

PRÁTICA PENAL NA LEI DE DROGAS
Material Complementar – Prof. Pedro Magalhães Ganem

Módulo 2

CONSUMO PESSOAL DE DROGAS - ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

Percebe-se que houve grande modificação ao tratamento dispensado ao usuário de drogas, pois não estabelece mais pena de prisão, enquanto o artigo 16 da Lei 6.368/76 estabelecia pena de 06 meses a 02 anos de detenção e pagamento de 20 a 50 dias-multa.

Assim, o texto legal atualmente não estabelece pena de prisão ao ato de consumir drogas, o que fez com que surgisse a tese de que a Lei 11.343/06 teria descriminalizado o consumo pessoal de drogas, visto que tal norma não estava de acordo com o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (LICP), segundo o qual:

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

Apesar desse posicionamento, o entendimento que tem predominado na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que se trata de uma infração penal *sui generis*.

O primeiro argumento nesse sentido é de que ao analisar a estrutura da Lei 11.343/06, topograficamente, é possível perceber que o crime tipificado no artigo 28 encontra-se no Capítulo III da referida Lei, denominado “Dos crimes e das penas”, de modo que o legislador, ao criar o referido tipo, teve a intenção de colocá-lo dentro do capítulo que trata sobre os crimes e as penas.

Outro argumento utilizado para afastar a tese de descriminalização é referente ao fato de que o Código Penal é de 1940, época em que não havia a ideia de penas alternativas, ou possibilidade de se entender como crime conduta que não resulte em prisão.

Não obstante todo esse raciocínio, atualmente, o STF decide sobre a constitucionalidade ou não do disposto no artigo 28, mas essa discussão não é pelo aspecto da LICP, mas pela violação ao direito à intimidade e na liberdade de as pessoas fazerem o que quiserem com a própria saúde, já tendo sido reconhecida a repercussão geral.

A questão central da discussão é se alguém pode ser punido por portar ou possuir drogas, para seu consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, principalmente diante do fato de que estaria causando lesão a si mesmo, e o direito penal não pune a autolesão, além de ter invadida a sua intimidade e vida privada, sem falar que por se tratar de crime de perigo abstrato fere o princípio da lesividade.

OBJETOS JURÍDICO E MATERIAL

O objeto jurídico é a saúde pública; enquanto o objeto material é a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, que a atual lei chama, singelamente, de droga.

CRIME PERMANENTE E DE MERA CONDUTA

Via de regra, o crime de consumo pessoal de drogas será de mera conduta, bastando a prática de qualquer uma das condutas constantes no texto legal, bem como será permanente, cessando apenas quando o agente não estiver mais guardando, tendo em depósito, transportando e trazendo consigo.

CRIME DE PERIGO ABSTRATO

Tendo em vista que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, punindo-se o risco que a conduta representa, trata-se de um crime de perigo presumido ou abstrato, bastando que pratique uma das condutas do artigo 28 e que a substância esteja incluída na portaria da ANVISA.

NORMA PENAL EM BRANCO

Assim como no caso do artigo 33, o artigo 28 é uma norma penal em branco, pois necessita de uma complementação para sua integral efetividade. No caso, é a Portaria da ANVISA n.º 344/98 que traz quais as substâncias serão consideradas ilícitas e, conseqüentemente, caracterizadoras do tráfico de drogas.

ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo é o dolo, ou seja, para a caracterização do crime é necessário que o agente tenha a intenção de consumir pessoalmente a droga. Caso contrário, como já visto, a conduta poderá ser caracterizada como sendo tráfico de drogas.

CONDUTAS TÍPICAS

Adquirir é obter a propriedade, não importando qual o meio, se por doação, troca ou pagamento em dinheiro.

Guardar significa ocultação, manter a droga em um determinado lugar.

Ter em depósito é manter a droga sob seu domínio, em condições de pronto alcance.

Transportar é o mesmo que levar de um lugar para outro, destacando-se que para essa conduta não é preciso que o agente seja o condutor do veículo onde a droga está, por exemplo, como no caso de drogas que se encontra no bagageiro de um ônibus.

Trazer consigo é o mesmo que portar, ou seja, ter a droga junto ao corpo, ainda que acondicionada em um compartimento, como ter droga no bolso.

Percebe-se, então, que o tipo penal é composto por mais de um verbo (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo), de modo que, praticada

mais de uma conduta típica dentro da mesma situação fática, haverá crime único, tratando-se, assim, de um tipo misto alternativo ou de conteúdo variado.

