

GABRIELA JOSÉ DA SILVA

**LEI 11.343/06 E A ANÁLISE DO TIPO REFERENTE AO TRÁFICO DE
DROGAS**

CURSO DE DIREITO - UNIEVANGÉLICA

2021

GABRIELA JOSÉ DA SILVA

**LEI 11.343/06 E A ANÁLISE DO TIPO REFERENTE AO TRÁFICO DE
DROGAS**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. M.e. Adriano Gouveia Lima.

ANÁPOLIS - 2021

GABRIELA JOSÉ DA SILVA

**LEI 11.343/06 E A ANÁLISE DO TIPO REFERENTE AO TRÁFICO DE
DROGAS**

Anápolis, ____ de _____ de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho de conclusão da graduação a minha mãe Luciana que realizou inúmeros sacrifícios para que eu pudesse chegar até aqui, aos meus irmãos Leonardo, Graziella e Giovanna, ao meu namorado Gabriel, aos meus avós maternos José e Amelia, amigos e familiares que me apoiaram durante todo o desenvolvimento desse trabalho, dedico, também, à memória de meu pai (Leonardo) que sempre acreditou no meu potencial. E, por fim, ao meu orientador Adriano Gouveia Lima que com tamanha maestria me auxiliou durante toda a elaboração da obra.

RESUMO

O presente trabalho de monografia apresentará o tema: Lei 11.343/06 e a análise do tipo referente ao tráfico de drogas. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica e estudo de posicionamento jurisprudencial dos tribunais. Sendo desenvolvido através de três capítulos discorrendo inicialmente, sobre o histórico do tráfico de drogas no mundo e no Brasil. O segundo capítulo mostra a análise dos elementos do crime tráfico de drogas apresentando os tipos nucleares da infração penal, aonde que, esses núcleos tem como objetivo de transparecer a imagem de usuário e traficante. Por fim o terceiro capítulo trata-se sobre o procedimento da lei de tóxicos, aonde será mostrado sobre medidas para prevenção do indevido uso, reinserção social de usuários e dependentes de drogas a constatação do tráfico e o limite de usuário.

Palavras-chave: Crime; Lei de Tóxicos; tráfico ilícito de drogas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CAPÍTULO I – HISTÓRICO SOBRE O TRÁFICO DE DROGAS	07
1.1 O tráfico de drogas na história	07
1.2 Repressão das drogas no Brasil	10
1.3 Conceito legal da droga	13
CAPÍTULO II – ANÁLISE DO TIPO PENAL REFERENTE AO TRÁFICO DE DROGAS	16
2.1 Condutas nucleares do tráfico	16
2.2 Consumação e tentativa de tráfico	19
2.3 Formas qualificadas e privilegiadas de tráfico.....	23
CAPÍTULO III – DO PROCESSO PENAL NO TRÁFICO DE DROGAS	25
3.1 Laudo de constatação da droga.....	25
3.2 Limite entre o uso e tráfico de drogas.....	27
3.3 Pena e seu caráter assemelhado a hediondo	30
CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar e estudar Lei 11.343/06, aonde tal lei aplica-se inteiramente à matéria, tanto no seu direito material quanto processual, estudando também o artigo 33 da lei de drogas. Por meios de pesquisar bibliográficas e jurisprudências. Assim, estruturado em três partes.

A primeira parte será apresentada a história do crime tráfico de drogas, e as técnicas processuais de investigação na legislação brasileira, inicialmente retratando a história do crime aonde será abordado fatores que influenciaram nas primeiras manifestações legislativas contra as drogas, aonde traz a formação da proibição no início do século XX nos EUA, trazendo então efeitos para o engajamento da lei antidrogas no Brasil. Analisando leis antecedentes que foram revogadas várias vezes para que essa batalha seja ganha pelo bem. Mostrando também o conceito legal de drogas, dispositivos encontrados em lei vigente.

A segunda parte se fara pela análise do tipo penal referente ao tráfico de drogas, aonde se trás referências ao tipo penal aplicado, e será abordado a distinção do crime, características e sua problematização no artigo 33 do código penal brasileiro. Não deixando para trás a discursão de definição entre traficante e usuário.

Por fim, no último capítulo, discorreu-se a partir do processo penal de tráfico de drogas, aonde será citado o laudo da constatação da droga, limite entre uso e tráfico, e suas penas em seu caráter assemelhado a hediondo. Logo, com este trabalho de conclusão de curso buscamos esclarecer o assunto, sempre tendo como base a melhor doutrina e a mais atualizada jurisprudência sobre o tema.

CAPÍTULO I – HISTÓRICO SOBRE O TRÁFICO DE DROGAS

Neste capítulo abordaremos sobre o tráfico de drogas na humanidade. Começando com uma análise histórica, abordaremos o tráfico de drogas desde de períodos imemoriais, passando pela motivação da conduta e as formas mediante as quais ela é praticada. Não menos importante, analisaremos a finalidade do tráfico de drogas e os demais delitos que são a ela associados

1.1 O tráfico de drogas na história

Historicamente o contato da humanidade com entorpecentes é bem antigo, aonde os primeiros contatos se deram por origem indígena. De acordo com relatos históricos se descobriram plantas com efeitos psicoativos, e as utilizavam para diversão, uso terapêutico e em seus rituais e adorações, sendo assim até hoje em algumas culturas existentes no mundo. Mesmo com tudo não se pode associar o sagrado a utilização de drogas

A discriminação das drogas no Brasil em seu primeiro momento surgiu através de manifestações legislativas, com maior parte das vezes em forma municipal, sem nenhum sistema legislativo ativo. No ano de 1603, mesmo que não especificamente foi implantado nas disposições da Ordenações Filipinas, em seu livro V, título LXXXIX (89), aonde dispunha que:

nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonéa, nem *ópio*, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício. (FILIPE, 1603, on-line)

No período das Grandes Navegações no século XVI, foi apresentado aos europeus grandes números de ervas e especiarias, aonde contia substâncias psicoativas, que fora convertidas em mercadorias de grande valor para uso médico e recreativo. O comércio ficou tão grande que no século XIX a Europa e o Estados Unidos começaram a criar grande variedade de drogas. (RIBEIRO, 2013)

Já o Ópio se tornou a principal mercadoria transportada ilegalmente da Inglaterra para China, aonde muitas vezes os ingleses começaram a força os chineses a usar o ópio causando assim a dependência deles. Com isso o governo chinês proibiu todas as transações de drogas, gerando muita revolta nos ingleses, que declararam guerra a China em 1839. Mais tarde no mesmo ano o Súdito Chinês foi assassinado por marinheiros britânicos, causando a expulsão dos ingleses da cidade e a apreensão de cerca de vinte mil caixas de ópio.

