

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS DA LEI 11.343/2006

Stephanie Pavoni de Conti

Presidente Prudente/SP

2013

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS DA LEI 11.343/2006

Stephanie Pavoni de Conti

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2013

ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS DA LEI 11.343/2006

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

MÁRIO COIMBRA

ANTENOR FERREIRA PAVARINA

MARCO AURÉLIO RIBEIRO KALIFE

Presidente Prudente, 14 de novembro de 2013.

“A dependência da política de drogas é algo mais perigoso do que a dependência da própria droga, até porquanto os malefícios não se circunscrevem a uma só pessoa.”

Nilo Batista

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me presenteou com a vida.

À minha mãe, Alexandra Pavoni, exemplo de vida. Obrigada por colocar os estudos dos filhos como prioridade em sua vida; por me auxiliar a sedimentar meu caminho pessoal em busca de ser uma boa profissional com seriedade, verdade, decência e humildade. Aos meus queridos irmãos, Yan Pablo e Enrico, pela companhia, amor, carinho e momentos alegres que me proporcionam.

Ao meu namorado, João Paulo Tardin, que me apoia em todas as etapas da minha vida, em especial nos meus estudos.

Ao meu orientador Mário Coimbra, pela dedicação concedida a este trabalho.

Agradeço aos meus examinadores, Dr. Antenor Ferreira Pavarina, por ter prontamente aceito meu convite e por todos os ensinamentos dispensados em suas aulas e ao Dr. Marco Aurélio Ribeiro Kalife, pessoa que admiro e respeito, por me dar a oportunidade de trabalhar ao seu lado, podendo absorver todo o seu conhecimento jurídico, o que contribui de maneira indescritível para minha formação profissional.

Enfim, a todos que de alguma forma cooperaram para o desenvolvimento desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho traz o estudo referente às alterações legislativas provocadas pela Lei n. 11.343/2006, tendo por base os seus principais aspectos penais e processuais no ordenamento pátrio. Primeiramente foi abordada a questão histórica das drogas e legislações vigentes no Brasil, desde a época Brasil Colônia até os dias atuais. Ainda, dentro do contexto histórico, foi elaborado um breve estudo das Convenções Internacionais a respeito das drogas. Explana-se a respeito da conduta de portar a droga para consumo pessoal, descrita no tipo previsto pelo artigo 28, onde foi discutida a sua descriminalização ou despenalização, análise do tipo penal, ainda que sucintamente, e as penas aplicadas. Posteriormente, buscou-se à análise do tráfico de drogas previsto no caput do artigo 33, discorrendo sobre suas inovações legislativas, o tratamento equiparado aos crimes hediondos e principais características, analisando como um todo o tipo penal. O trabalho alcançou, ainda, as figuras equiparadas ao crime de tráfico de drogas. Por fim, foram feitas considerações sobre a inconstitucionalidade da proibição da conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no tráfico privilegiado.

Palavras-chave: Drogas. Nova Lei de Drogas. Inovações Legislativas. Consumo pessoal. Descriminalização. Despenalização. Tráfico de Drogas. Insignificância. Retroatividade. Inconstitucionalidade. Tráfico Privilegiado.

ABSTRACT

The present work brings the study concerning legislative changes caused by the law n. 11,343/2006, focusing their criminal and procedural aspects in the homeland legislation. Initially was broached the historic question on drugs and legislations in Brazil, since colonial period to the present day. Still, within the historical context, was elaborated a brief study of international conventions regarding to drugs. The act of porting drugs for personal consumption, described in article 28, is explained, discussing the decriminalization or absence of punishment, even though briefly, has been done a criminal type and penalties analysis. Subsequently sought the analysis of drug trafficking set out in the caput of article 33, discussing their legislative treatment innovations, the matching treatment to heinous crimes and main features, doing a broad analysis of the criminal clause. Finally, considerations were made on unconstitutional prohibition of conversion of imprisonment in restrictive rights penalties in privileged traffic.

Key Words: Drugs. New Drug Law. Legislative Innovations. Personal consumption. Decriminalization. Absence of Punishment. Drug Trafficking. Insignificance. Retroactivity. Unconstitutionality. Privileged Traffic.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 8 |
| 2. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E PRINCIPAIS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS | 10 |
| 2.1 Das Ordenações Filipinas Até a Atual Constituição Federal..... | 10 |
| 2.1.1 Ordenações Filipinas..... | 10 |
| 2.1.2 Código Criminal do Império..... | 10 |
| 2.1.3 Código Penal de 1890..... | 11 |
| 2.1.4 Código Penal de 1940..... | 12 |
| 2.1.5 Lei 5.726/71 | 13 |
| 2.1.6 Lei 6.368/76 | 13 |
| 2.1.7 Constituição Federal de 1988 | 13 |
| 2.2 Da Confusão Legislativa Ocasionalada Pelas Leis 6.368/1976 e 10.409/2002.. | 14 |
| 2.3 Da Elaboração da Lei 11.343/2006 | 15 |
| 2.4 Das Convenções Internacionais | 16 |
| 3. A INOVAÇÃO LEGISLATIVA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 | 19 |
| 3.1 A Inovação Legislativa | 19 |
| 3.2 Descriminalização ou Despenalização da Posse de Drogas? | 21 |
| 3.3 Análise do Tipo Penal | 23 |
| 3.3.1 Condutas | 23 |
| 3.3.2 Consumação e tentativa..... | 25 |
| 3.3.3 Sujeitos | 26 |
| 3.3.4 Bem jurídico tutelado..... | 26 |
| 3.3.5 Objeto material..... | 27 |
| 3.3.6 Requisito normativo do tipo..... | 27 |
| 3.4 As Penas do Artigo 28 e sua Aplicação | 28 |
| 3.4.1 Penas cominadas..... | 28 |
| 3.4.2 Reincidência..... | 30 |
| 3.4.3 Execução das penas | 31 |
| 3.4.4 Prescrição das penas..... | 32 |
| 3.5 O Princípio da Retroatividade | 32 |
| 3.6 O Princípio da Insignificância..... | 33 |
| 4. DO TRÁFICO DE DROGAS E FORMAS EQUIPARADAS | 35 |
| 4.1 Do Tráfico de Drogas..... | 35 |
| 4.1.1 A inovação legislativa do artigo 33..... | 35 |
| 4.1.2 A incidência da lei dos crimes hediondos..... | 37 |
| 4.1.3 Análise do tipo penal | 39 |
| 4.1.4 O princípio da retroatividade | 43 |
| 4.1.5 O princípio da insignificância..... | 43 |
| 4.1.6 Competência | 45 |
| 4.1.7 Pena..... | 46 |
| 4.1.8 Regime de cumprimento de pena e possibilidade de progressão | 47 |
| 4.2 Das Figuras Equiparadas ao Tráfico de Drogas | 50 |
| 4.2.1 Do inciso I do §1º | 50 |

| | |
|---|-----------|
| 4.2.2 Do inciso II do §1º | 52 |
| 4.2.3 Do inciso III do §1º | 54 |
| 4.3 Do Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Uso Indevido de Drogas | 57 |
| 4.4 Do Oferecimento Gratuito do §3º..... | 60 |
| 4.5 A Causa de Diminuição de Pena do §4º | 63 |
| | |
| 5. CONCLUSÃO | 70 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA | 72 |

1. INTRODUÇÃO

A nova Lei de Drogas, publicada em 24 de agosto de 2006, teve a sua entrada em vigor em 08 de outubro de 2006. O estudo de tal tema se mostra relevante e importante para a formação acadêmica, visto que tal lei trouxe inúmeras inovações em relação às leis que antes tratavam a respeito das drogas.

Destarte, a nossa nova lei trouxe inúmeras modificações relacionadas à figura do usuário de drogas. Ela criou duas novas figuras típicas: transportar e ter em depósito; substituiu a expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas; não mais existe a previsão da pena privativa de liberdade para o usuário; passou a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa; tipificou a conduta daquele que, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

A nova lei trouxe enorme gama de modificações, invertendo vários temas, no sentido benéfico, acerca de determinados assuntos concernentes a drogas. Exemplo: o usuário de droga era considerado criminoso, punido com prisão. Atualmente, o usuário não é mais tratado como criminoso, mas doente, vítima da droga. Passou a ter a preocupação com a sua reinserção social. Surge também uma preocupação com a política de prevenção de uso de drogas. Ademais, aumentou o poder de fogo contra os traficantes, criando, por exemplo, a figura do financiador do tráfico.

Não obstante a isto, temos a criação do SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas: estrutura a administração desse órgão nos primeiros artigos da lei. 11.343/06.

A Lei n. 11.343/2006 trouxe uma grande inovação legal. Passou a incriminar a conduta de semear, cultivar ou colher, para consumo pessoal, plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Pelo exposto, a norma atual criou alguns tipos que necessitavam de regulamentação, como o informante e o financiador. Por outro lado, além de desproporcionar as multas a alguns casos anteriormente descritos, implementou a pena de advertência verbal aos incursos no art. 28.

A polêmica da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, prevista pelo artigo 33, não deve ser vista como dúvida, pois a norma processual não pode ser em malefício do agente.

Além destes, muitos outros temas controversos devem ser analisados, e por isso demonstra-se importante o desenvolvimento desse trabalho.

2. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E PRINCIPAIS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

2.1 Das Ordenações Filipinas até a atual Constituição Federal

2.1.1 Ordenações Filipinas

Os primeiros vestígios a respeito da preocupação em relação aos tóxicos no Brasil podem ser encontrados ainda na época do Brasil Colônia.

Esse período compreende os anos de 1500 até 1822, em que o Brasil, colônia de Portugal, tinha todo o ordenamento e estruturas jurídicas regulamentados nas denominadas Ordenações Reais, quais sejam as Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603).

A Ordenação Filipina, elaborada por D. Felipe I, entrou em vigor somente em 1603 durante o reinado de Felipe II.

É na Ordenação Filipina que podemos encontrar os primeiros sinais de preocupação com a posse e uso de determinadas substâncias. O título LXXXIX da respectiva Ordenação determinava que:

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, nem escamoneá, nem ópio, salvo se for Boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.

2.1.2 Código Criminal do Império

Com a promulgação da independência do Brasil, em 1822, feita por Dom Pedro I, as Ordenações passaram a ser revogadas e surgiu o Código Criminal do Império de 1830.

Apesar de o Código Criminal nada falar a respeito dos tóxicos, o Decreto 828 de 29 de setembro de 1851 é imperioso ao regulamentar a venda de determinadas substâncias. O capítulo VII do Decreto 828 trata da venda de medicamentos e de quaisquer substâncias medicinais. Estas estão exemplificadas nos artigos 67 a 69 do mesmo dispositivo legal:

Art. 67. Os medicamentos compostos, de qualquer denominação que sejam, ou quaesquer outros activos, não poderão ser vendidos senão por pessoa legalmente autorizada. Os droguistas não poderão vender drogas ou medicamentos por peso medicinal, nem poderão vender os medicamentos compostos chamados officinaes.

Art. 68. As substancias venenosas constantes da 1ª tabella a que se refere o Art. 79 não poderão ser vendidas se não a Boticarios e droguistas matriculados. As empregadas em artes e para fabricas só serão vendidas aos fabricantes, quando estes apresentarem certidão de matricula.

Art. 69. Para as vendas de que se trata no Artigo antecedente haverá livro proprio rubricado pelo Presidente da Junta ou pelos das Commissões, por seus Delegados ou pelos Provedores. Cada vendedor terá o seu livro, onde, se lavrará hum termo que será assinado pelo comprador, vendedor e duas testemunhas, fazendo-se nelle expressa menção da qualidade e quantidade da substancia vendida.

2.1.3 Código Penal de 1890

Com a edição da Lei Áurea em 1888, abolindo, portanto a escravatura no Brasil, e com a proclamação da República em 1889, surgiu a necessidade de uma nova legislação. Em 11 de outubro de 1890 entrava em vigor o Código Penal Republicano.

O Código de 1890, em seu Título III, Capítulo III, tratava dos crimes contra a saúde pública. Neste diapasão, o artigo 159 do referido Códex considerou crime:

Art. 159. Expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários.

Entretanto, apesar do referido dispositivo prever o delito, ele não se mostrou capaz de combater a denominada “onda de toxicomania” que invadia o Brasil em 1914.

Diante dos grandes defeitos encontrados no Código Penal Republicano, em 1932 foi aprovada a Consolidação das Leis Penais pelo Decreto n. 22.213. A Consolidação das Leis Penais em seu artigo 159 punia as seguintes ações relacionadas às substâncias entorpecentes:

Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias.

Com a promulgação do Decreto-Lei 891/38, inspirado na Convenção de Genebra a proibição alcançou maior sistematização. Estabeleceu-se a relação das substâncias consideradas entorpecentes, as normas de restrição à produção, consumo e tráfico e ainda a internação e interdição dos dependentes.

2.1.4 Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940, vigente no Brasil, teve origem no projeto de Alcântara Machado, sendo submetido a uma revisão por célebres doutrinadores, quais sejam, Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira. O atual Código foi criado ainda no governo de Getúlio Vargas e entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

A parte penal do então Decreto-Lei 891/38 foi alterada pelo artigo 281 do Código Penal de 1940, que passou a tratar dos entorpecentes no capítulo dos crimes contra a saúde pública e descriminalizou o consumo.

2.1.5 Lei 5.726/71

Em 1971 surge a primeira lei específica a tratar da matéria dos entorpecentes: Lei n.5.726, de 29 de outubro de 1971. Essa lei trouxe medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de entorpecentes e ainda criou um rito processual diferente para o julgamento desses delitos.

2.1.6 Lei 6.368/76

A lei especial 6.368, de 21 de outubro de 1976, revogou a Lei n. 5.726, exceto o seu artigo 22, que manteve o procedimento sumário nos casos de estrangeiro que comete crime de tráfico de entorpecente.

2.1.7 Constituição Federal de 1.988

Em 1988 foi concluída a Convenção de Viena e no mesmo ano, promulgada a Constituição Federal. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e trouxe as garantias e direitos fundamentais dos indivíduos.

Com relação às drogas, equiparou o tráfico aos delitos hediondos, prevendo a sua inafiançabilidade, sendo insuscetível de anistia ou graça (Artigo 5º, inciso XLIII). No artigo 5º, inciso LI, temos a autorização da extradição do brasileiro naturalizado se comprovado seu envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes.

