que não tenha contra si a reincidência perfeitamente caracterizada”⁹². Rogério Greco acrescenta que a reincidência é verificada quando o agente comete novo crime, após transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior⁹³.

Ademais, acerca dos “bons antecedentes”, Guilherme de Souza Nucci esclarece que “antecedentes são apenas as condenações com trânsito em julgado não mais aptas a gerar reincidência. Todo o mais, em face do princípio da presunção de inocência não deve ser considerado”⁹⁴, ou seja, caso o agente tenha apenas uma condenação anterior transitada em julgado, esta servirá para efeitos de reincidência e não maus antecedentes.

Vicente Greco Filho explica que o terceiro requisito, “não se dedicar a atividade criminosa”, significa que deve haver certa habitualidade, ou seja, o agente deve se dedicar de forma habitual à atividade criminosa, ainda que não seja exclusivamente.⁹⁵

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 2008, p. 199.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas corpus. Causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. Pretendido reconhecimento. Impossibilidade. **Habeas Corpus n. 190.878 Minas Gerais (2010/0213629-1)**. Impetrante Renato de Souza. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente Renato de Souza. Relator Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. DJe: 17/04/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1131886&sReg=201002136291&sData=20120417&formato=PDF. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

⁹² DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Código Penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.295.

⁹³ GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 150.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 424.

⁹⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 2011, p. 200.

Nesse sentido:

Verifico que o réu não preenche os requisitos para a aplicação do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343. Com efeito, a Interpol informou a existência de registro criminal do réu pela prática anterior do crime de tráfico de droga (fls.152/154), circunstância que, somada aos presentes fatos e à alegação de que se encontrava desempregado, indica que Timur se dedica a atividades criminosas ou ainda que esteja envolvido com organização criminosa voltada ao tráfico internacional de droga.⁹⁶

Por fim, Renato Marcão assevera que integrar organização criminosa corresponde “a uma reunião de pessoas ligadas ou movidas pelo mesmo propósito criminoso, ainda que incumbidas, cada qual, de tarefas diversas, visando a consecução do objetivo comum aos integrantes.”⁹⁷

Outrossim, no que tange ao *quantum* de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) estabelecido no §4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343, este ficará ao alvedrio do magistrado, cabendo a este “quantificar a redução, sempre de forma fundamentada (art. 93, X, da CF)”⁹⁸, servindo-se de parâmetro os requisitos elencados no artigo 42⁹⁹ da Nova Lei de Drogas.

3.2 DA POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

A Nova Lei de Drogas, em seu texto original, previa expressamente, no artigo 33, §4º, a proibição da conversão da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Tal situação causou transtornos na doutrina e na jurisprudência, pois alegava-se que tal vedação constituía ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e individualização da pena.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas corpus. Paciente que se dedica à atividade criminosa. **Habeas Corpus n. 178.836 São Paulo (2012/0126644-7)**. Impetrante Timur Turhan. Impetrado Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente Timur Turhan. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. DJe: 14/02/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1028544&sReg=201001266447&sData=20110214&formato=PDF. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

⁹⁷ Marcão, Renato. **Tóxicos**. 2011, p. 267.

⁹⁸ *Idem*, p. 183.

⁹⁹ BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento plenário do HC n° 97256/RS¹⁰⁰, cujo relator foi o Ministro Ayres Brito, por maioria absoluta, entendeu ser inconstitucional a expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Tal decisão, por ser sido realizada no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, possui efeito *inter partes*, ou seja, alcança somente as partes que figuram nos autos.