Em 1856 foi declarado a chamada “Segunda Guerra do Ópio”, os chineses acabaram desagradando os ingleses ao revistarem um navio chamado Arrow que contia uma bandeira britânica, revoltados os ingleses se aliaram a França para aplicar um ataque militar em 1857. Com mais uma derrota a China teve que abrir mais onze portos ao comércio Ocidental, a China tentou resistir, mas a cidade de Pequim foi ocupada e obrigada a aceitar o “Tratado de Tianjin”, que propunha várias coisas, dentre elas a entrada de estrangeiros, diplomatas e a legalização do ópio. (AUGUSTO, on-line)

Os efeitos colaterais do uso de drogas foram muito grandes, gerando muitos casos de overdose e a abstinência, com isso o consumo passou a ser considerado causa de morbidade, gerando ações de saúde que se assemelha a quaisquer outras doenças. Mesmo com tudo, não contia nenhuma proibição, e durante o século XIX foram impactantes as vendas livres de compostos á base de ópio e cocaína em boticas para uso recreativo. No desencadear do século XX, a conjunção de varios fatores que contribui para o surgimento de movimentos para proibição do uso de substâncias psicoativas. (RIBEIRO, 2013)

Mais tarde por acordos internacionais, foi criada a primeira Lei Federal contra as drogas. Através da Convenção Internacional do Ópio, aonde que resultou

no Brasil o Decreto 11.481 de 1915, proibindo o uso frequente do ópio, morfina, cocaína e seus derivados. (RIBEIRO, 2016)

Com a posse ilícita sendo criminalizada em 1932 (Decreto 20.930, de 1932), e o consumo passando a integrar a lista de ações criminalizadas somente em 1938, por meio do decreto-lei 891, de 25.11.38. Porém o Código Penal de 1940 revogou todas as leis relacionado ao crime, em específico o artigo 281 ficou pela parte de descriminalizar o consumo. Com o Código penal editado em 1940, ficou caracterizando o crime de entorpecentes, vetando o uso e a venda, sendo considerado crime contra a saúde pública. Mais tarde com o golpe militar de 1964, foi criado a política criminal que se denominou de modelo bélico. (BATISTA,1998)

A primeira modificação legislativa em relação as drogas pelo regime militar foi o Decreto-lei 385, de 26.12.1968, aonde que treze dias depois alterou o artigo 281 do Código Penal, equiparando a conduta de usuário á do traficante. Essa situação não seria revogada até que em 1976, em que foi aprovada a Lei 6.368, a chamada “Lei de Entorpecentes”, sendo usuário artigo 16 com classificação distinta de traficante artigo 12, aonde o traficante com penas mais severas e o usuário que obteve tipos penais diferentes, ficando vigente até o ano de 2006.

Ao tarda, através da Lei nº 8.764, foi criada a secretaria nacional de entorpecentes em 1993. Para supervisionar, acompanhar, fiscalizar e executar as normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Entorpecentes. (MINISTERIO DA JUSTIÇA, online).

E atualmente a Lei 11.343/06 que contem aumento de penas e criação de novas figuras típicas, teve também a proibição de fiança, indulto e Liberdade provisória, aonde foi retirada a pena de prisão para usuários, redigindo politicas inovadoras para a prevenção e o tratamento. Em seu 1º artigo da lei 11.343/06 diz:

Esta Lei 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 e define crimes. Parágrafo único. Para fins desta Lei,

consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (SILVA, 2006, on-line)

Virando o artigo 281 da Lei 4.451, artigo 33 da Lei 11.343/06, sendo redigida de nova maneira. Sendo assim crime, importar, exportar, o manuseio (mesmo que seja usuário e crime, ficando assinado pelo usuário um Termo de Circunstanciado de Ocorrência), plantar, cultivar plantas que contenha substâncias para a preparação de drogas.

Logo, concluindo a narrativa histórica, percebemos que o mundo passou por uma absoluta desregulamentação e, até mesmo, desconhecimento sobre o tema, para um modelo de repressão global, onde o tema droga tem tomado destaque na opinião pública e formado as mais atualizadas jurisprudências.

1.2 Repressão das drogas no Brasil

Sobre a repressão das drogas no Brasil, a legislação passou por várias mudanças no século XX, considerando-se não só a diversidade das drogas que de tempos em tempos surgiam no mercado, bem como, a política de repressão que foi adotada nos diferentes governos.

A repressão das drogas no Brasil, começou a muitos anos quando em seu primeiro momento se obteve por manifestação legislativa municipal. Mas apenas em 1603 que o Brasil conseguiu obter a primeira lei contra as drogas, através das Ordenações Filipinas em seu livro V, título LXXXIX (89) (RIBEIRO, 2016). Em 4 de outubro de 1830, a Câmara do Rio de Janeiro obteve disposição que proibia o uso do pito e pango e a posse em casa, gerando assim o primeiro ato legal da proibição da maconha no mundo ocidental.

Uma das características distintivas da legislação posterior sobre drogas, será o Decreto 11.481 de 1915, que determina o cumprimento da Convenção firmada na Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia em 1912, da qual o Brasil é signatário (RIBEIRO, 2016). Em um período denominado por Nilo Batista como “modelo sanitário”, em que vigorou o modelo de política criminal, foram

implementadas várias alterações legislativas com preocupações sanitarista, tudo isso através de convenções internacionais, aonde criou um sistema chamado de médico-policial. Apesar de inúmeras medidas como obrigatoriedade de tratamento e internação compulsória em relação ao usuário de drogas, sua conduta não chegou a ser criminalizada. (RIBEIRO, 2013)

Com a criminalização da posse ilícita em 1932 através do Decreto 20.930/32, o consumo só passou a integrar essa lista de criminalidade em 1938. Com uma pluralidade de verbos na incriminação foi modificado o termo “substâncias venosas” por “substâncias entorpecentes”, as previsões de penas carcerárias e a formalidade de vendas e subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública aonde passam a delinear um novo modelo contidos no Decreto 780/36 e 2.953/38, o primeiro grande impulso contra as drogas no Brasil. Com tudo a descriminalização do consumo se obteve no ano de 1940, ano em que o Código Penal foi revogado. (CARVALHO, 1996)

Através das campanhas antidrogas no Estados Unidos que continuou mas em âmbito internacional, entre 1961 a 1971, foi assinado por quase todos os países a Convenção Única de Viena e o Convênio Sobre Substâncias Psicotrópicas, aonde pretendia-se proibir o uso, comércio e produção de drogas em geral, que não obteve muito sucesso, mas foi fundamental para a política antidrogas em vários países.

Com golpe militar no ano de 1964, se obteve modificação na questão de drogas, com o Decreto-lei 385 de 1968, que alterou o artigo 281 do Código Penal unindo a figura de usuário a traficante. Questão que só foi alterada no ano de 1976 com a Lei 6.368 que contém artigos distintos, sendo eles artigo 16 para usuário e o artigo 12 para a distinção de traficante. (RIBEIRO,2016)

Em 1980, o Decreto n. 85.110, deu origem ao Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes e Normatizou o Conselho Federal de entorpecentes – CONFEN. Aonde que em seu segundo 2º artigo diz:

Art. 2º. São objetivos do Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes:

I - formular a política nacional de entorpecentes, compatibilizar planos

nacionais com planos regionais, estaduais e municipais, bem como fiscalizar a respectiva execução;

II - estabelecer prioridades entre as atividades do Sistema, através de critérios técnicos, econômicos e administrativos;

III - modernizar a estrutura e os procedimentos da administração nas áreas de prevenção, fiscalização e repressão, buscando seu constante aperfeiçoamento e eficácia;

IV - estabelecer fluxos contínuos e permanentes de informações entre seus órgãos, bem como entre o órgão central do Sistema e os organismos internacionais a fim de facilitar os processos de planejamento e decisão;

V - estimular pesquisas, visando ao aperfeiçoamento do controle de fiscalização do tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica;

VI - promover, junto aos órgãos competentes, a inclusão de ensinamentos referentes a substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica nos cursos de formação de professores a fim de que possam ser transmitidos com observância dos seus princípios científicos;

VII - promover, junto aos órgãos competentes, a inclusão de itens específicos nos currículos do ensino de primeiro grau, na área de ciências, com a finalidade de esclarecer os alunos quanto à natureza e efeitos das substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. (BRASIL, 1980. *online*).

