

CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA

# LEI DE DROGAS COMENTADA

2ª Edição





# Diretoria da Associação Paulista do Ministério Público

## Biênio 2015/2016

### **Presidente**

Felipe Locke Cavalcanti

### **1º Vice Presidente**

Márcio Sérgio Christino

### **2º Vice Presidente**

Gabriel Bittencourt Perez

### **1º Secretário**

Paulo Penteado Teixeira Junior

### **2º Secretário**

Tiago de Toledo Rodrigues

### **1º Tesoureiro**

Marcelo Rovere

### **2º Tesoureiro**

Francisco Antonio Gnipper Cirillo

### **Relações Públicas**

Paula Castanheira Lamenza

### **Patrimônio**

Fabiola Moran Faloppa

### **Aposentados e Pensionistas**

Cyrdemia da Gama Botto

### **Prerrogativas Institucionais**

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

### **CONSELHO FISCAL**

#### **Titulares**

Antonio Bandeira Neto

Enilson David Komono

Luiz Marcelo Negrini de Oliveira Mattos

#### **Suplentes**

José Márcio Rossetto Leite

Pedro Eduardo de Camargo Elias

Valéria Maiolini

### **DEPARTAMENTOS**

#### **Assessores da Presidência**

Antonio Luiz Benedan

Antonio Visconti

Arthur Cogan

Herberto Magalhães da Silveira Júnior

Hermano Roberto Santamaria

Irineu Roberto da Costa Lopes

João Benedicto de Azevedo Marques

José Eduardo Diniz Rosa

José Geraldo Brito Filomeno

José Maria de Mello Freire

José Ricardo Peirão Rodrigues

Marino Pazzagliani Filho

Munir Cury

Nair Ciochetti de Souza

Newton Alves de Oliveira

Reginaldo Christoforo Mazzafera

#### **Apoio aos Substitutos**

Eduardo Luiz Michelan Campana

Neudival Mascarenhas Filho

Norberto Jóia

Renato Kim Barbosa

#### **Apoio à 2ª Instância**

Paulo Juricic

Renato Eugênio de Freitas Peres

#### **Aposentados**

Ana Martha Smith Corrêa Orlando

Antonio de Oliveira Fernandes

Antonio Sérgio C. de Camargo Aranha

Carlos João Eduardo Senger

Carlos Renato de Oliveira

Edi Cabrera Rodero

Edivon Teixeira

Edson Ramachoti Ferreira Carvalho

Francisco Mario Viotti Bernardes

Irineu Teixeira de Alcântara

João Alves

José Benedito Tarifa

José de Oliveira

Maria Célia Loures Macuco

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Orestes Blasi Júnior

Osvaldo Hamilton Tavares

Paulo Norberto Arruda de Paula

Ulisses Butura Simões

#### **APMP - Mulher**

Maria Gabriela Prado Manssur

Daniela Hashimoto

Fabiana Dalmas Rocha Paes

Celeste Leite dos Santos

Fabiola Sucasas Negrão Covas

Jaqueline Mara Lorenzetti Martinelli

#### **Compliance**

Marco Antonio Ferreira Lima

#### **Convênios**

Célio Silva Castro Sobrinho

Valéria Maiolini

#### **Condições de Trabalho**

Cristina Helena Oliveira Figueiredo

Tatiana Viggiani Bicudo

Tiago de Toledo Rodrigues

#### **Coordenador do Ceal**

João Cláudio Couceiro

#### **Secretário do Ceal**

Arthur Migliari Júnior

#### **Cultural**

André Pascoal da Silva

Beatriz Helena Ramos Amaral

Gilberto Gomes Peixoto

José Luiz Bednarski

Paula Trindade da Fonseca

#### **Esportes**

João Antônio dos Santos Rodrigues

Karyna Mori

Luciano Gomes de Queiroz Coutinho

#### **Estudos Institucionais**

Anna Trotta Yaryd

Claudia Ferreira Mac Dowell

Jorge Alberto de Oliveira Marum

Rafael Corrêa de Moraes Aguiar

#### **Eventos**

Paula Castanheira Lamenza

#### **Gestão Ambiental**

Barbara Valéria Cury e Cury

Luiz Paulo Sirvinskas

#### **Informática**

João Eduardo Gesualdi Xavier de Freitas

Paulo Marco Ferreira Lima

#### **Jurisprudência Cível**

Alberto Camina Moreira

José Bazilio Marçal Neto

Otávio Joaquim Rodrigues Filho

Renata Helena Petri Gobbet

#### **Jurisprudência Criminal**

Alfredo Mainardi Neto

Antonio Nobre Folgado

Fabio Rodrigues Goulart

Fernando Augusto de Mello

Goiaci Leandro de Azevedo Júnior

João Eduardo Soave

Luiz Cláudio Pastina

Ricardo Brites de Figueiredo

Roberto Tardelli

#### **Legislação**

Daniela Merino Alhadeff

Leonardo D'Angelo Vargas Pereira

Milton Theodoro Guimarães Filho

Rogério José Filocomo Júnior

#### **Médico**

Luiz Roberto Cicogna Faggioni

#### **Ouvidor da APMP**

Paulo Roberto Salvini

#### **Patrimônio**

João Carlos Calsavara

Paulo Antonio Ludke de Oliveira

Sérgio Clementino

Wânia Roberta Gnipper Cirillo Reis

### **Prerrogativas Financeiras**

André Perche Lucke  
Daniel Leme de Arruda  
João Valente Filho

### **Prerrogativas Funcionais**

Cássio Roberto Conserino  
Geraldo Rangel de França Neto  
Helena Cecília Diniz Teixeira C. Tonelli  
Sílvia Reiko Kawamoto

### **Previdência**

Deborah Pierri  
Maria da Glória Villaça B. G. de Almeida

### **Publicações**

Aluísio Antonio Maciel Neto  
José Carlos de Oliveira Sampaio  
José Fernando Cecchi Júnior  
Rolando Maria da Luz

### **Relações com Fundo de Emergência**

Gilberto Nonaka  
Roberto Elias Costa

### **Relações Interinstitucionais**

Ana Laura Bandeira Lins Lunardelli  
Cristiane Melilo D.M. dos Santos  
Soraia Bicudo Simoes Munhoz

### **Relações Públicas**

Estéfano Kvastek Kummer  
José Carlos Guillem Blat  
Rodrigo Canellas Dias

### **Segurança**

Gabriel César Zaccaria de Inellas  
Walter Rangel de Franca Filho

### **Turismo**

Mariani Atchabahian  
Romeu Galiano Zanelli Júnior

## **DIRETORES REGIONAIS (TITULARES E ADJUNTOS)**

### **Araçatuba**

José Fernando da Cunha Pinheiro  
Reinaldo Ruy Ferraz Penteado

### **Bauru**

Júlio César Rocha Palhares  
Vanderley Peres Moreira

### **Campinas**

Leonardo Liberatti  
Ricardo José Gasques de A. Silveiras

### **Franca**

Joaquim Rodrigues de Rezende Neto  
Carlos Henrique Gasparoto

### **Guarulhos**

Omar Mazloum  
Rodrigo Merli Antunes

### **Marília**

Rafael Abujamra  
Gilson Cesar Augusto da Silva  
**Piracicaba**  
Fábio Salem Carvalho  
João Francisco de Sampaio Moreira

### **Presidente Prudente**

Gilson Sidney Amancio de Souza  
Braz Dorival Costa

### **Ribeirão Preto**

Maria Julia Camara Facchin Galati  
Sebastião Donizete Lopes dos Santos

### **Santos**

Carlos Alberto Carmello Júnior  
Roberto Mendes de Freitas Júnior

### **São José do Rio Preto**

Carlos Gilberto Menezello Romani  
Ary César Hernandez

### **Sorocaba**

José Júlio Lozano Júnior  
Patrícia Augusta de Chechi Franco Pinto

### **Taubaté**

Manoel Sérgio da Rocha Monteiro  
Luis Fernando Scavone de Macedo

## **CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO (TITULARES E SUPLENTES)**

### **ABC**

Fernanda Martins Fontes Rossi  
Adolfo César de Castro e Assis

### **Araçatuba**

Sérgio Ricardo Martos Evangelista  
Nelson Lapa

### **Araçatuba**

José Carlos Monteiro  
Sérgio Medici

### **Baixada Santista**

Maria Pia Woelz Prandini  
Alessandro Bruscki

### **Bauru**

João Henrique Ferreira  
Ricardo Prado Pires de Campos

### **Bragança**

Bruno Márcio de Azevedo  
Carmen Natalia Alves Tanikawa

### **Campinas**

Fernando Eduardo Ayres de Farias  
Carmela Elias de Carvalho

### **Franca**

Christiano Augusto Corrales de Andrade  
Alex Facciolo Pires

### **Guarulhos/Mogi das Cruzes**

Carlos Eduardo da Silva Anapurus

Renato Kim Barbosa

### **Itapetininga**

José Roberto de Paula Barreira  
Célio Silva Castro Sobrinho

### **Jundiaí**

Mauro Vaz de Lima  
Fernando Vernice dos Anjos

### **Litoral Norte**

Alexandre Petry Helena  
Darly Viganó

### **Marília**

Jess Paul Taves Pires  
Luiz Fernando Garcia

### **Osasco**

Fábio Luis Machado Garcez  
Wellington Luiz Daher

### **Ourinhos/Botucatu**

Renata Gonçalves Catalano  
Luiz Paulo Santos Aoki

### **Piracicaba**

Sandra Regina Ferreira da Costa  
José Antonio Remédio

### **Presidente Prudente**

Fernando Galindo Ortega  
**Ribeirão Preto**

José Ademir Campos Borges  
Daniela Domingues Hristov

### **Santos**

Daury de Paula Júnior  
Daniel Gustavo Costa Martori

### **São Carlos**

Neiva Paula Paccola Carnielli Pereira  
Denilson de Souza Freitas

### **São José do Rio Preto**

Wellington Luiz Villar  
Júlio Antonio Sobottka Fernandes

### **Sorocaba**

Rita de Cássia Moraes Scaranci Fernandes  
Gustavo dos Reis Gazzola

### **Taubaté**

José Benedito Moreira  
Daniela Rangel Cunha Amadei

### **Vale do Ribeira/ Litoral Sul**

Guilherme Silveira de Portela Fernandes  
Luciana Marques Figueira Portella

### **São João da Boa Vista**

Donisete Tavares Moraes Oliveira  
Sérgio Carlos Garutti

### **Tribunal de Contas**

Leticia Formoso Delsin Matuck Feres  
Rafael Neubern Demarchi Costa

# **Lei de Drogas Comentada**

César Dario Mariano da Silva

2ª Edição



Associação Paulista do Ministério Público

São Paulo  
2016

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Silva, César Dario Mariano da  
Lei de drogas comentada / César Dario Mariano  
da Silva. -- 2. ed. -- São Paulo : APMP - Associação  
Paulista do Ministério Público, 2016.

