



COMENTÁRIOS SOBRE A NÃO HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

ARTIGO ORIGINAL

SOARES, Jordana da Silva¹

SOARES, Jordana da Silva. **Comentários sobre a não hediondez do tráfico privilegiado.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano. 08, Ed. 01, Vol. 02, pp. 44-75. Janeiro de 2023. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/trafico-privilegiado>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/trafico-privilegiado

RESUMO

Diversas mudanças legislativas ocorreram na Lei de drogas no Brasil. Atualmente, o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas não se estende ao § 4 do art.33 da Lei 11.343/06, pois o Supremo Tribunal Federal tornou ineficiente a Súmula 512 do Supremo Tribunal de Justiça. Nesse cenário, o presente artigo busca analisar a aplicação do tráfico privilegiado, avaliar as possibilidades das combinações de leis e o caráter não hediondo do tipo penal em comento e seu reflexo nas progressões de regime dos condenados. Portanto, tal estudo está ligado não somente à ordem pública, mas também à Constituição, ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal brasileiro. Para isso, o presente estudo realizou uma análise das atuais normas e conceitos estabelecidos pela legislação e jurisprudência vigente. Com os resultados, verificou-se que os condenados ao tráfico privilegiado tiveram uma mudança significativa nas progressões de regime, de tal modo que alcançaram a data de progressão para o regime menos gravoso mais rapidamente.

Palavras-chave: Tráfico de drogas, Tráfico privilegiado, Minorante, Não hediondez do art.33§4 da Lei 11.343/06.

1. INTRODUÇÃO

As drogas são objeto constante de estudos no ordenamento jurídico, seu uso na sociedade se faz presente desde as primeiras civilizações, pois sempre foi utilizada tanto para tratamentos médicos quanto em cultos religiosos. Por isso, a



necessidade de uma lei que regulasse sua produção, comercialização, uso e tratamento sempre se fez primordial no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, as drogas foram tipificadas pela primeira vez através do Código Penal de 1890 (BRASIL, 1940), em um artigo que tratava sobre a saúde pública. Posteriormente, por consequência do aumento do consumo de drogas no país, em 1921, foi publicado um decreto tratando especialmente sobre tal tema de maneira mais detalhada, porém, ainda sem grandes inovações.

Logo depois, com a promulgação do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), veio o famigerado artigo 281, imortalizado na voz do cantor e compositor Bezerra da Silva. Este artigo trazia vários núcleos do tipo, novas tipificações e qualificadoras, contudo, ainda não tratava especificamente do usuário de drogas. Foi somente em 1976 que o artigo 281 do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940) foi afastado e os artigos 12 e 16 da chamada Lei Antitóxicos, Lei n.º 6368/76 (BRASIL, 1976), substituíram-no, inserindo essa nova tipificação no ordenamento jurídico.

Depois 30 anos de vigência da Lei 6368/76 (BRASIL, 1976), foi publicada a nova Lei de Drogas, Lei n.º 11.343/06 (BRASIL, 2006), que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro inúmeras inovações que as revogadas Lei n.º 6.368/76 (BRASIL, 1976) e Lei n.º 10.409/02 (BRASIL, 2002a) não possuíam, pois o legislador demonstrava maior preocupação com o aspecto sociológico do tema.

Dentre as grandes mudanças trazidas pela vigente Lei de Drogas, o artigo 33 da Lei 11.343/06 trouxe umas das maiores inovações, além do aumento da pena mínima, em seu parágrafo 4º, que inova ao tratar da figura do traficante individual e ocasional de forma mais individualizada, o que na Lei anterior não ocorria, uma vez que o pequeno traficante recebia a mesma pena na proporção a aplicada ao agente que se dedicava ao tráfico de forma habitual e permanente (BRASIL, 2006).

Essa nova possibilidade presente no § 4 do art. 33 da Lei 113434/06, aplicada ao pequeno traficante, garante a ele o direito do benefício da diminuição da pena de



um sexto a dois terços nos crimes tipificados no caput e parágrafo primeiro (BRASIL, 2006).

No entanto, para fazer jus a esse benefício, deverá o agente possuir quatro características, ou seja, atender a determinados requisitos cumulativamente. São eles: a primariedade, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Presentes esses requisitos, as penas do art. 33 da Lei de Drogas poderão ser diminuídas (CAPEZ, 2012).

Ressalta-se que, até o ano 2016, o agente que se enquadrava no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) continuava ostentando a qualidade de traficante de drogas e ostentava o atributo de ter praticado um crime equiparado aos crimes hediondos, segundo inciso o XLIII do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e o artigo 2º, caput da Lei 8.072/90, dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990).

No entanto, após o *Habeas Corpus* 118.533 Mato Grosso do Sul, de relatoria da Ministra Cármem Lúcia, do Supremo Tribunal de Justiça, o referido entendimento foi modificado e, atualmente, o delito tipificado no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06 (BRASIL, 2006) não será considerado hediondo. Além de ser aplicada a redução da pena expressa no próprio parágrafo, acarretará uma progressão de regime diferente dos crimes hediondos, ou seja, com aplicação de crime comum (BRASIL, 2016).

Deve-se observar que, conforme o artigo 33, em seu § 4º, é vedado ao traficante ocasional a conversão em penas restritivas de direito (BRASIL, 2006), porém, é de suma importância ressaltar que há entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal quanto à substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas.

São inúmeras áreas de conhecimentos nas quais se inserem o tema do presente estudo. Trata-se de pesquisa de matéria constitucional, penal e processual penal, logo, é de suma importância entender a evolução histórica e social do referido tema.



2. PARTE HISTÓRICA

O uso de drogas já se faz presente na sociedade há séculos. O álcool, a mais comum e antiga droga já conhecida pelo homem, presente em quase todos os momentos, é a mais usada, no entanto, outras drogas apareceram no decorrer da história. No Oriente Médio, o ópio, extraído do suco da papoula, viciou uma nação inteira, levando a uma guerra entre Inglaterra e China (de 1839 a 1842 e de 1856 a 1860), assim como a maconha, que, no continente africano e na Índia, era utilizada pelos hindus e também por alguns dos povos africanos de maneira medicinal, tanto como analgésico como em rituais sagrados. Já nas Américas, os incas faziam o uso das folhas de coca para o mesmo fim, o religioso, e os Astecas adoravam suas divindades ingerindo uma espécie de cacto na qual ocorria a liberação de um alucinógeno chamado mescalina (TORCATO, 2016).

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, a tipificação da conduta de tráfico de drogas iniciou-se em meados dos anos de 1890, já perante o modelo republicano, sob a tutela do Código Penal de 1890, no capítulo dos crimes contra a saúde pública:

Art. 159. Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários:

Pena de multa de 200\$ a 500\$000 (BRASIL, 1890).