FIGURAS EQUIPARADAS

O § 1º do artigo 28 traz condutas relativas ao plantio de substância ilícitas destinadas ao consumo pessoal, afirmando que: “Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.”

Aqui, **semear** é o mesmo que plantar, distribuir sementes sobre o solo.

Cultivar é promover o desenvolvimento das sementes, flores e frutos, como regar, lavar, dentre outras.

Colher é recolher os produtos agrícolas, apanhar.

Novamente, percebe-se que o tipo penal é composto por mais de um verbo (semear, cultivar e colher), de modo que, praticada mais de uma conduta típica dentro da mesma situação fática, haverá crime único, tratando-se, assim, de um tipo misto alternativo ou de conteúdo variado.

REINCIDÊNCIA

Atualmente, o entendimento é de que uma condenação pelo crime do artigo 28 da Lei de Drogas não gera reincidência, ou seja, não pode levar ao aumento da pena base, na primeira fase da dosimetria, tampouco agravar a pena na segunda fase.

PRESCRIÇÃO

Por fim, interessante mencionar que o crime do artigo 28, *caput* e § 1º, segundo disposições do artigo 30 da Lei 11.343/06, possui um prazo prescricional próprio,

não contido no rol do Código Penal. Assim, prescreverá em 02 anos o crime de consumo pessoal de drogas, seja entre a data do fato e a transação penal ou recebimento da denúncia; do recebimento da denúncia à publicação da sentença; ou para fazer cumprir os termos da sentença, após a sua publicação.

TRÁFICO DE DROGAS - ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

§ 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.

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

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

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

CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA

O tipo penal é composto por mais de um verbo (num total de 18), bastando a prática de uma das condutas para caracterização do crime, sendo que, assim como no crime do artigo 28, a prática de mais de uma conduta (dentro do mesmo contexto) não configura mais de um crime, mas um crime único, tratando-se, assim, de um tipo misto alternativo ou de conteúdo variado.

De igual modo, a apreensão de duas ou mais espécies de drogas não caracteriza mais de um crime, continua sendo crime único, de modo que a quantidade e variedade de substâncias entorpecentes deverá ser analisada na dosimetria da pena.

OBJETO JURÍDICO TUTELADO

Em regra, a Lei de Drogas busca tutelar a saúde pública, ou seja, a preservação da saúde pública, buscando punir o perigo social que a droga representa, seja pelo consumo ou pelo tráfico.

OBJETO MATERIAL

O objeto material é a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, que a atual lei chama, singelamente, de droga. É necessário que exista capitulação (em lei ou normas infralegais) do princípio ativo

componente da droga e que sua existência seja constatada por exame químico-toxicológico.

CONDUTAS TÍPICAS

Vejamos quais são as ações nucleares caracterizadoras:

Importar: trazer de fora do país.

Exportar: vender ou enviar para fora do país.

Remeter: enviar, expedir, mandar para determinado lugar.

Preparar: aprontar, elaborar, pôr em condições adequadas para.

Produzir: fazer a produção, dar origem.

Fabricar: o mesmo que produzir a partir de uma matéria-prima.

Adquirir: obter a posse/propriedade, obter, conseguir através da compra.

Vender: transferir para outrem em troca de dinheiro; praticar o comércio.

Expor à venda: apresentar; pôr à vista ou em exibição; colocar em evidência, para o fim de transferir a outrem, mediante pagamento de quantia em dinheiro.

Oferecer: disponibilizar, propor a entrega gratuita ou mediante pagamento.

Ter em depósito: conservar, manter à sua disposição ou guarda.

Transportar: levar a determinado lugar, carregar.

Trazer consigo: portar, trazer junto ao corpo.

Guardar: manter sob guarda e responsabilidade.

Prescrever: receitar, indicar ou aconselhar o uso.

Ministrar: determinar o uso; introduzir no organismo.

Entregar a consumo: passar às mãos de alguém para consumo; para que seja ingerida. Nesse caso, é interessante destacar que a entrega para o consumo de forma esporádica e eventual, como no ato de passar um cigarro de maconha de mão em mão, não caracteriza o crime de tráfico de drogas, mas o de consumo.

Fornecer: ceder, dar, proporcionar, colocar à disposição. Transferir a posse ou direito. Colocar à disposição de outrem por tempo limitado. Nesse caso, é interessante destacar que a entrega para o consumo de forma esporádica e eventual, como no ato de passar um cigarro de maconha de mão em mão, não caracteriza o crime de tráfico de drogas, mas o de consumo.