**Bibliografia.**

1. Direito penal - Brasil 2. Drogas - Leis e  
legislação - Brasil 3. Tóxicos - Leis e legislação -  
Brasil I. Título.

16-07179

CDU-343.347(81)(094.56)

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Lei de drogas : Comentários :  
Direito penal 343.347(81)(094.56)
2. Brasil : Leis comentadas : Drogas :  
Direito penal 343.347(81)(094.56)
3. Leis : Drogas : Comentários : Brasil :  
Direito penal 343.347(81)(094.56)

ISBN: 978-85-86013-60-7

**ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – 2016**

Composição e editoração gráfica: Departamento de Publicações da APMP  
Rodrigo Vicente de Oliveira (encarregado), Marcelo Soares (diagramador)

Capa: Marcelo Soares

Supervisão: Diretoria da APMP

*Dedico esta obra a meu saudoso pai  
Daryo (in memoriam), à minha querida mãe  
Neirides (in memoriam), à minha  
amada esposa Sandra e aos meus  
abençoados filhos Aline, André e Gabriel.*





# SUMÁRIO

---

Sobre o Autor .....	11
Apresentação .....	13
<b>Título I – Disposições Preliminares .....</b>	<b>15</b>
Art. 1º .....	15
Art. 2º .....	16
<b>Título II – Do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas .....</b>	<b>19</b>
Art. 3º .....	19
Capítulo I – Dos Princípios e dos Objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas .....	21
Art. 4º .....	21
Art. 5º .....	24
Capítulo II – Da Composição e da Organização do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas .....	25
Art. 6º .....	25
Art. 7º .....	25
Art. 8º .....	25
Capítulo III – (VETADO) .....	27
Art. 9º .....	27
Art. 10 .....	27
Art. 11 .....	27
Art. 12 .....	27
Art. 13 .....	27
Art. 14 .....	27
Capítulo IV – Da Coleta, Análise e Disseminação de Informações sobre Drogas .....	29
Art. 15 .....	29

Art. 16 .....	29
Art. 17 .....	30
<b>Título III – Das Atividades de Prevenção do uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas .....</b>	<b>31</b>
Capítulo I – Da Prevenção .....	31
Art. 18 .....	31
Art. 19 .....	31
Capítulo II – Das Atividades de Atenção e de Reinserção Social de Usuários ou Dependentes de Drogas .....	35
Art. 20 .....	35
Art. 21 .....	35
Art. 22 .....	36
Art. 23 .....	37
Art. 24 .....	38
Art. 25 .....	38
Art. 26 .....	38
Capítulo III – Dos crimes e das penas .....	41
Art. 27 .....	41
Art. 28 .....	41
Art. 29 .....	63
Art. 30 .....	65
<b>Título IV – Da Repressão à Produção não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas .....</b>	<b>67</b>
Capítulo I – Disposições Gerais .....	67
Art. 31 .....	67
Art. 32 .....	67
Capítulo II – Dos Crimes .....	71
Art. 33 .....	71
Art. 34 .....	109
Art. 35 .....	116
Art. 36 .....	124
Art. 37 .....	127
Art. 38 .....	130

Art. 39 .....	133
Art. 40 .....	136
Art. 41 .....	144
Art. 42 .....	153
Art. 43 .....	156
Art. 44 .....	157
Art. 45 .....	172
Art. 46 .....	174
Art. 47 .....	175
Capítulo III – Do Procedimento Penal .....	177
Art. 48 .....	177
Art. 49 .....	190
Seção I – Da Investigação .....	193
Art. 50 .....	193
Art. 51 .....	198
Art. 52 .....	200
Art. 53 .....	202
Seção II – Da Instrução Criminal .....	209
Art. 54 .....	209
Art. 55 .....	217
Art. 56 .....	223
Art. 57 .....	226
Art. 58 .....	228
Art. 59 .....	228
Capítulo IV – Da Apreensão, Arrecadação e Destinação de Bens do Acusado ....	231
Art. 60 .....	231
Art. 61 .....	234
Art. 62 .....	236
Art. 63 .....	243
Art. 64 .....	246
<b>Título V – Da Cooperação Internacional .....</b>	<b>247</b>
Art. 65 .....	247

<b>Título VI – Disposições Finais e Transitórias</b> .....	249
Art. 66 .....	249
Art. 67 .....	250
Art. 68 .....	250
Art. 69 .....	250
Art. 70 .....	251
Art. 71 .....	253
Art. 72 .....	253
Art. 73 .....	253
Art. 74 .....	254
Art. 75 .....	254
Anexo I – Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 .....	255
Anexo II – Mensagem nº 724, de 23 de agosto de 2006 .....	279
Anexo III – <u>Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006</u> .....	285
 Bibliografia .....	 295

## SOBRE O AUTOR

---

O autor ingressou no Ministério Público do Estado de São Paulo no ano de 1992. Foi Promotor de Justiça Substituto nas comarcas de Santos e São Caetano do Sul. Assumiu os cargos de Promotor de Justiça de Taquarituba, São Sebastião e Piracicaba. Desde 1996 é Promotor de Justiça de entrância final na comarca de São Paulo – Capital, atuando notadamente na área criminal e do júri. Atualmente, é Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social, estando designado na Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos.

É professor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, onde, inclusive, foi monitor dos Promotores de Justiça recém-ingressos na carreira e membro de banca examinadora do concurso para estagiários da Instituição. Leciona, ainda, Direito Penal e Processo Penal em cursos preparatórios para ingresso nas carreiras jurídicas e para o exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Lecionou Direito Penal na Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB), na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), nas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), na Universidade Paulista (Unip) e na Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep).

Possui mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e especialização em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.



# APRESENTAÇÃO

---

**D**urante vinte e seis anos vigorou a Lei nº 6.368/1976, que coibia e punia condutas relacionadas ao porte e tráfico de drogas. Essa lei não se mostrava mais eficaz, considerando o aumento da criminalidade, principalmente a organizada, e os modernos métodos empregados para o combate ao tráfico e tratamento do usuário e dependente de drogas, que não eram nela previstos. A lei tratava tanto o traficante quanto o usuário e dependente como criminosos, que necessitavam ser presos. Também era muito condescendente com o traficante, principalmente os mais poderosos e organizados.

No ano de 2002, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.409/2002, que foi elaborada para substituir a Lei nº 6.368/1976. Todavia, ela estava repleta de incorreções e foi duramente criticada pelos doutrinadores e operadores do direito. Por conta disso, sofreu vários vetos e entrou em vigor totalmente descaracterizada. Diante dos vetos, a lei anterior não foi revogada por inteiro, sendo que ambas continuavam vigendo conjuntamente, isto é, aplicava-se parte de uma e de outra, o que trazia intrincados problemas de interpretação. Assim é que o capítulo que tratava dos tipos penais foi inteiramente vetado, aplicando-se, por conseguinte, os artigos pertinentes da Lei nº 6.368/1976. Além disso, havia divergência na doutrina e na jurisprudência sobre qual seria o procedimento aplicável (o da lei nova ou o da antiga).

Após a apresentação de vários anteprojeto sobre o tema, sobreveio a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que sofreu alguns vetos presidenciais, mas que não a alteraram substancialmente.

Embora a lei não seja perfeita, bem pelo contrário, possuindo várias imperfeições que serão devidamente analisadas neste livro, ela tem o mérito de estabelecer um novo sistema.

Usuário, dependente e traficante de drogas são tratados de maneira diferenciada. Para os primeiros, não há mais possibilidade de prisão ou detenção, aplicando-lhes penas restritivas de direitos. Para o último, a lei prevê sanções penais mais severas. Mesmo para os traficantes, há distinção entre o pequeno e

eventual traficante e o profissional do tráfico, que terá penas mais duras. Para o dependente, pode ser imposto tratamento médico ou atenuar a sua pena.

É certo que apenas leis mais severas não inibem o tráfico de drogas, problema não só do Brasil, mas de praticamente todos os países. Somente com políticas públicas, voltadas para o social, principalmente para a educação, é que o fenômeno do narcotráfico poderá ser reduzido.

Por outro lado, leis amenas incentivam a criminalidade, principalmente a organizada, que acredita na impunidade.

No presente trabalho, o autor analisa a Lei de Drogas, artigo por artigo, com base na melhor doutrina e jurisprudência, de modo a ser facilmente compreendida pelos operadores do direito, bacharéis interessados em prestar concursos públicos ou exame para ingresso na Ordem dos Advogados do Brasil, além dos estudantes, haja vista ser a presente lei objeto da grade curricular de praticamente todas as faculdades de direito.

*César Dario Mariano da Silva*



## **Título I**

### **Disposições Preliminares**

Art. 1º 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.

Um dos maiores problemas mundiais e que, até o presente momento, não encontra solução, é o uso e o tráfico ilícito de drogas.

Nada obstante a implantação de diversas frentes de combate ao narcotráfico em escala mundial, não foi possível diminuí-lo e tudo leva a crer que isso não ocorrerá brevemente.

O presente dispositivo instituiu o Sisnad – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – em substituição ao Sistema Nacional Antidrogas, alterando sobremaneira sua composição e atribuições.

Compete ao Sisnad a prescrição de medidas para a prevenção do uso indevido de drogas, tratamento e reinserção social dos usuários e dependentes, bem como o estabelecimento de normas e mecanismos para o combate ao narcotráfico. Também é de sua atribuição a proposta de criação de normas penais incriminadoras ao Poder Legislativo.

A lei não apenas cuida da repressão ao tráfico de drogas, mas também institui mecanismos para a prevenção ao uso indevido e a reinserção do dependente e usuário na sociedade, que, até então, eram tratados como criminosos, que mereciam prisão e não tratamento.

Diferentemente da legislação anterior, passou-se a empregar o termo “drogas”, como é mais usualmente conhecido pela população em geral, em substi-

tuição à expressão “substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica”. Mas, na realidade, é a mesma coisa.

São consideradas drogas as substâncias e os produtos capazes de causar dependência.

O termo “drogas”, ou seja, no plural, não significa que há necessidade de apreensão de mais de uma espécie ou porção de droga. Diz respeito à generalidade, isto é, que qualquer espécie de droga ensejará a adequação típica, independentemente da quantidade.

Substância é a matéria-prima *in natura*. Em regra, será uma planta ou erva.

Produto é a substância manipulada pelo homem. Assim, *v. g.*, a folha de coca é a substância e a cocaína, seu produto. Com efeito, em todo produto haverá a interferência do homem.