O citado ordenamento buscava regular a comercialização por parte dos boticários, e não havia qualquer menção ao usuário. Somente em 1921, com o crescimento do consumo de drogas e o desenvolvimento da política criminal brasileira, que surgiu o Decreto nº 4.292 (BRASIL, 2002b). Este estabeleceu penalidades para os contraventores nas vendas de cocaína, ópio e seus derivados. Criou-se um estabelecimento especial para a internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas e estabeleceu-se as formas de processo e julgamento. (TORCATO, 2016)



No entanto, em 1940, foi sancionado o atual Código Penal, cuja matéria passou a ser tratada no capítulo de crimes contra a saúde pública, artigo 281. Tal artigo não tratava ainda sobre a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal, somente tipificava o ilícito do tráfico, todavia, diante do grande consumo de drogas desencadeado pela ideia de luta por liberdade - uma vez que o consumo da droga passou a ter uma conotação libertária associada a manifestações políticas democráticas -, em 1968, o referido artigo foi alterado pelo Decreto Lei 385/68, passando a tipificar a conduta daquele que traz consigo a substância entorpecente para uso próprio, conforme artigo 281, caput, e § 1, *inciso III* (TORCATO, 2016). Não obstante, sem fazer a diferenciação entre usuário e traficante, imputando a ambos as mesmas penas, vejamos:

Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País

§1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda ou oferece, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito, ou sob sua guarda, matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica; Cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica; Porte de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica



III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; Aquisição de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

IV - adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Prescrição indevida de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

§2º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração do preceito legal ou regulamentar:

Pena - detenção de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 30 (trinta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§3º Incorre nas penas de 1 (um) a 6 (seis) anos de reclusão e multa de 30 (trinta) a 60 (sessenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País, quem: Induzimento ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

I - instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

Local destinado ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

II - utiliza o local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica; Incentivo ou difusão do uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

III - Contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

Forma qualificada

§4º As penas aumentam-se de 1/3 (um terço), se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor



de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação. A mesma exasperação da pena se dará quando essas pessoas forem visadas pela instigação ou induzimento de que trata o inciso I do § 3º. Bando ou quadrilha.

§ 5º Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Forma qualificada.

§ 6º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos, salvo os referidos nos §§ 1º, inciso III, e 2º, a pena, se o agente é médico, dentista, farmacêutico, veterinário ou enfermeiro, será aumentada de 1/3 (um terço).

Forma qualificada.

§ 7º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos as penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se qualquer de suas fases de execução ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino, sanatório, unidade hospitalar, sede de sociedade ou associação esportiva, cultural, estudantil, benficiente ou de recinto onde se realizem espetáculos ou diversões públicas, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou local, na forma da lei penal (BRASIL, 1968).

No ano de 1976, passou a vigorar a chamada Lei Antitóxicos, Lei nº 6.368/1976, que, até aquele momento, era regida pelo art. 281 do Código Penal. As mudanças ocorridas pela Lei 6.368/76 foram significativas para que se adequasse a lei à realidade social daquela época, as medidas de prevenção e de repressão ao tráfico foram fundamentais (TORCATO, 2016).

Assim, a pena no crime de tráfico de entorpecentes se agravou, passando a reclusão de 01 (um) a 06 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País, art. 281, caput do Código Penal (BRASIL,



1940), para reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias multa, conforme o art. 12, caput da Lei 6368/76 (BRASIL, 1976).

Contudo, a mudança mais significativa da referida Lei foi o novo tratamento dado ao usuário, diferenciando este do traficante (TORCATO, 2016). Assim o art. 16 da Lei 6368/76, previa:

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

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. (BRASIL, 1976).

A diferenciação dada pela Lei 6.368/76 quanto ao usuário, conforme já citado, fez com que houvesse uma redução no *quantum* da pena para aquele indivíduo que adquire ou guarda a substância entorpecente, e ainda trazia a possibilidade de isenção de pena quando reconhecida sua inimputabilidade (BRASIL, 1976).

Assim, no ano 2006, foi decretada a Lei nº 11.343/2006, revogando todas as outras legislações anteriores, unificando a parte processual com aquela que tipifica a conduta. A citada lei trouxe em seu bojo inúmeras modificações, começando pela terminologia do objeto ilícito, em que a mesma optou pelo termo “drogas” em vez de substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica. Houve mudança, também, na figura do usuário/dependente, que passou a ter um tratamento mais brando, sendo punido não com pena restritiva de liberdade, e sim com penas restritivas de direito (BRASIL, 2006). Neste sentido, Andreucci (2010) cita:

Não houve, entretanto, a desriminalização da posse de droga para consumo próprio, mas apenas diminuição da carga punitiva, pois a nova lei, mesmo tratando mais brandamente o usuário, manteve a conduta como crime, fixando-lhe, dentre



outras medidas, a pena de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, obrigando-o a se tratar, coisa que não acontecia na legislação anterior, em que, ante a permissividade da Lei n. 9.099/95, poderia ele transacionar com o Ministério Público, recebendo apenas pena de multa ou pena restritiva de direitos (ANDREUCCI, 2010).

Cabe ressaltar que as mudanças quanto ao crime do tráfico de drogas, presente no art. 33, caput da Lei 11.343/06, no que tange à quantidade de pena imposta ao ato ilícito, sofreu aumento (BRASIL, 2006). Também houve a criação de uma nova figura típica, que, anteriormente a Lei 6.368/76, não tratava explicitamente: o tráfico privilegiado no qual se tipifica aquele que oferece droga para o consumo em conjunto, previsto no art.33, §3 da Lei 11.343/06 (ANDREUCCI, 2010).

A inovação do §3 do art. 33, com penas mais brandas do que do tráfico, determina que, para sua caracterização, necessite a presença de dois requisitos: “para junto consumirem” e “sem objetivo de lucro”, pois a intenção do agente será o consumo, e não a sua comercialização (BRASIL, 2006).

Por fim, no parágrafo 4º do artigo 33, estão presentes as causas de diminuição de pena de 1/6 a 2/3. Quando o condenado por tráfico for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, receberão a benesse presente deste parágrafo. Assim, o referido dispositivo permite que o magistrado na apreciação do caso concreto possa melhor quantificar e individualizar a pena (BRASIL, 2006).

Desta forma, percebe nitidamente que a nova Lei de drogas não possui um viés somente punitivo, mas também de prevenir o tráfico e uso indevido, concedendo aos denunciados uma chance de tratamento e até mesmo de recuperação (ANDREUCCI, 2010).



3. ESTRUTURA TÍPICA DO DELITO

A Lei n. 11.343/2006, por meio dos seus 75 artigos, dispõe sobre medidas de prevenção do uso indevido de drogas, traz meios de reinserção social dos usuários e dependentes de drogas, estabelece normas de repressão à produção não autorizada e tipifica os delitos de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes em todas as suas modalidades (BRASIL, 2006).

A Lei de Drogas não possui somente um caráter punitivo que, se comparado com as leis de drogas anteriores, possui uma pena mais elevada, mas também conduz a prevenção do tráfico e do uso indevido das drogas, cuidando igualmente do tratamento e da recuperação do dependente (ANDREUCCI, 2010).

No que se refere ao crime de tráfico ilícito de drogas, previsto art.33 da Lei 11.343/06, o mesmo apresenta dezoito verbos, vindo a se caracterizar em um delito de modalidade tipo misto alternativo, hipótese que a prática de mais de uma ação não implica concurso de crimes, mas sim um único delito (BRASIL, 2006). Devendo ressaltar, ainda, a inovação da modalidade do tráfico privilegiado, com a sua causa de diminuição de pena, prevista no parágrafo 4º, *in verbis*:

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: (Vide ADI nº 4.274)

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. (Vide Resolução nº 5, de 2012) (BRASIL, 2006).

3.1 BEM JURÍDICO TUTELADO

A proibição de que algumas substâncias entorpecentes circulem pela sociedade está intimamente ligada aos seus danos ao longo do tempo. Já restou comprovado por especialistas, como também por fatos ocorridos, que este prejuízo é uma probabilidade de dano à saúde pública, no entanto, há divergência quanto ao momento em que o agente coloca a saúde pública em risco (NUCCI, 2010).