2.2 Da Confusão Legislativa Ocasionada pelas Leis 6.368/1976 e 10.409/2002

A Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002 tinha como finalidade precípua substituir a Lei 6.368/76. Ocorre que a sua redação mostrou-se de péssima qualidade, sofrendo dezenas de vetos Presidenciais, formando uma verdadeira colcha de retalhos.

Exemplificando temos o Capítulo III, “Dos crimes e das penas”, que devido a sua malfadada definição dos crimes fora vetado. Do mesmo modo, o Poder Executivo viu-se obrigado a vetar o artigo 59 do projeto, que tratava a respeito da revogação da Lei 6.368/76.

Por essas razões, a Lei 6.368/76 continuou vigente e ainda, aplicável desde que não incompatível com a lei nova, de modo que os crimes de tóxicos previstos nela continuariam valendo.

Nas palavras de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2008, p. 06):

Dada a péssima qualidade no seu aspecto mais importante, qual seja, a definição dos crimes, o Poder Executivo foi obrigado a vetar todo o Capítulo III, “Dos crimes e das penas”. De forma coerente, o Poder Executivo também vetou o artigo 59 do projeto, que disporia sobre a revogação da Lei 6.368/76. Isso permitiu-nos concluir que esse diploma continuou em vigor no que não fosse compatível com a então nova lei. A definição de crimes e penas não tinha qualquer incompatibilidade.

Destaca-se um grande problema em razão dos defeitos contidos na Lei 10.409/02: a questão procedimental.

O Capítulo IV, “Do Procedimento Penal”, em seu artigo 27 previa que o “procedimento relativo aos crimes definidos nesta lei rege-se pelo disposto neste capítulo”. Entretanto, a parte que tratava dos crimes encontrava-se integralmente vetada e isso gerou uma série de interpretações a respeito da aplicabilidade ou não do procedimento previsto na Lei 10.409/02.

Destaca-se a irrepreensível doutrina de Damásio E. de Jesus (2010, p. 16), ao discorrer sobre o tema:

Embora em vigor, os arts. 27 a 34 não possuíam eficácia. O art. 27 determinava: “O procedimento relativo aos processos *por crimes definidos nesta Lei* rege-se pelo disposto neste Capítulo...” (destaque nosso). Ocorre que a Lei n. 10.409/02 não definia crimes (vide, acima, o item 2). Logo, os dispositivos do mencionado capítulo ficaram sem objeto. Consequência, de acordo com essa orientação: na parte inquisitória do procedimento penal por crimes concernentes ao tráfico de tóxicos subsistiam as disposições da Lei 6.368/76 (flagrante, investigação, perícia, etc).

Neste sentido, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2008, p. 07) lecionam:

Prosseguindo em sua senda de improbidade e defeitos, o art.27 dispunha: “O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo...”. Isso permitiu concluir que, em virtude do veto às disposições penais, “nesta Lei” não havia previsão de crimes, visto que se encontram na Lei 6.368/76. [...] Diante desse contexto, posicionamos no sentido de que deveria continuar sendo aplicado, também, o procedimento da Lei 6.368/76, talvez por razões exclusivamente práticas, o que suscitou polêmicas.

Portanto, com relação aos crimes a doutrina majoritária defendia que o procedimento penal investigatório da Lei 6.368/76 deveria ser aplicado, fulminando portando a aplicabilidade do Capítulo IV da nova Lei, “Do procedimento penal”.

2.3 Da Elaboração da Lei 11.343/2006

Diante da decadente situação legislativa a respeito das drogas, tornava-se flamula a necessidade de uma nova política de drogas no Brasil.

A nova Lei de Drogas originou-se no Senado, em especial pelo “Grupo de Trabalho – Subcomissão – Crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro (Grupo 03)”. Após ser remetido para a Câmara dos Deputados para revisão, o projeto recebeu o nº 7.134/2002. A Câmara, então, apresentou um projeto substitutivo e o mesmo voltou ao Senado para ser emendado. Após algumas alterações, finalmente em 23 de agosto de 2006 foi sancionada a nova Lei de Drogas que é regulamentada pelo Decreto 5.912/2006.

A nova Lei de Drogas revogou expressamente a Lei nº 6.368/1976 e a Lei nº 10.409/2002. Em 24 de agosto de 2006, foi publicada a nova Lei de Drogas, e com data para entrar em vigor no dia 08 de outubro de 2006.

Como bem explanado pelo ilustre Luiz Flávio Gomes (2006, p. 23):

A nova Lei, nitidamente abarca duas tendências. A proibicionista dirige-se contra a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas, enquanto que a prevencionista é aplicada para o usuário e para o dependente. A Lei, ademais, está atenta às políticas de atenção e de reinserção social do usuário e do dependente. Trata-se, portanto, de uma importante mudança ideológica, principalmente porque a nova Lei determina a “observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social.

Ao fazermos uma análise da Lei verificamos que se divide em seis (06) títulos. No Título I e II temos disposições preliminares e a instituição do chamado Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, que vai ao encontro de uma política mais adequada ao mundo em que vivemos.

No Título III (Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas) o legislador nos traz a diferença entre o traficante e usuário, mostrando-se preocupado com a prevenção e reinserção do usuário de drogas. Este Título divide-se em três capítulos, sendo que o Capítulo III reserva-se para a questão dos crimes e das penas.

Continuando, no Título IV encontramos as medidas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Aqui a lei se faz mais severa e revela o seu caráter punitivo. E por fim teremos nos títulos V e VI, a questão da cooperação internacional bem como disposições finais e transitórias.

2.4 Das Convenções Internacionais

No campo das Convenções Internacionais, devemos nos atentar ao fato de que o uso das drogas é algo muito antigo, tão antigo quanto a existência da

própria humanidade. Isso é fato devido a grande variedade de plantas e seus respectivos venenos produzidos, sempre estudados pelas antigas civilizações e que faziam parte de sua farmacologia.

Estudos apontam que o ópio seria a primeira droga descoberta pelas antigas civilizações e muito utilizada em cultos religiosos e medicamentos. Entretanto, nos meados do século XIX começou-se a utilizar o ópio de forma incontrolável e isso trouxe uma grande preocupação, principalmente nos EUA, China e Reino Unido.

Em 1909 ocorreu a primeira Conferência de Xangai, que reuniu cerca de 10 países para tratar a respeito do tema preocupante e acabou não rendendo bons frutos. No ano de 1911 temos a primeira Conferência Internacional do Ópio, reunida em Haia, que teve como resultado a Primeira Convenção Internacional do Ópio. Essa Convenção acabou tendo a sua aplicabilidade e execução prejudicadas tendo em vista a ocorrência da 1ª Guerra Mundial.

Já em 1925 nós temos a Segunda Conferência realizada em Genebra, na qual instituiu um sistema de controle do tráfico internacional de drogas. A essa Conferência compareceram os países membros da Sociedade das Nações, os EUA e a Alemanha.

Posteriormente, em 1931 tivemos a aprovação de uma Convenção de Limitação e, posteriormente em 1936 é aprovada a Convenção que tipifica o tráfico de drogas como crime e ainda impõe sanções severas aos traficantes. No mesmo ano, o Brasil cria a Comissão de Fiscalização de Entorpecentes.

Estabeleceu-se em 1945 a Comissão de Entorpecentes (CND/ONU), que se mostrou ineficaz nos anos cinquenta, devido à globalização e a organização dos traficantes de drogas.

Por esse motivo, em 1953 foi assinado o Protocolo do Ópio. Através desse protocolo limitou-se a utilização do ópio com a finalidade de diminuir a sua comercialização de forma ilícita.

Visando simplificar a abordagem à proibição ao controle de comércio das drogas, em 30 de março de 1961, firmou-se a Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes.

Discorrendo sobre referida Convenção, destaca-se o ensinamento de Luiza Lopes da Silva (2013, p. 108):

Desse modo, os seis tratados e três protocolos de emendas foram fundidos na Convenção Única de 1961, em vigor até os dias de hoje. Sem dispositivos excessivamente rigorosos, a Convenção promoveu a universalidade do sistema e tornou-se a nova base do regime internacional de controle. Permaneceram intactos os principais pilares dos tratados anteriores: submissão de estimativas das necessidades e estatísticas sobre drogas, sistema de certificação de importações e exportações, registro das empresas fabricantes, comerciantes e distribuidoras de drogas e de suas respectivas transações e classificação das substâncias em quatro listas de controle de acordo com os usos para fins médicos e científicos (muitos, poucos, alguns ou nenhum), cada qual submetida a dispositivos diferentes. Seu propósito fundamental foi o de “limitar exclusivamente a fins médicos e científicos a produção, fabricação, exportação, importação, distribuição, comércio, consumo e posse de drogas”, garantir a disponibilidade de drogas para fins médicos e científicos e suprimir a disponibilidade de drogas para o mercado ilícito. Declarou “ilícitas” as plantas contendo substâncias para a produção de drogas entorpecentes ou psicotrópicas (aí se incluindo folha de coca e cannabis) e estabeleceu um marco jurídico multilateral para sua erradicação. Reforçou o controle sobre a cannabis e a palha de ópio (poppy straw), proibiu internacionalmente o fumo e ingestão do ópio e do haxixe e a mastigação de folha de coca. Deu aos países um período de transição para pôr fim àqueles hábitos milenares, abertura que permitiu que muitos continuassem se esquivando do cumprimento.

Em 21 de fevereiro de 1971, em Viena, firmou-se a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto n. 79.388/77. Valendo-se novamente da sapiência de Luiza Lopes da Silva (2013, p.127):

A principal novidade da Convenção de 1971 foi que os Estados signatários se comprometeram a velar pelo “juízo, a percepção e o estado de ânimo”, quando, até então, o compromisso fora tão somente de impedir o abuso de drogas entorpecentes ou criadoras de dependência. Como as principais drogas a serem proibidas careciam de capacidade de criar dependência, a nova norma as regulamentou como psicotrópicas, ou seja, alteradoras do estado da mente. Restringiu-se dessa forma a disponibilidade de boa parte das substâncias que vinham sendo legalmente utilizadas desde os anos trinta

Por fim, a Convenção de 1988, que entrou em vigor internacional em 11 de novembro de 1990, veio no sentido de reconhecer o tráfico de drogas como uma atividade criminal internacional, visando fortalecer efetivamente o seu combate.

Novamente vale-se do artigo de Luiza Lopes da Silva (2013, p. 249), onde fica delineada a importância da Convenção de 1988:

A Convenção de 1988 reconheceu o tráfico ilícito como uma “atividade criminosa internacional” e listou ampla gama de medidas práticas a serem adotadas pelas autoridades de aplicação da lei: sanções adequadas para crimes relacionados ao narcotráfico; identificação, bloqueio e confisco de produtos e bens do narcotráfico; tipificação nas legislações nacionais de crimes conexos, especialmente lavagem de dinheiro; assistência mútua legal, incluindo extradição; cooperação entre órgãos de aplicação da lei, inclusive para treinamento; cooperação internacional e assistência para Estados de trânsito; controle de substâncias precursoras, materiais e equipamentos utilizados na produção de drogas. Compõe-se majoritariamente de dispositivos de caráter coercitivo.

Portanto, faz-se necessário guardar observância a questão das Convenções estudadas, tendo em vista a sua relevância na esfera internacional e no direito interno brasileiro, eis que o ordenamento brasileiro aprimorou-se em razão das mesmas.

3. A INOVAÇÃO LEGISLATIVA DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

3.1 A Inovação Legislativa

A Lei 11.343/2006 inovou em diversos aspectos. O artigo 28 é de grande importância para o século em que vivemos, pois ele trouxe o crime de portar a droga para uso pessoal mais próximo de uma política de prevenção e preocupação com o usuário. Dessa forma, afastou a referida conduta do crime de tráfico, tratando de abrandar o estigma de pena criminal do usuário e dependente, mas não descriminalizando a conduta.

Com relação às condutas sancionadas pelo artigo 28, ele repete o que se encontrava contemplado no artigo 16 da Lei 6.368/76, que dizia:

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

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

Entretanto, antes da Lei 11.343/06 eram incriminadas apenas três condutas, quais sejam adquirir, guardar ou trazer consigo. Com o advento da Lei de Drogas, o artigo 28 estende as condutas previstas anteriormente no artigo 16 e passa a sancionar as condutas de ter em depósito e transportar:

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 [...]

Outra grande alteração verifica-se na mudança na expressão “para uso próprio”, que foi substituída pela “para uso pessoal”. Antes da alteração do artigo 28, somente aplicaria o artigo 16 se o agente estivesse com a droga exclusivamente para uso próprio. Se o agente portasse a droga para consumo próprio e também consumo pessoal de terceiro, a sua conduta enquadrava-se no artigo 12 da Lei 6.368/76, que correspondia ao crime de tráfico.

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.

Desta forma, a alteração do artigo 28 é muito importante, pois ampliou a possibilidade do enquadramento em crime mais benéfico de determinadas condutas que antes não eram permitidas. Deve ser ressaltado que a nova expressão utilizada pelo artigo 28 não se aplica ao sujeito que possui a droga e tem a intenção de distribuí-la para outrem, mas, por exemplo, aplica-se aquele que divide a droga com companheiros ou para uso doméstico com mais de uma pessoa.

3.2 Descriminalização ou Despenalização da Posse de Drogas?

A grande polêmica está justamente na inovação em relação às penas impostas ao agente que pratica uma das condutas descritas no artigo 28. As penas referentes a usuários e dependentes de drogas de acordo com a nova Lei de Drogas são as seguintes:

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.

Com a redação do artigo acima transcrito não se comina nenhuma das penas previstas no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e por isso essa alteração gerou tanta polêmica e discussão entre os doutrinadores. São vários os posicionamentos na doutrina analisando se houve ou não a descriminalização da conduta da posse de droga para consumo pessoal.

O primeiro doutrinador a discutir a questão acima esposada foi Luiz Flávio Gomes. Segundo ele houve a descriminalização (abolitio criminis) da posse de drogas para consumo pessoal, entretanto, não houve a legalização. A conduta do artigo 28 deixou de ser crime uma vez que não se enquadra no conceito de crime previsto pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.