CRIME PERMANENTE

As modalidades de expor à venda, transporte, guarda, depósito e trazer consigo são modalidades permanentes, se prolongando no tempo enquanto a droga estiver na posse do indivíduo.

Inclusive, o STJ tem entendido que, por se tratar de crime de ação múltipla e de natureza permanente, a prática criminosa se consuma, por exemplo, a depender do caso concreto, nas condutas de "ter em depósito", "guardar", "transportar" e "trazer consigo", antes mesmo da atuação provocadora da polícia, afastando a tese defensiva de flagrante preparado, mesmo quando o policial se passa por usuário para realizar a prisão do réu.

CRIME DE PERIGO ABSTRATO

Tendo em vista que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, punindo-se o risco que a conduta representa, trata-se de um crime de perigo presumido ou abstrato,

bastando que pratique uma das condutas do artigo 33 e que a substância esteja incluída na portaria da ANVISA.

NORMA PENAL EM BRANCO

Assim como no caso do artigo 28, o artigo 33 é uma norma penal em branco, pois necessita de uma complementação para sua integral efetividade. No caso, é a Portaria da ANVISA n.º 344/98 que traz quais as substâncias serão consideradas ilícitas e, conseqüentemente, caracterizadoras do tráfico de drogas.

ELEMENTO SUBJETIVO

Trata-se de crime doloso, sendo necessário que a intenção do agente seja a de praticar uma das ações constantes no artigo 33 para entregar, ao final a droga a terceira pessoa.

FIGURAS EQUIPARADAS - ART. 33, § 1º

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

CONDUTAS RELACIONADAS A MATÉRIA-PRIMA, INSUMO OU PRODUTO QUÍMICO DESTINADO À PREPARAÇÃO DE DROGAS - § 1º, INCISO I

§ 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;

Neste caso, as condutas de importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar, dizem respeito à matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas.

CONDUTAS RELACIONADAS A PLANTAS QUE SE CONSTITUAM EM MATÉRIA-PRIMA PARA A PREPARAÇÃO DE DROGAS

§ 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;

Semear é lançar a semente ao solo com a finalidade de que ela germine.

Cultivar é manter, cuidar da plantação.

Fazer a colheita significa recolher a planta ou os seus frutos.

POSSE DE SEMENTES

Caso a semente tenha o princípio ativo da substância, o enquadramento será a do tráfico de drogas (art. 33, *caput*). Mas e se, como no caso da semente de maconha, não se detectar a presença do princípio ativo, qual a conduta terá sido praticada?

Duas correntes se destacam nesse cenário:

a) a primeira é no sentido de que, apesar de não possui o princípio ativo, o agente deve ser punido na figura do art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006, por trazer consigo ou guardar matéria-prima destinada à preparação da droga, no caso a semente.

Nesse sentido:

O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a importação clandestina de sementes de maconha, por si só, amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, não havendo falar em atipicidade da conduta, tampouco em desclassificação para contrabando” (AgRg no REsp 1.639.494/SP, DJe 30/08/2017)

b) a segunda corrente entende que se trata de fato atípico, tendo em vista que, apesar da semente constituir matéria-prima, tecnicamente, ela não utilizada para a preparação da maconha, mas na sua produção e tal conduta não está tipificada no artigo 33, § 1º, I, senão vejamos:

1. No que tange à tipicidade ou não da importação de sementes de maconha como crime de tráfico de drogas, é necessário distinguir “preparação de drogas” da “produção de drogas”. 2. A semente de maconha presta-se à produção da maconha, mas não à preparação dela, pois a semente, em si, não apresenta o princípio ativo tetrahidrocanabinol (THC) em sua composição e não tem qualidades químicas que, mediante adição, mistura, preparação ou transformação química, possam resultar em