Ao final da guerra fria, simbolizada pela queda do muro de Berlim, o acesso a novos mercados expansão comercial, atingiram proporções inimagináveis. Com este mesmo fenômeno contribuiu para a expansão do comercio de substancias psicoativas. Diante da expansão e fortalecimento das máfias globalizadas, as pressões internacionais se tornaram muito grande, que em 1990 a legislação penal de drogas usou uma escala repressiva, empolgada por uma superexposição midiática da violência que terminou por banaliza-la, tornando-se em espetáculo de entretenimento. (RIBEIRO, 2013)

Em 1998, o Conselho Federal de Entorpecentes, foi transformado em Conselho Federal Antidrogas, período este que foi aproveitado para criar a Secretaria Nacional Antidrogas, sancionando também a Lei n. 10.409/2002, fazendo diversas modificações na Lei n. 6.368/1976, obtendo apenas partes significativas na redução da oferta. Em seu primeiro artigo a lei apresenta o deveres das pessoas de contribuir para a prevenção contra o tráfico de drogas.

Art. 2o É dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras com domicílio ou sede no País, colaborar na prevenção da produção, do tráfico ou uso indevidos de produtos, substâncias ou

drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica. (CARDOSO, 2002. on-line).

Atualmente a Lei vigente do Código Penal Brasileiro e a Lei n. 11.343/06 que faz parte do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários dependentes de drogas. (MINISTERIO DA SAUDE, ONLINE).

Através da Carta Constitucional de 1988, o crime tráfico de drogas que se equipara a crime hediondo aonde não prevê fiança, graça e anistia , bem como a responsabilização criminal dos mandantes, executores, a os que, puderem evitar prática do crime , se omitirem (artigo 5º, XLIII), por tanto aqui tem-se aqui um máximo grau de resposta punitiva no sistema de direito e processo penal brasileiro, regulamentado posteriormente pela Lei 8.072/90, estabelecendo efeitos ao comercio ilegal de drogas, à tortura e terrorismo. (CARVALHO, 1996)

O combate contra esse mal que destrói famílias e vidas, se torna cada vez mais difícil de vencer. Essa repreensão se faz necessária porque muitas famílias se desfazem por conta das drogas, usuários cada vez mais agressivos, fazendo de tudo para que pode fazer o uso do entorpecentes. Mas o grande problema desta batalha é o tráfico, aonde morre muitas pessoas por não pagar drogas, mas também a violência, corrupção, marginalidade, fazendo das crianças de favela jovens criminosos.

1.3 Conceito legal das drogas

A Lei não traz o conceito legal de drogas, porque não pode engessar esse conceito, considerando que, as leis são difíceis de ser mudada, principalmente as drogas sintéticas aonde a cada dia surge novas drogas, por essa razão a lei penal e em branco e depende de complementação da portaria do Ministério da Saúde.

Para mais entendimento, a Lei 11.343/06 traz em seu 1º artigo parágrafo único que, para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (SILVA, 2002, *online*)

Estas drogas se dividem em três grupos: drogas depressoras do sistema nervoso central; drogas estimulantes do sistema nervoso central e drogas perturbadoras do sistema nervoso central. Observe as classificações feitas pelo Ministério da Saúde, na Portaria Nº 344, de 12 de maio de 1998:

Art. 1º Para os efeitos deste Regulamento Técnico e para a sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições: Autorização Especial - Licença concedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS), a empresas, instituições e órgãos, para o exercício de atividades de extração, produção, transformação, fabricação, fracionamento, manipulação, embalagem, distribuição, transporte, reembalagem, importação e exportação das substâncias constantes das listas anexas a este Regulamento Técnico, bem como os medicamentos que as contenham. Autorização de Exportação - Documento expedido pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS), que consubstancia a exportação de substâncias constantes das listas "A1" e "A2" (entorpecentes), "A3", "B1" e "B2" (psicotrópicas), "C3" (imunossupressores) e "D1" (precursores) deste Regulamento Técnico ou de suas atualizações, bem como os medicamentos que as contenham. Autorização de Importação - Documento expedido pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS), que consubstancia a importação de substâncias constantes das listas "A1" e "A2" (entorpecentes), "A3", "B1" e "B2" (psicotrópicas), "C3" (imunossupressores) e "D1" (precursores) deste Regulamento Técnico ou de suas atualizações, bem como os medicamentos que as contenham. Certificado de Autorização Especial - Documento expedido pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS), que consubstancia a concessão da Autorização Especial. Certificado de Não Objeção? Documento expedido pelo órgão competente do Ministério da Saúde do Brasil, certificando que as substâncias ou medicamentos objeto da importação ou exportação não está sob controle especial neste país. Psicotrópico - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica e relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico. Receita - Prescrição escrita de medicamento, contendo orientação de uso para o paciente, efetuada por profissional legalmente habilitado, quer seja de formulação magistral ou de produto industrializado. Substância Proscrita - Substância cujo uso está proibido no Brasil. (BRASIL, 1988, online)

Sendo que em seu segundo artigo diz que para ter autorização de plantar, colher, cultivar, transportar, trazer consigo, manipular, reembalar, distribuir, fracionar, se beneficiar, dentre outros aspectos, necessita de seguir regras, aonde será necessário petição de autorização especial e autorização sanitária. Em outros aspectos drogas são quaisquer substancias que introduzida no organismo altere no seu funcionamento. Não ficando para trás também as drogas lícitas, que, mesmo

legalizadas podem causar grandes danos como as drogas ilícitas, sendo essas o álcool e tabaco.

O álcool junto com o tabaco são as drogas que mais matam em todo o mundo. A temática do uso de drogas entre crianças e adolescentes vem ganhando atenção de pais, professores, profissionais de saúde pública e da mídia em geral (MARTINS, 2006).

CAPÍTULO II – ANÁLISE DO TIPO REFERENTE AO TRÁFICO DE DROGAS.

O presente capítulo trata da análise das condutas nucleares do tipo penal referente ao delito de tráfico de drogas. Como se sabe, doutrinariamente, é um tipo misto alternativo, ou plurinuclear, onde o agente pratica várias condutas que podem se encaixar no tipo delitivo que descreve a conduta.

Neste sentido, serão analisadas todas as condutas, a consumação, a tentativa, e demais aspectos do delito, sem se afastar, é claro, da melhor doutrina e da mais atualizada jurisprudência sobre o assunto.