De acordo com o artigo 1º: "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente". Deste modo, as sanções impostas à conduta do artigo 28 não conduzem a nenhum tipo de prisão prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, a posse de drogas para consumo pessoal seria um fato ilícito sui generis. Não é um ilícito penal e nem administrativo, sendo muito semelhante às medidas sócio-educativas do ECA.

Como bem assinalou Luiz Flávio Gomes (2006, p. 110):

Ora, se legalmente (no Brasil) 'crime' é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova Lei) deixou de ser 'crime' porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: a nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de 'infração penal' porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração 'penal' no nosso País.

De outro lado, temos Vicente Greco Filho que afirma que a lei não descriminalizou nem despenalizou a conduta do artigo 28. Para ele o Capítulo III onde está inserido o artigo 28 expressamente traz “Dos Crimes de Das Penas”, ou seja, penas criminais próprias e específicas desse tipo penal.

Nesse sentido argumenta o doutrinador (2008, p. 44):

Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução do 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 do decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que lei mais recente não possa alterar.

Elementar se faz destacar que o Supremo Tribunal Federal, em 2007, ao julgar o Recurso Extraordinário 430105/QO do Rio de Janeiro, se posicionou no sentido de que não houve a descriminalização da conduta descrita no artigo 28 da nova Lei de Drogas:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolição criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas

privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário. (BRASIL. STF, 1ª Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).

Portanto, o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência e doutrina é de que não houve a descriminalização da conduta descrita no artigo 28 da nova Lei de Drogas.

3.3 Análise do Tipo Penal

3.3.1 Condutas

O artigo 28 trata-se de um tipo misto alternativo de conteúdo variado, sendo que para a configuração desse delito a norma incriminadora prevê mais de uma conduta, que podem ser cometidas pelo agente de forma cumulativa ou alternativamente.

As condutas incriminadas pelo artigo 28 são cinco: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo.

Adquirir significa obter, gratuita ou onerosamente, ou seja, passar a ser proprietário.

Com referência a esta conduta, Nestor Távora e Bruno Henrique França (2012, p.44) elucidam: “Adquirir consiste no ato de aquisição da droga; transmissão da propriedade pela mera tradição da droga, independente de qualquer forma especial ou formalidade, bem como eventuais ajustes relativamente ao pagamento.”

Guardar consiste na conduta de manter, conservar a droga clandestinamente.

Ter em depósito refere-se à conduta de manter a droga sob imediato e constante controle. Nessa conduta o agente não necessita ser encontrado com o tóxico no momento do flagrante, bastando que a droga esteja apenas a pronto alcance.

Nesta perspectiva, destaca-se o julgamento da Egrégia Suprema Corte:

Nos crimes permanentes, conforme dispõe o artigo 303 do CPP, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Assim, pode ser preso em flagrante o agente que mantenha em depósito substância entorpecente que seria destinada ao tráfico, embora possa ele não se encontrar, ao ser preso, junto aos tóxicos (STF - RHC 65.311 - Rel. Aldir Passarinho - RTJ 123/526 e RT 624/411).

Transportar transmite a ideia de levar a droga de um local para outro. Esse transporte pode se dar em nome próprio ou de terceiro. É o que leciona Damásio E. de Jesus (2010, p.67):

O transporte pode ser em nome próprio ou de terceiro (RJTJMS, 18:249). O sujeito pode transportar a droga por intermédio de terceiro insciente da natureza da mercadoria (RF, 250:363). Assim, pode haver transporte sem que o agente traga consigo o entorpecente (RF, 250:363)

E por fim, trazer consigo denota a conduta de portar a droga. Esse porte pode se dar, por exemplo, no bolso, nas mãos, na bolsa, na boca, entre outros inúmeros locais possíveis.

As condutas de guardar, ter em depósito e trazer consigo consistem em delitos permanentes, ou seja, a sua consumação se protraí no tempo, de modo

que o agente poderá ser capturado em qualquer momento. Entretanto, aqui não será lavrado o auto de prisão em flagrante, muito menos o indivíduo ficará detido.

As condutas acima descritas constituem o chamado delito de mera conduta. Nesse delito, basta que se pratique qualquer das condutas acima mencionadas, sendo desnecessária a prova de perigo concreto para o bem jurídico tutelado.

3.3.2 Consumo e tentativa

Para que o agente incida no artigo 28, não basta a prática tão somente das condutas descritas no caput do artigo. O tipo infracional descrito em tal artigo somente se admite na forma dolosa. O agente deve praticar uma das condutas descritas pelo artigo 28 e ainda saber que se trata de uma droga (ilícita, portanto) e querer ter a posse dessa droga.

Além do dolo, deve ser verificada a existência do dolo específico, ou seja, o agente tem que ter a intenção especial de consumir a droga.

Para auferir se a droga é para consumo pessoal ou destinação a terceiros, a lei estabeleceu critérios, sendo eles: natureza e quantidade da droga apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias pessoais e sociais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Neste mesmo prisma, registra-se o ensinamento de Luiz Flávio Gomes (2006, p. 122), discorrendo sobre a consumação do delito:

Consuma-se a infração com a simples realização de qualquer uma das condutas descritas no tipo (basta o desvalor da conduta). O tipo não exige nenhum resultado (ou seja: não é precisa comprovar perigo concreto). De qualquer modo, é preciso que se comprove a idoneidade lesiva da conduta, o que exige sua prova inequívoca assim como prova da idoneidade tóxica da droga (prova de que se trata efetivamente de uma das substâncias entorpecentes descritas na Anvisa).

Dessa forma é possível se fazer uma distinção entre o artigo 28 da Lei de Drogas e o artigo 33, §3º:

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

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

Essa classificação da conduta é importante, pois uma vez enquadrado no artigo 33, §3º o agente será responsável por uma modalidade abrandada do crime de tráfico, mas substancialmente mais grave do que a prevista pelo artigo 28.

Com relação à tentativa, no plano dos fatos é perfeitamente possível.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes (2006, p. 122):

Contenta-se (para a consumação) com a mera realização da conduta, que então é um “perigo de um perigo concreto”. Esse é o patamar mínimo para a punibilidade da posse de droga para consumo pessoal. Toda conduta que represente menos que a efetiva posse deve ficar impune, pois do contrário haveria uma exagerada antecipação da tutela legal (ou seja: um perigo de perigo de um perigo concreto).

Entretanto, como não existe nenhuma sanção prevista para esse caso, e mais, vislumbrando o objetivo da nova Lei, qual seja, no sentido de cuidar do usuário de drogas, a tentativa é impunível.

3.3.3 Sujeitos

O sujeito ativo da conduta pode ser qualquer pessoa da sociedade. Em se tratando de menor de dezoito anos irá aplicar as medidas sócio-educativas previstas no ECA.

O sujeito passivo é a própria coletividade.

3.3.4 Bem jurídico tutelado

O artigo 28 tutela dois bens jurídicos. O bem jurídico imediato trata-se da saúde pública e o bem jurídico mediato tutela a vida e integridade física do usuário.

3.3.5 Objeto material

O objeto material do crime é a droga. A droga conforme dispõe o artigo 66 da Lei 11.343/06:

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.

Neste prisma, aponta-se a doutrina de Luiz Flávio Gomes (2006, p.123):

Estamos diante de uma lei em branco heterogênea (ou heteróloga). Se a substância (se o objeto material do delito) não for apreendida, impossível a constatação da sua idoneidade tóxica. Não se comprova a materialidade da infração. Isso conduz a absolvição do agente (ou mesmo à impossibilidade de se iniciar qualquer procedimento sancionatório, seja consensual, seja conflitivo). Se essa mesma substância não se encontra nas listas da Anvisa, não há que se falar em infração. Recorde-se que a lei em branco é constituída de dois textos normativos: um principal e um complemento. A ausência de qualquer um deles conduz à inexistência de tipo (atipicidade). Se a substância apreendida for retirada da lista, dar-se-á *abolitio criminis*.

Logo, o delito do artigo 28 trata-se de uma norma penal em branco, a ser complementada pela lista de drogas prevista pela Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), pertencente ao Ministério da Saúde.

3.3.6 Requisito normativo do tipo

Podemos extrair dois requisitos normativos do tipo, quais sejam, “droga sem autorização” e “em desacordo com determinação legal”. Esses dois requisitos normativos do tipo devem ser analisados pelo juiz para que seja feita a constatação da existência ou não de conduta típica.

Disciplina a ilustre doutrina de Luiz Flávio Gomes (2006, p.124), a respeito da ausência de tais requisitos:

Se a conduta praticada é autorizada ou está em consonância com uma determinação legal ou regulamentar, não pode ser desaprovada (ou seja: não é típica). Muitas pessoas estão autorizadas a trazer consigo, guardar, adquirir, transportar ou ter em depósito algumas drogas: dentistas, médicos, hospitais, etc. Nesse caso, havendo uma norma que permite realizar a conduta, o que está permitido por uma norma não pode estar proibido por outra (essa é a lógica da tipicidade conglobante de Zaffaroni, que coincide tanto com a lógica da tipicidade material que nós sustentamos como com a lógica da imputação objetiva de Roxin).

Ressalta-se, então, que não serão tidas como típicas, quando as condutas praticadas pelos agentes estiverem em conformidade com as normas autorizadoras.

3.4 As Penas do Artigo 28 e sua Aplicação

3.4.1 Penas cominadas

A razão para existir a punição do agente que pratica qualquer das condutas descritas no artigo 28 fundamenta-se no fato de que esse agente coloca em risco a saúde pública antes de consumir a droga.

Uma importante falha a ser analisada antes de adentrar ao estudo das penas é verificada no uso de nomenclatura diversa pelo legislador. Ao tratar das sanções do artigo 28, nos parágrafos 3º e 4º ele utiliza o termo “penas”, ao passo que nos parágrafos 1º e 6º o legislador utiliza o termo “medidas”.

Entretanto, para a maioria da doutrina tratam-se de penas, uma vez que são impostas em face da prática de um ilícito penal.

É o que sustenta Damásio E. de Jesus (2010, p.55):

A advertência sobre os efeitos nocivos da droga, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo têm natureza de penas criminais (art. 27 da Lei). Trata-se

de penas restritivas de direitos cominadas diretamente em preceito secundário de norma incriminadora.

As penas previstas no Capítulo III são as seguintes: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A advertência sobre os efeitos da droga não se trata de uma advertência moral, mas sim jurídica. Trata-se de uma sanção legal. Aponta-se a doutrina de Nestor Távora e Bruno Henrique França (2012, p. 49), demonstrando as diretrizes desta sanção:

A advertência sobre os efeitos nocivos da droga consiste e pena extremamente branda, porém de evidente caráter educativo, pois o juiz, diretamente (mais aconselhável para se atingir os fins da pena) em audiência especialmente designada para esse fim, ou por meio de termo de advertência, adverte o usuário/dependente acerca dos males inerentes ao consumo da droga, orientando sobre os possíveis danos à saúde, à sociedade e à família.

A prestação de serviços à comunidade refere-se à imposição de tarefas a serem prestadas de forma gratuita pelo réu, devendo observar o disposto no §5º do artigo 28: “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”.

A duração máxima da prestação de serviços à comunidade não pode ser superior a cinco (05) meses (salvo o caso de reincidência, que será visto no tópico 3.4.2). O tempo de cumprimento segue a regra do artigo 46, §3º do Código Penal, senão vejamos:

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Sendo assim, o agente condenado a dois meses de prestação de serviços à comunidade, deverá cumprir 60 horas de tarefa.

A medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo deve ser fixada pelo juiz. Essa medida inédita no nosso ordenamento jurídico deverá ser cumprida perante estabelecimento de prevenção, atenção e reinserção a usuários e dependentes de drogas. Terá duração não superior a cinco meses, exceto no caso de reincidência.

3.4.2 Reincidência

A questão da reincidência é importante, pois reflete diretamente na duração máxima das medidas alternativas do artigo 28. Conforme se verifica no artigo 28, §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”.

A lei refere-se à reincidência específica, de modo que qualquer outra condenação precedente que não a do artigo 28, não importará em aumento da duração das medidas alternativas.

A reincidência específica somente se verificará quando o agente praticar a conduta de posse de drogas para consumo pessoal, dentro de um lapso de 05 (cinco) anos, contados do cumprimento ou extinção da punibilidade.

Faz-se necessário destacar a doutrina do saudoso Luiz Flávio Gomes (2006, p. 134):

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

Ademais, em não sendo caso de reincidência específica, as medidas alternativas de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo não poderão exceder o prazo de 05 meses de cumprimento.

3.4.3 Execução das penas

Após o trânsito em julgado da decisão que fixa as medidas alternativas do artigo 28, passaremos a fase de execução destas penas. A advertência, via de regra, ocorre no próprio Juizado Criminal, ao passo que as demais medidas são executadas no juízo das execuções competente.

Ímpar é a doutrina de Luiz Flávio Gomes (2006, p. 136), neste sentido:

A advertência (essa é a primeira medida contemplada no citado artigo) pode ocorrer no próprio Juizado Criminal. As demais medidas alternativas (prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo) devem ser executadas pelo juízo das execuções competente (normalmente pelas varas especializadas em penas alternativas).

Caso o agente injustificadamente descumpra as medidas a ele impostas, o §6º do artigo 28 da Nova Lei prevê as seguintes conseqüências:

§ 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.

O doutrinador Luiz Flávio Gomes (2006, p.136) traz as seguintes definições: não se trata, entretanto de um poder, sim, de um dever. Ou, em outras palavras, em um “poder-dever”. Caso o agente venha a descumprir o que ficou acordado, não conta o juiz com a discricionariedade de submeter ou não o agente às sanções do §6º: a norma é impositiva, logo, compete ao juiz cumprir fazer o que a lei determina.

Entretanto, contrariando o entendimento acima exposto, os ilustres doutrinadores Nestor Távora e Bruno Henrique França (2012, p.60), explicitam:

Entendemos ser um poder conferido ao juiz, no sentido de que, diante do descumprimento injustificado da pena imposta, é franqueado ao magistrado lançar mão de medidas de cumprimento forçado da pena. Entendemos ser uma possibilidade fornecida ao juiz, pois este, diante do descumprimento da pena, analisando o caso concreto, poderá, em vez de aplicar sanção coercitiva, substituir-la por outra pena que entenda ser mais adequada e talvez eficaz para aquela situação sub iudice.