drogas ilícitas. 3. O verbo preparar tem o sentido de “aprontar (algo) para que possa ser utilizado”; “cuidar para que (algo) aconteça como planejado”; “compor (algo) a partir de elementos ou ingredientes”; “criar um estado de coisas propício a (que algo ocorra)”, entre outras acepções, conforme Minidicionário de Caldas Aulete. Já o verbo produzir significa “fazer nascer de si”; “fabricar”; “causar”; “provocar”, etc. (ibidem). 4. Comparando esses verbos, verifica-se que: a) a semente de maconha não pode ser “composta” com outros elementos, substâncias ou ingredientes para, a partir dela, criar uma substância entorpecente; e b) as condutas de “aprontar” a semente de maconha, “cuidar” dela ou “criar um estado de coisas propício” a que ela germine importam a que a semente seja “semeada” ou “cultivada”. Só assim, ela “produzirá” a maconha, ao dela “fazer nascer” a planta que dará origem à droga. 5. A semente de maconha não poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à preparação da maconha, a que se refere o inciso I, do § 1º do art. 33, da Lei n. 11.343/2006. 6. Para que se configure o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é preciso que a substância por si só tenha potencialidade para a produção de efeitos entorpecentes e/ou psicotrópicos e possa causar dependência física ou psíquica, o que não ocorre com as sementes da planta Cannabis sativa Linneu. 7. A semente de maconha poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à produção da maconha. Não há, porém, qualquer referência à produção de drogas nesse inciso. Logo, não se pode equiparar a “preparação” à “produção” em face do princípio da legalidade estrita que norteia a interpretação do Direito Penal. Caso fosse a intenção do legislador, haveria referência expressa à “produção” e não apenas à “preparação” de drogas, no inciso em questão. 8. Já à luz do inciso II do § 1º do art. 33 da Lei de Drogas, a importação (e a consequente posse) da semente de maconha é meramente ato preparatório, portanto, impunível, das condutas aí previstas.

9. A semente de maconha, quando semeada ou cultivada, dá origem à planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da droga denominada “maconha” (...) (TRF-3ª Região — HC 0025590-03.2013.4.03.0000/SP, Rel. Desembargador Federal Toru Yamamoto, 1ª Turma, j. 12/11/2013).

Dentro dessa linha da atipicidade, a 6ª Turma do STJ decidiu que se as sementes forem destinadas ao plantio de maconha para consumo pessoal e a sua quantidade for pequena, será possível reconhecer a atipicidade:

1. O fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahydrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga, cuja importação clandestina amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. 2. Todavia, tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato” – grifamos (AgRg no REsp 1.658.928/SP, DJe 12/12/2017). O mesmo se deu no REsp 1.675.709/SP, DJe 13/10/2017

O STF também seguiu por esse caminho:

Não configura crime a importação de pequena quantidade de sementes de maconha. STF. 2ª Turma. HC 144161/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/9/2018 (Info 915)

Inclusive, há nesse decisão manifestação clara quanto a impossibilidade de se enquadrar a conduta no crime tipificado no artigo 33, § 1º, inciso I:

Na doutrina, afirma-se que a matéria-prima, conforme Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes que causem dependência física ou psíquica (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99). Ou seja, a matéria-prima ou insumo devem ter condições e qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, por exemplo, produzirem a droga ilícita, o que não é o caso das sementes da planta Cannabis sativa, que não possuem a substância psicoativa (THC) (STF. 2ª Turma. HC 144161/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/9/2018 (Info 915)).

UTILIZAÇÃO DE LOCAL OU BEM PARA TRÁFICO OU CONSENTIMENTO DE USO DE LOCAL OU BEM PARA QUE TERCEIRO PRATIQUE TRÁFICO

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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.

Esse dispositivo também possuía previsão parecida na Lei n. 6.368/76, mas de forma muito mais abrangente, eis que também previa a punição daquele que utilizava ou consentia na utilização de local ou bem de sua propriedade ou posse para o uso de droga.

Agora, com a Lei 11.343/06, o crime somente se configurará se o local ou o bem forem efetivamente utilizados para o tráfico de drogas.

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA

De acordo com a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), art. 2º, § 1º, os crimes considerados hediondos ou equiparados (como o tráfico de drogas) devem ter o regime fechado como sendo o inicial de cumprimento da pena, independentemente da pena aplicada.

Todavia, esse entendimento já foi modificado pelo STF, que considerou inconstitucional essa determinação, por ferir a individualização da pena, devendo o regime ser fixado caso a caso.

PROGRESSÃO DE REGIME

Enquanto nos crimes comuns a progressão ocorrerá, em regra, com o cumprimento de $\frac{1}{6}$ da pena, no tráfico de drogas (e demais crimes hediondos ou equiparados) a progressão será de $\frac{2}{5}$, se o acusado for primário, ou de $\frac{3}{5}$ quando o acusado for reincidente.