Todavia, o Senado Federal, por meio da Resolução n. 05/2012, suspendeu a execução da referida parcela da Nova Lei de Drogas, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. *In verbis*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;¹⁰¹

Desse modo, a partir da publicação da Resolução 05/2012, a decisão passa a ter efeito *erga omnes*, suspendendo a vigência de parcela da Lei n. 11.343/2006 e, por se referir a direito material e ser mais benéfica, deve retroagir:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.¹⁰²

Nota-se, portanto, que após a edição da Resolução n° 05/2012 do Senado Federal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao crime de tráfico, desde que aplicada a causa de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Habeas corpus. Impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. **Habeas Corpus n. 97.256 Rio Grande do Sul**. Paciente Alexandre Mariano da Silva. Impetrante Defensoria Pública da União. Coator Superior Tribunal de Justiça - STJ. Relator ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Julgamento em 01/09/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

¹⁰² BRASIL. Ato do Senado Federal. Resolução n. 5 – de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

Ademais, além de preencher todos os requisitos do artigo 33, §4º, da Nova Lei de Drogas, o agente deve preencher todos os requisitos do artigo 44 do CP, quais sejam:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)¹⁰³

Por fim, caso não seja aplicada a causa especial de redução de pena, torna-se impossível a aplicação do citado benefício, nos termos do artigo 44¹⁰⁴ da Lei n. 11.343/2006.

3.3 DA HEDIONDEZ E DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA

A Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), em seu artigo 2º, considera o crime de “*tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*”¹⁰⁵ como delito equiparado a hediondo. No mesmo artigo 2º, porém, em seu §1º, citada lei determina que o regime inicial de cumprimento de pena, pela prática do crime acima descrito, será obrigatoriamente fechado.

A Nova Lei de Drogas, por sua vez, destaca que são considerados como tráfico de drogas, nos termos do artigo 44, os crimes constantes dos artigos 33, *caput* e §1º, 34, 35, 36 e 37.¹⁰⁶

¹⁰³ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 – de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

¹⁰⁴ BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei n. 8.072 - de 25 de julho de 1990. Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007) §1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

¹⁰⁶ SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério; LAVORENTI, Wilson. **Leis penais especiais anotadas**. 2011, p. 882.

Desse modo, o agente que pratica o crime de tráfico de drogas, o qual é equiparado ao crime hediondo, deve cumprir sua pena inicialmente no regime fechado, por expressa determinação legal.

Cumprе ressaltar, ainda, que o tratamento diferenciado conferido ao crime de tráfico de drogas é autorizado pela CF/88, em seu art. 5º, XLIII:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;¹⁰⁷

Entretanto, a jurisprudência atual posiciona-se no sentido de que é possível a fixação de regime prisional diverso do fechado aos casos em que é aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33, da Nova Lei de Drogas, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido, evitando-se, com isso, o encarceramento.¹⁰⁸

Ademais, ainda que o agente seja beneficiado pela causa de diminuição de pena, previsto no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, o crime permanece o de tráfico de drogas, isto é, não retira seu caráter hediondo.

Nesse sentido:

1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não é suficiente para provocar o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o "tráfico privilegiado" tipo autônomo.¹⁰⁹

Desse modo, vale observar que a causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4º, da Nova Lei de Drogas não cria uma nova tipificação legal, isto é, não se trata de crime autônomo, pois está inserida no crime de tráfico de drogas, beneficiando, tão

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas corpus. Regime prisional fechado. **Habeas Corpus n. 201.596 Pernambuco (2011/0066351-1)**. Impetrante Defensoria Pública do Estado de Pernambuco. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Paciente Deivson Pereira de Lima. Relatora Ministra Lauria Vaz. Quinta Turma. DJe: 01/08/2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1162042&sReg=201100663511&sData=20120801&formato=PDF. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas Corpus. Minorante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 ("tráfico privilegiado"). Afastamento da hediondez do crime. Improcedência. **Habeas Corpus n. 225.016 Rio Grande do Sul (2011/0272069-0)**. Impetrante Cleomir de Oliveira Carrão. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente Felipe Boeira Pena. Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Sexta Turma. DJe: 18/04/2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1136405&sReg=201102720690&sData=20120418&formato=PDF. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

somente, o traficante primário, de bons antecedentes, sem ligações com atividades e organizações criminosas, o que por si só, não é capaz de retirar o seu caráter hediondo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a apresentação das considerações acima mencionadas, possível se torna uma análise conclusiva sobre o atual conceito de drogas, sua evolução histórica, as peculiaridades dos crimes de posse ou porte de drogas para uso próprio e de tráfico de drogas, bem como a figura do tráfico privilegiado.