O tráfico de drogas é crime de atividade formal. A doutrina sustenta ser o delito de tráfico de drogas um crime de dano, uma vez que o interesse jurídico tutelado pela norma, a saúde pública, é ferido pela conduta do agente. Portanto, se assim for,



está, na verdade, defendendo a teoria do resultado jurídico, e não a do resultado naturalístico em que há crimes com o resultado modificativo do mundo naturalístico e outros em que se pune somente a atividade do agente, podendo ou não haver modificação do mundo exterior (NUCCI, 2010).

Assim, optando pela teoria do resultado jurídico, não haverá sentido em se dividir o crime em materiais, formais e de mera conduta. Em que pese, todos os crimes produziriam resultado, uma vez que toda infração jurídica produz um efeito ao bem jurídico tutelado, sendo ele material ou imaterial.

Nucci (2010) defende que o tráfico ilícito de drogas é um crime de perigo que representa probabilidade de dano à saúde das pessoas. Cabe ressaltar que não se exige a produção de tal resultado para sua consumação, ou seja, é um crime de perigo abstrato, pois não se permite ao infrator a prova de que seu comportamento pode ser inofensivo.

Os crimes de perigo abstrato são aqueles em que não há uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado protegido pela norma, conforme salienta o Eminente Ministro Gilmar Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário 635.659 (inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006):

Os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venham a ocorrer (BRASIL, 2015).

Portanto, o crime de perigo abstrato não exige uma lesão ao bem jurídico, como já salientado, são aqueles presentes nos tipos penais que descrevem um comportamento, uma conduta, sem apontar um resultado específico (BRASIL, 2015).

Assim, verifica-se que sempre há uma presunção de ocorrência do perigo. O ilustre professor Greco (2015) afirma que os crimes de perigo abstrato constituem certa



antecipação da punição para que um mal maior seja evitado, logo, pune o comportamento delituoso para se evitar a ocorrência do dano.

3.2 NORMA PENAL EM BRANCO

Normas penais em branco, segundo o que dispõe a doutrina, são aquelas que necessitam de tipificação de outra legislação que a complemente. Greco (2015) também as denomina de primariamente remetidas, definindo como uma descrição da conduta proibitiva, e deverá esta descrição requerer um complemento extraído de outra legislação.

Diz-se em branco a norma penal porque seu preceito primário não é completo. Para que se consiga compreender o âmbito de sua aplicação, é preciso que seja complementada por outro diploma (GRECO, 2015).

A doutrina, para melhor compreensão das modalidades de complemento da legislação, classificou as normas penais em branco em duas modalidades, homogêneas e heterogêneas (GRECO, 2015).

Lei penal em branco homogêneas, ou também denominada em sentido *lato*, são aquelas em que o complemento possui a mesma natureza jurídica e emanam do mesmo órgão que elaborou lei penal incriminadora. Greco (2015) cita como exemplo o caso do artigo 237 do Código Penal, que tipifica que aquele que contrair casamento conhecendo a existência de impedimento passível de nulidade absoluta responderá por crime contra o casamento. No entanto, para que se analise o ilícito, deverá o aplicador do direito observar quais as causas de nulidade absoluta do casamento, devendo, assim, analisar o artigo 1521, incisos I a VII, do Código Civil, para que a norma penal venha a ser completada.

Assim, no exemplo citado, tanto a lei penal como a lei civil têm como fonte de produção o Poder Legislativo Federal, segundo artigo 22, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).



Já as heterogêneas, ou leis penais em sentido estrito, são aquelas em que o complemento da lei penal incriminadora é oriundo de órgão diverso (GRECO, 2015). Ou seja, não provém do Poder Legislativo Federal, como é o caso da lei tema deste trabalho, cuja regularização advém da Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a Portaria SVS/MS 344/1998, como prevê o artigo 66 da Lei 11.343/06:

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998. (BRASIL, 2006).

Sobre as normas penais em branco heterogêneas, há divergência no que tange a legitimidade de um órgão que não é possuidor de competência constitucional legislativa legislar sobre matéria de competência da União, como é o caso da legislação penal, que, se complementada por outro ordenamento que não tenha se submetido à apreciação do Congresso Nacional, ofende o princípio da legalidade, conforme comenta Greco (2015).

Contudo, a posição majoritária é que essa interpretação não ofende o princípio da Legalidade e que não é a melhor das soluções, pois seria melhor que a própria lei tratasse de todos os temas pertinentes para sua aplicação, mas é, atualmente, a mais viável, uma vez que a lei não pode se declarar omissa, assim as leis penais em branco em sentido estrito não afetam o princípio da reserva legal (MIRABETE e FABBRINI, 2012).

Quando se trata dos crimes tipificados pela Lei 11.343/06, lei de drogas, a complementação advém da Portaria 344/98 da ANVISA, como afirmado anteriormente (GRECO, 2015).

Esta portaria trata dos tipos de drogas ilícitas, das lícitas e daquelas que necessitam de receita médica, e traz o tipo de receitas que deverão ser utilizadas, receitas que são identificadas por letras, como, por exemplo, a morfina, que, para se fazer o uso,



deverá ser prescrita em uma receita do tipo A, já o Diazepam que deverá ser prescrito em receita do tipo B, entre outras (BRASIL, 1998).

3.3 NÚCLEO DO TIPO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

O crime de tráfico de drogas, presente no artigo 33 da lei 11.343/06, possui em seu núcleo de tipo dezoito verbos que o tipificam. Alguns dos verbos citados merecem ter uma análise mais profunda diante das divergências doutrinárias quanto a sua ação, como o núcleo do tipo “importar”, que significa trazer de outro país por via aérea, marítimo ou terrestre, sendo possível tal prática até pelos correios, assim o momento consumativo do núcleo do tipo importar irá ser no momento que a droga entrar em território nacional (NUCCI, 2010).

Outro verbo que merece uma análise é o “adquirir”, que se entende como comprar, tanto a título oneroso quanto gratuito, com objetivo de obter a propriedade, e, posteriormente, entregar a outrem, pois, se for para consumo próprio, enquadrará no artigo 28 da Lei de drogas (porte de drogas para consumo próprio) (NUCCI, 2010).

O significado das condutas “guardar” e “ter em depósito” são diferentes. O conceito de “ter em depósito” é o de reter a droga que lhe pertence, enquanto “guardar” é reter a droga pertencente a terceiro. Ambas as condutas implicam retenção da substância entorpecente, mas a figura “ter em depósito” sugere provisoriação e possibilidade de deslocamento rápido da droga de um local para outro, enquanto “guardar” tem sentido, simplesmente, de ocultação (NUCCI, 2010).

O tipo penal “prescrever”, com sinônimo de receitar, é pela doutrina considerando um crime próprio, ou seja, o sujeito ativo possui certa posição jurídica ou uma qualidade especial. Assim, a prescrição da droga só poderá ser feita por médicos ou dentistas, que são aqueles que podem receitar medicamentos, lembrando que



estas drogas deverão ser aquelas vendidas em farmácias, ou seja, lícitas (NUCCI, 2010).

Porém, cabe ressaltar que se o médico, intencionalmente, prescreve o entorpecente com a intenção de facilitar o acesso à droga, responde por tráfico. O crime consuma-se no momento em que a receita é entregue ao destinatário. No entanto, se alguém, que não é médico ou dentista, falsifica uma receita e consegue comprar a droga, responde por tráfico na modalidade “adquirir” com intuito de venda posterior, e não na modalidade de prescrever. Assim, se prescrição é culposa, em que se receita dose maior que a necessária ou recomendável ao uso, caracteriza crime específico previsto no art. 38 da Lei, e não o na modalidade do art. 33 da Lei 11343/06 (NUCCI, 2010).