A dependência pode ser física ou psíquica. Na dependência física, o corpo necessita do uso da droga. Na psíquica, há vontade intensa do uso da droga. Há drogas que causam dependência física, em outras a dependência é psíquica, ou ambas.

Atualmente, as drogas vêm relacionadas na portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (art. 66). Assim, mesmo que a substância ou o produto cause dependência, mas se não constar de uma das listas da aludida portaria, não será considerada droga para fins penais. É o que ocorre, por exemplo, com as bebidas alcoólicas.

A maioria dos tipos penais previstos na Lei de Drogas é norma penal em branco, haja vista necessitar de complementação por outra norma, que estabeleça quais são as substâncias e os produtos considerados drogas. Mesmo que o tipo não contenha como elementar a droga, deve ser interpretado conjuntamente com outro(s) em que esse elemento está presente. São os casos da associação para o tráfico (art. 35), financiamento ou custeio para o tráfico (art. 36) e colaboração como informante para o tráfico (art. 37). Assim, mesmo nesses casos, haverá necessidade de saber o que é considerado como droga para fins penais.

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e subprodutos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada

a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

A proibição no território nacional das drogas e do plantio, da cultura, da colheita e da exploração de vegetais e substratos dos quais elas possam ser extraídas ou produzidas não é novidade em nosso direito. Isso já ocorria nas legislações anteriores.

Por outro lado, muitos dos vegetais que podem ser empregados para a produção de drogas igualmente podem servir de matéria-prima para a elaboração de remédios ou serem usados em experimentos científicos. Daí por que a ressalva feita na norma, mas sempre em local e prazos determinados e mediante fiscalização e autorização do Ministério da Saúde (art. 14, I, “c”, do Decreto nº 5.912, de 2006).

A norma ressalva a possibilidade do plantio, da colheita, da cultura e da exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas quando houver autorização legal ou regulamentar, bem como de acordo com o estabelecido pela Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente religioso.

São ressalvas lógicas. Primeiro porque muitos desses vegetais e substratos podem ser empregados para a fabricação ou produção de remédios ou outras substâncias úteis para a sociedade ou para o Estado. Assim, mediante autorização legal ou regulamentar, e sempre com acirrado controle, podem ser plantadas, colhidas e exploradas. No segundo caso, exige-se observância ao que dispõe a Convenção Internacional de Viena, da qual o Brasil é signatário, que estabelece:

## Art. 32

## Reservas

[...]

4. O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderão, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas, em relação a tais plantas, com respeito às disposições do art. 7º, exceto quanto às disposições relativas ao comércio internacional.

De acordo com o aludido dispositivo, desde que tenha havido reservas quando da assinatura, ratificação ou adesão pelo Brasil, será possível o emprego de plantas que contenham substâncias psicotrópicas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, como a seita Santo Daime, que utiliza em seus rituais a erva chacrona e o cipó mariri.

O Conad decidiu liberar o emprego, para fins religiosos, da ayahuasca, que é um chá empregado pela seita Santo Daime, que possui propriedades alucinógenas (Resolução nº 04, de 04.11.2004).

## **Título II**

### **Do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas**

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I – a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II – a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Com esse dispositivo fica evidente o espírito da lei de, além de punir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas, prevenir o uso indevido e procurar reinserir na sociedade o usuário e o dependente, que, nem sempre, mas muitas vezes, são tratados como párias.

A composição do Sisnad e as atribuições de seus órgãos eram reguladas pelos artigos 6º e 8º a 15 da Lei de Drogas. Esses dispositivos acabaram sendo vetados pela Presidência da República por aspectos formais, ou seja, vício de iniciativa e ofensa à autonomia dos entes federados.

O Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006 regulamentou o Sisnad e os órgãos que o compõem. Dispõe o artigo 2º que integram o Sisnad: I – o Conselho Nacional Antidrogas – Conad, órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça; II – a Secretaria Nacional Antidrogas – Senad, na qualidade de secretaria-executiva do colegiado; III – o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de que tratam os incisos I e II do art. 1º: a) do Poder Executivo federal; b) dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, mediante ajustes específicos; e IV – as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.

Compete ao Conad (art. 4º do Decreto): I – acompanhar e atualizar a política nacional sobre drogas, consolidada pela Senad; II – exercer orientação normativa sobre as atividades previstas no art. 1º; III – acompanhar e avaliar

a gestão dos recursos do Fundo Nacional Antidrogas – Funad e o desempenho dos planos e programas da política nacional sobre drogas; IV – propor alterações em seu Regimento Interno; e V – promover a integração ao Sisnad dos órgãos e entidades congêneres dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

O Decreto detalha a composição do Conad (art. 5º), o mandato de seus membros (art. 6º), a perda do mandato (art. 7º) e a forma de deliberação (arts. 8º a 12).

Os demais artigos dispõem sobre as atribuições do Presidente do Conad (art. 13), as competências específicas dos órgãos e entidades que compõem o Sisnad (arts. 14 e 15), as gestões de informações (arts. 16 a 18) e as disposições transitórias (arts. 19 a 22).

# Capítulo I

## Dos Princípios e dos Objetivos

### do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I – o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II – o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III – a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV – a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V – a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI – o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII – a integração das estratégias nacionais e internacionais 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;

VIII – a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX – a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X – 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;

## XI – a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad.

A lei criou um novo sistema que visa não apenas a punir o usuário e o traficante de drogas, mas precipuamente prevenir o uso e a dependência, bem como a tratar aqueles que já são usuários ou dependentes.

O artigo 4º estabelece uma série de princípios que devem ser observados pelo Sisnad. Ou seja, ele traz metas e balizas a serem obedecidas a fim de coibir e prevenir o uso ilícito de drogas ou diminuir suas consequências deletérias, seja educando e tratando o usuário e o dependente, seja punindo o traficante.

Os direitos fundamentais da pessoa humana, notadamente sua autonomia e liberdade, devem ser respeitados e protegidos (I). Porém, mesmo havendo esse respeito, continua sendo crime o uso e o tráfico de drogas, uma vez que o bem comum é priorizado. Por outro lado, o usuário e o dependente de drogas não poderão ser obrigados a realizar tratamento médico, exceto se praticarem crime em que seja possível a sua imposição. Cumpre lembrar que não é mais possível a aplicação de pena de prisão ao usuário ou dependente de drogas que pratique um dos crimes previstos no artigo 28 da Lei de Drogas.

O Brasil é um país continente e, como tal, possui diversidade de usos e costumes em cada região. Por isso, a lei determina o respeito à diversidade e às especificidades da população (II).

Com o intuito de proteger a população contra o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlatos, como o tráfico e delitos análogos, devem ser promovidos os valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro (III).

Aquele entendimento, que vigorou por décadas, de que somente com a punição seria possível o combate ao narcotráfico não mais faz parte do corpo da lei. A análise de seu sistema deixa evidente que é imprescindível a adoção de políticas públicas e de abordagem multidisciplinar para que seja possível, ao menos, minimizar as consequências deletérias que a droga produz. E também não há como solucionar essa grave questão sem a participação de toda a sociedade (IV), compartilhando essa responsabilidade entre a população e o Estado. Assim, sem a participação da sociedade, fica difícil a implementação das atividades do Sisnad, que a pressupõe (V).



Também é princípio do Sisnad o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito (VI). Ou seja, não é apenas um fator que leva alguém a usar ou traficar drogas, mas uma série de fatores conjugados, como a pobreza, o grupo a que pertence, problemas familiares etc.

Para a prevenção ao uso e tráfico de drogas devem ser conjugados esforços nacionais e estrangeiros (VII). O tráfico de drogas é um problema mundial e suas ramificações ultrapassam fronteiras. Sem a integração de estratégias entre as diversas nações não é possível o combate a essa criminalidade, que opera em todo o globo de modo extremamente organizado. Também é necessária estratégia para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes, que deve ser implementada conjuntamente entre os países de modo a um ajudar o outro.

A lei também coloca como fundamento do Sisnad a articulação com o Ministério Público e Poderes Judiciário e Legislativo (VIII). Essa cooperação mútua é essencial para uma política adequada ao combate ao narcotráfico e prevenção do uso indevido de drogas.

A lei deixa clara a diferença de tratamento que deve ser dado para o usuário e para o traficante. Não é mais possível a pena de prisão para o usuário, que deverá ser tratado como pessoa que necessita de educação e cuidados. Por outro lado, para o traficante também é feita diferenciação. O profissional do tráfico e o que teima em delinquir receberá pena mais severa do que aquele que envereda no crime pela primeira vez. Com efeito, uma das balizas mais importantes do Sisnad é a abordagem multidisciplinar, que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades voltadas à prevenção do uso, atenção e reinserção social do usuário ou dependente de drogas, bem como a repressão da produção ilegal e o tráfico de drogas (IX).

E esse princípio somente será obedecido com a observância do equilíbrio entre as atividades voltadas para a repressão ao tráfico de drogas e prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social do usuário ou dependente de drogas, sempre com o escopo de garantir a estabilidade e o bem-estar social (X). Assim, se de um lado deve existir forte repressão ao tráfico de drogas, de outro o Estado deve implementar programas voltados à prevenção ao uso indevido de drogas e à recuperação de usuários e dependentes.

O Sisnad tem como seu Órgão Superior o Conselho Nacional Antidrogas (Conad). Dessa forma, o Sisnad deve observar as orientações e normas emanadas do Conad (XI), cuja competência vem delineada no artigo 4º do Decreto nº 5.912/2006.

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I – contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II – promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III – promover a integração entre as políticas 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 tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV – assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

Os objetivos do Sisnad são bem abrangentes e procuram balancear o combate ao tráfico ilícito de drogas com a promoção de programas voltados para a educação e prevenção do uso indevido de drogas, não se esquecendo de propiciar adequado tratamento visando à reinserção social do usuário e do dependente.

E esse objetivo deve passar por uma educação nacional que propicie ao cidadão o necessário conhecimento sobre as drogas, principalmente no que tange a seus malefícios.

Não há como implantar esses objetivos sem uma política pública setorial envolvendo todas as esferas de poder (Federal, Estadual e Municipal). A união desses entes é imprescindível para que um programa antidrogas possa ser bem-sucedido.

E ao Sisnad cabe coordenar, integrar e articular as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social daquele que é dependente ou usuário de drogas, bem como a repressão da produção ilegal e ao tráfico de drogas. Sem essa organização no nível dos três Poderes e de todos os entes da Federação, a inglória luta contra o narcotráfico e suas consequências para a sociedade não será viável.