Diante desse impasse, me posicione no sentido de que se trata de um dever, em que o juiz, verificando o descumprimento de tais medidas, deverá submeter o agente às sanções do §6º.

A admoestação verbal trata-se de uma reprimenda feita oralmente pelo juiz, e não surtindo efeitos, deverá o juiz aplicar a multa.

Tanto a multa como a admoestação verbal não possui eficácia, pois, não sendo efetuado o pagamento da multa não podemos convertê-la em pena privativa de liberdade, muito menos executá-la na vara da Fazenda Pública.

3.4.4 Prescrição das penas

O lapso temporal para que o Estado possa exercer a sua pretensão é de 02 (dois) anos, conforme artigo 30 da Lei 11.343/06:

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

Esse lapso vale tanto para a prescrição da pretensão punitiva, bem como para a prescrição da pretensão executória, que ocorre logo após o trânsito em julgado da sentença.

Ao prazo prescricional previsto na lei de Drogas aplicam-se as causas interruptivas previstas no artigo 117 do Código Penal.

3.5 O Princípio da Retroatividade

A retroatividade é um princípio previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XL:

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:
XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Podemos encontrar tal princípio elencado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Código Penal, em seu artigo 2º: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Dessa forma, com a nova Lei de Drogas e de acordo com o estudo do artigo 28, verifica-se que a atual lei é mais benéfica para o réu. As penas são mais brandas e possibilitou o enquadramento de condutas nesse tipo penal que antes não eram permitidas.

Portanto, o agente que for condenado por posse de drogas para consumo pessoal será favorecido pela atual Lei de Drogas.

3.6 O Princípio da Insignificância

Outro importante questionamento refere-se à aplicação ou não do princípio da insignificância ao artigo 28. Quando o agente é pego com uma quantidade ínfima de drogas para consumo pessoal, o tipo penal previsto no artigo 28 deve ser afastado?

Há diversas correntes doutrinárias a respeito. Antes, entretanto convém explicar o que seria tal princípio.

O princípio da insignificância, criado para evitar o demasiado uso das sanções penais, consiste na exclusão da tipicidade material do fato, tendo em vista que é ínfima a sua ofensa ao bem jurídico tutelado.

Defendendo a aplicação do princípio da insignificância ao artigo 28 da Lei de Drogas, temos o doutrinador Luiz Flávio Gomes. Para ele se a substância apreendida com o agente para consumo pessoal é de quantidade ínfima, de modo que não possui nenhuma capacidade ofensiva à saúde pública, não há de se falar em infração, e, portanto o princípio deve ser aplicado, sendo o fato considerado atípico.

Nesse sentido, leciona o doutrinador (2006, p.127):

A posse de droga para consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse (“delitos de posesión”), que retrata uma categoria penal muito singular no Direito penal. Mister se faz, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. Se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, não há que se falar em infração (pouco importando a sua natureza, penal ou “para-penal”). Não existe, nesse caso, conduta penalmente ou punitivamente relevante.

Para outra parcela da doutrina, porém, o princípio da insignificância não se aplica ao artigo 28. Segundo eles o crime de portar a droga para consumo pessoal se trata de um crime de perigo abstrato, ou seja, constatado que o agente possui a droga o delito está consumado, independente de realmente ter exposto a sociedade a perigo.

O Supremo Tribunal Federal também compartilha deste entendimento:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. POSSE DE ENTORPECENTES. USO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO VIRTUAL NO JULGAMENTO DO AI N.º 747.522. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos requisitos estabelecidos na legislação infraconstitucional, posto controvérsia de natureza infraconstitucional, não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do AI n.º 747.522–RG, Relator Min. Cezar Peluso, DJe de 25/9/2009. 2. A aplicação do princípio da insignificância exige que a conduta seja minimamente ofensiva, que o grau de reprovabilidade seja ínfimo, que a lesão jurídica seja inexpressiva e, ainda, que esteja presente a ausência de periculosidade do agente. In casu, não há elementos suficientes a fim de se apreciar o preenchimento de todos os pressupostos hábeis à aplicação do aludido princípio, a fim de trancar a ação penal. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06. PEQUENA QUANTIDADE. NULA A DECISÃO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. DESCABIMENTO A INVOCÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RISCO POTENCIAL DO DELITO PARA A SOCIEDADE. USUÁRIO QUE ALIMENTA O COMÉRCIO DA DROGA E PERMITE A CONTINUIDADE DA ATIVIDADE DO NARCOTRÁFICO. AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA NULA. 1. SUBMETE-SE ÀS PENAS DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 QUEM, POR VONTADE LIVRE E CONSCIENTE, GUARDA OU TRAZ CONSIGO, PARA USO PESSOAL, DROGAS SEM AUTORIZAÇÃO OU EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR. 2. NÃO HÁ FALAR EM ATIPICIDADE DO DELITO, POR HAVER POUCA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, JÁ QUE O CRIME DESCRITO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 É DE PERIGO ABSTRATO PARA A SAÚDE PÚBLICA - POR SER CAPAZ DE GERAR DEPENDÊNCIA FÍSICO-QUÍMICA - , DE MANEIRA QUE O LEGISLADOR ENTENDEU POR BEM MANTER A TIPICIDADE DA CONDUTA, AINDA QUE SEM APLICAÇÃO

DE PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE.3. 'NUMA SOCIEDADE QUE CRIMINALIZA PSICOATIVOS E ASSOCIA EXPERIÊNCIAS DE ALUCINÓGENOS À MARGINALIDADE, O CONSUMO DE DROGAS PROVOCA UMA SÉRIA QUESTÃO ÉTICA: QUEM CONSUME É TÃO RESPONSÁVEL POR CRIMES QUANTO QUEM VENDE. AO CHEIRAR UMA CARREIRA DE COCAÍNA, O NARIZ DO CAFUNGADOR ESTÁ CHEIRANDO AUTOMATICAMENTE UMA CARREIRA DE MORTES, CONSCIENTE DA TRAJETÓRIA DO PÓ. PARA CHEGAR AO NARIZ, A DROGA PASSOU ANTES PELAS MÃOS DE CRIMINOSOS. FOI REGADA A SANGUE'.(...) É PROPOSITAL [NO FILME "O DONO DA NOITE", DE PAUL SCHRADER] A REPETIÇÃO RITUALÍSTICA DE CENAS QUE MOSTRAM A ROTINA DO ENTREGADOR, ENCERRADO NUMA LIMUSINE PRETA E FÚNEBRE. NESSE CONTEXTO, A DROGA NÃO CUMPRE MAIS A FUNÇÃO SOCIAL DAS ANTIGAS CULTURAS. ELA É APENAS UM VEÍCULO DE ALIENAÇÃO E AUTODESTRUIÇÃO". (FILHO, ANTÔNIO GONÇALVES. A PALAVRA NÁUFRAGA - ENSAIOS SOBRE CINEMA. SÃO PAULO: COSAC SC NAIFY, 2001. P. 259-60 - NÃO GRIFADO NO ORIGINAL).4. PRECEDENTE: 'ACÓRDÃO N. 560684, 20100110754213APJ, RELATOR JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, 2ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL, JULGADO EM 17/01/2012, DJ 25/01/2012 P. 173'. RECURSO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA COM VISTAS AO PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO." 4. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 728688 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 04-10-2013 PUBLIC 07-10-2013) (grifo nosso)

O que vem prevalecendo, no entendimento das jurisprudências e doutrinas é de que não se aplica o princípio da insignificância ao artigo 28 da nova Lei de Drogas. Entretanto, a quantidade ínfima de droga poderá ser utilizada pelo juiz durante a aplicação da pena como um dos fatores a serem por ele analisados.

4. DO TRÁFICO DE DROGAS E FORMAS EQUIPARADAS

4.1 Do Tráfico de Drogas

4.1.1 A inovação legislativa do artigo 33

Outro dispositivo que aponta algumas alterações em relação à legislação anterior é o artigo 33 da Lei 11.343/2006. Este artigo manteve a

incriminação dos 18 núcleos anteriormente previstos no artigo 12 da Lei 6.368/76, entretanto, alterou a terminologia para “drogas”, passando a conter a seguinte redação:

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

Também adstrito à inovação legislativa, o artigo 33 aumentou a pena mínima prevista no “caput”, passando a uma sanção de 05 (cinco) anos, e que anteriormente era de apenas 03 (três) anos. Dessa forma, houve um enrijecimento da pena e também da pena de multa, que passou a ser de 500 (quinhentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa.

Arrematando o preceito trazido por referido artigo, destacam-se os ensinamentos de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2008, p. 82-83):

A lei n. 11.343/2006, no *caput* do art. 33, manteve a incriminação dos 18 núcleos previstos no *caput* do antigo art. 12 da Lei n. 6.368/76, alterando apenas a terminologia para “drogas” em vez de “substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica”, prevista na lei anterior. Também omitiu a rubrica marginal (*nomem juris*), mas acrescentou uma nova modalidade de conduta (§3º), e causa de aumento de pena, vedando expressamente a possibilidade de conversão em pena restritiva de direitos (§4º). A pena mínima do *caput* foi recrudescida para cinco anos, em vez dos três anos da lei anterior, aumentando-se também substancialmente, as margens mínima e máxima para aplicação da pena de multa, que era de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa.

Outra importante alteração é a criação do §3º, em que o agente que oferece a droga, de forma eventual e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem. A inovadora figura típica passou a ter pena mais branda que a do *caput*, corrigindo, dessa forma, o exagero que a lei atribuía à mesma, tendo em vista que anteriormente a equiparava ao tráfico.

Explanando, resumidamente, sobre o a criação da figura típica contida no §3º do artigo 33, encontra-se a doutrina de Damásio de Jesus (2010, p. 89):

O legislador agiu bem ao definir, como conduta intermediária entre o tráfico e o uso, crime, de gravidade punitiva média, de cessão ou divisão de entorpecente ou substância análoga e de auxílio ao uso indevido, com pena inferior à do *caput* do art. 33 e superior à do art. 28. A legislação anterior

não procedia dessa maneira, e já alertávamos, nas edições anteriores desta obra, a respeito da falha daí decorrente. Encontra-se superada, devido à criação da figura típica contida no §3º do art. 33, a corrente jurisprudencial segundo a qual a simples cessão de entorpecente ou droga afim entre companheiros não configura tráfico (antigo art. 12), inserindo-se na descrição do porte de drogas para consumo pessoal (anterior art. 16). Nesse sentido: TJSP, ACrim 77.531, RT, 667:265.

Por fim, no §4º temos a vedação expressa à possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e a possibilidade de causa de redução de pena.

Assim sendo, o artigo 33 trouxe várias alterações e merece aprofundado estudo, sendo fundamental para a política de prevenção de drogas no Brasil, tendo em vista o seu rigorismo para com o traficante de drogas.

4.1.2 A incidência da lei dos crimes hediondos

Os crimes considerados hediondos do ponto de vista semântico referem-se a atos profundamente repugnantes, sórdidos e que para a criminologia penal, trata-se de delitos de maior reprovabilidade pela coletividade, tendo em vista a sua gravidade acentuada.

Por conta do sistema legal adotado pelo Brasil os crimes hediondos devem ser previstos taxativamente pelo legislador. O artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal faz menção aos crimes equiparados a hediondos:

Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Entretanto, o referido inciso da Constituição Federal de 1988 não traz um rol taxativo de crimes hediondos. Todavia, na década de 90, entra em vigor a Lei

n. 8.072/90 que regulamenta o art. 5º, inciso XLIII, da Magna Carta, e o artigo 1º daquele novidadeiro diploma legal passa a definir quais são os crimes hediondos:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Portanto, o legislador constituinte apenas nos traz os delitos equiparados a hediondos, cabendo ao legislador ordinário formular o rol taxativo destes crimes de elevada gravidade, o que fez com a edição da Lei 8.072/90, em seu artigo 1º, sendo que as consequências dos crimes hediondos e a ele equiparados encontram-se no artigo 2º do mesmo Códex:

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)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

Por outro lado, em caráter de excepcionalidade há na doutrina quem entenda que o tráfico ilícito de drogas trata-se de crime hediondo. É neste contexto que se apresentam os doutrinadores Nestor Távora e Bruno Henrique França (2012, p. 67):

O legislador constituinte, antevendo sua falibilidade e limitação quanto à cognição de condutas criminosas repulsivas (repugnantes), merecedoras de especial tratamento rigoroso, a par dos crimes expressamente previstos no bojo do art. 5º, inc. XLIII da CF/88, utilizou-se de cláusula aberta, deixando a cargo do legislador ordinário definir os crimes que receberiam o especial tratamento consagrado nesse dispositivo constitucional, rotulando-os como “hediondos”. Assim, o tráfico ilícito de drogas é tão, ou mais hediondo que os crimes formalmente apregoados no rol do artigo 1º da Lei 8.072/90. Nucci entende ser, o tráfico ilícito de drogas, na essência, hediondo.

Entretanto, entende-se que tal doutrina é uma minoritária, pois neste prisma o crime de tráfico de entorpecentes é um delito equiparado a hediondo, ou seja, em suas consequências, mas na essência não se trata de um crime hediondo, em observância aos ditames da Constituição Federal.

4.1.3 Análise do tipo penal

Os dezoitos verbos contidos no artigo 12 da Lei 6.368/76 foram mantidos, quais sejam: importar; exportar; remeter; preparar; produzir; fabricar; adquirir; vender; expor à venda; oferecer; ter em depósito; guardar; transportar; trazer consigo; ministrar; prescrever; entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente.

Trata-se de crime de tipo misto alternativo, de modo que, por força do princípio da alternatividade, ainda que pratique mais de uma das condutas descritas acima em um mesmo contexto fático, responderá por único delito. A pluralidade de condutas praticada pelo agente deverá ser analisada pelo juiz na fixação da pena base, conforme artigo 59 do Código Penal. Somente responderá por concurso de crimes se não houver proximidade e nexos causal entre as várias condutas cometidas pelo agente.