Por fim, o verbo “ministrar” é quando o agente aplica ou introduz a substância no organismo da vítima, quer por via oral ou injetável. Por exemplo, quando um farmacêutico injeta a droga em determinada pessoa sem a existência de prescrição médica (NUCCI, 2010).

É importante salientar que, se sobre o agente seja imputado o crime de tráfico, não é necessário que sejam praticados todos os verbos, ou se praticado mais de um, responderá unicamente pelo crime de tráfico, uma vez que o delito é classificado como tipo misto alternativo, ou ação penal múltipla em que se consuma apenas na prática de qualquer das ações arroladas no tipo penal. Assim, afirma Mirabete e Fabbrini (2012):

O crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado) o tipo contem várias modalidades de conduta, em vários verbos, qualquer deles concretizando a prática de crime. Pode se praticar o crime definido no art. 122, induzindo, instigando, ou prestando auxílio ao suicida; o de fabricação, importação, exportação, aquisição ou guarda de objetos obsceno (art.234) etc. Neste ultimo as condutas são fases do mesmo crime. (MIRABETE e FABBRINI, 2012, p. 118).



Portanto, é um crime que descreve várias condutas no mesmo artigo, bastando uma ou outra para que o crime seja configurado. Ressalta-se que poderá o autor da conduta realizar mais de um verbo no mesmo contexto fático, ainda que consiga realizar todos os previstos no tipo, terá cometido um único crime (CAPEZ, 2012).

Assim, entende o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do Habeas Corpus 225555 (BRASIL, 2012a) e do Habeas Corpus 199121 (BRASIL, 2013a), de relatoria da Ministra Laurita Vaz, respectivamente:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESES DE QUE A PROVA OBTIDA NOS AUTOS É ILÍCITA, E DE QUE O CRIME É IMPOSSÍVEL, POR NÃO TER CHEGADO AO DESTINO, QUE NÃO FORAM VENTILADAS NAS RAZÕES RECURSAIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDUTA DE TRANSPORTAR OU TRAZER CONSIGO, COM O INTUITO DE FORNECER, AINDA QUE PARA GRATUITO CONSUMO ALHEIO, QUE SE SUBSUME AO TIPO PREVISTO NO CAPUT DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/06. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA E CONTEÚDO VARIADO. CONSUMAÇÃO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. 1. A tese de que a prova obtida nos autos é ilícita, e de que o crime é impossível, por não ter chegado a droga ao seu destino, não foi ventilada das razões do recurso de apelação. Assim, avaliar tais pedidos significaria vedada supressão de instância, pois o "efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penalpátrio" (HC 241.376/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012). 2. "Transportar", "trazer consigo" ou "fornecer ainda que gratuitamente" substância entorpecente ilícita são núcleos do tipo do delito de tráfico de drogas - crime de perigo abstrato, de ação múltipla e conteúdo variado, que se consuma com a prática de quaisquer das ações insertas no art. 33 da Lei Antidrogas. Alegação de que o crime foi cometido na forma tentada que não pode prosperar. 3. Considerada toda a prova avaliada pelas instâncias ordinárias -que concluíram que o Paciente encomendou drogas à sua companheira, para serem distribuídas no interior de presídio -, resta evidente a prática do delito por parte do detento. 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado (STJ-RJ - HC: 225555 RJ 2011/0277735-4, Relatora: Ministra Laurita Vaz,



Data de Julgamento: 02/10/2012, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 09/10/2012) (BRASIL, 2012a).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. BIS IN IDEM EM RELAÇÃO AO TIPO PENAL DO TRÁFICO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. O delito de tráfico ilícito de drogas é tipo misto alternativo, de ação múltipla, que possui como núcleos verbais as seguintes condutas: "importar", "exportar", "adquirir", "guardar", dentre outras. E, no caso, os Pacientes foram condenados também por "adquirir" e "guardar" drogas, o que afasta a alegação de bis in idem na aplicação da pena. 2. Os verbos "importar e exportar" inseridos no tipo significam, respectivamente, "trazer de fora" e "remeter para fora" (c.f. Dicionário Houaiss) podendo indicar, por exemplo, o transporte de algo de um Estado ou Município para outra unidade da Federação brasileira. Já a causa de aumento referente à transnacionalidade do delito nada mais é que a forma "qualificada" do delito, o que implica, necessariamente, em um agravamento da repremenda a ser imposta ao condenado. 3. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ-RS - HC: 199121 RS 2011/0046294-0, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 27/08/2013, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 04/09/2013) (BRASIL, 2013a).

Cabe, ainda, ressaltar quanto ao instituto da consunção ou absorção, em que recai sobre o fato e não sobre a legislação. Dessa forma, o fato mais abrangente englobará o menos abrangente, e o fim absorverá o meio, logo, o agente poderá praticar várias ações, vários verbos, ou seja, importar a cocaína, transportar a droga, responderá por somente um delito: tráfico de drogas (CAPEZ, 2012).

3.4 SUJEITOS DO CRIME

Sujeito ativo, em regra, será qualquer pessoa, pois tal delito trata-se de crime comum, não exigindo por parte do agente ativo nenhuma qualidade em especial. Há somente um caso que determina uma qualidade em especial por parte do agente delituoso, quando se tratar do verbo "prescrever", pois, como já mencionado anteriormente, deverá ser praticado por médico ou dentista (CAPEZ, 2012)



Quanto ao sujeito passivo principal ou imediato, é a coletividade, por ser um crime de perigo abstrato e contra a saúde pública, no entanto, deve observar quando a droga for entregue à criança ou adolescente, porque, se a droga entregue aos menores possuir qualquer princípio ativo que a Portaria 344 da Anvisa proíba, responderá pelo crime de tráfico, pelo princípio da especialidade (BRASIL, 1998).

Contudo, se a droga entregue for "lícita", ou seja, de fácil exploração comercial (álcool e cigarro), será aplicado ao delito o artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 243. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave (BRASIL, 1990).

3.5 ELEMENTO SUBJETIVO, CONSUMAÇÃO E TENTATIVA DO DELITO

O elemento subjetivo do crime de tráfico de drogas é o dolo, ou seja, deve ter o agente a consciência e a vontade de praticar alguns dos vários verbos do tipo penal previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 (LIMA, 2015).

Se o agente não tiver consciência do que se faz é crime, não poderá responder pelo crime de tráfico, uma vez que não há o dolo. Como, por exemplo, um uruguai que, em viagem para o Brasil, adentra com drogas em território nacional sem saber da proibição da mesma. Logo, "na hipótese de o agente não ter consciência de que traz consigo a droga, caracterizado estará o denominado erro de tipo, porquanto incidente sobre um dos elementos constitutivos do tipo legal do crime" (LIMA, 2015).

Desta forma, o erro de tipo normatizado no artigo 20 do Código Penal é aquele em que o erro recai sobre o elemento do tipo, como exemplifica o professor Jesus



(2014), quando o agente subtrai coisa alheia móvel acreditando ser sua. Ou, como exemplifica Mirabete e Fabbrini (2012), quando uma pessoa aplica no ferimento de seu filho ácido corrosivo acreditando ser uma pomada, e, assim, não sabe que ofende a integridade corporal do filho. Portanto, nos dois exemplos, citados por autores diversos, há uma falsa representação da realidade, e a ela se equipara a ignorância.