2.1 Condutas nucleares do tráfico

Ao observar o artigo 13 do Código Penal brasileiro, pode-se notar o princípio da legalidade que, refere-se a conduta, nexa causal e resultado para a existência de fato típico, assim constatando que há tipos penais que são de natureza material, dentre eles, o crime tráfico de drogas. As condutas nucleares do tráfico de drogas estão listadas no artigo 33 da Lei 11.343/06. Se tratando de um crime de ação múltiplas, em que vários núcleos típicos praticados no mesmo cenário permitem a punição por crime único, cujo encadeamento de condutas influencia apenas na aplicação da pena-base. O artigo diz:

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.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. (BRASIL, 2006, on-line)

Se tratando de tipo penal material, será necessário a junção de dois elementos fundamentais para uma eventual condenação de tais delitos sendo eles autoria e a materialidade, para que possa ser feito uma análise da conduta e constatar se se trata de fato típico (conduta, resultado, nexos causal e tipicidade objetiva). A autoria e materialidade no crime tráfico de drogas, geralmente é comprovada perante apreensão da droga em posse do investigado ou acusado. Mas nem sempre será necessário a apreensão da droga na posse única e exclusiva do indicado ou acusado para a materialização da prática delitiva. (GABRIEL, 2009)

Vejamos bem, um traficante de alta periculosidade, pode ser que no dia de sua apreensão não esteja portando drogas consigo, mas através de toda uma investigação fique comprovado o seu vínculo ao crime.

Ao falar dos tipos nucleares do delito tráfico de drogas, nota-se que as primeiras condutas ilícitas é de importar, exportar e remeter, sendo importar trazer o ilícito do exterior para o país de referência e exportar a saída do ilícito. Fica ainda configurado em tráfico internacional de drogas, não sendo necessário o cruzamento da fronteira para consumação. (Superior Tribunal de Justiça, 2011, on-line)

O verbo remeter acontece quando uma pessoa dentro do país entrega a droga para outrem, se desfazendo dela. Os verbos preparar e produzir e a materialização da droga, aonde que preparar fica relacionado a composição da substancia em sua elaboração, quanto que, produzir será construção da substancia em grande ou pequena escala. Já o verbo fabricar refere-se a confecção da droga em âmbito industrial. (SILVA JUNIOR, 2010, on-line)

O verbo adquirir e quando você compra ou ganha a droga, já os verbos vender e expor a venda tem como características em comum a comercialização de produtos ilícitos se diferenciando em que expor a venda, visa colocar a droga pronta para ser alienada. (SILVA JUNIOR, 2010, on-line)

Os verbos oferecer e fornecer ficam caracterizado quando uma pessoa oferece a droga para outrem comprar. Enquanto isso os verbos transportar e trazer consigo, se diferenciam que, em transportar será levado de um lugar a outro com fins próprios ou para terceiros, enquanto que trazer consigo será o transporte da droga própria droga.

Logo em seguida os verbos ministrar e prescrever, onde que ministrar será a aplicação da droga e prescrever será através de disposição legal afim de receber a droga. Quanto aos verbos entregar de qualquer forma a consumo, se resume a todos os verbos citados acima.

A nova Lei antidrogas 11.434/06 traz consigo em seu artigo 28 a qualificação do usuário e diferencia de traficante. No artigo 28 diz:

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 à 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.

§ 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. (BRASIL, 2006, on-line)

O artigo encontra-se alocado no Capítulo III, que tem como título “ Dos crimes e das penas”, não deixando dúvidas que o artigo 28 se configura em crime, ainda que não prevendo prisão (reclusão ou detenção), eis que previstas apenas penalidades não privativas de liberdade. (CABETTE, 2015, on-line)

2.2 Consumo e tentativa do tráfico

De acordo com o artigo 14, I, do Código Penal, diz o crime consumado “quando nele reunir todos os elementos de sua definição legal”, ou seja, quando o tipo estiver inteiramente realizado. Consuma-se, assim, o homicídio e o infanticídio com a morte da vítima (artigos 121 e 123), o estelionato com a obtenção da vantagem indevida (artigo 171) etc. Já o inciso II, diz que o crime será tentado, “quando, iniciada a sua execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”, ou seja, a tentativa e um crime incompleto. Sendo assim o agente desfere um tiro na direção da vítima, com dolo de matá-la, mas o projétil a acerta de raspão no braço.

Existe uma via que percorre entre o momento da ideia da realização do crime até o momento que ocorre sua consumação, Inter Criminis assim chamado, e formado por duas fases, a fase interna (cogitação) e a fase externa (atos preparatórios, atos executórios; consumação e exaurimento). (FABRETTI; SMANIO, 2019)

A cogitação é uma fase interna, e de acordo com Humberto Fabretti e Gianpaolo Smanio “É o momento no qual o agente se debate internamente sobre

praticar ou não o crime”, (SMANIO; FABRETTI, 2019, p.300). Fica visível que a cogitação nada mais é do que o pensamento ou a vontade de cometer um crime. Sendo essa uma fase sem penalidade, aonde que, não se pode punir alguém por ter pensamentos ruins. Nesse sentido a Jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTAIVA DE FURTO. NÃO HAVENDO INÍCIO DE EXECUÇÃO. COGITAÇÃO E ATOS PREPARATÓRIOS. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO OBRIGATORIEDADE. 1. Nos termos do art. 14, inciso II, do Código Penal, só há tentativa quando, iniciada a conduta delituosa, o crime não se consuma por fatores alheios à intenção do agente. 2. Na hipótese em tela, não se verificou qualquer ato de início de execução do crime de furto por parte do acusado, no máximo, cogitação e os atos preparatórios, portanto, conduta atípica não punível. 3. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime. APELAÇÃO CRIMINAL. TENTAIVA DE FURTO. NÃO HAVENDO INÍCIO DE EXECUÇÃO. COGITAÇÃO E ATOS PREPARATÓRIOS. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO OBRIGATORIEDADE. 1. Nos termos do art. 14, inciso II, do Código Penal, só há tentativa quando, iniciada a conduta delituosa, o crime não se consuma por fatores alheios à intenção do agente. 2. Na hipótese em tela, não se verificou qualquer ato de início de execução do crime de furto por parte do acusado, no máximo, cogitação e os atos preparatórios, portanto, conduta atípica não punível. 3. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime. (TJPI | Apelação Criminal Nº 2012.0001.006917-8 | Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho | 2ª Câmara Especializada Criminal | Data de Julgamento: 26/02/2013) [copiar texto] (TJ-PI - APR: 201200010069178 PI 201200010069178, Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho, Data de Julgamento: 26/02/2013, 2ª Câmara Especializada Criminal) (BRASIL, 2013, on-line)

Em seguida tem-se os “Atos preparatórios”, passando de cogitação à ação objetiva, este segundo momento ocorre quando o agente começa a preparação para a execução do delito, compra de uma corda para prática de um sequestro ou compra de uma chave para o delito de furto. Para que esse ato contenha caráter incriminatório será necessário o início da execução, salvo se, o ato preparatório constituir por si só, infração penal como por exemplo “petrechos para falsificação da moeda”. (MIRABETE; FABBRINI, 2008)