É o que define Luiz Flávio Gomes (2006, p. 150):

Os vários núcleos verbais fazem do tráfico crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado). Assim, mesmo que o agente pratique, no mesmo contexto fático e sucessivamente mais de uma ação típica (p. ex., depois de importar e preparar certa quantidade de droga, o agente traz consigo porções separadas para venda a terceiros), por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz na fixação da pena (art. 59 do CP). Todavia, faltando proximidade comportamental entre as várias condutas haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

Com relação ao sujeito ativo do crime em questão, temos a regra de ser um crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode praticar o tráfico ilícito de drogas. Exceção é vista na modalidade de prescrever, onde exige a condição especial do agente, tratando-se, pois, de crime próprio.

O artigo 33 tutela dois bens jurídicos. O bem jurídico imediato trata-se da saúde pública e o bem jurídico mediato tutela a vida e integridade física da sociedade.

O objeto material do crime é a droga. Droga esta a ser definida pela Portaria SVS/MS 322/98, de atribuição da ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, responsável pela manutenção e atualização da mesma.

Havendo a exclusão de determinada substância desta lista, estaremos diante do princípio da *abolitio criminis*, de modo que a punibilidade do agente será extinta, conforme artigo 107, inciso III do Código Penal.

Esse entendimento foi sedimentado após ocorrência envolvendo a substância cloreto de etila, comumente conhecido como “lança-perfume”. Com referência a este acontecimento, o informativo n. 578 do Supremo Tribunal Federal elucida:

“Abolitio Criminis” e Cloreto de Etila – 2 - Aduziu-se que o fato de a primeira versão da Resolução ANVISA RDC 104 não ter sido posteriormente referendada pelo órgão colegiado não lhe afastaria a vigência entre sua publicação no Diário Oficial da União - DOU e a realização da sessão plenária, uma vez que não se cuidaria de ato administrativo complexo, e sim de ato simples, mas com caráter precário, decorrente da vontade de um único órgão — Diretoria da ANVISA —, representado, excepcionalmente, por seu diretor-presidente. Saliu-se que o propósito da norma regimental do citado órgão seria assegurar ao diretor-presidente a vigência imediata do ato, nas hipóteses em que aguardar a reunião do órgão colegiado lhes pudesse fulminar a utilidade. Por conseguinte, assentou-se que, sendo formalmente válida, a resolução editada pelo diretor-presidente produziria efeitos até a republicação, com texto absolutamente diverso. Repeliu-se a fundamentação da decisão impugnada no sentido de que faltaria ao ato praticado pelo diretor-presidente o requisito de urgência, dado que a mera leitura do preâmbulo da resolução confirmaria a presença desse pressuposto e que a primeira edição da resolução não fora objeto de impugnação judicial, não tendo sua legalidade diretamente questionada. Assim, diante da repercussão do ato administrativo na tipicidade penal e, em homenagem ao princípio da legalidade penal, considerou-se que a manutenção do ato seria menos prejudicial ao interesse público do que a sua invalidação. Rejeitou-se, também, a ocorrência de erro material, corrigido pela nova edição da resolução, a qual significara, para efeitos do art. 12 da Lei 6.368/76, conferir novo sentido à expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, elemento da norma penal incriminadora. Concluiu-se que atribuir eficácia retroativa à nova redação da Resolução ANVISA RDC 104 — que tornou a definir o cloreto de etila como substância psicotrópica — representaria flagrante violação ao art. 5º, XL, da CF. Em suma, assentou-se que, a partir de 7.12.2000 até 15.12.2000, o consumo, o porte ou o tráfico da aludida substância já não seriam alcançados pela Lei de Drogas e, tendo em conta a disposição da lei constitucional mais benéfica, que se deveria julgar extinta a punibilidade dos agentes que praticaram quaisquer daquelas condutas antes de 7.12.2000. HC 94397/BA, rel. Min. Cezar Peluso, 9.3.2010. (grifo nosso)

Podemos extrair dois requisitos normativos do tipo, quais sejam, “droga sem autorização” e “em desacordo com determinação legal”. Esses dois requisitos devem ser analisados pelo juiz para que seja feita a constatação da existência ou não de conduta típica.

O delito é punido apenas na sua forma dolosa, ou seja, o agente deve ter consciência e vontade de praticar qualquer uma das condutas descritas no caput do artigo 33. A lei não prevê a exigência do dolo específico, bastando apenas que haja o dolo genérico.

A consumação do delito dá-se com a prática de um ou mais dos dezoito verbos do tipo, sendo que algumas dessas ações, como por exemplo, trazer consigo, trata-se de modalidade permanente, de modo que a sua consumação se protraí no tempo e no espaço, o que torna o flagrante nesses casos totalmente legal. O flagrante somente será ilegal se não houver estado de flagrância ou ainda, em se tratando de “flagrante preparado/provocado” e o “flagrante forjado”.

A questão relativa à tentativa é controvertida. Para a maioria da doutrina e jurisprudência como o crime se trata tipo misto alternativo, fica afastada a possibilidade da *conatus*. Neste sentido, aponta-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrito:

CRIMINAL. RESP. TRÁFICO DE ENTORPECENTES DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. TIPO DE AÇÃO MÚLTIPLA DE CONTEÚDO VARIADO. DOLO GENÉRICO DE LEVAR CONSIGO A DROGA. CRIME DE TRÁFICO CONSUMADO. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. RECURSO PROVIDO. O crime de tráfico de entorpecentes se exaure na modalidade de trazer consigo a substância entorpecente, não podendo se falar em tentativa [...] Recurso provido nos termos do voto do relator (STJ, REsp 283679 / SP, rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 06/06/2002).

Entretanto, uma minoria entende ser admissível a tentativa, apontando como exemplo o caso de tráfico de entorpecentes praticado via postal. É o que nos traz o julgado do Superior Tribunal de Justiça, neste sentido:

Penal. Recurso especial. Tráfico de entorpecentes. Remessa da droga pelos correios não efetivada. Tentativa perfeita. - Em sede de crime de tráfico de entorpecentes, na modalidade de remeter a encomenda tóxica por via postal, não se consuma o delito se a droga é apreendida nos Correios, antes de ser enviada ao destinatário, configurando-se na hipótese a tentativa perfeita. - Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 162.009/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2000, DJ 05/06/2000, p. 220)

Portanto, apesar de ser de difícil ocorrência, a tentativa é plenamente possível. Porém, como o legislador acaba punindo os atos preparatórios, acaba antecipando a consumação do crime, e assim, resta afastado na maioria dos casos a possibilidade da tentativa.

4.1.4 O princípio da retroatividade

Em observância ao princípio da irretroatividade, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XL, impõe-se que o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, não atingirá os fatos anteriores à sua vigência.

Tendo em vista que o artigo 33, *caput*, exacerbou a punição ao tráfico de drogas, tanto elevando a sua pena mínima para 05 anos, bem como aumentando a pena de multa, imperioso destacar a intenção em conferir tratamento mais gravoso ao traficante de drogas. Assim sendo, o caráter *in pejus* do artigo 33, *caput*, o torna irretroativo.

Contudo, é de se ressaltar que se a conduta praticada pelo traficante tratar-se de uma conduta permanente, ou seja, que se protraí no tempo e no espaço, tendo ela início sob a égide da norma anterior, mas que continuou a ser praticada após a entrada em vigor da Lei 11.343/2006, teremos a incidência do artigo 33, *caput*, da nova Lei de Drogas.

Esse entendimento é retirado do enunciado sumular n. 711 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, o qual contém os seguintes dizeres: “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

4.1.5 O princípio da insignificância

Conforme explanado no item 3.6 do presente trabalho, a respeito do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para consumo pessoal, o mesmo entendimento aqui se aplica, ou seja, afasta-se a incidência do aludido princípio na figura do tráfico de entorpecentes.

É de se ressaltar, que há minoritário entendimento no sentido da aplicação do “delito de bagatela” ao crime de tráfico de entorpecentes, de modo que o fato torna-se atípico.

É o que se observa do acórdão proferido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ora, transcrito:

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE 0,25 G DE COCAÍNA. IRRELEVÂNCIA PENAL.- A apreensão de quantidade ínfima de droga - 0,25 g -, sem qualquer prova de tráfico, não tem repercussão penal, à mingua de lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se o tema no campo da insignificância.- Habeas-corpus concedido. (HC 7.977/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 25/03/1999, DJ 14/06/1999, p. 227)

Todavia, por tratar-se de delito de perigo abstrato, em que basta expor a saúde pública a perigo, dispensando-se a demonstração de risco efetivo para que haja a sua imputação, a maior parcela da doutrina e jurisprudência entende no sentido da não aplicação do princípio da insignificância.

É o que se observa do informativo n. 593 do STF, em comento, ora transcrito, que trata da desproporção entre o fato e a pena aplicada:

Inicialmente, destacou-se não ser cabível o revolvimento de fatos e provas em habeas corpus e enfatizou-se a necessidade de se fazer justiça na situação concreta. Asseverou-se a desproporção entre o fato imputado ao paciente e a pena a ele cominada, da qual já teria cumprido 1 ano e meio em regime fechado. Afirmou-se não se tratar de aplicação do princípio da insignificância, mas apenas de se consignar o mencionado descompasso. Registrou-se, ademais, que o réu seria primário, possuiria bons antecedentes e residência fixa. O Min. Ayres Britto acrescentou que a falta de fundamentação real não acarretaria mero error in procedendo — inobservância das regras do processo —, e sim erro substancial que atingiria o conteúdo do processo. Rejeitou-se, também, a pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Vencido o Min. Marco Aurélio que, ante as premissas do acórdão impugnado, indeferia o writ por não vislumbrar ilegalidade. Observava que o referido acórdão assentara o tráfico de entorpecentes, aludindo que o paciente, perante a autoridade policial, admitira estar na posse da droga, apesar de não ser usuário, tendo, entretanto, declarado em juízo que se dirigira à residência daquele informante somente para buscar roupas e que não tinha conhecimento de que a porção de maconha estaria em seu tênis. HC 98816/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 29.6.2010. (HC-98816)

Portanto, apesar do princípio da insignificância ser aplicado a todos os crimes, desde que preenchidos os requisitos para tanto, é de se observar que a periculosidade em abstrato do delito de tráfico de drogas impede a incidência do delito de bagatela ao artigo 33, *caput*, da Lei de Tóxicos.

4.1.6 Competência

Como regra, o tráfico de drogas será processado e julgado perante a Justiça Estadual. É neste contexto que se apresenta o entendimento sumular n. 522 do Supremo Tribunal Federal, que agora é transcrito:

Salvo ocorrência de tráfico com o exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete a justiça dos estados o processo e o julgamento dos crimes relativos a entorpecentes.

Como o próprio entendimento corrobora, no caso de tráfico internacional, ou seja, tráfico que exorbite as fronteiras nacionais, este será processado e julgado perante a Justiça Federal.

É o que se observa no artigo 70 da Lei 11.343/2006, que versa sobre a competência da Justiça Federal em processar e julgar o tráfico de drogas transnacional. Senão vejamos:

Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.

Parágrafo único. Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

Referido artigo ainda disciplina, em seu parágrafo único, a delegação de competência a vara federal de circunscrição respectiva, quando o Município onde o crime de tráfico internacional for praticado não for sede de vara federal.

Discorrendo sobre confronto dos delitos previstos na nova Lei de Tóxicos com o artigo 290 do CPM, destaca-se o informativo n. 484 do Supremo Tribunal Federal:

Art. 28 da Lei 11.343/2006 e crime militar; HC 91767. Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Crime Militar (Transcrições) (v. informativo 478) HC 91767/SP RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO PREVISTO NA LEI N. 11.343/06: LEI MAIS BENÉFICA. NÃO-APLICAÇÃO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR: ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração em razão da superveniência da Lei n. 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas sim o da especialidade.

O cuidado constitucional do crime militar - inclusive do crime militar impróprio de que aqui se trata - foi previsto no art. 124, parágrafo único, da Constituição da República. Com base nesse dispositivo legitima-se, o tratamento diferenciado dado ao crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar.

2. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado.

3. Habeas corpus denegado.

Destarte, importante destacar que se o tráfico de drogas ocorrer em dependências militares, em razão do princípio da especialidade, a conduta do agente configurará crime militar, incidindo no artigo 290 do Código Penal Militar.

4.1.7 Pena

A pena do artigo 12 da Lei n. 6.368/76 previa a reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Através da inovação legislativa do artigo 33, *caput*, houve uma exasperação da pena mínima privativa de liberdade e da pena de multa. Elucida a doutrina de Renato Marcão (2008, p. 140), no sentido da rigidez das novas penas:

A lei 11.343/2006 determinou considerável exasperação na pena cominada, se comparada com o antigo regramento. O crime de tráfico em sua forma fundamental (Art.33, caput) agora é punido com reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

No mesmo sentido é o ensinamento de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2008, p. 93):

A pena privativa de liberdade foi exacerbada comparando-se os textos de 1940, do Decreto-Lei n. 385, da Lei 5.726 e a pena mínima da Lei n. 6.368/76, quem era de três anos. Justifica-se a exacerbação da pena mínima para cinco anos para evitar a substituição por penas restritivas de direitos, como ficou expresso no §4º, possibilidade que causava grande divergência doutrinária e jurisprudencial em face da lei antiga.

Portanto, as penas passaram a ser de reclusão de 5 a 15 anos, e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

4.1.8 Regime de cumprimento de pena e possibilidade de progressão

Por ser o crime de tráfico de drogas equiparado a hediondo, a Lei n. 11.343/2006 reproduziu as várias vedações constantes do texto da Lei 8.072/90, no que concerne ao regime de cumprimento de pena, conforme faz certo o texto legal trazido pelo artigo 44, *caput*:

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.

Entretanto, nada fala a lei a respeito da liberdade de individualização judicial da pena. Neste sentido, leciona Renato Marcão (2008, p. 141):

Apesar de se referir expressamente à proibição de liberdade provisória, com ou sem fiança; concessão de sursis; restritivas de direitos; anistia; graça; indulto e o prazo para obtenção de livramento condicional (ver art.44), a lei, que é federal e especial, não restringiu, em qualquer de seus dispositivos, a liberdade de individualização judicial da pena de maneira a proibir a fixação de regime inicial aberto ou semi-aberto para o início do cumprimento de pena privativa de liberdade. O silêncio, aqui, é eloquente.