Já o erro de proibição, presente no artigo 21 do Código Penal, é aquele em que o agente acredita ser sua conduta admissível no direito quando, na verdade, ela é proibida. No tráfico de drogas, em seus verbos, a conduta se consuma com a prática de uma das ações prevista no tipo penal, e essas condutas se dividem em crimes instantâneos e crimes permanentes (MIRABETE e FABBRINI, 2012).

Os crimes permanentes são aqueles conforme a doutrina que se prolongam no tempo, ou seja, enquanto a conduta for praticada, o momento consumativo se prolonga no tempo. Dentre os verbos do artigo 33, são permanentes: o guardar, ter em depósito, trazer consigo e expor à venda (BRASIL, 2006).

Assim, as demais modalidades previstas no tipo são instantâneas, consumadas em um momento determinado. Desta forma, a tentativa é de difícil configuração, uma vez que, por ser o crime de tráfico composto de vários verbos nucleares, estando a tentativa presente em uma das formas, haverá a consumação de outra.

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 35 DA LEI N.º 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL COMPROVADO. TENTATIVA DO CRIME DE TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DELITO DE MERA CONDUTA. HIPÓTESE QUE SE AMOLDA A UMA DAS CONDUTAS TÍPICAS DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO. INVIALIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS QUE JUSTIFICA O AUMENTO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE JÁ RECONHECIDA NA SENTENÇA. PERDÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. APPLICABILIDADE DO ART. 41 DA LEI DE TRÁFICO. EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DO ART. 40, V,



DA LEI. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL REDUTOR MÁXIMO DO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTITRÁFICO. NÃO ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES EXIGIDAS PELO DISPOSITIVO. PARCIAL PROVIMENTO. 1. É descabida a absolvição do crime de associação para o tráfico ao se constatar, por meio das provas coligidas nos autos, máxime as produzidas na instrução, o vínculo associativo estável entre os acusados, que prestaram apoio à ação delituosa, participando, efetivamente, do planejamento e da execução da empreitada. 2. Uma vez que o crime de tráfico se trata de delito de mera conduta, improcede o reconhecimento da tentativa, pois que com a simples adequação a um dos núcleos do tipo, há a consumação, ainda que não tenha o acusado tenha adquirido o entorpecente. 3. Inviável, por sua vez, a redução da pena-base do crime de tráfico de drogas, tendo em vista a quantidade de material apreendida (02kg), a qual justifica, a teor do art. 42 da Lei de Drogas, o aumento contestado. 4. Reputa-se contraditório o pedido de aplicação da atenuante da confissão espontânea quando constatado que já houve, em favor do apelante, o seu reconhecimento da sentença condenatória. 5. Inaplicável o perdão judicial com base no art. 13, da Lei n.º 9.807/99, pois que, em se tratando de crimes de tráfico, incide o instituto previsto pelo art. 41 da própria Lei de Drogas. 6. Inaplicável, ainda, o percentual redutor máximo do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.3 (TJ-AC - ACR: 463 AC 2010.000463-8, Relator: Desembargador Arquilau Melo, Data de Julgamento: 29/04/2010) (BRASIL, 2010).

4. ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA A INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4 DO ART. 33 DA LEI 11.343/06

Para que seja concedido ao agente delituoso o privilégio da minorante § 4 do art. 33 da lei 11.343/06, o legislador fez com que quatro requisitos cumulativo fossem analisados, e determina que a minorante se constitua ao agente quando este seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não esteja integrado em organização criminosa (LIMA, 2015).



4.1 AGENTE PRIMÁRIO

Para doutrina, o conceito de primariedade está ligado ao conceito definido pelo legislador do instituto da reincidência. Deve fazer uma interpretação *a contrario sensu* sobre o artigo 63 do Código de Penal (LIMA, 2015), *in verbis*:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (BRASIL, 1940).

Para que haja a reincidência, o mencionado artigo elenca três requisitos: a prática de um crime anterior, o trânsito em julgado da sentença condenatória desse crime e o cometimento de um novo crime. Logo, só haverá reincidência se o agente houver praticado dois crimes. Salienta-se que a lei fala em crime, não cabendo uma interpretação pela contravenção penal (LIMA, 2015).

A contravenção penal traz sua própria regra de reincidência, conforme o artigo 7º da Lei de contravenções penais, *in verbis*:

Art. 7º. Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção (BRASIL, 1941).

Quanto aos efeitos da reincidência, presente no artigo 64 do Código Penal, não há a perpetuidade de condenação por crime anterior, ou seja, a lei determina que os efeitos da reincidência cessem ao se passar cinco anos da data do cumprimento da extinção da pena e a data de novo delito cometido pelo o agente. Para que haja a primariedade do acusado, para a concessão da minorante do artigo 33 §4 da Lei de drogas, deverá este não ser reincidente. Assim, a doutrina afirma que primário é o acusado que pratica determinado crime sem que tenha contra si, à época do fato delituoso, sentença transitada em julgado (LIMA, 2015).



De tal modo, se o acusado for reincidente, não caberá a aplicação da minorante, nem eventual argumentação de haver *bis in idem*, pois tal entendimento é pacífico nos tribunais.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO E HARMÔNICO. CONFESSÃO EXTRAJUDICIAL. DEPOIMENTO DE POLICIAL. ACERVO COESO E SUFICIENTE. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURADOS. QUANTUM DE AUMENTO. MANUTENÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. RESTITUIÇÃO DO VALOR APREENDIDO. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM ILÍCITA. I - Comprovadas a materialidade e a autoria dos crimes tipificados no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e art. 180, caput, do CP, mantém-se a condenação imposta em 1^a Instância, não havendo que se falar em absolvição ou desclassificação para o art. 28 da LAD e para o art. 180, § 3º, do CP. II - A confissão extrajudicial, mesmo quando retratada em Juízo, pode servir para o convencimento acerca da autoria delitiva quando confirmada pela prova judicial, como ocorre no caso sob exame, em que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante e dos usuários que adquiriram drogas com a ré, confirmam a assunção da prática criminosa na Delegacia. III - Os depoimentos prestados por agentes do Estado, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, possuem valor probatório suficiente para dar respaldo ao édito condenatório, revestidos que são de fé pública e presunção de legitimidade, somente afastadas por meio de firme contraprova. IV - Configurados os maus antecedentes, adequada a fixação da pena-base acima do mínimo legal. V - Considerando a ausência de critério legal, a jurisprudência tem mantido a pena fixada com a devida fundamentação, estabelecendo como quantum norteador a fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo abstratamente cominados no tipo legal, para aumento da pena-base em razão da análise desfavorável de cada uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. VI - Observado que a sentença aplicou fração inferior, mantém-se o patamar arbitrado, em observância ao princípio *ne reformatio in pejus*. VII - Inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena delineada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando



se tratar de agente reincidente e portador de maus antecedentes. VIII - A reincidência, além de constituir uma agravante, projeta efeitos além da segunda fase da dosimetria, como para a determinação do regime, substituição, suspensão da pena ou aplicação do privilégio, segundo determinações legais, não havendo que se falar em bis in idem. IX - Fixada pena superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, tratando-se de ré reincidente, o regime adequado é o inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, ?b?, do CP. X - Inviável a restituição dos valores apreendidos quando comprovado nos autos que são resultado da venda de substância entorpecente. XI - Recurso conhecido e desprovido (0700113-40.2020.8.07.0001 - Res. 65 CNJ, Relatora: Nilsoni de Freitas Custodio, 3ª Turma Criminal, Data de publicação: 07/01/2022) (BRASIL, 2022a).