## Capítulo II

# Da Composição e da Organização do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º A organização do Sisnad assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal e se constitui matéria definida no regulamento desta Lei.

O presente dispositivo reforça a ideia de que o Sisnad é o órgão responsável pela orientação central e execução descentralizada de suas políticas no âmbito Federal, Estadual e Municipal. A finalidade, organização, estrutura e funcionamento do Sisnad, como já visto, são reguladas pelo Decreto nº 5.912/2006.

Art. 8º (VETADO)



## Capítulo III

(VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. (VETADO)

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. (VETADO)

Art. 14. (VETADO)



## **Capítulo IV**

### **Da Coleta, Análise e Disseminação de Informações sobre Drogas**

Art. 15. (VETADO)

Art. 16. As instituições com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas devem comunicar ao órgão competente do respectivo sistema municipal de saúde os casos atendidos e os óbitos ocorridos, preservando a identidade das pessoas, conforme orientações emanadas da União.

O artigo 15, que tratava do Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas – Obid –, foi vetado pela Presidência da República. Em substituição, o Governo Federal editou o Decreto nº 5.912/2006, que dispõe sobre esse Órgão. A ele compete reunir e centralizar informações e conhecimentos atualizados sobre drogas, incluindo dados de estudos, pesquisas e levantamentos nacionais, produzindo e divulgando informações, fundamentadas cientificamente, que contribuam para o desenvolvimento de novos conhecimentos aplicados às atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas e para a criação de modelos de intervenção baseados nas necessidades específicas das diferentes populações-alvo, respeitadas suas características socioculturais. Respeitado o caráter sigiloso das informações, fará parte do banco de dados central de que trata este artigo a base de dados atualizada das instituições de atenção à saúde ou de assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas, bem como das instituições de ensino e pesquisa que participem de tais atividades. Os órgãos e entidades da administração pública federal prestarão as informações de que necessitar o Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas, obrigando-se a atender tempestivamente às requisições da Senad (art. 16).

A fim de evitar duplicidade de ações no apoio aos programas estabelecidos pelo Conad e pelo Sisnad, será estabelecido mecanismo de intercâmbio de informações com os Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 17 do Decreto).

Repetindo a determinação contida no artigo 16 da Lei de Drogas, o Decreto obriga as instituições que tratam de usuários e dependentes de drogas, seja na área de saúde, seja na social, a informar ao órgão competente do respectivo sistema municipal de saúde os casos atendidos e os óbitos ocorridos, preservando-se a identidade das pessoas, conforme orientações emanadas do Conad (art. 18 do Decreto).

Art. 17. Os dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas integrarão sistema de informações do Poder Executivo.

Sem um sistema integrado de dados não é possível o combate adequado à criminalidade organizada e tampouco a adoção de estratégias a nível nacional para a prevenção ao uso indevido e tráfico de drogas.

Assim, os dados estatísticos nacionais angariados pelos diversos sistemas de informações em âmbito nacional no que é pertinente à repressão ao tráfico de drogas integrarão o sistema de informações do Poder Executivo.



## **Título III**

### **Das Atividades de Prevenção do uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas**

#### **Capítulo I**

#### **Da Prevenção**

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

É certo que o combate às drogas não se faz apenas com a punição. Há necessidade da prevenção. E este é o espírito da lei. Para tanto, as atividades deverão estar voltadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e de risco. Certamente, as crianças e os adolescentes são mais vulneráveis à ação dos traficantes. O mesmo ocorre nos locais onde o Estado não se faz presente e nos quais há pouca ou nenhuma opção de entretenimento.

Com efeito, por meio de políticas públicas voltadas para esse fim, será possível, ao menos, minimizar o problema das drogas, uma vez que acabar com ele ainda levará um bom tempo. Por isso, os fatores de proteção deverão ser implementados ou, caso já existentes, fortalecidos.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I – o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;

II – a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III – o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

IV – o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V – a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI – o reconhecimento do “não uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII – o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;

VIII – a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

IX – o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X – o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI – a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII – a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII – o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda.

O presente dispositivo traz os princípios e diretrizes que devem ser observados nas atividades de prevenção ao uso indevido de drogas.

Para que o objetivo de diminuir ao máximo o uso indevido de drogas possa ser alcançado, exige-se que o usuário ou o dependente queiram mudar de vida, ou seja, deverão estar conscientes de que a droga é um mal que interfere em sua qualidade de vida e na relação com a sua comunidade. Esse é o primeiro passo para que seja possível eliminar a droga da vida do usuário e do dependente.

Somente com a adoção de conceitos objetivos e de fundamentos científicos é que será possível combater o fenômeno das drogas com eficiência. A medicina evoluiu sobremaneira e já se sabe que o dependente de drogas é vítima e que o usuário poderá se tornar escravo das drogas em pouco tempo. Assim, o usuário e o dependente devem ser tratados como vítimas e não como marginais, merecendo tratamento digno, embora a sanção penal ainda seja eficaz como meio preventivo.

O espírito da lei é o de dar possibilidade ao dependente de ser tratado com os meios adequados. No entanto, essa opção deve partir dele próprio, não mais sendo lícito ao Estado obrigá-lo ao tratamento. Ao usuário que seja condenado por porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, *caput*) não é possível a imposição de internação ou tratamento ambulatorial, como ocorria na legislação anterior.

A opção da lei foi a de possibilitar o estabelecimento de parcerias com o setor privado e diversos segmentos sociais para o combate ao uso de drogas. Já se foi o tempo em que o Estado agia sozinho no combate a esse fenômeno que dilacera as famílias. Estas também deverão fazer parte deste processo, uma vez que são diretamente atingidas quando têm em seu seio um usuário ou dependente de drogas.

É certo, também, que cada pessoa deverá ser tratada de acordo com o grau de educação e instrução e levando-se em consideração a droga da qual é usuária ou dependente. O tratamento deve ser individualizado e especializado para que possa surtir efeito.

Fica evidente a preocupação do legislador com a educação como viga mestra para o combate ao uso das drogas. De um lado, os profissionais da área de educação deverão ser adequadamente instruídos e treinados; de outro, os estudantes deverão receber as informações necessárias para que saibam que a droga é um mal que precisa ser debelado.

É com o investimento em alternativas que o combate à droga será eficaz. Atividades esportivas, culturais, artísticas e profissionais são o antídoto para o combate às drogas. Com a mente e o corpo sãos será propiciada acentuada melhoria na qualidade de vida daquelas pessoas suscetíveis a serem usuárias de drogas, além de propiciar sua inclusão social, o que, também, será óbice para que ela se torne usuária ou dependente.

A fim de não ocorrer discrepância nas atividades de prevenção ao uso indevido de drogas dirigidas a crianças e adolescentes, elas deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda).

## **Capítulo II**

### **Das Atividades de Atenção e de Reinserção Social de Usuários ou Dependentes de Drogas**

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Fica claro o espírito da lei em trazer os familiares do usuário ou dependente para dentro do problema. Somente com uma ação conjunta entre as partes atingidas será possível dar uma solução adequada ao problema das drogas. As atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares serão aquelas que visem a possibilitar a melhoria da qualidade de vida e a redução dos riscos e dos danos associados ao uso indevido de drogas. Como redução dos riscos nada melhor do que a educação voltada à prevenção.

Já no que tange à redução dos danos, ou seja, quando o uso ou a dependência for uma realidade, deverão ser empregadas políticas públicas voltadas à educação dos usuários ou dependentes, como orientação sobre doenças relacionadas ao uso de drogas e os malefícios dela decorrentes.

Não concordamos com alguns autores no sentido de que poderiam ser entregues seringas ou materiais para o uso indevido de drogas, uma vez que essa conduta é criminosa e vem definida no artigo 33, § 2º, da Lei de Drogas.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

O presente dispositivo deve ser interpretado com o subsequente, que traz os princípios e diretrizes que devem ser observados quando das atividades de rein-

serção social do usuário ou do dependente de drogas e seus respectivos familiares, que devem estar direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I – respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

II – a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III – definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV – atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

V – observância das orientações e normas emanadas do Conad;

VI – o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

O dispositivo em questão traz os princípios e diretrizes que devem ser observados pelos órgãos e instituições responsáveis pela atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas.

Fica evidente, assim, que a lei possui o nítido intuito de dar tratamento adequado àquelas pessoas, sejam elas dependentes ou apenas usuárias de drogas.

Todas as pessoas, independentemente de sua qualidade ou condição pessoal, quando consumidoras de drogas, devem ser tratadas com respeito, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como os princípios e diretrizes determinantes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social. Com isso, o Estado chama para si a responsabilidade de dar o necessário tratamento, vendo o usuário, e principalmente o dependente de drogas, como alguém que necessita de tratamento médico e psicológico.

Não só o usuário e o dependente devem receber o adequado tratamento. Determina a norma que os familiares destes também devem ser assistidos, observadas suas peculiaridades socioculturais. É notória a dificuldade que os familiares têm para lidar com as pessoas envolvidas com drogas. Sem essa orientação fica muito mais difícil a recuperação.

O tratamento deve ser individualizado, haja vista que nem todas as pessoas são iguais. Ele deve ser orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde. Junto com o uso da droga vem a criminalidade mais grave. Quem usa droga está mais sujeito a ser vítima ou a cometer delitos. Assim, o tratamento deve ser orientado a diminuir essas possibilidades, bem como a reduzir os riscos sociais e à saúde decorrentes do uso da droga. Ou seja, em primeiro lugar, o tratamento deve ser voltado a fazer cessar o uso e, não sendo isso possível no momento, a reduzir os riscos dele decorrentes.

A atenção ao usuário e ao dependente, bem como a seus respectivos familiares, sempre que possível, deve ser feita por equipe multidisciplinar (médicos, psicólogos, assistentes sociais etc.), observadas as orientações e normas emanadas pelo Conad.

Além disso, as diretrizes de todos os órgãos responsáveis pela atenção e reinserção social do usuário e dependentes devem estar alinhadas com as dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas, visando a entrar em sintonia e buscar o mesmo fim.

Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.

Como o Estado assumiu a responsabilidade pelo tratamento do usuário e dependente de drogas, cabe à rede de saúde estatal desenvolver programas para esse fim. Para tanto, devem observar as diretrizes emanadas pelo Ministério da Saúde e os princípios constantes do artigo 22 desta Lei.

E, certamente, há obrigatoriedade de recursos adequados, que devem constar da previsão orçamentária de cada ente estatal.

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.

Cada vez mais o Estado tende a buscar parceiros para desenvolver suas atividades, dados os problemas orçamentários próprios de um país em desenvolvimento.

Assim, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolvam programas para colocar ou reinserir no mercado de trabalho os usuários ou dependentes de drogas, desde que encaminhados por órgãos oficiais.