O texto original da Lei 8.072/90, em seu artigo 2º, §1º, determinava que o cumprimento de pena dos condenados por crimes hediondos ou equiparados se daria no regime integralmente fechado, o que impossibilitaria, por conseguinte, a progressão de regime em sede da Lei 11.343/06.

Diversas críticas surgiram ao aludido dispositivo, posto violaria o princípio constitucional de individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Magna Carta.

Por tal razão, no dia 23 de fevereiro de 2006, ao julgar o HC 82.959-SP, o STF declarou inconstitucional a imposição do cumprimento da pena em regime fechado integralmente, prevista no §1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90. É o que se observa do acórdão proferido, em comento, ora transcrito:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

A partir da nova orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal, em 28 de março de 2007, promulgou-se a Lei n. 11.464/2007, que alterou a redação do §1º, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, passando a prever que a pena por crime hediondo ou equiparado será cumprida inicialmente em regime fechado.

A Lei n. 11.464/07, também alterou a redação do §2º, do artigo 2º, da Lei 8.027/90, possibilitando expressamente a progressão do regime em crimes hediondos ou equiparados, após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena – se o apenado for primário – ou 3/5 (três quintos), em se tratando de reincidente.

É oportuno ressaltar, ainda, que o Pretório Excelso recentemente reconheceu a inconstitucionalidade do §1º, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, com redação dada pela Lei 11.464/07.

Ao julgar o Habeas Corpus nº. 111840/ES, a Suprema Corte declarou inconstitucional a imposição de regime inicial fechado obrigatório aos condenados por crime hediondo ou equiparados. É o que se observa do acórdão do Supremo Tribunal Federal, abaixo transcrito:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111840/ES, Relator(a): MIN. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, DJE 05/02/2013)

Atualmente, desta feita, o regime inicial de cumprimento de pena aos condenados por crimes hediondos ou equiparados será aferido e aplicado pelo magistrado no caso concreto, segundo os ditames e requisitos do art. 33, §2º, alíneas “a”, “b”, e “c”, e §3º, do Código Penal.

4.2 Das Figuras Equiparadas ao Tráfico de Drogas

4.2.1 Do inciso I do §1º

O inciso I do §1º do artigo 33, que trata de uma das figuras assemelhadas ao crime do artigo 33, *caput*, possui a seguinte redação:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

Novamente estamos diante de um tipo misto alternativo, em que se contemplam quatorze verbos que, de forma alternativa, levam à configuração do mesmo delito.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sendo que o sujeito passivo desse crime é a coletividade. O bem jurídico imediato trata-se da saúde pública e o bem jurídico mediato é a vida e a integridade física da sociedade.

O objeto material da ação é a matéria-prima, insumo ou produtos químicos, substâncias essas que podem servir para a produção de entorpecentes ou drogas. Neste sentido, elucida o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação criminal n. 683041784, abaixo transcrita:

CRIME DE TOXICO. SE A DENUNCIA ATRIBUI AO ACUSADO A ACAO DE GUARDAR SUBSTANCIA ENTORPECENTE,NAO PODE A SENTENCA, SEM O DEVIDO ADITAMENTO, CONDENA-LO PELA CONDUTA DE GUARDAR MATERIA PRIMA DESTINADA A PREPARACAO DE TOXICO.EMBORA SEJAM OS MESMOS OS VERBOS UTILIZADOS NO CAPUT DO ART-12 DA LEI 6368 E NO INC-I, PAR-1, DESSE REFERIDO ARTIGO, A DIFERENCA ESTA EM QUE, NO CAPUT, O AGENTE PRATICA O CRIME COM O PROPRIO ENTORPECENTE E, NO INC-I, ELE O PRATICA COM MATERIA PRIMA CAPAZ DE CONDUZIR A PREPARACAO DO ENTORPECENTE. SE A DENUNCIA DESCREVE AQUELE E NAO ESTE, A CONDENACAO INOVA O FATO E NAO APENAS SUA DEFINICAO JURIDICA. SENTENCA ANULADA. (Apelação Crime Nº 683041784, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ladislau Fernando Rohnelt, Julgado em 24/11/1983)

Havia divergência quanto ao conceito de matéria-prima antes da entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006. Para uma primeira corrente, somente seria matéria-prima se tal substância fosse essencial à produção da droga, sendo que as demais, subsidiárias, não fariam parte do tipo. Já no entendimento de uma segunda corrente, o conceito de matéria-prima deveria ser mais extenso, de modo a abranger todas as substâncias que direta e indiretamente se prestam a produção de drogas.

Essa discussão hoje se encontra ultrapassada, tendo em vista a inovação legislativa da Lei n. 11.343/2006 que, ao acrescentar dois novos objetos da ação, quais sejam, o insumo e o produto químico, consignou que basta a possibilidade dessas substâncias se transformarem e resultarem na preparação de drogas, para configuração do aludido crime.

É o que se observa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 108.726-9-PR, ora transcrito:

EMENTA: - ENTORPECENTES - COCAINA - MATÉRIA-PRIMA - ART. 12, PARAGRAFO 1., I, DA LEI 6368/76 - ETER SULFURICO E ACETONA, SUBSTANCIAS QUE, RECONHECIDAMENTE , SERVEM PARA O REFINO DA COCAINA. A EXPRESSAO MATÉRIA-PRIMA CONSTANTE DO INCISO I DO PARAGRAFO L. DO ART. 12 DA LEI 6368/76 COMPREENDE NÃO SÓ AS SUBSTANCIAS DESTINADAS EXCLUSIVAMENTE A PREPARAÇÃO DA DROGA, COMO AS QUE, EVENTUALMENTE, SE PRESTEM A ESSA FINALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. (RE 108726, Relator(a): Min. OSCAR CORRÊA, Primeira Turma, julgado em 26/08/1986, DJ 26-09-1986 PP-17721 EMENT VOL-01434-02 PP-00429 RTJ VOL-00119-01 PP-00397)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça julgou o HC n. 5.699, se não vejamos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINARIO. ART. 12, PAR. 1., INCISO I, DA LEI N. 6.368/76. QUESTÕES NÃO DEDUZIDAS NO EGREGIO TRIBUNAL A QUO.
 I- "MATERIA-PRIMA", PARA EFEITO DO INCISO I DO PAR. 1. DO ART. 12 DA LEI N. 6.368/76, ABRANGE NÃO SO AS SUBSTANCIAS DESTINADAS EXCLUSIVAMENTE A PREPARAÇÃO DE DROGAS COMO, IGUALMENTE, AQUELAS QUE, EVENTUALMENTE, SE PRESTAM A ESSE OBJETIVO.
 II- SE O MATERIAL APREENDIDO SE DESTINAVA, OU NÃO, AO PREPARO DE ENTORPECENTE, ISTO EXIGIRIA UM APROFUNDADO EXAME DA PROVA, O QUE E VEDADO NOS ESTREITOS LIMITES DO WRIT.
 III- TOPICOS NÃO APRECIADOS NO EGREGIO TRIBUNAL A QUO DESMERECEM SER, DIRETAMENTE, CONHECIDOS. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. (HC 5699/RO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/1997, DJ 01/09/1997, p. 40852)

Com relação ao conceito de insumo, segundo o professor de Jesus (2010, p.180) compreende os fatores de produção, como máquinas ou equipamentos destinados à produção de drogas.

O artigo 1º, §2º da Lei n. 10.357/2001 regulamenta as normas de controle e fiscalização de produtos químicos que direta ou indiretamente possam ser destinados à elaboração ilícita de substâncias entorpecentes, psicotrópicas ou que determinem dependência física ou psíquica, e tem a seguinte redação:

Art. 1º Estão sujeitos a controle e fiscalização, na forma prevista nesta Lei, em sua fabricação, produção, armazenamento, transformação, embalagem, compra, venda, comercialização, aquisição, posse, doação, empréstimo, permuta, remessa, transporte, distribuição, importação, exportação, reexportação, cessão, reaproveitamento, reciclagem, transferência e utilização, todos os produtos químicos que possam ser utilizados como insumo na elaboração de substâncias entorpecentes, psicotrópicas ou que determinem dependência física ou psíquica.
§ 2º Para efeito de aplicação das medidas de controle e fiscalização previstas nesta Lei, considera-se produto químico as substâncias químicas e as formulações que as contenham, nas concentrações estabelecidas em portaria, em qualquer estado físico, independentemente do nome fantasia dado ao produto e do uso lícito a que se destina.

A prática dessas condutas somente será típica se conter os elementos normativos do tipo “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

O dolo aqui é genérico, devendo o agente ter consciência que se trata de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas. O crime consuma-se com a prática de uma ou mais das 14 condutas elencadas pelo inciso I.

A tentativa é possível, mas de difícil ocorrência, pois, por tratar-se de tipo misto alternativo, o momento consumativo dá-se com a prática do primeiro verbo.

4.2.2 Do inciso II do §1º

O inciso II do §1º do artigo 33, que trata de uma das figuras assemelhadas ao crime do artigo 33, *caput*, possui a seguinte redação:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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;

Novamente estamos diante de um tipo misto alternativo, em que se contemplam três verbos, semear, cultivar e fazer a colheita que, de forma alternativa, levam à configuração de único delito.

A conduta de semear significa lançar sementes ao solo para germinação. Cultivar transmite a ideia de manter a plantação, promovendo o crescimento das sementes. E por fim, a conduta de fazer a colheita é o ato de retirar os frutos do solo.

Se a prática de qualquer uma das três ações acima descritas ocorrer para consumo pessoal, o agente incorrerá no tipo penal descrito no artigo 28, §1º. Caberá ao juiz no caso em concreto analisar a quantidade de plantas e verificar se trata de crime equiparado ao tráfico de drogas ou para consumo pessoal.

Neste sentido, Luiz Flávio Gomes explicita (2006, p. 159):

A tormentosa questão com a edição da nova Lei foi resolvida. Agora, tratando-se de pequena quantidade, as mesmas consequências para o usuário são aplicadas àquele que, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (art. 28, §1º). Se média ou grande quantidade (superior ao que necessário para os próprios viciados), responde o agente nas penas do art.33, §1º, II (tráfico por equiparação).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sendo que o sujeito passivo desse crime é a coletividade. O bem jurídico imediato trata-se da saúde pública e o bem jurídico mediato tutela a vida e integridade física da sociedade.

O objeto material do crime é a semente com princípio ativo, a planta resultante do cultivo ou a colheita do que era destinado à produção de drogas.

A prática dessas condutas somente será típica se conter os elementos normativos do tipo “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Havendo a autorização ou estando de acordo com a lei, há de se verificar que o fato é atípico.

Podemos ter como exemplo, o cultivo para fins científicos, onde a União poderá autorizar o plantio, cultura e colheita. A concessão da licença é feita pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia (SNFMMF).

Nesta perspectiva, destaca-se a doutrina de Renato Marcão (2008, p.174):

Pode a União autorizar o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Ainda com relação ao terreno em que se cultivam ilegalmente as drogas, a Constituição Federal em seu artigo 243, *caput*, prevê a expropriação do proprietário, sem qualquer indenização. A Lei n. 8.257/1991 dispõe sobre a expropriação das glebas. Segundo o professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 160) é “totalmente legítima a expropriação de bem considerado de família pertencente ao traficante, de modo que não fere o princípio à moradia consagrado no artigo 6º da Constituição Federal”.

O dolo aqui é genérico, devendo o agente ter consciente e vontade de semear, cultivar e colher plantas destinadas à preparação de entorpecentes. Consuma-se com a prática de qualquer das ações previstas.

A tentativa é possível, mas de difícil ocorrência na prática. O professor Renato Marcão (2008, p. 171) traz como exemplo de tentativa o caso do agente que tem consigo sementes de maconha que pretende semear, e que são apreendidas e periciadas. Entretanto, as sementes não contêm princípio ativo, e, portanto, verifica-se a tentativa de semear.

4.2.3 Do inciso III do §1º

O artigo 33, §1º, inciso III, trata-se de um tipo misto alternativo de conteúdo variado, sendo que para a configuração desse delito a norma

incriminadora prevê mais de uma conduta, que podem ser cometidas pelo agente de forma cumulativa ou alternativamente. Tal inciso possui a seguinte redação:

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.

Ambas as condutas acima incriminadas são variáveis da facilitação do tráfico de drogas e poderiam facilmente enquadrar-se na figura de coautoria do artigo 33, *caput*. Entretanto, se o juiz não se convencer da participação do agente, a figura prevista no §1º, inciso III atua como norma subsidiária e permite a incriminação do agente.

Os verbos nucleares do tipo são dois: utilização e consentimento.

A utilização é uma conduta praticada pelo próprio agente, em que ele aproveita-se do local ou bem que esteja sob sua propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância para praticar o tráfico ilegal de entorpecentes.

A conduta de consentir transmite a ideia de permitir que algum local ou bem, do qual o agente tenha propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, seja utilizado por terceiro para o tráfico ilícito de drogas.

Com referência ao local a ser utilizado ou consentido, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2008, p. 101) elucidam:

O local a que se refere a lei não é o local público de uso comum, mas o que pode ser aberto ao público, como bares, cinemas, restaurantes, etc. Poderá, outrossim, ser prédio público, desde que esteja sob a vigilância ou administração de alguém que teria o dever jurídico de impedir sua utilização ilícita. Finalmente, cumpre observar que local não é apenas a casa, o apartamento, uma ilha, o bem imóvel em geral. Pode, também, ser um barco, um ônibus, desde que tenham condições de ser utilizados indevidamente e efetivamente o sejam.

O sujeito ativo da conduta somente poderá ser aquele que possui a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância do local ou bem. Cuida-se de crime próprio, já que o tipo penal exige condição especial do sujeito ativo. O sujeito passivo é a própria coletividade.

O objeto material do crime é o local ou bem utilizado para traficância.