4.2 BONS ANTECEDENTES

Os bons antecedentes são, também, uma interpretação contrária, e que deverá ser feita sobre o instituto dos maus antecedentes. Ao trabalhar com o conceito de antecedentes, há de se ressaltar que tal instituto é diverso à figura da reincidência. Como explicado no tópico anterior, a reincidência produz efeito durante o prazo de cinco anos contados da data da extinção da pena de condenações transitadas em julgado. Deste modo, deverá ser considerado para o elemento de maus antecedentes somente condenações anteriores ao trânsito em julgado que não se preste para afirmar a reincidência (LIMA, 2015).

Portanto, não será a simples, e qualquer anotação na Folha de Antecedentes Criminais (FAC), que será utilizada como maus antecedentes, inquéritos policiais ou mesmo processos penais em andamento, não poderá ser utilizada para elevação da pena e nem para a não concessão do benefício da minorante presente no artigo 33 §4 da Lei 1.343/06 (LIMA, 2015), porque, sobre esse tema, o Supremo Tribunal de Justiça editou a Súmula 444, que declara ser vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (STJ, 2012).

O agente considerado portador de maus antecedentes será aquele que, depois de decorrido o prazo de cinco anos do devido cumprimento da pena, vindo a mesma a



ser extinta, não produzirá a reincidência, mas será tido como caracterizadora dos maus antecedentes. (LIMA, 2015).

Neste sentido da configuração de maus antecedentes, depois de decorrido o lapso temporal de cinco anos, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu e consolidou tal pensamento através da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO DE CONDENAS POR CRIMES DE LESÃO CORPORAL CULPOSA E EXTINTAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA FIXAÇÃO DA PENA COMO MAUS ANTECEDENTES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não há falar em flagrante ilegalidade se o Juízo sentenciante considera na fixação da pena condenações pretéritas, ainda que tenha transcorrido lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre o efetivo cumprimento das penas e a infração posterior, pois, embora não sejam aptas a gerar a reincidência, nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal, são passíveis de serem consideradas como maus antecedentes no sopesamento negativo das circunstâncias judiciais. 2. Na hipótese dos autos, ainda que condenações anteriores possam, em princípio, caracterizar os maus antecedentes do paciente, tenho que a peculiaridade de terem sido os delitos cometidos em sua forma culposa mostra-se suficiente para infirmar o entendimento consolidado nesta Corte, pois que a sua adoção no caso em exame afrontaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da pena privativa de liberdade, com o aumento da pena do crime doloso por crime culposo cometido em passado distante. 3. Habeas corpus concedido. (STJ – HC: 198.557, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, Data de Julgamento: 13/03/2012) (BRASIL, 2012b).

No entanto, cabe observar que ainda há entendimento controverso perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, em seu voto como relator do Habeas Corpus 119.200 PR, afirma:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular



processo penal. Faz ele jus ao denominado 'direito ao esquecimento', não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. (STF-PR - HC: 119200 PR, Relator: Ministro Dias Toffoli, Data de Julgamento: 11/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-048 12/03/2014) (BRASIL, 2014a).

Logo, entende-se que tanto a reincidência como os maus antecedentes obedecem ao princípio da temporariedade (LIMA, 2015).

4.3 NÃO DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA

O terceiro elemento para aplicação da minorante prevista no artigo 33, §4, da lei de drogas é quanto ao agente não se dedica às atividades criminosas. No entanto, o que se entende por atividades criminosas? Segundo Lima (2015), significa dizer que o acusado deve desenvolver algum tipo de atividade laborativa de caráter lícito e habitual em que não se volte para o caráter criminal. Logo, considera-se o tráfico de drogas algo isolado, eventual, fora da realidade de sua vida.

O importante a ser observado é em relação à quantidade de droga apreendida em poder do agente delituoso, pois a questão não é literalmente a quantidade de droga, mas a análise feita de incompatibilidade do agente ser flagrado com grande volume de drogas e não participar efetivamente de uma organização criminosa.

Ou seja, essa situação ainda é controversa nos tribunais superiores. Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça discute se a quantidade ou a natureza da droga apreendida de forma isolada é capaz de indicar dedicação a atividades ilícitas ou participação em organização criminosa ligada ao tráfico. A controvérsia tem a relatoria do ministro João Otávio de Noronha. A questão submetida a julgamento é se poderiam ser consideradas isoladamente a natureza e quantidade de droga apreendida para afastar o reconhecimento da minorante. O entendimento do referido ministro é que tais requisitos não seriam suficientes para afastar a aplicação da minorante:



ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.963.433 - SP (2021/0313183-7) RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA RECORRENTE : ARTHUR WALVIKE DE ASSIS SILVA ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - SP420671 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"EMENTA PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. (IM)POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO. 1. Delimitação da controvérsia: Isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado. 2. Afetação do recurso especial ao rito dos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ. (STJ-SP – RE: 1.963.433 SP 2021/0313183-7, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, Data do Julgamento: 03/05/2022) (BRASIL, 2022b).

Assim, observa-se que, quando se refere a quantidade de drogas apreendidas, ainda não há um entendimento pacificado ou uma norma específica que determine quanto deveria ser a quantidade máxima de droga para que seja aplicada a minorante, devendo ser analisado caso a caso.

4.4 NÃO INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A doutrina afirma que como o artigo 33, §4, da Lei 11.343/06 não faz nenhuma ressalva quanto às ações que o agente poderá ou não praticar, conclui-se que o simples fato de integrar uma organização criminosa já qualifica o agente com os elementos do artigo, e, assim, não logrará êxito na causa de diminuição do tráfico de drogas (SANTOS, 2010).

Segundo art. 1º, §1, da Lei 12.850/2013, entende-se por organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas, de forma organizada, em que há uma



estrutura hierárquica, com divisão de tarefas, que possuem o objetivo da prática de crimes, cuja pena máxima é superior a quatro anos ou de caráter transacional (BRASIL, 2013b).

4.5 DA DIMINUIÇÃO DE PENA E DA CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVAS DE DIREITO

Uma vez presentes os quatro elementos, determinado pelo §4 do artigo 33, deverá a diminuição de pena de um sexto a dois terços ser concedida. Contudo, cabe ressaltar que a presença desses requisitos não são causas suficientes para que seja concedida a minorante no seu patamar máximo de 2/3, assim, o *quantum* de diminuição aplicado pelo magistrado deverá buscar critérios diversos daqueles fixados pelo referido artigo (LIMA, 2015).

Lima (2015) afirma que servirá de análise para a diminuição de pena, além dos quatro elementos cogentes do artigo 33, §4 - agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não esteja integrado em organização criminosa -, a necessidade dos requisitos presentes no artigo 42 do referido ordenamento jurídico, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (BRASIL, 2006).

Logo, verifica-se que o juiz possui discricionariedade para a aplicação da pena, de modo que considerará as peculiaridades do caso concreto.