Art. 25. As instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Funad, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira.

As instituições da sociedade civil que desempenhem atendimento aos usuários e dependentes de drogas, na área de assistência social e da saúde, e que não tenham fins lucrativos poderão receber recursos do Funad, quando possível, ou seja, havendo disponibilidade orçamentária e financeira.

É mais uma forma de incentivar a sociedade civil a participar do trabalho de tratamento e reinserção social do usuário e do dependente de drogas. Sem esse esforço conjunto, é praticamente impossível minimizar o problema, que é crônico em nosso país e no mundo.

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou



submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

Ao usuário e ao dependente de drogas, na hipótese de cumprimento de pena privativa de liberdade ou submissão à medida de segurança, serão garantidos os serviços de saúde, de acordo com as normas estabelecidas pelo sistema penitenciário.

O Estado não pode simplesmente abandonar o preso ou o interno pelo fato de estar segregado da sociedade. Dessa forma, a eles também deve ser propiciado o necessário e adequado tratamento médico.



## Capítulo III

### Dos crimes e das penas

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

#### 27.1 Aplicação e substituição das penas

A grande diferença dos delitos descritos neste capítulo para os demais previstos em nossa legislação penal é que não há cominação de pena privativa de liberdade, vedada, aliás, qualquer forma de prisão, seja provisória ou definitiva. Entendeu o legislador que ao usuário de drogas deve ser imposta outra modalidade de pena que substitua a privação de liberdade. Assim é que o artigo 28, caput, prevê como penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

As penas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o Defensor (art. 27).

A norma exige o contraditório, ou seja, a oitiva das partes. Isso ocorrerá em sede de execução, quando o Juiz vislumbra ser necessária a substituição de uma pena por outra, quando a aplicada não estiver surtindo o efeito desejado, ou quando, por algum motivo justificado, o condenado alegar não poder cumpri-la.

Obviamente, a oitiva das partes não ocorrerá por ocasião da aplicação da sanção em caso de condenação, que é de competência do Juiz da instrução, que, aliás, já propiciou a manifestação das partes em debate ou alegações finais (memoriais) antes de proferir a sentença.

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

- I – advertência sobre os efeitos das drogas;
- II – prestação de serviços à comunidade;
- III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

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

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

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

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

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

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

- I – admoestação verbal;
- II – multa.

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

### **28.1 Natureza jurídica dos crimes relacionados às drogas**

Passaremos a analisar a natureza jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas, com exceção do previsto no artigo 39, que possui regra própria e será estudado em separado.

Trata-se de crimes de perigo abstrato e coletivo. Como crimes de perigo abstrato, não necessitam da demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, que é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em contrário. São, também, crimes de perigo coletivo (ou comum), uma vez que a saúde de um número indeterminado de pessoas é exposta a perigo de dano.

Com efeito, a objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde pública, ou seja, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psíquica.

Os crimes descritos na Lei de Drogas prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a experiência tem demonstrado que a posse ou o porte, bem como o tráfico de drogas, são condutas nocivas não apenas em relação à saúde pública, mas também quanto à individualidade das pessoas. O sujeito sob o efeito de droga é um risco não apenas para si próprio, mas também para as pessoas que estão à sua volta.

O sujeito passivo desses delitos será, em regra, a coletividade (crime vago). Em alguns tipos penais poderá haver pessoas determinadas como sujeito passivo secundário, como no tráfico de drogas (art. 33, *caput*), em que poderão ser sujeitos passivos secundários a criança, o adolescente e a pessoa que tem suprimida a capacidade de entendimento ou de autodeterminação (art. 40, VI), que recebam a droga para usá-la.

Há corrente doutrinária entendendo que os delitos contidos na Lei de Drogas são crimes de lesão e não de perigo, seja abstrato ou concreto. Para esses doutrinadores, com a reforma penal de 1984 e atual Constituição Federal, não pode mais existir em nosso direito qualquer tipo de presunção, inclusive quanto a perigo. Como há necessidade de ser demonstrado dolo, culpa e culpabilidade, não se admite que haja presunção sem efetiva demonstração de que houve realmente a ocorrência de perigo (princípio da culpabilidade). Além disso, a presunção de inocência vedaria o reconhecimento antecipado de culpa em sentido amplo sem o necessário julgamento e advento de uma sentença condenatória definitiva.

Considerando os delitos relacionados a drogas como de lesão, teremos dois planos de proteção superpostos:

- 1) O plano A, em que as condutas são permitidas. Ex: venda de um psicotrópico com receita médica para aliviar a dor. Nesse caso, o psicotrópico

co atua como analgésico e seu uso é permitido pela lei, desde que haja prescrição médica, como ocorre com a morfina. O cidadão estará atuando de acordo com o direito e não rebaixará o nível de segurança coletiva que é exigido pela legislação. Portanto, não há crime a ser punido.

- 2) O plano B, em que as condutas são proibidas pela legislação. Nesse caso, o comportamento do sujeito está aquém do permitido e rebaixa o nível de segurança coletiva exigida pela legislação. Há, portanto, lesão ao interesse coletivo (incolumidade ou saúde pública). Caso haja norma tipificando essa conduta, ocorrerá ilícito penal. É o que ocorre quando há o comércio ilegal de substância entorpecente.

Destarte, nos crimes de lesão, não há simples perigo, mas efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma. A coletividade como um todo é lesionada, pois o nível de segurança coletiva exigido é rebaixado.

Nos crimes de lesão não se exige dano ao objeto material; há lesão ao objeto jurídico tutelado pela norma sem a necessidade do advento de resultado naturalístico, embora esse possa ocorrer em alguns casos. Os crimes vagos, de acordo com esse posicionamento, causam efetiva lesão ao objeto jurídico tutelado pela norma penal, não havendo necessidade, pois, de saber se houve perigo (abstrato ou concreto) em determinada conduta. Com efeito, quanto ao resultado jurídico, os crimes contidos na Lei de Drogas seriam crimes de lesão, ao passo que, no concernente ao resultado naturalístico, crimes de mera conduta (em regra), materiais ou formais, dependendo da conduta típica.

Cuida-se, sem dúvida, de inovação em nosso direito, que sempre teve presente a diferenciação entre crime de perigo abstrato e concreto, notadamente em várias passagens no Código Penal e na legislação especial.

Preferimos, porém, continuar com o entendimento de que os crimes descritos na Lei de Drogas são de perigo abstrato, não necessitando prova da ocorrência do perigo. Não entendemos, portanto, que haja violação ao princípio da culpabilidade ou da presunção de inocência quando se presume a ocorrência de perigo em determinada conduta descrita pela legislação. Ora, a própria Constituição Federal determina que o Legislador crie crimes e comine penas às condutas que sejam nocivas à sociedade. E este pode, dentro de sua competência, elencar situações em que não há necessidade da demonstração de perigo, eis que a ex-

periência demonstra que elas são perniciosas à sociedade, sem se perquirir quanto à existência de vítima determinada ou de efetivo perigo de dano concreto a uma pessoa qualquer. Cuida-se de opção política do Legislador para a real proteção da coletividade contra pessoas que poderão colocar em risco a segurança do grupo social ao praticarem condutas típicas. Se houve a criação de tipos penais que sequer fazem menção à ocorrência de resultado, seja de dano ou de perigo, não cabe ao intérprete exigí-los, violando a competência constitucional do Poder Legislativo.

Da mesma forma, não há violação ao princípio da culpabilidade porque é exigido o dolo e a culpa (em sentido amplo) para que a conduta seja tipificada penalmente e punida. Além disso, ninguém está sendo considerado culpado antes de uma sentença penal condenatória; tanto que se exige o devido processo legal com todas as garantias constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório.

## **28.2 Porte de droga para consumo pessoal (art. 28, caput)**

### ***Manutenção da criminalização***

A nova lei trouxe significativas modificações no que é pertinente a crimes relacionados a drogas.

Uma das principais mudanças é que ao usuário de drogas será dado tratamento especial. Inovando nosso ordenamento jurídico, a essa pessoa poderão ser impostas penas restritivas de direitos cominadas abstratamente no tipo penal (art. 28). Não mais será possível a aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, mas a conduta de porte de droga para consumo pessoal continua sendo considerada crime.

As penas restritivas de direitos elencadas no Código Penal são aplicadas autonomamente, não possuindo qualquer relação com as penas privativas de liberdade. Elas não são cominadas abstratamente no tipo penal. Há a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Essa substituição dar-se-á quando da imposição da pena pelo Juiz na sentença, que fará uma análise da viabilidade da substituição.

Todavia, nada obstante o caráter substitutivo das penas restritivas de direitos descritas no Código Penal, já podemos encontrar no Código de Trânsito Brasileiro (CTB) algumas restrições de direitos que serão aplicadas cumulativamente com a pena privativa de liberdade. Exemplos: arts. 302 e 303 do CTB.

Não nos convence o argumento defendido por alguns doutrinadores de que o porte de drogas para consumo pessoal, bem como a semeadura, cultivo ou colheita de plantas destinadas à preparação de drogas para consumo do agente (art. 28, *caput*, e § 1º), não mais são considerados crimes, mas infrações *sui generis*, haja vista que a Lei de Introdução ao Código Penal – Decreto-lei nº 3.914/1941 – considera como crime a infração penal a que a lei comine pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (art. 1º).

A Lei de Introdução ao Código Penal, como o próprio nome já diz, traz considerações acerca do Código Penal de 1940. Sabemos que a parte geral do Código Penal foi totalmente modificada pela reforma de 1984. A antiga parte geral do Código Penal sequer previa penas restritivas de direitos. Eram consideradas penas principais apenas a reclusão, a detenção e a multa (art. 28). Havia penas acessórias elencadas no artigo 67, mas não existia previsão de penas restritivas de direitos como conhecemos hoje.

Por esse motivo, a Lei de Introdução ao Código Penal não fez menção às penas restritivas de direitos, que são consideradas espécies de penas pelo artigo 32 do atual Código Penal.

O artigo 28 está inserido no Capítulo III, do Título III da Lei de Drogas. E este capítulo trata dos crimes e das penas. Ou seja, a própria lei diz que estas condutas são crimes.

Desta forma, como as condutas são tipificadas como crime e a lei é especial, não há como aceitar que houve descriminalização.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que não houve a aludida descriminalização (HC 339592/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 07.04.2016. REsp 1500884/SP, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 24.11.2015).

Aliás, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, já havia decidido que não houve a descriminalização, continuando o porte de drogas para consumo pessoal a ser considerado crime (Questão de Ordem no RE. 430.105 QO/RJ, v.u., j. 13/02/2007).