Na fase executória, e o início da prática para a realização do crime. De acordo com Humberto Fabretti e Gianpaolo Smanio, a doutrina traz duas descrições para a distinguir atos preparatórios e executórios. São divididos em objeto-material, que o diferencial residiria no bem jurídico tutelado. Assim, enquanto não houver ameaças ou ataques diretos, os atos serão meramente preparatórios, enquanto o

objeto-formal são aqueles que iniciam a realização do núcleo do tipo, ou seja, quando o agente coloca seu plano em prática. (SMANIO; FABRETTI, 2019)

A consumação fica com a quarta parte, esse momento o agente executa todo o tipo penal, consegue realizar todos elementos. Já ao exaurimento não deve ser confundido com a consumação, pois este momento será caracterizado quando o agente alcança, de maneira efetiva, o objetivo que motivou a sua conduta delituosa, ou seja, a etapa final. (CAROLINO, 2017, on-line)

A consumação como já se sabe e a execução completa do tipo penal. Esse tipo penal será classificado em: “material, formal, de mera conduta, culposos, omissivos próprios e omissivos impróprios”, no qual será de extrema importância saber identifica-los. (SMANIO; FABRETTI, 2019)

Os tipos penais materiais serão classificados com o resultado do crime, com exemplo do tipo penal de homicídio, aonde a consumação se dá no momento da morte da vítima; os tipos penais formais ocorrerão no momento da prática descrita no tipo penal, independente do resultado, ou seja, ocorre quando a intenção do agente e presumida em seu próprio ato, como exemplo o crime de extorsão (art.158) e extorsão mediante sequestro (art. 159). Já o tipo penal de mera conduta são crimes sem resultado, em que a conduta do agente, por si só, configura o crime, independentemente de qualquer alteração do mundo exterior, como exemplo é o porte ilegal de armas, pois o mero ato de portar a arma em si não gera nenhuma consequência, nenhum resultado material, porém a Lei o repudia pela potencialidade de que esse ato tem de gerar maiores danos, como o disparo da arma contra outra pessoa. (PROCOPIO, 2018, on-line)

O tipo penal culposos e se assemelha ao tipo penal material, mas sua consumação será no momento da ocorrência do resultado, consiste em uma conduta voluntária na qual o agente realiza um ato ilícito não desejado, mas que lhe era previsível, como exemplo do homicídio culposos de trânsito, a consumação ocorre no momento da morte da vítima.

Os tipos penais omissos próprios a consumação ocorrerá no momento em

que o agente deveria ter agido, mas não fez como exemplo o tipo penal de abandono intelectual, aonde o indivíduo deveria ter matriculado seu filho em uma escola mas não fez e por último os tipos penais omissivos impróprios a consumação se dá no exato momento em que ocorre o resultado em que o autor deveria ter evitado, como exemplo o salva-vidas de um clube não socorre a criança que caiu na piscina e morre afogada. (DIAS, 2019, on-line)

A tentativa, e a execução incompleta do tipo penal, aonde não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Ou seja, a execução não intencionalmente falha. A configuração da tentativa irá depende de três requisitos fundamentais: “início da execução da ação típica; não consumação por circunstância alheias a vontade do agente; dolo em relação ao crime consumado”. (SMANIO; FABRETTI, 2019)

De acordo com a professora Cristiane, existem sete crimes que não cabem tentativa são eles: “tipos penais culposos, tipos penais preterdolosos, tipos penais omissivos próprios, tipos penais habituais, tipos penais unissubsistentes e contravenções penais e crime de atentado. (DUPRET, 2008)

Nos tipos penais culposos, não se admite tentativa pois o resultado não é desejado pelo agente; os tipos penais preterdolosos e quando o agente pratica uma conduta dolosa, menos grave, porém obtém um resultado danoso mais grave do que o pretendido, na forma culposa, aonde que o resultado não é o desejado; os tipos penais omissivos próprios e quando o agente deve agir mais não agiu, mas se o agente tentou agir, mas não seguiu, significa que ele agiu; os tipos penais habituais não se consuma com a prática de uma única conduta, mas sim como a prática reiterada desta conduta.

Os tipos penais unissubsistentes não admitem o fracionamento de suas condutas em atos, pois cada ato praticado configura um crime individual; crimes de atentado são aqueles em que a própria tentativa já é punida pena do crime consumado, pois ela está descrita no tipo penal e por fim as contravenções penais, de acordo com o artigo 4º da Lei de Contravenções Penais não será punível a tentativa de contravenção. (DUPRET, 2008)

Quanto ao crime tráfico de drogas, vemos que, em razão dos dezoitos verbos e necessário analisar cada um. Porém caso algum dos dezoitos verbos como por exemplo: vender, expor a venda, ter em deposito tenha sido alcançado a sua plenitude o crime estará consumado. Caso iniciado a execução e não, não finalizada por circunstâncias alheias a vontade do agente o crime será tentado.

2.3– Formas qualificadas e privilegiadas do tráfico

A forma qualificadora de um crime altera as penas mínima e máxima do tipo, trazendo novos elementos para o tipo, sendo assim, um tipo derivado autônomo ou independente. Neste sentido a doutrina:

São qualificadoras do crime aquelas circunstâncias que: a) revelam determinados motivos, interesses, meios ou modos de execução; b) produzem resultados graves ou gravíssimos para o bem jurídico afetado; c) expõem a vítima ao maior poder de ação do agente, seja em função da idade, de parentesco ou outra relação de confiança. Em tais hipóteses, a reprovabilidade da conduta justifica um tratamento penal específico e mais rigoroso. (BRASIL, 2019, on-line)

As qualificadoras podem ser objetivas ou subjetivas, as objetivas se referem ao modo e meio de execução como por exemplo a tortura o nível de crueldade do crime e as subjetivas e por motivos fúteis como exemplo matar pelo fim do namoro.

O artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, traz quatro requisitos, que implicaram na redução da pena do agente, se ele tiver praticado o delito de tráfico de drogas. Então se o agente tiver praticado o crime do artigo 33, caput e artigo 33, §1º da Lei de drogas e possível a redução de pena de um sexto a dois terços com o preenchimento de quatro requisitos, sendo eles: “ser réu primário, ter bons antecedentes, não integrar organização criminosa e não se dedicar a atividades criminosas”. Esses quatro requisitos são acumulativos, ou seja, o agente precisa preencher todos eles para ter a pena reduzida de um total de cinco anos para de um sexto a dois terços. (MASSON, 2019)

Dessa forma, era mantido por decisão unânime do STJ, que, mesmo que houvesse a incidência da redução de pena do crime tráfico de drogas ele seria

equiparado ao crime hediondo, ou seja, não seria excluída a hediondez do tráfico de drogas. Dessa forma a súmula 512 do STJ, hoje cancelada, dizia, “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.(BRASIL, 2014, on-line)

Dessa forma traz-se o homicídio privilegiado-qualificado, em que se tem como característica subjetiva do privilégio, com as qualificadoras de caráter objetiva. Aonde que entre o privilegio que o benefício ao réu e a qualificadora que é maléfica, prevalecerá a que beneficia o acusado. Ainda o homicídio privilegiado-qualificado não consta no rol dos rotulados crimes hediondos, o que reforça ainda mais a teoria. Portanto a doutrina e a jurisprudência de forma unânime entendem que o homicídio privilegiado-qualificado, não se trata de crime hediondo. (SILVA, 2019).