SURDIS, GRAÇA, ANISTIA, INDULTO, FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA

O art. 44, caput, da Lei n. 11.343/2006, estabelece que o crime de tráfico de drogas e seus equiparados são insuscetíveis de sursis, graça, anistia e indulto. Além disso, veda a concessão de fiança e liberdade provisória, de forma que o traficante preso em flagrante deverá permanecer nesse estado até a prolação da sentença, sendo, porém, possível o relaxamento da prisão se houver excesso de prazo na instrução, ou seja, se os prazos processuais forem extrapolados.

Ocorre que, no tocante à liberdade provisória, é pacífico o entendimento quanto a possibilidade da sua concessão, principalmente pelo fato de que o STJ, no julgamento do HC 104.339-SP, o STJ declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do caput do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, principalmente por ser "incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípios".

O mesmo ocorre quanto a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, visto que o STF declarou a

inconstitucionalidade dessa parte do art. 44 ao julgar o HC 97.256/RS, em setembro de 2010.

LIVRAMENTO CONDICIONAL

O art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006 estabelece que, para os crimes de tráfico, o livramento condicional só poderá ser obtido após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO USO DE DROGA - ART. 33, § 2º

§ 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.

CONDUTAS TÍPICAS

Induzir é o mesmo que dar a ideia do consumo, sendo necessário que ela não existisse anteriormente.

Instigar significa reforçar uma ideia preexistente de usar drogas, um encorajamento.

Auxiliar é colaborar materialmente com o uso, com o fornecimento, por exemplo, de utensílios para o consumo, como o papel utilizado para a produção de um cigarro de maconha ou o cachimbo para fumar crack. Além do mais, ceder local para que terceiro faça uso de droga enquadra-se na figura do “auxílio”.

Para a consumação do delito não basta que o agente induza, instigue ou auxilie, é necessário que a pessoa a quem a conduta foi dirigida efetivamente faça uso da droga, sendo necessária, inclusive, a apreensão da substância para constatação de que efetivamente era entorpecente.

OFERTA EVENTUAL E GRATUITA PARA CONSUMO CONJUNTO - ART. 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.

CONDUTA TÍPICA

O que o presente tipo penal objetiva é punir aquele que oferece droga a alguém próximo, como um amigo, por exemplo, para que juntos façam o consumo. Ademais, por mais que o texto da lei não fale em “fornecer”, mas apenas em “oferecer”, é certo que aquele que fornece também deve responder por esse ilícito.

Interessante é que aquele que oferece incorre no crime do art. 33, § 3º, da Lei e aquele a quem a droga foi oferecida poderá ser enquadrada no crime do art. 28.

DIFERENÇA ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE

A principal dificuldade na classificação da conduta praticada está no fato de que as condutas constantes no artigo 28 da Lei 11.343/06 (“adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” e “trazer consigo”) também podem caracterizar o crime de tráfico de drogas, pois também integram o rol de condutas do artigo 33.

Segundo o parágrafo 2º, do artigo 28 da Lei nº. 11.343/06, os critérios para caracterização dos crimes definidos na Lei Antitóxico são:

1. a quantidade de substância apreendida;
2. o local e condições em que se desenvolveu a ação criminosa;
3. as circunstâncias da prisão; e
4. a conduta e antecedentes do agente.

Importante ressaltar que não se trata de circunstâncias taxativas, mas exemplificativas. Outras poderão ser somadas para que o juiz possa decidir sobre qual o crime praticado.

O grande problema, ao meu sentir, é que os critérios utilizados pela Lei para diferenciar o usuário do traficante ajudam a aumentar e a efetivar a seletividade existente no sistema penal, visto que a quantidade de substância apreendida; o local e condições em que se desenvolveu a ação criminosa; as circunstâncias da prisão; e a conduta e antecedentes do agente são critérios que possibilitam, via de regra, a caracterização do “rico” como usuário e do “pobre” como traficante.

Os integrantes de classes sociais mais baixas, infelizmente, terão muito mais chance de serem considerados traficantes do que aqueles que possuem condições um pouco melhores de vida, principalmente quando levamos em consideração o local e as condições em que se desenvolveu a ação, visto que o pobre quase sempre será flagrado em periferia, na boca de fumo, sendo esse inclusive um dos argumentos utilizados para a acusação de tráfico (“foi flagrado com drogas em um local de intenso tráfico de drogas”).