Com efeito, sepultada está a questão, não havendo qualquer amparo legal para a tese de que houve descriminalização do porte de droga para consumo pessoal.



## **Reincidência**

O artigo 63 do Código Penal diz que será considerado reincidente aquele que cometer novo crime, depois do trânsito em julgado da sentença que o houver condenado, no Brasil ou no exterior, pela prática de crime anterior.

Assim, como essa conduta é considerada crime, poderá gerar a reincidência e, inclusive, impedir a aplicação de benefícios legais em que ela é óbice.

Sobre o tema, pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “Constatada a existência de condenação anterior e definitiva em desfavor do recorrido pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, fica caracterizada a reincidência e não é possível a aplicação, em seu favor, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por expressa vedação legal” (REsp 1500884/SP, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 24.11.2015. HC 239982/SP, 5ª Turma, rel. Marilza Maynard, v.u., j. 04.06.2013).

## **Inconstitucionalidade da criminalização do porte de droga para consumo pessoal (autolesão e violação da privacidade)**

A questão da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é nova, mas voltou a ser alvo de debates no meio jurídico por conta do reconhecimento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo pleiteia a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que pune aquele que porta drogas para seu consumo pessoal. Atualmente, as penas aplicadas são: 1) advertência sobre os efeitos das drogas; 2) prestação de serviços à comunidade; 3) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A questão fulcral é se alguém pode ser punido por portar ou possuir drogas, para seu consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Isso porque estaria causando lesão a si mesmo, e o direito penal não pune a autolesão, além de ter invadida a sua intimidade e vida privada.

A delimitação do tema já começa de forma equivocada, pois o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas tem como objetividade jurídica a saúde pública (principal), e a vida, a saúde e a tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundário).

Não está sendo punida a autolesão, mas o perigo que o uso da droga traz para toda a coletividade. Também não está sendo violada indevidamente a intimidade e a vida privada do usuário de drogas, uma vez que esses direitos não são absolutos e podem ceder quando entrarem em conflito com outro direito de igual ou superior valia, como a saúde e a segurança da coletividade.

Se, é certo, que o uso de drogas prejudica a saúde do usuário, o que ninguém coloca em dúvida, também é certo que ele não é o único prejudicado. A coletividade como um todo é colocada em risco de dano. A saúde pública é bem difuso, mas perceptível concretamente. E cabe ao Estado proteger seus cidadãos dos vícios que podem acometê-los. O vício das drogas tem o potencial de desestabilizar o sistema vigente, desde que quantidade razoável de pessoas for por ele atingida.

Não há levantamento do número de mortes por *overdose* ou por doenças causadas pelo uso de drogas ilícitas. Também não há estatística confiável do número de crimes que são cometidos por pessoas sob o seu efeito. E também não são sabidos quantos crimes são praticados pelo fato de a vítima ser usuária de drogas.

Mas uma coisa não pode ser negada, o malefício das drogas, seja de forma direta ou indireta, é muito grande.

Bem por isso esse crime é considerado de perigo abstrato, ou seja, o risco de dano não precisa ser provado, sendo presumido de forma absoluta.

Quem milita na área penal, notadamente no Júri, sabe que boa parte dos crimes de homicídio é cometida por pessoas que se encontram sob o efeito de drogas, sejam lícitas ou ilícitas. E também muitos crimes são praticados contra os usuários de drogas por algum motivo relacionado ao seu vício (desentendimentos, pequenos crimes, dívida com traficantes etc.).

Aquele velho argumento de que o álcool também é droga, sinceramente não convence. Não é porque a situação está ruim que nós vamos piorá-la. O número de pessoas alcoólatra é enorme, e não é por isso que vamos aumentar a quantidade de viciados em drogas.

Um dos motivos que inibe o uso da droga é o fato dela ser proibida. Liberando o seu uso, que é o que a descriminalização irá fazer, certamente vai incentivar a dela se valerem aqueles que têm medo das consequências, seja na área penal ou na social. Se, é permitido, porque não posso fazer uso social da maconha, da cocaína, do *crack* e de outras drogas? Essa indagação passará pela cabeça de inúmeras pessoas, mormente das mais jovens.

E não pensem que isso vai acabar com o tráfico. O traficante, na maioria das vezes em que é preso, tem em sua posse pequena quantidade de drogas para poder se passar por usuário. Nessa situação, nenhuma punição haverá com a descriminalização. E a condenação pelo artigo 28 da Lei de Drogas atualmente enseja reincidência. Nem isso será mais possível, o que incentivará a prática de outros delitos.

E quem irá fornecer a droga para os usuários? O Estado? Certamente que não! O usuário continuará a comprar a droga dos traficantes. Mesmo que o Estado passe a fornecer a droga de forma controlada, nem assim o tráfico irá acabar. A procura será muito maior do que a oferta. E o Estado não terá condições de fornecer todos os tipos de drogas, o que o traficante saberá explorar.

Essas são algumas das razões pelas quais não é possível a declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

A situação, que está ruim, pois estamos perdendo a guerra contra as drogas, só irá piorar.

A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é o caminho. Ela somente irá aumentar o número de usuários e de viciados, além de fomentar o tráfico e colaborar para o aumento dos crimes violentos.

No entanto, já começou o julgamento da ação e os três primeiros votos são pela declaração da inconstitucionalidade da norma.

O Relator, Ministro Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade total da norma do artigo 28, ou seja, para todas as espécies de drogas.

Já os Ministros Roberto Barroso e Edson Facchin votaram pela inconstitucionalidade apenas quanto à maconha (*cannabis sativa*), permanecendo crime a posse para uso pessoal das demais espécies de drogas.

Foi pedida vista dos autos pelo Ministro Teori Zavascki, que ainda não apresentou seu voto.

Sendo a norma julgada inconstitucional, deixam de ser aplicáveis todos os dispositivos previstos no artigo 28 da Lei de Drogas, alcançando tanto a posse para consumo pessoal quanto o seu cultivo (art. 28, “caput”, e § 1º).

Vai depender se a decisão alcançará apenas a maconha ou a todas as outras espécies de drogas.

A situação ficará um tanto esdrúxula. Será punido o tráfico de todas as espécies de drogas, mas a posse e cultivo para consumo pessoal de todas elas ou apenas da maconha, a depender do resultado do julgamento, não continuarão a ser criminalizadas, sendo fato atípico.

Não sendo mais a conduta considerada criminosa, não gerará reincidência e a polícia deixará de intervir para sua prevenção e repressão. Isso porque o artigo 144 da Constituição Federal atribui às polícias (federal, civil e militar) o combate a infrações penais e não a outras espécies de ilícitos. Não nos parece constitucional seu emprego para apreender usuários e viciados se a posse de droga para consumo pessoal e seu cultivo não mais forem consideradas infração penal.

Somente com o julgamento final da ação é que teremos conhecimento das suas consequências. Sendo a ação julgada improcedente, nada mudará. No caso de procedência, dependerá de qual o seu resultado (procedência total ou parcial).

### ***Objeto jurídico***

Embora aquele que use a droga esteja prejudicando sua saúde, a coletividade como um todo também é colocada em risco de dano. A saúde pública é bem difuso, mas perceptível concretamente. Cabe ao Estado proteger seus cidadãos dos vícios que possam acometê-los. O vício das drogas tem o potencial de desestabilizar o sistema vigente, desde que quantidade razoável de pessoas for por ele atingida.

Enquanto a morte por *overdose* atinge diretamente aquela pessoa que faleceu e seus familiares, muitas mortes ocasionadas por este mesmo motivo violam a saúde pública, trazendo danos irreparáveis ao Estado.

O mesmo ocorre com os danos à saúde dos viciados. Essas pessoas terão de ser assistidas pelo Estado e deixarão de produzir, além de serem fortes candidatas ao cometimento de crimes para saciar o vício.

Por isso, o uso e o tráfico ilícito de drogas são condutas extremamente prejudiciais, não somente para a vida, saúde, integridade física e segurança dos cidadãos considerados individualmente, mas para toda a coletividade.

Com efeito, os delitos relacionados às drogas atingem tanto a saúde pública (objeto jurídico principal) quanto à vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (objeto jurídico secundário).

### ***Objeto material***

É a droga, entendida como as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (art. 1º, parágrafo único).

Até que a União atualize a terminologia da lista mencionada, serão consideradas como drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e

outras sob controle especial, da portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (art. 66). Mesmo que a substância ou o produto cause dependência, mas se não constar de uma das listas da aludida portaria, não será considerada droga para fins penais. É o que ocorre, por exemplo, com as bebidas alcoólicas.

O termo “drogas”, ou seja, no plural, não significa que há necessidade de apreensão de mais de uma espécie ou porção de droga. Diz respeito à generalidade, isto é, que qualquer espécie de droga ensejará a adequação típica, independentemente da quantidade.

Substância é a matéria-prima *in natura*. Em regra, será uma planta ou erva.

Produto é a substância manipulada pelo homem. Assim, *v. g.*, a folha de coca é a substância e a cocaína seu produto.

Com efeito, em todo produto haverá a interferência do homem.

A dependência pode ser a física ou a psíquica. Na dependência física, o corpo necessita do uso da droga. Na psíquica, há vontade intensa do uso da droga. Há drogas que causam a dependência física ou a psíquica, ou ambas.

A lei veda expressamente o uso e o fornecimento de drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam elas ser extraídas ou produzidas. Para que a droga possa ser extraída ou produzida há necessidade de autorização legal ou regulamentar. A norma ainda ressalva o estabelecido na Convenção de Viena das Nações Unidas sobre substâncias psicotrópicas (1971) a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. O plantio, a cultura e a colheita dos vegetais que possam ser empregados para a produção de drogas, desde que exclusivamente para fins medicinais ou científicos, e em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, poderão ser autorizados pela União (art. 2º).

O artigo 31 exige a licença prévia da autoridade competente para que alguém possa produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

### ***Sujeito ativo***

Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

### ***Sujeito passivo***

É a coletividade, cuidando-se de crime vago.

***Conduta típica***

Consiste em adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

***Adquirir***

Significa obter ou conseguir o objeto material de forma onerosa ou gratuita. O sujeito pode comprar a droga ou recebê-la gratuitamente.

***Guardar***

Tem o sentido de conservar ou manter o objeto material consigo para uso próprio futuro, mas longe das vistas. Pode ser guardado na própria casa do sujeito ou em outro local.

***Ter em depósito***

Esse verbo não era previsto no artigo 16 da revogada Lei nº 6.368/1976, mas apenas nas figuras relacionadas ao tráfico. Por isso, mostra-se desnecessário, haja vista que comporta similitude com o verbo *guardar* para efeito deste tipo. Isso porque tanto quem guarda quanto quem tem em depósito o objeto material deve fazê-lo para seu consumo pessoal e nunca para o de terceiros, que importaria tráfico de drogas.