O trabalho baseia-se na conduta criminal do agente que é surpreendido com alguma droga, fato este que atinge diretamente a sociedade, uma vez que, independentemente de ser a droga para uso próprio ou para venda, quem sofre com a disseminação de drogas no país é a saúde pública.

Para saber se a droga destina-se ao consumo pessoal, o juiz deverá observar a natureza e quantidade de droga apreendida, bem como o local e condições em que se desenvolve a ação, analisando por fim as condições sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente. Caso não fique provada a destinação da drogas, o agente responderá pelo crime de tráfico de drogas, vez que a consumação deste delito independe de um resultado ou dolo específico, conforme ficou demonstrado.

Ademais, caso o traficante seja primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa será beneficiado pela causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que, preenchidos tais requisitos, é dever do juiz aplicar referido benefício, ficando, entretanto, a seu critério, estipular o *quantum* de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) estabelecido neste artigo, devendo sempre fundamentar sua decisão, sob pena de nulidade, servindo-se de parâmetro os requisitos elencados no artigo 42 da Nova Lei de Drogas.

Observa-se que referida causa especial de diminuição de pena não retira o caráter hediondo do crime, até porque a conduta não foi alterada, o crime praticado permanece o de tráfico ou, ainda, porque não foi imposta nenhuma ressalva na Lei n. 8.072/90 nesse aspecto.

Entretanto, é possível que a pena privativa de liberdade seja substituída por restritiva de direitos caso o agente pratique o crime de tráfico de drogas ou uma das condutas do §1º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006 e, ao mesmo tempo, lhe seja aplicado o benefício previsto no §4º, do artigo 33, da Nova Lei de Drogas, uma vez que, com a aprovação da resolução 05/2012 passou-se a permitir tal privilégio. Assim sendo, o presente trabalho

monográfico objetivou dar à sociedade, embasado em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, uma resposta jurídica acerca do tráfico privilegiado, demonstrando a questão da possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como um regime mais brando ao agente que pratica uma das condutas do artigo 33, *caput* e §1º, da Lei n. 11.343/2006 e que recebe o benefício do §4º, do artigo 33, do referido diploma legal.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

AVELINO, Vitor Pereira. *A evolução da legislação brasileira sobre droga*. **Jus Navegandi**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14470/a-evolucao-da-legislacao-brasileira-sobre-drogas>. Acesso em 26 de julho de 2012.

BELLINI, Jomar f. *Além do Oxi*: as drogas ‘comum’ continuam em alta. **Jornal Ipanema**. Disponível em: <http://www.jornalipanema.com.br/novo/Comportamento/ALEM+DO+OXI:+AS+DROGAS+%E2%80%99COMUNS%E2%80%99+CONTINUAM+EM+ALTA.html>. Acesso em 31 de julho de 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Ferndando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Ato do Senado Federal. Resolução n. 5 – de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 30 de julho de 2012.

BRASIL. Decreto N. 2.848 – de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 27 de julho de 2012.

BRASIL. Decreto N. 847 – de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 26 de julho de 2012.

BRASIL. Decreto nº 5.912 – de 27 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm. Acesso em: 02 de agosto de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914 – de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm. Acesso em: 07 de agosto de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 385 – de 26 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0385.htm. Acesso em 27 de julho de 2012.

BRASIL. Lei n. 11.343/2006 – de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 30 de julho de 2012.

BRASIL. Lei n. 6.368 – de 21 de outubro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm. Acesso em: 07 de agosto de 2012.