Lembre-se, por fim, que, observados todos esses critérios e quaisquer outros considerados relevantes pelo juiz, caso persista dúvida, deverá ele optar pela condenação pelo crime menos grave (*in dubio pro reo*), no caso o tráfico de drogas ou até mesmo, caso não conclua qual a destinação da droga, absolver o réu.

MAQUINISMOS E OBJETOS DESTINADOS AO TRÁFICO

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

CONDUTAS TÍPICAS

As condutas típicas são semelhantes às do art. 33, caput. Todavia, elas se destinam não à substância entorpecente, mas ao maquinário ou aos objetos em geral destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente.

Seria o caso, por exemplo, de um “laboratório” voltado para o refino de cocaína. Caso não sejam encontradas as substâncias ilícitas, os agentes serão punidos pelo crime tipificado no art. 34. Nesse caso, não seria possível imputar a prática do crime de tráfico de drogas, pois se tratam apenas de atos preparatórios e, consequentemente, conduta atípica.

Entretanto, se além do laboratório também fosse encontrado entorpecente, a responsabilização seria apenas pelo crime do artigo 33, tráfico de drogas, ficando absorvido o crime do artigo 34, por ser crime meio e menos grave.

Além do mais, é necessário que se trate de objetos utilizados no processo de criação/produção da droga, não sendo punível a posse ou porte de materiais utilizados para o fracionamento ou o uso da substância, como balança de precisão, pinos, facas, dentre outros.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ARTIGO 35 DA LEI 11.343/06

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

CONDUTAS TÍPICAS

Esse é um crime que se assemelha muito ao de associação criminosa descrito no art. 288 do Código Penal, pois se trata de crime plurissubjetivo, ou seja, que exige mais de um agente para a sua configuração, uma união de pessoas visando à delinquência.

Inclusive, diante da criação desse tipo penal, o art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos, que prevê que a pena do crime de associação criminosa do art. 288 será de reclusão, de três a seis anos, quando a finalidade for a prática, dentre outros, do crime de tráfico de entorpecentes, restou prejudicado.

Podemos citar como características do artigo 35:

- a) envolvimento mínimo de duas pessoas: como dito, estamos diante de um crime plurissubjetivo. Diferentemente do crime de associação criminosa, do artigo 288 do CP (que exige o mínimo de três pessoas), basta o concurso de duas pessoas para a sua configuração;
- b) finalidade específica: no presente caso, a associação não é para a prática de qualquer crime, é necessária a intenção de cometer qualquer um dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei de Drogas.

c) desnecessidade da reiteração delitiva: o texto legal afirma que os agentes associados queiram praticar os crimes de forma reiterada ou não. Assim, ao contrário do que ocorre no crime de associação criminosa do CP, é desnecessária a intenção de reiteração delituosa.

É preciso destacar que, como o tipo penal exige uma “associação” para a prática do tráfico de drogas, a doutrina e a jurisprudência majoritária, muito embora o art. 35 não exija a finalidade de reiteração criminosa, entendem que é necessário um ajuste prévio entre as partes, um *animus* associativo, fazendo com que o concurso de agentes meramente ocasional não caracteriza o referido crime.

Inclusive, o entendimento predominante é no sentido de que essa associação deve ser estável e duradoura para configuração do artigo 35, salvo contrário será um mero concurso de agentes:

A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento no sentido de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa. 3. No caso, as instâncias ordinárias, ao concluírem pela condenação dos pacientes em relação ao crime previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006, em momento algum fizeram referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre eles, de maneira que, constatada a mera associação eventual entre os acusados para a prática do tráfico de drogas, devem ser absolvidos em relação ao delito de associação para o narcotráfico (STJ — HC 108.359/MS, Rel. Min. Rogério Schietti, 6ª Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013)

1. Os julgadores, nas instâncias ordinárias, concluíram pela condenação da Paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas, sem examinar, contudo, se havia estabilidade e

permanência na associação criminosa, pois esses elementos foram considerados desnecessários para a configuração do crime em apreciação. 2. Porém, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, para “a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n. 11.343/2006” (HC 166.979/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 15/08/2012). 3. No caso, revela-se imprescindível a cassação da sentença condenatória e do acórdão impugnado, na parte referente à condenação da Paciente pelo crime de associação para o tráfico, com efeitos extensivos ao corréu. Afastada essa condenação, a impetração resta prejudicada quanto ao pedido de reformulação da dosimetria relativa a esse delito (STJ — HC 212.000/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013).