Cabe ressaltar que, segundo os julgados do Supremo Tribunal Federal, o agravamento da pena e a negativa da aplicação da minorante fundamentado no instituto da reincidência não será caso de dupla valoração, uma vez que a reincidência pode ser objeto de valoração da pena e vedação de diversos benefícios



legais. Tal entendimento está presente nos autos do Habeas Corpus número 117024, de relatoria da Ministra Rosa Weber:

EMENTA HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS E REFORMATIO IN PEJUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESES NÃO VENTILADAS NO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. 1. Inviável a apreciação de questões não examinadas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. 2. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 3. A quantidade e a espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, constituem elementos que podem ser validamente sopesados no dimensionamento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Não se trata de bis in idem, ainda que tais elementos já tenham sido considerados no dimensionamento da pena-base na condição de circunstâncias do crime. 4. Inocorrência de bis in idem. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido, e, nesta extensão, denegado. (STF-MS - HC: 117024, Relatora: Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, Data de Julgamento: 10/09/2013) (BRASIL, 2013c).

Ao analisar o §4, artigo 33, faz-se necessário um olhar atento sobre a vedação da conversão das penas restritivas de direito, ainda que a pena em definitivo aplicada fosse menor do que os 04 (quatro) anos com a incidência da minorante (BRASIL, 2006).

Essa proibição ainda faz parte do ordenamento jurídico, porém, teve sua execução suspensa, em 2012, pelo Senado Federal, através do artigo 1º da Resolução



5/2012, e, posteriormente, declarada inconstitucional por decisão em definitivo do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, hoje, há possibilidade da aplicação da conversão para a pena restritiva de direito com base na interpretação judicial do caso concreto.

4.6 HEDIONDEZ DO TRÁFICO “PRIVILEGIADO”

O crime de tráfico ilícito de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, possui a característica, dada pela Constituição Federal de 1988, de ser equiparado aos crimes hediondos, juntamente com a prática de tortura e de terrorismo. Portanto, conforme art. 5, inciso XLIII, os ilícitos ali previstos serão considerados crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (BRASIL, 1988).

Posteriormente, a Lei 8.072/1990, dos Crimes Hediondos, reafirma em seu art. 2º que a prática de tortura, de terrorismo e de tráfico ilícito de drogas não são beneficiados pela anistia, graça, indulto e fiança, e ainda afirma que as penas deverão ser cumpridas, inicialmente, em regime fechado, cuja a progressão dar-se-á após o cumprimento de 40% da pena, se apenado for primário, e de 50% da pena, se for residente, de acordo com o art. 112 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1990).

A Lei 11.343/2006, no artigo 44, traz, além do já referido no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição e no artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, a vedação ao pedido de liberdade provisória, vedação do *sursis* e a conversão das penas restritivas de liberdade em restritivas de direito para os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da lei de drogas (BRASIL, 2006).

Contudo, posteriormente, com a alteração da Lei dos Crimes Hediondos, através da Lei 11.464/2007, os crimes descritos nesse ordenamento, mais os equiparados, inclusive o de tráfico, passaram a conceder a liberdade provisória sem fiança, alterando, assim, por consequência, o artigo 44 da Lei de Drogas (BRASIL, 2007).



Logo, com o passar dos anos e a mudança social, a lei dos crimes hediondos tem tratado de maneira mais branda alguns dos seus crimes, permitindo que a esses sejam concedidos direitos que anteriormente lhe eram negados, como, por exemplo, a concessão de liberdade provisória e a possibilidade de começar a cumprir a pena em regime diferente do regime fechado.

Com essas várias mudanças sociais e legislativas, surgiu um grande questionamento, se a minorante prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 seria ainda considerada crime hediondo (BRASIL, 2006).

Diante disso, o Supremo Tribunal de Justiça editou a Súmula 512 STJ: “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” (STJ, 2014).

Cabe ressaltar o Recurso Especial nº 1329088. O Supremo Tribunal de Justiça afirma que:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N.8.072/1990. OBRIGATORIEDADE. 1. 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, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime. 2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização. 3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja



observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução. (STJ-RS - RE: 1329088, Relator: Ministro Sebastião Reis Junior, Terceira Seção, Data de Julgamento: 13/03/2013) (BRASIL, 2013d).

Segundo o Excelentíssimo Sr. Ministro Sebastião Reis Junior, relator do recurso citado anteriormente, a minorante do §4 do artigo 33 da Lei de Drogas não afasta a hediondez do crime de tráfico, e ressalta que a aplicação do parágrafo quarto ocorre pela condição do agente, que, ainda não envolvido profundamente com a tráfico, tem maior e rápida oportunidade de ressocialização (BRASIL, 2013d).

Logo, verifica-se que, antes do julgamento do Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* 118.533, de relatoria da Ministra Cármem Lúcia, em 23/06/2016 (BRASIL, 2016), a jurisprudência predominante era no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Nesse sentido, por exemplo, o *Habeas Corpus* 121.255, de relatoria do Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2014b), DJe 1º.8.2014; 114.452-AgR/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2014c), DJ 8.11.2012 (BRASIL, 2012c) e 118.577, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2013e), DJe 21.11.2013 e 118.351 (BRASIL, 2013f), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski e DJe 16.6.2014 decidiam em consonância com a citada Súmula 512 (STJ, 2014), ou seja, todo tráfico é hediondo.

No entanto, questionava-se se o termo “crime privilegiado” não seria conflitante com a natureza hedionda, aplicada ao tipo penal (BRASIL, 2016).

Tortura e terrorismo são definidos pela legislação como ações violentas com propósitos especialmente capciosos, como “obter informação, declaração ou confissão”, “provocar ação ou omissão de natureza criminosa” ou “provocar terror social ou generalizado”. Se uma conduta não for suficientemente grave, não será definida como tortura ou terrorismo (BRASIL, 2016).

No tráfico de drogas, essa particular gravidade não está em conjectura. A expressão constitucional “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” tem espectro



denotativo muito abrangente, e se interpretada ao pé da letra, toda e qualquer transação ilícita envolvendo drogas será um crime de status hediondo (BRASIL, 2016).

Esta interpretação não produz resultados plausíveis, visto que é possível que uma transação com drogas não configure tal gravidade. Veja, por exemplo, a conduta de “Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”, tipificada no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006). Trata-se de uma conduta valorada pelo legislador como de menor potencial ofensivo, punida com pena máxima de um ano de detenção e multa. Não faria sentido algum considerar tal infração um crime inafiançável, e, de fato, o legislador ordinário deixou essa disposição fora do regime dos crimes equiparados a hediondo, art. 44 da Lei 11.343/06 (BRASIL, 2016).

Ainda cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, que no seu liame subjetivo presa pela prática estável e habitual de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34, não é equiparado ao crime hediondo. Logo, afirmar que o tráfico minorado é hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o empregado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual (BRASIL, 2016).

Desta forma, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a hediondez do tráfico de drogas presente no art. 33, § 4º da Lei 11343/06 foi modificado, reconhecendo que o tráfico privilegiado não será considerado crime hediondo, tornando ineficiente a Súmula 512 do STJ, de 2014 (BRASIL, 2016).

Por consequência, a não hediondez do tráfico privilegiado possibilitou uma mudança significativa nas progressões de regime dos condenados por tráfico privilegiado. Os quais puderam progredir de regime de forma mais célere, visto que o fator de progressão que passou a vigorar era o mesmo dos crimes comuns, e não o dos crimes hediondos.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o explicitado, em consonância com todos os conceitos abordados de forma clara e objetiva, verificou-se que a nova lei de drogas inovou quanto à aplicação da minorante presente no artigo 33, §4, da Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006). Foi possível atestar que a lei de drogas não possui somente um caráter punitivo que, comparado às leis de drogas anteriores, tem uma pena mais elevada, também conduz a prevenção do tráfico e do uso indevido das substâncias entorpecentes, cuidando igualmente do tratamento e da recuperação do dependente e concedendo ao pequeno traficante a possibilidade de diminuição de pena.