A alteração legislativa trazida por tal dispositivo ocorreu no seguinte contexto: a lei n. 6.368/76 no seu artigo 12, §2º, inciso II, incriminava a utilização ou

consentimento de local ou bem para o consumo indevido de drogas ou tráfico ilícito. Como a nova lei não faz referência ao uso indevido de drogas, nos termos do artigo 107, inciso III do Código Penal o fato não é mais considerado criminoso, e, portanto, ocorreu a *abolitio criminis* em relação a essa conduta. Nas palavras de Nestor Távora e Bruno Henrique França (2012, p. 89):

A revogada Lei 6368/76 incriminava, em seu art.12, §2º, II, a conduta do agente que utilizava ou consentia para a utilização do bem que detivesse a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, para o consumo indevido de entorpecentes. A novel lei não contemplou tal hipótese, deixando de imputar pena ao agente que pratica esta conduta. Nesta toada, forçoso é o reconhecimento da extinção da punibilidade, com fulcro no art. 107, III, do CP dos condenados, inclusive com trânsito em julgado, pela prática de crime de tráfico de entorpecentes na modalidade de utilização ou consentimento para esta, de bem de cuja propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância tenha titularidade para o uso de drogas.

O tipo descrito em tal artigo somente se configura na forma dolosa. Na primeira modalidade, de utilizar, é imprescindível que o agente efetivamente utilize o local ou bem para o tráfico de drogas. Na modalidade de consentir, basta que o agente consinta para a utilização por terceiro, sendo desnecessária a efetiva utilização.

Segundo o professor Renato Marcão (2008, p. 185), “na forma de ‘utilização’, para a consumação do crime do art. 33, §1º, III, indubitável ser necessária a efetiva utilização do bem para o tráfico. Já, na modalidade ‘consentir’, basta o ato de aquiescência para a consumação do delito, sendo irrelevante a efetiva utilização.”

Com relação à tentativa, na modalidade de utilizar é perfeitamente possível. Entretanto, na modalidade de consentimento, por ser um ato instantâneo, a doutrina entende não ser cabível a tentativa.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2006, p. 161), a “tentativa seria perfeitamente possível na modalidade de consentimento caso o agente tivesse dado o consentimento por escrito e este não tenha chegado às mãos do destinatário”. Entretanto, o professor Renato Marcão (2008, p. 185) elucida que “mesmo nesse caso já haveria a consumação do crime, pois o consentimento é ato instantâneo, e o que antecede a ele é intrapsíquico”.

4.3 Do Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Uso Indevido de Drogas

O §2º do artigo 33 da Lei de Drogas traz a figura do induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de drogas. Cuida-se de tipo misto alternativo, de conteúdo variado, em que há três verbos contemplados pelo tipo: induzir, instigar, auxiliar.

Induzir significa fazer surgir na mente do sujeito a ideia de usar drogas. Instigar quer dizer estimular. E por fim, auxiliar remete no sentido de prestar ajuda (contribuição material).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa da sociedade. No sujeito passivo nós temos o Estado, a coletividade e a pessoa que foi induzida, instigada ou auxiliada. O objeto jurídico tutelado é a saúde pública.

A inovação legislativa presente neste dispositivo consiste no fato de que esse crime, na vigência da Lei n. 6.368/76 era punido com as mesmas penas do tráfico de drogas. Atualmente, com a redução drástica na pena imposta, trata-se de *novatio legis in melius*, devendo retroagir para alcançar as condutas anteriores à vigência da Lei n. 11.343/06.

Preconizando este mesmo entendimento, tem-se a doutrina de Nestor Távora e Bruno Henrique França (2012, p. 90):

Na égide da Lei 6368/76, o crime em comento era punido com os mesmos rigores do tráfico de drogas, nos termos do art. 12, §2º, I. Percebendo que, invariavelmente, o tratamento equivalente ao tráfico conduzia em nítida desproporcionalidade e falta de isonomia (tratar pessoas desiguais na mesma medida), o legislador, com o advento da Lei 11.343/06, imputou penas mais brandas ao indivíduo que concorre para a mera instigação, induzimento ou auxílio de outrem ao consumo de drogas. [...] Neste sentido, por se tratar de *lex mitior*, impõe-se a retroatividade desta norma, de forma a alcançar as condutas, pretéritas à Lei 11.343/06, em consonância com §2º, art. 33.

O doutrinador Luiz Flávio Gomes (2006, p. 162) posiciona-se no sentido de que a “brandura da lei foi exagerada”. Para ele esse agente que instiga, induz ou auxilia alguém ao consumo de drogas pode ser muitas vezes o culpado da

iniciação ao vício de outrem. Portanto, a conduta deste sujeito teria o mesmo desvalor que a conduta do traficante.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. Consuma-se o delito com a prática de qualquer das três condutas incriminadoras. A maioria da doutrina entende que é necessário para a consumação do delito o efetivo uso das drogas pelo sujeito induzido, instigado ou auxiliado.

Em contrapartida a este entendimento, o doutrinador Renato Marcão (2008, p. 190) discorre no sentido de que “não é preciso que a pessoa induzida, instigada ou auxiliada venha efetivamente a usar a droga, pois, ainda que assim não faça, restará consumado o crime”.

A tentativa verifica-se plenamente possível.

As penas previstas para quem pratica o crime do artigo 33, §2º são as seguintes:

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

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

A pena privativa de liberdade foi abrandada e passou a ser de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. Esse dispositivo admite a suspensão condicional do processo, desde que presentes os requisitos subjetivos para tanto (artigo 89 da Lei 9099/95), tendo em vista a pena mínima cominada de 1 (um) ano.

Devemos ressaltar que o crime em questão não configura crime hediondo ou equiparado, já que não foi contemplado pelo artigo 44 da Lei 11.343/06.

Neste momento, faz-se necessário abrir um parêntese para abordar o importante julgamento acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4274, proposta pela Procuradoria-Geral da República, visando à interpretação do artigo 33, §2º da Lei 11.343/2006 à luz da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4274 em 23 de novembro de 2011, reforçou o entendimento já corroborado no julgamento da ADPF 187, de que a “marcha da maconha” está acobertada de legalidade e que vai de encontro

aos direitos constitucionais de livre expressão do pensamento e de reunião, previstos no artigo 5º, incisos IX e XVI da Constituição Federal de 1988.

Conforme o voto o ministro Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade: “Por todo o exposto, rejeito a preliminar de não conhecimento e, no mérito, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Pelo que dou ao § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ‘interpretação conforme à Constituição’ para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas”.

É o que se observa no acórdão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUTAS DE “INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA”. 1. Cabível o pedido de “interpretação conforme à Constituição” de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal. 2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). 3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. 4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV). 5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. (ADI 4274, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012) (grifo do autor)

Em suma, o julgamento da ADI 4274 deu contornos de legalidade à realização das “marchas da maconha”, tendo em vista que essas não fazem

apologia ou incentivo ao uso de drogas, mas apenas consistem em um movimento social, cultural e político de livre expressão de pensamento e isso não pode ser privado aos indivíduos pertencentes à nação democrática brasileira.

4.4 Do Oferecimento Gratuito do §3º

Antigamente, sob a égide da Lei n. 6.368/76, o agente que incidia nessa conduta era tratado para a maioria da doutrina nos moldes do artigo 12, qual seja, tráfico de drogas, um crime de caráter hediondo. Punia-se com o mesmo rigor o agente que se alinhava mais como um dependente do que um traficante.

No mesmo sentido, Renato Marcão (2008, p. 198) aponta a controvérsia existente diante de tal questão:

A ausência de regra específica permitia duplicidade de interpretação, de maneira que para alguns a conduta ensejava crime de tráfico, na modalidade 'fornecer, ainda que gratuitamente', enquanto para outros tal subsunção se apresentava demasiadamente rigorosa, e a questão se resolvia nos limites do agora revogado art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Desse modo, o artigo 33, §3º mostra-se importante e salutar é seu estudo, pois se trata de uma figura de tráfico privilegiado, já que não deixou de ser tratada como tráfico, mas possui tratamento diferenciado, tendo em vista a sua similitude com a figura do artigo 28.

Tratando-se, portanto, de norma penal mais benéfica, ao artigo 33, §3º aplica-se o princípio da retroatividade. Outro não é o entendimento do Pretório Excelso, exposto no informativo n. 626, abaixo transcrito:

Tráfico de drogas e lei mais benéfica – 1 - A 1ª Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se pretende a desclassificação da conduta imputada ao paciente, prevista no art. 12 da Lei 6.368/76 ("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"), para a disposta no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006

(“§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”). Busca-se reduzir a pena para 6 meses de detenção, bem como substituí-la por restritiva de direito e multa. Alternativamente, pleiteia-se a aplicação do redutor de 2/3 sobre a pena mínima prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006 e a convolação da reprimenda privativa de liberdade para restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade e multa. HC 107448/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 10.5.2011. (HC-107448)

A inovação legislativa contida no artigo 33, §3º da Lei n. 11.343/2006 visa um tratamento proporcional ao agente que oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento para juntos consumirem. Senão vejamos:

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

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

O tipo apresenta apenas um verbo nuclear: oferecer. Oferecer consiste na conduta de ofertar a droga à terceiro. Embora o artigo somente traga uma conduta no núcleo do tipo, para os professores Nestor Távora e Bruno Henrique França (2012, p. 95), “deve ser feita uma interpretação extensiva do tipo, de modo a alcançar os verbos constantes no art. 33, caput, desde que sejam equivalentes ao sentido de oferecer”.

Os elementos objetivos do tipo consistem em: eventualidade; oferecer a pessoa de seu relacionamento e ausência de objetivo de lucro.

A eventualidade verifica-se na prática esporádica da conduta.

A oferta ainda deve ser feita a pessoa de relacionamento do agente, sendo esse de amizade, amoroso, familiar, profissional, dentre outros.

A ausência de objetivo de lucro deve ser estudada com cautela. O lucro pode ser imediato, ou seja, no momento da ação. Mas ainda temos o lucro mediato, que é aquele em que o agente oferece a droga gratuitamente, entretanto objetiva tornar o sujeito usuário, para no futuro obter lucro. Para a incidência do tipo do artigo 33, §3º a ausência de lucro deve verificar-se tanto na possibilidade de lucro mediato ou imediato.

O elemento subjetivo é o dolo, a consciência e a vontade de oferecer a droga para juntos consumirem.

A consumação ocorre no exato momento em que o agente oferece a droga ao terceiro, independente da aceitação ou não por parte deste. Trata-se de delito formal em que basta o mero oferecimento da droga. Segundo entendimento doutrinário, não é admissível a figura tentada, tendo em vista que os atos anteriores poderiam configurar indiferentes penais ou ainda, enquadrar-se no delito previsto pelo art. 28.

É neste prisma que explana Renato Marcão (2008, p. 196):

O tipo em questão visa punir a conduta de terceiro tendente a levar outrem ao consumo de droga. Sendo assim, não é correto o entendimento segundo o qual o sujeito passivo primário (aquele a quem a droga é oferecida) deva efetivamente utilizar a droga para que o crime resulte configurado. [...] Qualquer ato antecedente ao efetivo oferecimento não se ajusta ao tipo em comento, resultando em indiferente penal, ou, a depender da hipótese, crime do art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A pena prevista na figura do oferecimento gratuito consiste em detenção de 06 (seis) meses a 01 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, *sem prejuízo das penas previstas no art. 28*.

Tendo em vista que o patamar máximo da reprimenda não suplanta a 02 (dois) anos, considera-se, pois, infração de menor potencial ofensivo e o crime processa-se perante o Juizado Especial Criminal, nos termos da Lei n. 9.099/95, aplicando-se os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

A pena de multa aplicável ao tipo em comento se mostra flagrantemente desproporcional, pois apesar de a lei tratar esse delito como não sendo grave, a multa prevista é de 700 a 1.500 dias-multa, ou seja, uma multa mais elevada que a do próprio traficante.

Faz-se relevante apontar, neste sentido, a distinta doutrina de Renato Marcão (2008, p. 197):

Há verdadeiro equívoco do legislador na cominação da pena de multa, pois não se justifica para a hipótese típica em comento uma cominação consideravelmente mais elevada do que a prevista para o crime de tráfico, conforme o art. 33, *caput*, onde quase sempre há objetivo de vantagem econômica.

Desta forma, objetivando o resguardo do princípio da proporcionalidade *in concreto*, recomenda-se que o juiz, ao aplicar a pena, se estribe na pena pecuniária cominada ao crime do § 2º, do art. 33 (100 a 300 dias-multa).

4.5 A Causa de Diminuição de Pena do §4º

Outra importante inovação trazida pela nova Lei de Drogas verifica-se no §4º do artigo 33, que veicula causa especial de diminuição de pena, aplicável ao *caput* e §1º do artigo 33, nos seguintes termos:

§ 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.

Conforme se extrai do texto do dispositivo supracitado, a incidência da benesse se condiciona ao preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividade criminosa e não integração a organização criminosa.

Divergências surgiram no sentido da aplicação tratar-se de direito subjetivo do réu ou ser uma faculdade do juiz, tendo em vista o emprego da expressão “poderão” contida no §4º. Todavia, o entendimento majoritário é no sentido de que uma vez preenchidos os quatro requisitos o réu terá direito ao redutor, e caso o juiz opte pela não concessão do benefício, deverá fundamentar a sua decisão.

Corroborando o entendimento de que o §4º veicula direito subjetivo do réu, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça conforme se observa do informativo n. 402:

TRÁFICO. ENTORPECENTE. NOVA LEI. O paciente foi denunciado e condenado como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 à pena de sete anos e seis meses de reclusão e 750 dias multa. Apelou, mas o Tribunal *a quo* só reduziu a pena base ao mínimo legal, deixando de conceder a minorante prevista no art. 33, § 4º, da citada lei ao argumento de que seria facultativa sua aplicação. Insurge-se o paciente contra esse entendimento, por preencher todos os requisitos legais para sua aplicação. Observa a Min. Relatora que o delito foi cometido sob a égide da nova legislação (Lei n.

11.343/2006) e, uma vez preenchidos os requisitos previstos no seu art. 33, § 4º, é de rigor a aplicação da causa de diminuição por não se tratar de mera faculdade do julgador. Diante do exposto, a Turma, ao prosseguir o julgamento, concedeu a ordem para reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, para quantificar a pena em dois anos e seis meses de reclusão e 250 dias multa e, ainda, de ofício, determinar que o paciente seja submetido ao regime aberto mediante aferição dos requisitos subjetivos e estabelecimento de condições pelo juízo das Execuções Penais. HC 129.626-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13/8/2009. (grifou-se)

A incidência da causa de diminuição do §4º expressamente é dirigida ao artigo 33, *caput*, e as figuras equiparadas do §1º.