FINANCIAMENTO AO TRÁFICO

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

CONDUTAS TÍPICAS

A primeira questão que chama a atenção é o fato de que a pena desse crime é superior ao do próprio tráfico e isso é considerado uma das principais inovações da Lei 11.343/06, pois a legislação anterior a figura do financiador do tráfico era considerada partícipe desse crime. Na atual Lei de Drogas, por sua vez, a conduta constitui crime autônomo, punido, inclusive, com uma pena muito mais severa.

O tipo fala em “financiar ou custear”, ou seja, as condutas abrangem toda e qualquer forma de ajuda financeira.

Todavia, o entendimento é de que não basta um mero custeio ou financiamento, é preciso, para a configuração do delito, que tais atos sejam realizados de modo contumaz (habitual), ou seja, que se dedique a tal atividade de forma reiterada.

Essa conclusão é obtida pelo fato de que o custeio/financiamento isolado/ocasional será dar origem à causa de aumento do art. 40, VII, o qual será visto no módulo seguinte, em aula específica.

Inclusive, o próprio art. 35, parágrafo único, ao falar sobre a associação para o financiamento do tráfico, menciona expressamente a necessidade de que essa união de pessoas vise ao tráfico reiterado. Se houver essa associação reiterada, de duas ou mais pessoas, para o financiamento ou custeio do tráfico, estará caracterizado o crime previsto no art. 35, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, em concurso material com o do art. 36.

INFORMANTE COLABORADOR

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

CONDUTA TÍPICA

A análise do dispositivo legal demonstra que não se trata da conduta de colaborar, como informante, com o tráfico de drogas. Para a configuração desse ilícito penal é preciso que se trate de informante colaborador de grupo, organização ou associação voltados para o tráfico.

Nesse caso, o informante não pode integrar efetivamente o grupo criminoso e não toma parte no tráfico, mas passa informações a seus integrantes, como, por exemplo, um policial que, ao saber que uma grande diligência será feita em certa favela, visando à apreensão de droga, telefona para o chefe do grupo, passando a informação com antecedência para que possam fugir ou esconder a droga antes da chegada dos outros policiais ao local.

Caso o informante integre o grupo, estando associado efetivamente aos demais integrantes, deve responder pelo crime de associação ao tráfico (art. 35) — que tem pena maior.

PRESCRIÇÃO CULPOSA

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

CONDUTAS TÍPICAS

Para a prática desse crime a lei descreve apenas duas condutas típicas: **prescrever**, que é o mesmo que receitar; e **ministrar**, que é inocular, introduzir a substância entorpecente no organismo de alguém.

Essa é a única figura culposa da Lei de Drogas, como o próprio tipo estabelece (prescrição culposa). Caso prescreva ou ministre dolosamente, estará constituído o crime de tráfico (art. 33, caput).

A interpretação desse tipo penal demonstra se tratar de crime próprio, mesmo que tal informação não conste expressamente no artigo, somente podendo ser cometido por médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem, sendo que o farmacêutico e o profissional de enfermagem só podem praticar o crime na modalidade ministrar, pois não podem prescrever substâncias entorpecentes (para tratamento de algum tipo de distúrbio da saúde ou para fins terapêuticos em geral, diminuição de dor, por exemplo).

A comprovação de que se trata de crime próprio está no parágrafo único do art. 38 da Lei n. 11.343/2006 ao afirmar que “o juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente”.

CONDUÇÃO DE EMBARCAÇÃO OU AERONAVE APÓS O CONSUMO DE DROGA

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

CONDUTAS TÍPICAS

O presente tipo penal pune a condução perigosa de aeronave ou embarcação decorrente da utilização de substância entorpecente, visando tutelar a segurança no espaço aéreo e aquático.

Para a configuração do delito, não basta a condução da aeronave ou da embarcação sob o efeito de drogas, é preciso que, em razão do consumo da droga, o agente conduza a aeronave ou embarcação de forma anormal, expondo a perigo a incolumidade de outrem, bastando a prova de que houve condução irregular da aeronave ou embarcação. Estas, aliás, podem ser de qualquer categoria ou tamanho (exemplos: avião a jato, monomotor, turboélice, lancha, jet-ski, veleiro, navio).

Tratando-se de condução de veículo automotor em via pública (automóvel, motocicleta, caminhão etc.), sob o efeito de entorpecente, a conduta se enquadra no crime do art. 306 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro — CT) cujas penas são as mesmas.