***Transportar***

Tem o sentido de levar a droga de um local para outro que não seja por meio pessoal, que caracteriza a conduta de trazer consigo. A droga pode ser transportada no porta-malas do carro, no bagageiro do ônibus etc.

***Trazer consigo***

Significa portar, ter ou manter o objeto material consigo ou ao alcance para seu pronto uso. Não há necessidade de que a droga esteja junto ao corpo, podendo ser trazida, por exemplo, dentro de uma mochila, pasta ou até mesmo no porta-luvas do automóvel. Para essa conduta, exige-se que a droga esteja ao alcance do sujeito.

***Ausência da conduta de usar droga***

A mera conduta de fazer uso da droga, sem que tenha sido demonstrado que o infrator anteriormente a adquiriu, guardou, teve em depósito, transportou ou trouxe consigo ilegalmente, é fato atípico.

As normas penais incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente, exceção feita quando ficar patenteado que o Legislador disse menos do que pretendia (interpretação extensiva). O maior exemplo dessa situação é o crime de bigamia (art. 235 do CP) em que também é punida a poligamia, nada obstante o tipo penal ser omissivo quanto a essa conduta.

Por isso, no crime em apreço, é imprescindível a apreensão do objeto material. Mesmo que o infrator confesse judicialmente ter usado a droga, ou se testes laboratoriais o comprovarem, sem a apreensão do objeto material e a demonstração de que uma das condutas típicas foi realizada, o sujeito não poderá ser punido penalmente pelo delito em apreço. Do contrário, haveria ofensa ao princípio da reserva legal.

### ***Tipo misto alternativo ou de conteúdo variado***

O tipo penal é composto por mais de um verbo (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo). Assim, praticada mais de uma conduta típica dentro da mesma situação fática, haverá crime único. Dessa forma, por exemplo, mesmo que o sujeito adquira e depois transporte a droga, haverá apenas um crime.

### ***Elemento subjetivo***

O crime é doloso. Além do dolo, exige-se a especial intenção de consumo pessoal da droga (elemento subjetivo do tipo).

Como consumo pessoal deve ser entendido o uso da droga pelo próprio agente.

Se a intenção do sujeito for outra, o crime poderá ser o de tráfico de drogas (art. 33, caput) ou fornecimento eventual de drogas para uso em conjunto (art. 33, § 3º), desde que presentes seus demais elementos.

### ***Elementos normativos do tipo***

Para a ocorrência de adequação típica o sujeito deverá praticar qualquer uma das condutas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Com efeito, faltando a competente autorização, ou se a conduta estiver em desacordo com a lei ou outra norma que regulamente a matéria, a tipicidade legal estará configurada.

### ***Qualificação doutrinária***

Trata-se de crime doloso, com o elemento subjetivo do tipo “para consumo pessoal”, comum, de mera conduta, plurissubsistente, de perigo abstrato e coletivo.

Com exceção da conduta de adquirir, que é delito instantâneo, as demais são crimes permanentes.

### ***Consumação e tentativa***

Dar-se-á a consumação com a prática de qualquer das condutas alternativas previstas no tipo penal. Assim, temos que:

a) na conduta de adquirir, o crime se consuma com recebimento do objeto material. A tentativa é possível, quando o sujeito tem interrompida a aquisição por circunstâncias alheias à sua vontade.

b) na conduta de guardar, o crime se consuma no momento em que o objeto material é recebido para ser acondicionado para uso próprio futuro. É possível a tentativa, quando o objeto material não é recebido por circunstâncias alheias à vontade do agente.

c) na conduta de ter em depósito, o crime se consuma quando o sujeito tem o objeto material consigo para uso próprio futuro. É possível a tentativa.

d) na conduta de transportar, o crime se consuma com o deslocamento do objeto material. É possível a tentativa, quando há a interrupção da conduta de transporte antes que ele realmente seja iniciado;

e) na conduta de trazer consigo, o crime se consuma quando o sujeito tem o objeto material consigo ou ao seu alcance. É possível a tentativa, pois a execução pode ser fracionada.

### ***Considerações sobre a tentativa***

Como se trata de crime plurissubsistente, em que a execução pode ser fracionada, faz-se possível a tentativa. Entretanto, dada à diversidade de condutas, na prática a tentativa dificilmente ocorrerá. Assim, por exemplo, para que o sujeito transporte a droga, ele a terá consigo anteriormente, quando o delito já estará consumado. Na prática, será possível visualizar a tentativa de aquisição, quando o sujeito não obtiver a posse da droga por circunstâncias alheias à sua vontade.



### ***Novatio legis in mellius***

O novo tipo penal é mais benéfico para o réu e deve retroagir para alcançar os fatos pretéritos que nele se amoldem. Com efeito, quem estiver sendo processado por infração ao artigo 16 da Lei nº 6.368/1976, se for o caso, será condenado nos termos do novo tipo penal (art. 28, *caput*) e receberá a pena a ele cominada. Do mesmo modo, quem estiver cumprindo pena por aquele delito (art. 16), poderá pleitear ao Juízo das Execuções Penais a substituição pelas penas cominadas no *caput*, do artigo 28, desde que mais benéficas.

### ***Pena***

O artigo 28, *caput*, prevê como penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Estas penas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor (art. 27).

A norma não exige que seja aplicada a pena em sequência, ou seja, primeiro a advertência, depois a prestação de serviços à comunidade e por último a medida de comparecimento a curso ou programa educativo. Caberá ao Juiz, ao analisar a culpabilidade do acusado, dosar a pena de acordo com o caso concreto, podendo, inclusive, aplicá-las cumulativamente.

Também não vemos como dosar a pena de acordo com o artigo 59 ou 68 do Código Penal, critérios estes destinados à pena privativa de liberdade ou multa. O artigo 29 da Lei de Drogas estabelece como critério para dosagem da quantidade da multa a reprovabilidade da conduta, ou seja, a culpabilidade, que poderá ser empregada como parâmetro para a fixação das penas restritivas de direitos cominadas no artigo 28.

### ***Advertência sobre os efeitos da droga***

A advertência será feita pelo juiz com o intuito de dissuadir o agente a usar qualquer tipo de droga.

Na prática, o sujeito comparece em cartório e assina um termo em que constam os efeitos deletérios que o uso da droga pode causar.

Cuida-se de medida inócua, que não traz qualquer benefício para o autor do delito ou para a sociedade.

### ***Prestação de serviços à comunidade***

O legislador expressamente determinou no § 5º do artigo 28 que esta modalidade de pena restritiva de direitos deverá ser cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

A intenção do legislador foi a de fazer o usuário visualizar quais são os efeitos da droga e o estrago que ela pode causar na vida das pessoas.

### ***Medida de comparecimento a programa ou curso educativo***

Novamente verificamos o intuito pedagógico das penas aplicadas. Essas espécies de programas ou cursos, se bem ministrados, podem conscientizar o usuário sobre os efeitos deletérios da droga.

### ***Ação penal***

É pública incondicionada.

### ***Benefícios cabíveis***

Não havendo concurso com qualquer dos delitos previstos nos artigos 33 a 37, o processo e julgamento ocorrerá perante o Juizado Especial Criminal, com todos os benefícios previstos na Lei nº 9.099/1995 compatíveis com o delito (art. 48, § 1º). Assim, será possível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

### ***Princípio da insignificância***

A insignificância da lesão deve ser aferida pela consideração de todo o contexto da ordem jurídica vigente. Não basta, apenas, a insignificância do objeto jurídico ou material tutelado pela norma, mas o grau de intensidade que esses bens jurídicos são atingidos pela conduta.

Para que seja reconhecida a insignificância, o grau de ofensividade deve ser mínimo; a periculosidade social da conduta, inexistente; a reprovação social, diminuta; e a lesão ao bem jurídico, inexpressiva. Assim, não é porque o valor de um bem subtraído é mínimo ou a lesão ao bem jurídico é pequena que deverá ser reconhecido o crime de bagatela.

Quando o usuário ou o dependente fazem uso de droga ilícita não só eles são prejudicados. A sociedade como um todo também é colocada em risco de dano. A saúde pública é o bem jurídico primordialmente tutelado. O vício das drogas é perigoso para toda a sociedade, pois junto com ele caminha de braços dados a criminalidade violenta. O vício do usuário de drogas alimenta toda uma cadeia criminosa, estimulando o comércio ilegal e, com ele, crimes direta ou indiretamente relacionados ao tráfico de drogas, como homicídios, roubos, corrupção, dentre outros. Por isso, não vemos como aplicar o princípio da insignificância, mesmo que pequena a quantidade de droga apreendida.

É nesse sentido, aliás, o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “A jurisprudência deste Superior Tribunal considera que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida” (AgRg no REsp 1442224/SP, 6ª turma, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 24.05.2016).

Como bem esclarecido pelo Min. Rogério Schietti Cruz em decisão monocrática em recurso especial: “É, pois, simplista afirmar que o consumo de drogas é proibido apenas pelo mal que a substância faz ao próprio usuário. Na verdade, ele o é também pelo perigo que o consumidor gera à sociedade. Basta, para corroborar tal ilação, lembrar o expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos de consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente” (STJ, REsp 1478046, j. 16.03.2015).

Ademais, as sanções aplicadas possuem precipuamente a finalidade pedagógica, visando convencer o usuário ou o dependente da nocividade de sua conduta, o que não recomenda a aplicação do princípio da insignificância.

Por outro lado, há forte corrente doutrinária pela aplicação do princípio da insignificância, como defendido por Nucci ao afirmar que: “*A quantidade ínfima de entorpecente não proporciona nem sequer a tipificação da infração prevista no art. 28*” (2013, p. 299).

### **28.3 Circunstâncias que induzem à intenção de consumo pessoal (art. 28, § 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 (§ 2º).

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

Contrário senso, se essas circunstâncias não indicarem que a droga apreendida é para o consumo pessoal do sujeito, poderá ser para o fim de tráfico. Não há como dizer que se a droga não se destinar ao consumo pessoal do agente necessariamente será para o tráfico. Isso porque pode ocorrer que não seja nem para um e nem para outro fim. Podemos citar como exemplo a situação do patrão que encontra droga escondida no armário do empregado e a está levando para o Distrito Policial quando é flagrado na posse do objeto material. O fato, no caso, é atípico, uma vez que a droga não era nem para o uso pessoal e muito menos para o tráfico ilícito.