No mesmo sentido Fernando Capez diz: “Assim, o reconhecimento do privilégio afasta a hediondez do homicídio qualificado.” (CAPEZ, 2007, p.42), seguindo na mesma linha “Homicídio qualificado privilegiado: Não é crime hediondo.”

Sendo assim o privilegio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas é incompatível com a Lei 8.072/90. Dispõe a lei sobre o tráfico de drogas: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:” (BRASIL, 1990, on-line). Sendo crime inafiançável, com pena inicialmente cumprida em regime fechado.

Com esse entendimento, pode-se afirmar que o crime tráfico privilegiado não se caracteriza a crime hediondo, sendo apenas caracterizado o crime tráfico de ilícito de entorpecentes.

CAPÍTULO III – DO PROCESSO PENAL NO TRÁFICO DE DROGAS

No presente capítulo, falaremos sobre procedimento na Lei de Drogas, começando pelo laudo de constatação de drogas, uma fase prévia em que será feito para comprovar a materialidade ali existente, seguindo o limite entre o uso e tráfico para a pena e seu caráter assemelhado a hediondo.

3.1 Laudo de constatação de drogas

A Lei 11.343 / 06 (Lei de Drogas) possui procedimento penal especial em relação ao Código de Processo Penal. Na verdade, o artigo 48 da Lei Antidrogas dispõe sobre a aplicação complementar do Código de Processo Penal, indicando a prioridade dos procedimentos previstos nesta lei especial. Uma das diferenças relacionadas ao procedimento do CPP é o momento de apresentar uma defesa por escrito.

O artigo 48, § 2º, da Lei nº 11.343 / 06 dispõe que, na hipótese dos atos previstos no artigo 28 desta lei estipula que as prisões in loco não são permitidas, e o autor do fato deve imediatamente encaminhado ao tribunal competente, ou prometer comparecer se não houver tribunal competente, definir um prazo detalhado e apresentar o pedido para exame e habilidades necessárias. (BRASIL, 2006)

Na mesma linha do que previam os artigos 22, §§ 1º. E 2º. Da Lei 6368/76 e 28, §§ 1º. E 2º. Da Lei 10409/02, o artigo 50, §§ 1º. E 2º. Da Lei 11.343/06 permite que a materialidade dos crimes ali tipificados seja inicialmente comprovada por um “laudo de constatação” provisório ao qual seguir-se-á um laudo toxicológico definitivo no curso do processo. O “laudo de constatação” provisório serve para comprovar a

materialidade delitiva para fins da prisão em flagrante e oferecimento/recebimento da denúncia. (BRASIL, 2006)

Certo é que o laudo de constatação elencado pelo legislador infraconstitucional atesta, pura e simplesmente, que a substância analisada é droga, nos termos da portaria 344/98 da Anvisa. Por obviedade, o referido instrumento probatório não é capaz de determinar que o investigado foi apreendido com o entorpecente enquanto praticava a ação descrita em um dos verbos apontados no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, por exemplo.

O artigo 50, § 1º da Lei nº 11.343/2006 acerca da lavratura do flagrante delito dispõe que:

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

§ 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1.º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo. (BRASIL, 2006)

São dois os laudos que devem ser elaborados. O primeiro, chamado laudo de constatação, deve indicar se o material apreendido, efetivamente, é uma droga incluída em lista da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde), apontando, ainda, sua quantidade. O laudo de constatação atesta que a substância analisada é droga, nos termos da portaria 344/98 da Anvisa. Destina, única e exclusivamente, para comprovar que os elementos recolhidos se constituem em entorpecentes. Em que pese ser importante meio de prova, já que define a natureza da substância do que foi encontrado com o investigado, não é meio idôneo a comprovar a ação que foi perpetrada pelo agente. (BRASIL, 2006)

O laudo definitivo, presumivelmente mais complexo, que, como o nome indica, traz a certeza quanto à materialidade do delito, definindo, de vez, se o material pesquisado efetivamente se cuida de uma droga. Esse laudo, a teor do art. 159 do Código de Processo Penal, deve ser elaborado por perito oficial ou, na sua falta, “por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a

natureza do exame”, nos termos do § 1º, do mesmo dispositivo. Nada impede, outrossim, que o mesmo perito elabore o laudo de constatação e, mais adiante, o laudo definitivo. É isso, aliás, que ocorre na prática. (BRASIL, 2006)

É imprescindível, para a condenação pelo crime de tráfico de drogas, que seja anexado o laudo toxicológico definitivo, concluindo que a falta desse laudo conduz à absolvição do acusado por falta de materialidade delitiva. Somente em situação excepcional poderá a materialidade do crime de drogas ser suportada por laudo de constatação, quando permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. (BRASIL, 2006)

3.2 Limite entre uso e tráfico de drogas

O crime de tráfico de drogas não pode ser imputado ao usuário de drogas, que somente a porta para uso próprio. Determina o artigo e questão que 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 penas de advertência sobre os efeitos das drogas; de prestação de serviços à comunidade; de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Comenta Gomes (2007) que se trata 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.

Todo o cenário contemplado no art. 28 pressupõe a não irradiação do fato para além da murada da vida privada do indivíduo. Nesse sentido, o porte de drogas para consumo pessoal em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, não afeta nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e sua intimidade e as suas opções pessoais. (BRASIL, 2006)

A Lei de Drogas 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 (NUCCI, 2009). O tráfico de Drogas é previsto como crime no Brasil, pela lei 11.343/2006, onde há a prescrição do uso de entorpecente e a do tráfico per si e seus crimes correlatos, em se tratando do dispositivo legal que pune o uso de entorpecentes.

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 à programa ou curso educativo
(BRASIL, 2006)

Gomes (2007) comentou que o fato de possuir drogas não é mais considerado “crime” na lei (embora ainda seja ilegal e uma violação da lei). Portanto, há uma descriminalização “formal”, mas nenhuma legalização (ou descriminalização substantiva) das drogas. Além disso, não foi efetivamente excluído do âmbito do direito penal.

No caso dos crimes previstos no artigo 28 do artigo 11.343 / 06, o réu será processado e julgado de acordo com a Lei nº 9.099 de 1995 se não houver conflito com os crimes previstos nos artigos 33 a 37 da mesma lei De acordo com o artigo 60 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e disposições posteriores, é previsto pelo Juizado Especial Criminal, que dispõe sobre o Juizado Especial Criminal. Dessa forma, os usuários serão processados e julgados pelo Juizado Especial Criminal. (BRASIL, 2006)

Vê-se que não há pena restritiva de liberdade no rol punitivo do uso de entorpecentes no Brasil, verificando o artigo que trata da punição para o tráfico, tem-se 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:

Penal - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2006, on-line)

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, 2006)

Ressalte-se que os artigos subsequentes ao supracitado possuem vasta lista de ramificações e outras modalidades criminosas relacionadas ao tráfico de entorpecentes, destacando-se o art.33 pela forma basilar e mais comum da prática do delito. Ao visualizarmos os dispositivos penais citados, vê-se que houve uma preocupação do legislador brasileiro em um tratamento diferenciado para o usuário de drogas e para o traficante, por questões óbvias que a cadeia de suprimento do tráfico dá a este último, uma responsabilidade maior na consecução do crime. Destarte que há e houve grande debate na sociedade brasileira quando da extinção. (BRASIL, 2006)

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2007), a Lei 11.343/06 possui alguns pontos centrais, que merecem destaque: a pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; a eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); o rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; a clara distinção entre o traficante “profissional” e o traficante ocasional; a louvável clareza na configuração do rito procedimento e o inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidas com os delitos de drogas.