Indubitável que a aludida causa de diminuição consiste em lei penal mais benéfica, o que impõe a sua retroatividade em observância ao mandamento constitucional previsto no artigo 5º, inciso XL.

Entretanto, divergências surgiram na seguinte questão: a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º poderia ser conjugada com o artigo 12 da Lei n. 6.368/76? A resposta a essa indagação envolve a análise da tormentosa (im)possibilidade da combinação de leis penais no tempo.

Duas correntes destacam-se na análise do tema. Aqueles que entendem pela impossibilidade da combinação de leis penais afirmam que estaria sendo criada uma terceira lei. O juiz estaria atuando como legislador positivo ao considerar fragmentos de uma lei e outra, conjugando-os, e formando uma espécie normativa não criada pelo legislador. Para esta corrente, se assim o juiz procedesse, estaria extrapolando sua competência, atuando com excesso de poder e, portanto, violando o princípio da separação dos poderes.

Por outro lado, tem-se outra corrente que admite a aplicação do §4º ao crime de tráfico praticado antes da vigência da Lei n. 11.343/06. Para os que assim entendem, não há que se falar em criação de uma terceira lei ou atuação do juiz como legislador positivo, pois o magistrado estaria apenas dando concretude ao mandamento constitucional da retroatividade benéfica.

Atinente à discussão, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de afastar a possibilidade de combinação de leis penais no tempo. O seu posicionamento baseia-se na real intenção da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que a nova lei adotou política criminal de majoração das penas ao traficante contumaz, e, de outro lado, o redutor vem abrandar a condenação do traficante primário, de bons antecedentes, e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Segundo voto-vista do Ministro Luiz Fux, no RE 596.152/SP, “a ratio legis, evidenciada em diversos trechos do novo diploma, é a de enrijecer a resposta penal aos grandes traficantes de drogas e àqueles que enriquecem a custas dessa mazela social, e, ao mesmo tempo, abrandar a sanção aos usuários e traficantes de pouca expressão”.

Ainda neste sentido, a Suprema Corte sufraga que a eventual adoção da chamada *lex tertia* flagrantemente violaria o princípio constitucional da isonomia, previsto no *caput* do artigo 5º. Se assim o fizesse, estaria o juiz tratando de modo desigual agentes que praticaram o mesmo fato, nas mesmas condições, mas apenas em lapso temporal distinto.

Ademais, a combinação de leis penais violaria os princípios da legalidade e democracia previstos no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal. O juiz, aplicando o benefício ao artigo 12 da Lei 6.368/76 estaria usurpando funções do legislador e estaria dando interpretação não prevista pela Lei n. 6.368/76, sequer pela nova Lei de Drogas.

A solução da divergência adotada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que ambas as espécies normativas devem ser aplicadas na sua integralidade. O juiz, no caso em concreto, deverá realizar duas dosimetrias da pena. A primeira deverá levar em conta a Lei n. 6.368/76, e a segunda, deverá ter por base as penas do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 com a incidência do redutor previsto pelo §4º. Dessa análise, a pena mais branda deverá ser aplicada, observando, portanto, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, ou a ultra-atividade da lei, se o caso.

Esse é o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento abaixo transcrito:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FIGURA DO PEQUENO TRAFICANTE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAIS. APLICAÇÃO AOS CONDENADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A regra constitucional de

retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente “generosa”. 2. Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma. 3. A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos. 4. O que a Lei das Leis rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo. 5. A Constituição da República proclama é a retroatividade dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais benfazeja do que a norma igualmente penal até então vigente. Caso contrário, ou seja, se a norma penal mais nova consubstanciar política criminal de maior severidade, o que prospera é a vedação da retroatividade. 6. A retroatividade da lei penal mais benfazeja ganha clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decai da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito. 7. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Carta Magna, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). 8. O tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes já figurava no art. 12 da Lei 6.368/1976, de modo que o ineditismo regratório se deu tão-somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Afora pequenas alterações redacionais, tudo o mais se manteve substancialmente intacto. 9. No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retroincidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo: o art. 12 da Lei 6.368/1976, a incidir por ultra-atividade. O novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL

do art. 5º da Constituição Federal. 10. Recurso extraordinário desprovido. (RE 596152, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012) (grifo do autor)

Para finalizar o estudo do artigo 33, §4º tem-se a importante questão relativa à inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por tráfico de drogas.

Inicialmente, o texto original da lei trouxe expressa a previsão da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao pequeno traficante. Tal vedação gerou muita polêmica e discussão a respeito da sua constitucionalidade.

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o habeas corpus n. 97.256/RS, entendeu pela inconstitucionalidade incidental do trecho da norma que veda a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Tal decisão adotou por fundamento, dentre outros, a legítima discricionariedade do magistrado na aplicação da pena de privação da liberdade ou de restrição de direitos, sopesando os seus efeitos e aferindo as consequências que advirão na adoção de uma ou outra modalidade de reprimenda penal.

Em outras palavras, a Suprema Corte entendeu ser ilegítima a subtração pelo legislador ordinário da discricionariedade do julgador quanto à alternatividade sancionatória.

É o que se observa do referido acórdão oriundo do Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individualizados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do

jugador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220- PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333)(grifou-se)

Em observância aos ditames da Constituição Federal, em seu artigo 52, inciso X, cópia da decisão foi enviada ao Senado para que a referida Casa deliberasse sobre a edição de resolução a fim de que suspendesse a execução de do art. 33 §4º e parte do art. 44 da Lei 11.343/2006.

Após os ditames do competente regimento interno, o Senado entendeu por bem acolher a decisão do Supremo Tribunal Federal e em 15 de fevereiro de 2012 editou a Resolução n. 5, dispondo nos seguintes termos:

R E S O L U Ç Ã O Nº 5, DE 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. 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.

Desta feita, suspendeu-se a execução da expressão que vedava a conversão em penas restritivas de direitos, passando a permitir a discricionariedade do magistrado na aplicação de penas alternativas ao tráfico privilegiado prevista no artigo 33, §4º.

5. CONCLUSÃO

Considerando todo o conteúdo exposto no presente trabalho, pode-se afirmar que a Lei n. 113.43/2006 adotou duas políticas bem delineadas, qual seja de um lado o abrandamento da punição prevista ao usuário de drogas e, por outro lado, um recrudescimento penal ao traficante de drogas.

Desde o início da civilização percebe-se a existência da utilização de drogas e, ao longo dos anos, aumentou-se a preocupação com relação ao tema, passando a ser debatido por Convenções Internacionais.

Atualmente o tráfico de drogas é a principal fonte de lucro das organizações criminosas, que se fortalecem e se armam com o dinheiro obtido das vendas de drogas aos usuários viciados.

Diante dessa situação e observando que a política de drogas adotada pelo Brasil tem fracassado, tendo em vista o crescente número de usuários de crack, vozes tem se erguido no sentido da “descriminalização da maconha”.

Portugal, Espanha e República Tcheca descriminalizaram o uso da maconha para consumo pessoal. Segundo os que defendem essa ideia, com a descriminalização da maconha, passaria a existir uma regulamentação própria em relação a seu uso, assim como o cigarro. Logo, o foco ficaria voltado ao combate às drogas de grande dano, como crack, heroína, e assim, talvez houvesse uma chance de combater o crime organizado.

Entretanto, tal ideia apesar de mostrar-se de boa índole, na prática poderia desencadear outros inúmeros problemas e ainda, não solucionar o foco principal.

É o que acontece com o álcool, por exemplo. Na década de 20, por ser proibido, havia muitas organizações criminosas e violência em torno de sua produção e comércio ilegal. Com a sua legalização e controle, as organizações foram desfeitas, mas outros problemas surgiram, como é o caso de pessoas que

dirigem embriagadas e ocasionam acidentes de trânsito, resultantes, na maioria dos casos, em mortes.

Observa-se que a legalização não seria exatamente a melhor solução. Outrossim, a repressão total às drogas também não tem gerado bons resultados. Os estabelecimentos prisionais vivem abarrotados de pessoas presas por envolvimento com o tráfico, bilhões de reais são gastos com a repressão e o retorno que vemos é o aumento de consumidores de crack e da prática de condutas criminosas.

Diante do exposto, pode-se concluir que se faz necessária à adoção de uma política criminal em que não haja nem a proibição absoluta e nem a permissão absoluta. As drogas são um problema de saúde mundial e os países, juntos, através de Convenções devem procurar soluções dentro desse meio termo.

Com a nova Lei de Drogas o Brasil deu um grande passo. Ao tratar a figura do usuário como uma pessoa que necessita de tratamento e não de prisão, vê-se a tentativa de reinserção do dependente à sociedade. Os dependentes normalmente são crianças, jovens, ou até mesmo pessoas que amamos, e que não merecem estar em estabelecimentos prisionais, mas em tratamento contra a dependência química.

Além do mais, a nova lei de drogas buscou afastar a figura do usuário do traficante de drogas. Para o traficante a lei passou a punir com mais rigor, rechaçando a sua conduta, equiparando-o à figura dos crimes hediondos.

BIBLIOGRAFIA

AVELINO, Victor Pereira. A evolução da legislação brasileira sobre drogas. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2440, 7 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14470>>. Acesso em: 30 set. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARRICONDO, Bruno Stafuzza. **Apontamentos sobre a lei nº 11.343/2006 : aspectos críticos e sociais**. Presidente Prudente, 2007. 92 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2007

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. Código Penal (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. Código de Processo Penal (1941). Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. Código Penal Militar (1969). Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. Decreto nº 828, de 29 de setembro de 1851. Regulamenta a junta de higiene pública. **Diário Oficial da Câmara dos Deputados**. Rio de Janeiro, DF, 29 set. 1851. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>>. Acesso em: 30 set. 2013.

_____. Decreto nº , de 29 de setembro de 1851. Regulamenta a junta de hygiene publica. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, DF, 29 set. 1851. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>>. Acesso em: 30 set. 2013.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **Nova lei de drogas comentada**: artigo por artigo à luz da lei n. 11.343/2006. Leme, SP: Cronus, 2009.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas**: lei nº 11.343/2006 comentada. 2. ed. Campinas: Russell, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **NOVA lei de drogas comentada artigo por artigo**: lei 11.343/2006, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada**: crimes e regime processual penal (lei 11.343, de 23 de agosto de 2006). Curitiba: Juruá, 2006.

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

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: lei n. **11.343/2006**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Lei antidrogas anotada**: comentários à lei n. 11.343 de 2006. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei Ordinária nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Lei Ordinária nº 10.357, de 27 de dezembro de 2001. Estabelece normas de controle e fiscalização sobre produtos químicos que direta ou indiretamente

possam ser destinados à elaboração ilícita de substâncias entorpecentes, psicotrópicas ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 dez. 2001.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10357.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

LEI de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARCÃO, Renato Flávio. **Tóxicos**: leis n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARCÃO, Renato Flávio. **Novas considerações sobre o procedimento e a instrução criminal na Lei 10.409/2002** (Nova Lei Antitóxicos). Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 02 out. 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Emerson Almeida. **Aspectos polêmicos sobre a nova lei de drogas**. 2009. 60f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas 'Antonio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais : uma perspectiva brasileira** - Brasília: FUNAG, 2013, Disponível em: <

http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/questao_das_drogas_nas_relacoes_internacionais.pdf>. Acesso em: 03 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 8.020/RJ. 6ª Turma. Relator: Fernando Gonçalves. **Diário da Justiça**, 14 jun. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800707115&dt_publicacao=14/06/1999>. Acesso em: 11 de out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 5.699/RO. 5ª Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário da Justiça**, 01 set. 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=199700198081&dt_publicacao=01/09/1997>. Acesso em: 13 de out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 283.679/SP. 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. **Diário da Justiça**, 05 ago. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/registro=200001073060&dt_publicacao=05/08/2002>. Acesso em: 14 de out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 162.009/SP. 6ª Turma. Relator: Vicente Leal. **Diário da Justiça**, 05 jun. 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800012958&dt_publicacao=05/06/2000>. Acesso em: 14 de out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ. 1ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça Eletrônico nº 004**, 13 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28430105%2E%2ENUME%2E%2E+OU+430105%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ayyguns>>. Acesso em: 30 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 108.726/PR. 1ª Turma. Recorrente: Aparecida Carlos Dias e outro. Recorrido: Ministério Público Estadual. Relator Ministro Oscar Corrêa. **Diário da Justiça**, 26 set. 1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200030>>. Acesso em: 04 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 728.688/DF. 1ª Turma. Agravante: Rafael Makalister de Freitas Nascimento. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça**, 17 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28728688%2>>

ENUME%2E+OU+728688%2EACMS%2E%29+%28%28LUIZ+FUX%29%2ENORL%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2ENORV%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2ENORA%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oq7yj8f>. Acesso em: 17 de out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959/SP. Tribunal Pleno. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, 01 set. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 18 de out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111840/ES. Tribunal Pleno. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. **Diário da Justiça**, 05 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=111840&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 de out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4274. Tribunal Pleno. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico nº 084**, 02 mai. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4274&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 de out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 484. “Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Crime Militar (Transcrições)”. **Diário da Justiça**, 15 a 19 de out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo484.htm>>. Acesso em: 20 de out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 578. “Abolitio Criminis” e Cloreto de Etila. **Diário da Justiça**, 08 a 12 de mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo578.htm>>. Acesso em: 20 de out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 593. Desproporção entre o Fato e a Pena Aplicada – 2. **Diário da Justiça**, 28 a 1º de jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo593.htm>>. Acesso em: 21 de out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 683041784/RS. 2ª Câmara Criminal. Apelante: Enir Pedroso de Moraes. Apelado: A Justiça. Relator

Desembargador Ladislau Fernando Rohnelt. **Diário da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** , 24 nov. 1985. Disponível em :
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=683041784&num_processo=683041784&codEmenta=205934&temlntTeor=false>. Acesso em: 22 out. 2013.

TÁVORA, Nestor; FRANÇA, Bruno Henrique Príncipe. **Lei de drogas: lei nº 11.343/2006**. Salvador, BA: JusPODIVM, 2012.

VRUCK, Lincoln César Pirão. **Inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado**. 2012. 80 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2011