BRASIL. Lei n. 8.072 - de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

BRASIL. Lei nº 8.069 – de 13 de julho de 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 14 de agosto de 2012.

BRASIL. Mensagem nº 724 – de 23 de agosto de 2006. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-724-06.htm.
Acesso em: 02 de agosto de 2012.

BRASIL. Portaria 344, de 12 de maio de 1998. Disponível em:
http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/344_98.htm. Acesso em 25 de julho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas corpus. Causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 111.343/06. Pretendido reconhecimento. Impossibilidade. **Habeas Corpus n. 190.878 Minas Gerais (2010/0213629-1)**. Impetrante Renato de Souza. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente Renato de Souza. Relator Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. DJe: 17/04/2012. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1131886&sReg=201002136291&sData=20120417&formato=PDF. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas Corpus. Minorante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (“tráfico privilegiado”). Afastamento da hediondez do crime. Improcedência. **Habeas Corpus n. 225.016 Rio Grande do Sul (2011/0272069-0)**. Impetrante Cleomir de Oliveira Carrão. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente Felipe Boeira Pena. Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Sexta Turma. DJe: 18/04/2012. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1136405&sReg=201102720690&sData=20120418&formato=PDF. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas corpus. Paciente que se dedica à atividade criminosa. **Habeas Corpus n. 178.836 São Paulo (2012/0126644-7)**. Impetrante Timur Turhan. Impetrado Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente Timur Turhan. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. DJe: 14/02/2011. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1028544&sReg=201001266447&sData=20110214&formato=PDF. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas corpus. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. **Habeas Corpus nº 181.486 - SP (2010/0144629-2)**. Impetrante Fernanda Costa Hueso. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente Rodrigo Cardoso da Silva. Relator Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. DJe 05/10/2011. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1088324&sReg=201001446292&sData=20111005&formato=PDF. Acesso em: 10 de agosto de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas corpus. Regime prisional fechado. **Habeas Corpus n. 201.596 Pernambuco (2011/0066351-1)**. Impetrante Defensoria Pública do Estado de Pernambuco. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Paciente Deivson Pereira de Lima. Relatora Ministra Lauria Vaz. Quinta Turma. DJe: 01/08/2012. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1162042&sReg=201100663511&sData=20120801&formato=PDF. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Rito da Lei 10.409/2002. Constrangimento Inexistente. Recurso Improvido. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 14.044**. Recorrente Avani Serafim de Santana e Recorrido Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro

Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. DJ 02/10/2006. Disponível em:
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=10.409+&b=ACOR. Acesso em: 01 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Habeas corpus. Impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. **Habeas Corpus n. 97.256 Rio Grande do Sul**. Paciente Alexandro Mariano da Silva. Impetrante Defensoria Pública da União. Coator Superior Tribunal de Justiça - STJ. Relator ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Julgamento em 01/09/2010. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 16 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Habeas corpus. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Apelação em liberdade. **Habeas Corpus n. 81.871-4 - Mato Grosso**. Paciente Jota Márcio Souza da Silva. Impetrante Elídia Penha Gonçalves. Coator Superior Tribunal de Justiça - STJ. Relator Ministro Nelson Jobim. Segunda turma. DJ 21/03/03. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78876>. Acesso em: 02 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Recurso extraordinário. EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105-9 Rio de Janeiro**. Recorrente Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Recorrido Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Interessado Marcelo Azevedo da Silva. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgamento em: 13/02/2007. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em: 07 de agosto de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – TJ/MS. Apelação criminal. Porte de substância entorpecente para uso próprio – Elementos insuficientes a caracterizar a traficância. **Recurso de Apelação Criminal n. 2012.013067-8 Jardim**. Apelantes Ministério Público Estadual e Sérgio Mendes e outro. Apelados Sérgio Mendes e outros e Ministério Público Estadual. Relator Desembargador Manoel Mendes Carli. Segunda Câmara Criminal. Julgamento em: 16/07/2012. Disponível em:
<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=2&tpClasse=J>. Acesso em: 09 de agosto de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – TJ/MS. Apelação Criminal. Tráfico de drogas – pretendida desclassificação – impossibilidade. **Recurso de Apelação Criminal n. 2012.028133-3/0000-00 São Gabriel do Oeste**. Apelante Tiago Surubi. Apelado Ministério Público Estadual. Relator Carlos Eduardo Contar. Segunda Câmara Criminal. DJ: 09/05/2011. Disponível em:
<http://www.tjms.jus.br/cjosg/index.jsp?tpClasse=J&clDocumento=&deEmenta=MERA+REP+ETI%C7%C3O+DOS+ARGUMENTOS+UTILIZADOS+EM+1%BA+GRAU+&nuProcesso=&deClasse=&cdClasse=&deOrgaoJulgador=&cdOrgaoJulgador=&nmRelator=&cdRelator=&dtInicio=&dtTermino=&acordaos=true&Submit=Pesquisar&Origem=1&rbCriterioEmenta=TODAS&rbCriterioBuscaLivre=TODAS>. Acesso em: 08 de agosto de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – TJ/MS. Apelação criminal. Aplicação do princípio da insignificância - desclassificação para usuário – impossibilidade. **Recurso de apelação criminal n. 2012.009946-8/0000-00 Campo Grande**. Apelante Cleidson João dos Santos. Apelado Ministério Público Estadual. Relator Desembargador Miguel Abss Duarte.

Segunda Câmara Criminal. Dj: 21/06/2012. Disponível em:

<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – TJ/MS. Apelação criminal. Suspensão condicional do processo – Impossibilidade – Instituto próprio dos Juizados Especiais.

Recurso de Apelação Criminal n. 2010.018984-0/0000-00 Campo Grande. Apelante Ministério Público Estadual, Anair Vegas Medina Centurião e Kátia Olinda da Silva. Apelado Ministério Público Estadual, Mailton Natanael da Conceição, Anair Vegas Medina Centurião e Kátia Olinda da Silva. Relatora Desembargadora Marilza Lúcia Fortes. Primeira Turma Criminal. DJ: 02/08/2010. Disponível em:

<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=31&tpClasse=J>. Acesso em: 12 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS. **Habeas Corpus n.**

70039464094. Impetrante Maristela Scarinci Issi. Paciente Urania Simonete De Oliveira.

Coautor Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Alvorada. Relator Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Segunda Câmara Criminal. DJ 09/12/2010. Disponível em:

http://google4.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70039464094%26num_processo%3D70039464094%26codEmenta%3D3964677+uso+de+drogas+e+misto+e+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70039464094&comarca=Comarca+de+Alvorada&dtJulg=09-12-2010&relator=Marco+Aur%2E9lio+de+Oliveira+Canosa. Acesso em: 06 de agosto de 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, V. 4:** legislação penal especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Código Penal comentado:** acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS JUNIOR, **Roberto Mendes de. Drogas:** comentários à Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada:** artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos:** prevenção-repressão. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos:** prevenção-repressão: comentários à Lei n.º 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas anotada:** Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal:** Parte Geral. V. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos:** Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas. 8 .ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos; 6. ed. atual., de acordo com as Leis ns. 9.677, de 2-7-1988 e 9.695, de 20-8-1998. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Atlas, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas. 4. ed. rev. atual. e ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. **Direito processual penal, 5. 4. ed.** São Paulo: Saraiva, 2011
- SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Ação penal**: Lei n. 6.368/76. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SANTOS, Adriano Alves dos. *Lei de drogas: evolução histórica e legislativa no Brasil*. **JurisWay**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4818. Acesso em 26 de julho de 2012.
- SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério; LAVORENTI, Wilson. **Leis penais especiais anotadas. 12. ed.** São Paulo: Millennium Editora, 2011.