Comenta Franzoi (2006), que é evidente que a culpabilidade do grande traficante, aquele que realmente financia o tráfico e está envolvido diretamente com outros crimes mais graves não é a mesma daquele jovem dependente que se envolveu ocasionalmente com o crime para sustentar o seu vício ou, daqueles pequenos traficantes que possuem a característica de serem facilmente substituíveis e não dominarem o mercado (as chamadas “mulas” e “aviãozinho”). Esses últimos,

geralmente, são desprovidos de qualquer periculosidade, não apresentando grave risco à sociedade e, portanto, merecendo tratamento diferenciado em homenagem ao princípio da isonomia

3.3 Pena e seu caráter assemelhado a hediondo

De acordo com o artigo 33 da Lei de Drogas 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 é crime punível com a pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

De acordo com o parágrafo primeiro trata-se de tipos penais equiparados, sendo que:

§ 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.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) (BRASIL, 2006, on-line)

De acordo com o § 4º do artigo 33, 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. Assim, o crime de tráfico de drogas é tipificado no art. 33. De forma inovadora a figura do denominado “tráfico privilegiado”, foi previsto em seu §4º, sendo que este delito poderá ter sua pena reduzida quando o réu for primário, de bons antecedentes criminais, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, vedando, porém, a conversão da pena privativa de liberdade (prisão) em penas restritivas de direito (penas alternativas). (BRASIL, 2006)

O artigo 44 da mesma lei determina que 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. (BRASIL, 2006)

O art. 2º. da Lei dos Crimes Hediondos, alterado pela Lei nº. 11.464/07 determina que não mais se proíbe a liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados (incluindo o tráfico de drogas), pois o inciso II do art. 2º. Refere-se apenas à inafiançabilidade; tampouco, veda-se a progressão de regime, visto que o parágrafo primeiro do art. 2º. Passou a estabelecer a necessidade, tão-somente, do cumprimento inicial da pena no regime fechado. (BRASIL, 2006)

Contudo, e coerentemente, passou a ser exigido o cumprimento de 2/5 da pena (se o apenado for primário) e 3/5 (se reincidente). Agora, diferentemente do que ocorre com os condenados por outros crimes (que podem progredir de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, segundo o art. 112, da Lei de Execuções Penais), dificultou-se a possibilidade da progressão, o que é razoável, pois não era “justo” considerar todos os condenados de maneira igual, quando a própria Carta Magna trata de forma mais gravosa os autores dos crimes hediondos e assemelhados – art. 5º., XLIII. (BRASIL, 2006)

Tal percepção foi a alavanca mestre para este novo entendimento de que privilégio e hediondez são opostos sem possibilidade de relativização. Logo o artigo 33, § 4º da lei 11.343/2006 não sofreu uma mutação e sim uma adequação apropriada à nova realidade seja no quantum da pena, seja no afastamento da equiparação ou seja, tratar os gestores da indústria do tráfico da mesma forma do tratamento dispensado as “mulas” (que são aquelas pessoas que recebem algum valor,

simplesmente o transporte de drogas), ferindo assim não só o princípio da proporcionalidade, bem como o princípio aristotélico de Justiça. (BRASIL, 2006)

É óbvio que tais modificações atingiram, não somente os crimes hediondos, mas os assemelhados, inclusive o tráfico ilícito de drogas; a alteração legislativa, portanto, revogou o disposto no art. 44, caput da Lei nº. 11.343/06. (BRASIL, 2006)

Neste sentido, a lição de Renato Flávio Marcão: “É indiscutível o cabimento, em tese, de liberdade provisória, sem fiança, em se tratando de crime de tráfico de drogas e delitos equiparados, previstos na Nova Lei de Tóxicos. A opção legislativa neste sentido restou clara.” Aliás, e a propósito, idêntica conclusão chega-se em relação ao art. 3º. Da Lei nº. 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), art. 7º. Da Lei nº. 9.034/95 (“Crime Organizado”) e art. 21 da Lei nº. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) que também vedavam a liberdade provisória. (BRASIL, 2006)

Outro questionamento a respeito do tráfico privilegiado refere-se a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Ocorre que após divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca de parte do dispositivo legal que mencionava a vedação da substituição das penas, o STF (Supremo Tribunal Federal), no ano de 2010, ao julgar o Habeas Corpus de nº 97.256/RS, declarou inconstitucional tal vedação. Assim, no dia 15 de fevereiro de 2012, o Senado Federal pacificou tal assunto através da Resolução nº 05, suspendendo parte da norma que vedava a conversão e assim, nos casos em que as circunstâncias relacionadas ao crime e ao acusado, isto é, os requisitos objetivos e subjetivos, forem alcançadas, serão possíveis a substituição da pena de prisão por alguma das penas alternativas. (BRASIL, 2006)

O tráfico privilegiado (§ 4º do artigo 33 da lei 11.343) não possui caráter hediondo, com a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos termos da Resolução nº. 05 do Senado Federal (BRASIL, 2006)

CONCLUSÃO

A lei de drogas, veio não apenas evitar a motivação e o tráfico de drogas, que é um crime grave que muitas vezes é cometido para manter o consumo, mas também para evitar ou minorar os problemas sociais, e outros problemas criminais que advêm do uso e tráfico de drogas.

As drogas tocam questões individuais e sociais, sendo um grande fenômeno de discussão, encontramos abertura para horizontes, atravessando várias formas de diálogos e opiniões diversas. No início da história ela vinha de caráter aliviador, aonde as pessoas á usavam para aliviar a dor, uso terapêutico e recreativo, mas ao longo dos anos a comercialização foi crescendo consecutivamente, gerando assim um grande problema para a humanidade.

Apesar da política de guerra de drogas implantada no Brasil, o país só vem apresentando falhas em suas ideias, que é acabar com os entorpecentes.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como objetivo mostrar a evolução histórica da lei de drogas no Brasil, aonde e de grande importância a análise dos verbos do tipo crime tráfico de drogas, para que se possa diferenciar o uso e tráfico.

Ao estudarmos a atual política de combate as drogas conseguimos perceber a aplicação de elementos típicos do direito penal. A Lei 11.343/06 que atualmente regulamenta a questão das drogas no Brasil prevê duas respostas penais: nesse mesmo instituto a resposta conferida ao usuário é a de um direito penal do cidadão, prevendo o seu desencarceramento, contrapondo-se com a reação de guerra

dirigida a quem comete o crime de tráfico, com aumento das penas, adiantamento da punibilidade e relativização de garantias processuais.

O presente tema é considerado importante para as academias jurídicas, pois é um tema o qual o conteúdo diz respeito a uma forma de renda internacional, mesmo que de maneira ilícita. Os problemas oriundos do tráfico de drogas, no Brasil, ultrapassam as violações à segurança pública, devido adentrarem a segurança nacional, podendo levar à destruição de vidas humanas. Dessa maneira, o presente artigo visa contribuir para todos quantos a ela tenham acesso, colaborando, assim para a comunidade acadêmica e para a literatura jurídica.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade.** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20701998000100003. Acesso em 20 nov. 2020.