Ressalta-se que o artigo 33 possui a aplicabilidade de dezoito verbos na caracterização do núcleo de tipo, e demonstra que, para que seja imputado ao agente o crime de tráfico de drogas, a prática de um único verbo já caracteriza o delito (BRASIL, 2006). Portanto, o crime se consuma com a execução de quaisquer das ações previstas no referido ordenamento, levando a difícil configuração da tentativa, pois a falha na ação de um verbo levará a consumação de outro.

Ademais, foi possível observar que a vedação expressa da conversão em penas restritivas de direito, presente ainda no corpo do § 4 do artigo 33 da Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), teve sua execução suspensa em 2012 pelo Senado Federal, através do artigo 1º da Resolução 5/2012, e, posteriormente, foi declarada inconstitucional por decisão em definitivo do Supremo tribunal Federal. Logo, entende-se que hoje há a possibilidade da aplicação da conversão para a pena restritiva de direito, que anteriormente era vedada pelo ordenamento em comento.

O grande ponto a ser destacado é com relação à hediondez ou não do §4º do art. 33, crime que, até o ano de 2014, era de caráter hediondo, e sobre o qual o Superior Tribunal de Justiça (2014) posicionava-se através da Súmula 512, afirmando que a causa de diminuição de pena presente no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 (BRASIL, 2006) não afastaria a hediondez do crime de tráfico de drogas.



Esse entendimento foi aplicado em vários julgados da época, e afirmava que o caráter de crime hediondo está ligado a conduta do agente infrator, ou seja, o que leva a aplicação da minorante são as qualidades pessoais que o agente detém (primariedade, bons antecedentes, a não dedicação a atividades criminosas e não integrar a organização criminosa). Assim, a hediondez do crime de tráfico privilegiado permanecia vigente.

Por conseguinte, em 2016, o Habeas Corpus 118.533 (BRASIL, 2006), no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que o chamado tráfico privilegiado não é um crime hediondo, derrubou, assim, a súmula 512 do STJ (STJ, 2014), garantido às pessoas um tratamento condizente com a sua situação especial e diferenciada (privilegiada), possibilitando uma reinserção na sociedade de forma mais humanizada e condizente com as suas características.

Assim, é possível que os condenados no tráfico privilegiado possam receber penas diversas a prisão em regime fechado, bem como ter o mesmo direito à progressão de regime do estabelecido para crimes comuns.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Presidência da República, 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do



uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm#:~:text=LEI%20No%2010.409%20DE%2011%20DE%20JANEIRO%20DE%202002.&text=Disp%C3%B5sitos%20sobre%20a%20preven%C3%A7%C3%A3o%20de%20produtos,subst%C3%A1ncias%20ou%20drogas%20il%C3%ADcitas%20que%20causem%20depend%C3%A9ncia%20f%C3%ADsica%20ou%20ps%C3%ADquica,%20assim%20elencados%20pelo%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%ADde,%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus 118.533 Mato Grosso do Sul. Relatora: Ministra Cármem Lucia. Data do julgamento: 23/06/2016. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Câmara dos Deputados, 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Promulga%20o%20Código%20Penal.&text=Art.,que%20n%C3%A3o%20estojam%20previamente%20estabelecidas>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 4.292, de 28 de junho de 2002. Prorroga o prazo de que trata o art. 7º, da Lei nº 10.453, de 13 de maio de 2002, que dispõe sobre subvenções ao preço e ao transporte do álcool combustível e subsídios ao preço do gás líquido de petróleo - GLP. Presidência da República, 2002. Disponível em:



https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/decreto/2002/D4292.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968. Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. Presidência da República, 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 São Paulo. Relator:

Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 20/08/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª turma). Habeas Corpus nº 225555 - RJ 2011/0277735-4. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de Julgamento: 02/10/2012a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/22551498/certidao-de-julgamento-22551501>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus nº 199121 - RS 2011/0046294-0, Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 27/08/2013a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/24158771/inteiro-teor-24158772>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. 1998. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Acre. Apelação Criminal 463 AC 2010.000463-8. Relator: Desembargador Arquilau Melo. Data de Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ac/14357000>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Presidência da República, 1941. Disponível em: https://oig.cepal.org/sites/default/files/1941_decreto-lei-3688_brasil.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.



BRASIL. 3^a Turma Criminal. **Resolução CNJ nº 65**, 07001134020208070001. Relator: Nilsoni De Freitas Custodio. Data de julgamento: 9/12/2021. Publicado no PJe: 7/1/2022a. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 198.557** - MG (2011/0039781-0). Relator : Ministro Marco Aurélio Bellizze. Quinta Turma. Data de Julgamento: 16/04/2012b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=20943518&tipo=5&nr eg=201100397810&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120416&formato= HTML&salvar=false>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. (1^a Turma). **Habeas Corpus 119.200 Paraná**. Relator:

Ministro Dias Toffoli. Data do julgamento: 11/02/2014a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc119200voto.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (3^a Seção). **Recurso Especial nº 1.963.433 - SP 2021/0313183-7**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data do Julgamento:

03/05/2022b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAc ordo?num_registro=202103131837&dt_publicacao=09/05/2022 Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Presidência da República, 2013b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (1^a Turma). **Habeas Corpus nº 117024 Mato Grosso do Sul**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de Julgamento: 10/09/2013c. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24185851/inteiro-teor-111906758>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007**. Dá nova redação ao art. 2o da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal. Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3^a Seção). **Recurso Especial nº 1.329,088 - RS 2012/0124208-0**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Data do julgamento:



13/03/2013d. Disponível em:
[http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23108692/recurso-especial-resp-1329088-
rs-2012-0124208-0-stj/inteiro-teor-23108693](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23108692/recurso-especial-resp-1329088-rs-2012-0124208-0-stj/inteiro-teor-23108693). Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 118.533 Mato Grosso do Sul**. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. Data de Julgamento: 23/06/2016. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772381615/inteiro-teor-
772381624](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772381615/inteiro-teor-772381624). Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Primeira Turma. **Habeas Corpus nº 121.255 São Paulo**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 06/06/2014b. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/25214320/inteiro-
teor-130569439](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/25214320/inteiro-teor-130569439). Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ag. Reg. no Habeas Corpus nº 114.452 Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 16/10/2014c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3064804>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 651.134 Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 8/11/2012c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3065033>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus nº 118.577 Mato Grosso do Sul**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 05/11/2013e. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24654773/inteiro-
teor-112141083](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24654773/inteiro-teor-112141083). Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus nº 118.351 Mato Grosso do Sul**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 19/11/2013f. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6155942>. Acesso em: 12 jan. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada.** 3^a ed. Bahia: Editora Jus Podom, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal.** 28^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 5^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2010.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil:** da Colônia à República. Tese (Doutorado em História) – Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2016. 371f.

SANTOS, Fernanda Kretzmann Bastos dos. **Comentários ao art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006:** a figura do traficante individual, primário e de bons antecedentes. Artigo científico (Graduação em Magistrado) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2010. 26f .

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Súmula n. 444.** Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Jusbrasil, 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/sumulas/sumula-n-444-do-stj/1289711024>. Acesso em: 12 jan. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Súmula n. 512.** Terceira Seção, julgado em 11/06/2014, DJe 16/06/2014. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/sumulas/sumula-n-512-do-stj/1289711104>. Acesso em: 12 jan. 2023.

Enviado: Outubro, 2022.

Aprovado: Janeiro, 2023.

¹ Bacharel em Direito. ORCID: 0000-0001-5128-4304.