AUGUSTO, Pedro. **Guerra do Ópio.** Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/guerra-do-opio/>. Acesso em 20 nov. 2020.

BATISTA, Nilo. **Política Criminal com derramamento de sangue cit. p. 137.** Disponível em: https://www.academia.edu/16082676/_Artigo_Pol%C3%ADtica_criminal_com_derramamento_de_sangue_Nilo_Batista_1_. Acesso em 20 nov. 2020.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm Acesso em 16 mai. 2021.

BRASIL. **Lei 11.343 de 2006.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 06 mar. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em 06 mar. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 512.** Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27512%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27512%27).sub). Acesso em 06 mar. 2021.

BRASIL. **Código Penal de 1964.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19501969/l4451.htm#:~:text=LEI%20N%204.451%2C%20DE%204,Art.> Acesso em 16 mai. 2021.

BRASIL. **Código Penal de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>

BRASIL. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Piauí TJ-PI - Apelação Criminal: APR 201200010069178 PI 201200010069178**. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/389336396/apelacao-criminal-apr-201200010069178-pi-201200010069178?s=paid> Acesso em 06 mar. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Circunstâncias Qualificadoras**. Disponível em: <
<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/circunstancias-qualificadoras#:~:text=%22S%C3%A3o%20qualificadoras%20do%20crime%20aque%20as,parentesco%20ou%20outra%20rela%C3%A7%C3%A3o%20de> Acesso em 06 mar. 2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O artigo 28 da Lei de Drogas e a Reincidência**. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/160040837/o-artigo-28-da-lei-de-drogas-e-a-reincidencia> Acesso em 16 mai. 2021.

CAROLINO, Anderson Zeferino dos Santos. **As fases do Inter Criminis**. Disponível em: <
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-fases-do-inter-criminis#:~:text=Teoria%20objetiva%20%E2%80%93%20material%3A%20atos%20execut%C3%B3rios,observador%20para%20impor%20a%20pena>.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas**. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/A_Politica_Criminal_de_Drogas_no_Brasil.html?id=VDtnDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em 16 mai. 2021.

DIAS, Júlio. **Crime Omissivo próprio e improprio**. Disponível em: <
<https://juliodias.jusbrasil.com.br/artigos/599949140/crime-omissivo-proprio-e-improprio>. Acesso em 23 fev. 2021.

DIVISÃO ESTADUAL DE NARCOTICOS. **Drogas**. Disponível em: <
<http://www.denarc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=40#:~:text=Atualmente%2C%20a%20terminologia%20droga%2C%20segundo,alterações%20no%20funcionamento%20do%20organismo>. Acesso em 16 mai. 2021.

DUPRET, Cristiane. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial**. Rio de Janeiro, Impetus, 2008.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo/ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo, Atlas, 2019.

FRANZOI, Alberto. Silva. **Crimes hediondos: anotações à lei 8.072/90. 4 ed. Ver atual**. São Paulo, Revisa dos tribunais 2000

FILIPE, Dom. **Ordenações Filipinas, Livro V, título LXXXIX (89) p. 1240**. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>.

FILIPPE, Dom. **Título LXXXIX: Que ninguém tenha em sua casa ressaltar, nem a venda, nem outro material venenoso.** Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1240.htm>.

GOMES, Luiz Flávio. **Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal, 2006 (PARTE I).** Disponível em: <http://www.lfg.com.br>.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). **Legislação Criminal Especial.** São Paulo: RT, 2013, p. 691

HISTÓRIA DO COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acesso em 23 fev. 2021.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado. 24 ed.** São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNIOR, Antenor Costa Silva. **Análise do art. 33 da Nova Lei de Drogas e sua Eficácia Processual.** Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4398. Acesso em 23 fev. 2021.

JUS BRASIL. **Tráfico de drogas no Brasil.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/78317/trafico-de-drogas-no-brasil>. Acesso em 06 mar. 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Lei de Drogas: Aspectos penais e Processuais.** São Paulo, Método, 2019.

MEU JURIDICO.COM.BR. **Teses do STJ sobre a Lei de Drogas- II (2 PARTE).** Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/06/22/teses-stj-sobre-lei-de-drogas-ii-2a-parte/>. Acesso em 23 fev. 2021.

MINISTERIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Secretaria federal de entorpecentes.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/politicas-sobre-drogas>

MINISTERIO DA SAÚDE. **Portaria Nº344, de 12 maio de 1998.** Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html.

MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **TRÁFICO DE DROGAS.** Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/segundo-o-stj-o-trafico-de-drogas-na-modalidade-adquirir-consuma-se-com-a-tratativa-da-compra-e-venda-do-entorpecente-sendo-desnecessaria-a-efetiva-entrega-deste-tida-como-mero-exaurimento-do-delito#.X4j79HLPzIU>. Acesso em 23 fev. 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral Arts. 1º a 120 do CP.** São Paulo, Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpolo Poggio. **Legislação Penal Especial, 8º ed.** São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A droga da lei de drogas. In: Consultor Jurídico. 2009.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>. Acesso em 16 mai. 2021.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Consumação do crime tráfico de drogas na modalidade adquirir e o STJ.** Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/264413046/consumacao-do-crime-de-traffic-de-drogas-na-modalidade-adquirir-e-o-stj>. Acesso em 23 fev. 2021.

PROCOPIO, Michael. **Classificação dos Crimes no Direito Penal: resumo completo.** Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/classificacao-dos-crimes/>. Acesso em 16 maio. 2021.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **A Evolução Histórica da política criminal e legislação brasileira sobre drogas.** Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5825-A-evolucao-historica-da-politica-criminal-e-da-legislacao-brasileira-sobre-drogas. Acesso em 29 fev. 2021.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas.** Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Drogas_e_redução_de_danos_Direitos_da_s.html?id=ojhnDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em 15 jan. 2021.

SILVA, Nathália Christina Rosa da. **Tráfico privilegiado: análise da hediondez do crime à luz da jurisprudência e a aplicação execução pena.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72934/traffic-privilegiado-analise-da-hediondez-do-crime-a-luz-da-jurisprudencia-e-a-aplicacao-na-execucao-pena#:~:text=O%20reconhecimento%20da%20hediondez%20do,%2C%20da%20Lei%2011.343%2F2006>. Acesso em 23 mar. 2021.

Supremo Tribunal de Justiça. **Configuração do tráfico internacional independente do cruzamento da fronteira.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2732578/configuracao-de-traffic-internacional-independe-do-cruzamento-de-fronteira#:~:text=Configura%C3%A7%C3%A3o%20de%20tr%C3%A1fico%20internacional%20independe%20do%20cruzamento%20de%20fronteira,-0&text=Para%20que%20o%20crime%20de,julgamento%20de%20um%20habeas%20corpus>. Acesso em 23 mar. 2021.

GABRIEL, Ulisses. **A materialização indireta do crime tráfico de drogas.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5282/A-materializacao-indireta-no-crime-de-traffic-de-drogas>. Acesso em 16 maio. 2021.