#### **28.4 Duração da pena (art. 28, § 3º)**

O prazo máximo de duração das penas previstas nos incisos II e III do art. 28 (prestação de serviços à comunidade ou comparecimento a programa ou curso educativo) será de cinco meses.

#### **28.5 Reincidência específica (art. 28, § 4º)**

Em caso de reincidência (art. 63 do CP), as penas de prestação de serviços à comunidade e a de comparecimento obrigatório a programas ou cursos educativos serão aplicadas pelo prazo máximo de dez meses (§ 4º).

A reincidência, no caso, é específica, pressupondo nova condenação por um dos delitos previstos no artigo 28, *caput*, ou § 1º.

#### **28.6 Prestação de serviços à comunidade (art. 28, § 5º)**

Sem dúvida nenhuma, a espécie mais eficaz de pena restritiva de direitos é a prestação de serviços à comunidade, uma vez que o condenado trabalha em prol da coletividade.

O legislador foi muito feliz ao estipular esta modalidade de pena para o agente condenado por um dos delitos previstos no artigo 28, principalmente ao estabelecer que ela 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.

Com isso, o condenado poderá refletir se deseja, ou não, continuar a fazer uso de droga.

É certo, também, que a medida poderá ser imposta em transação penal, em que não há condenação, mas acordo entre as partes para evitar o desencadeamento de uma ação penal.

No que é pertinente à execução da pena de prestação de serviços à comunidade deverá ser obedecido ao que dispõe o artigo 43, § 3º do Código Penal em face de ausência de regulamentação específica. É que as normas gerais do Código Penal serão aplicadas à legislação especial quando esta não dispuser de modo diverso (art. 12 do CP). Assim, as tarefas serão atribuídas à razão de uma hora de serviço por dia de condenação, e de modo a não prejudicar a normal jornada de trabalho do sentenciado.

O ideal é que os serviços sejam fixados em finais de semana e feriados. Porém, nada obsta, desde que não prejudique a jornada de trabalho do condenado, que seja prestado em dias úteis.

É certo, também, que, no caso em apreço, não há como sempre atender às aptidões pessoais do autor do fato ou condenado, haja vista a pena ter de ser 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.

### **28.7 Garantia de cumprimento das penas restritivas de direitos (art. 28, § 6º)**

Para garantia da execução das medidas educativas a que se refere o caput do artigo 28, 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 (§ 6º).

Interessante é que tanto o legislador diz que os incisos I, II e III do *caput* do artigo 28 são penas, quanto que são medidas educativas. Parece-nos ser uma mescla de ambos. São penas porque cominadas no tipo penal de crime; porém, possuem primordialmente caráter educativo, visando à conscientização da nocividade do uso da droga.

Negando-se o condenado, injustificadamente, a se submeter à pena fixada, o juiz deverá adverti-lo verbalmente e, não surtindo efeito, aplicar-lhe mul-

ta. A intenção do dispositivo é obrigar o sentenciado a cumprir a pena que lhe foi aplicada na sentença condenatória.

O descumprimento da pena aplicada por ocasião da condenação, para que dê ensejo à aplicação de advertência ou de multa, deve ser injustificado. Assim, deverá ser dada oportunidade para que o condenado justifique o ocorrido. Não havendo a justificativa ou sendo as razões apresentadas para o descumprimento insuficientes, cabe ao Magistrado aplicar, primeiramente, a advertência verbal. Não surtindo efeito, ou seja, não sendo cumprida a pena determinada, deverá o Juiz aplicar a multa.

Deve ser observado que, no caso de não comparecimento injustificado do condenado para ser advertido sobre os efeitos da droga, não há sentido em ser advertido verbalmente para se submeter à advertência aplicada anteriormente. Nesse caso, até por economia processual, comparecendo para ser advertido verbalmente (art. 28, § 6º, I), pode o Magistrado aproveitar o ato e advertir-lhe sobre os efeitos da droga (art. 28, *caput*, I). Caso teime em não comparecer para a advertência verbal, deverá ser-lhe aplicada multa.

A execução das penas aplicadas na sentença condenatória ocorrerá perante a Vara das Execuções Criminais, após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 147 da LEP). Não havendo o cumprimento da pena aplicada, a admoestação verbal e a aplicação da multa também serão determinadas pelo Juiz das Execuções Criminais.

Na realidade, trata-se de medidas inócuas, uma vez que o condenado as cumprirá se quiser. Não querendo cumprir a pena restritiva de direitos fixada em sentença, basta não comparecer ao local determinado para sua execução. Caso advertido verbalmente e, assim mesmo, negar-se ao cumprimento da pena, será aplicada a multa. Tendo dinheiro é só pagá-la; não tendo condições financeiras, a execução será infrutífera e nada acontecerá.

Por outro lado, como se trata de crime, poderá gerar a reincidência, quando, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o agente cometer novo delito, observado o disposto nos artigos 63 e 64 do Código Penal.

### **28.8 Estabelecimentos de saúde (art. 28, § 7º)**

O infrator tem direito a tratamento médico gratuito para livrá-lo do vício ou do uso de drogas. Por isso, caberá ao juiz, por ocasião da prolação da sentença condenatória, determinar ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (§ 7º).

Este preferencialmente deixa aberta a possibilidade, a critério médico e com o consentimento do infrator, da internação como tratamento médico adequado. Isso porque não pode o magistrado obrigar o infrator a tratar-se e muito menos interná-lo. Não é possível a prisão ou a imposição de medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial) pelo juízo criminal para esta modalidade de crime.

### **28.9 Semeadura, cultivo ou colheita de plantas para a preparação de drogas para consumo pessoal (art. 28, § 1º)**

#### ***Conceito***

O § 1º do artigo 28 dispõe: “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.”

Com a entrada em vigor da Lei de Drogas encerrou-se a celeuma até então existente sobre qual era o crime praticado pelo usuário quando semeasse, cultivasse ou colhesse plantas destinadas à preparação de drogas para seu consumo pessoal. Pela legislação anterior, havia quem defendesse que o crime era de tráfico de drogas, outros de porte de drogas para uso próprio e alguns que o fato era atípico.

#### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

#### ***Objeto material***

São as plantas destinadas à preparação de substâncias ou produtos capazes de causar dependência física ou psíquica, ou seja, drogas.

As plantas devem propiciar a preparação de pequena quantidade de droga destinada ao consumo pessoal do agente. Faltando qualquer um destes elementos (pequena quantidade de droga ou finalidade de consumo pessoal), o crime será o previsto no artigo 33, § 1º, II, que é modalidade de tráfico de drogas.

#### ***Sujeito ativo***

Qualquer pessoa (crime comum).

***Sujeito passivo***

É a coletividade (crime vago).

***Conduta típica***

A conduta típica consiste em semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de drogas em pequena quantidade e para consumo pessoal do agente.

***Semear***

É o ato de lançar sementes a terra para que possam germinar.

***Cultivar***

Significa manter plantação.

***Colher***

Tem o sentido de apanhar as plantas.

***Tipo misto alternativo ou de conteúdo variado***

Caso o sujeito semeie, cultive e colha as plantas, no mesmo contexto fático, o crime será único.

Porém, se ele semear planta em um local e colher outra em logradouro diverso, haverá dois crimes. Isso porque praticou duas condutas em situações distintas sem qualquer ligação de uma com a outra. Assim, por exemplo, semeando *cannabis sativa* em um local e colhendo papoula em outro, haverá dois crimes em concurso.

***Elemento subjetivo***

O crime é doloso e exige a especial finalidade de consumo pessoal da droga a ser preparada com as plantas (elemento subjetivo do tipo).

***Consumação e tentativa***

A consumação ocorre com a semeadura, cultivo ou colheita do objeto material. É possível a tentativa, uma vez que o crime é plurissubsistente.

***Crime impossível***

Pode ocorrer que o sujeito semeie, cultive ou colha alguma planta achando que se trata de vegetal capaz de ser empregado para a preparação ou produção de



drogas, quando na realidade não possui essa propriedade. Podemos citar como exemplo a semeadura de erva-doce como se fosse maconha. Neste caso, haverá crime impossível pela absoluta ineficácia do meio empregado (art. 17 do CP).

### ***Novatio legis in melius***

O novo tipo penal é mais benéfico para o réu e deve retroagir para alcançar os fatos pretéritos que nele se amoldem. Com efeito, do mesmo modo que ocorre com o porte de droga para consumo pessoal do agente (art. 28, *caput*), caso o acusado esteja sendo processado por infração ao artigo 12, § 1º, inciso II, ou artigo 16 da Lei nº 6.368/1976, por ter semeado, cultivado ou colhido plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de drogas para seu consumo pessoal, deverá ser responsabilizado pelo delito previsto no artigo 28, § 1º da Lei de Drogas, que é mais benéfico.

O mesmo ocorrerá com quem estiver cumprindo pena por um daqueles delitos (art. 12, § 1º, II ou art. 16 da Lei nº 6.368/1976) e a sua conduta se amoldar ao novo tipo penal, que poderá pleitear ao Juízo das Execuções Penais a substituição pelas penas cominadas no *caput*, do artigo 28, desde que mais benéficas.

### ***Pena e ação penal***

Tudo o que foi dito a respeito do crime de porte de droga para consumo pessoal (art. 28, *caput*) também vale para este delito, com as devidas adaptações.

As penas a serem aplicadas são exatamente as mesmas, ou seja, as previstas no *caput* do artigo 28. O mesmo ocorre com a ação penal, que é pública incondicionada.

A condenação por este crime também enseja a reincidência, inclusive a específica, quando o réu for condenado definitivamente por uma das infrações previstas no artigo 28 e vier a praticar outra, sendo que, nesse caso, o tempo máximo de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programas ou cursos educativos passa de cinco para dez meses (§§ 3º e 4º).

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (qua-

renta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

### **Multa**

O artigo 29 estabelece critério especial para a dosagem da multa aplicada como medida educativa, ou seja, para garantir o cumprimento das penas determinadas por ocasião da condenação (art. 28, § 6º).

Na dosagem da multa, o juiz deverá ater-se à culpabilidade do sentenciado, ou seja, analisar a reprovabilidade de sua conduta. Com base neste critério, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de 1/30 (um trinta avos) até 3 (três) vezes o valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Embora a norma não diga expressamente, deve ser levado em consideração o salário-mínimo vigente à época dos fatos, aplicando-se subsidiariamente o artigo 49, § 1º, do Código Penal.

Os valores decorrentes da imposição da multa serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas (parágrafo único).

Desta forma, teremos que:

- a) quantidade mínima de dias-multa: 40 (quarenta);
- b) quantidade máxima de dias-multa: 100 (cem);
- c) valor mínimo do dia-multa: 1/30 (um trinta avos) sobre o salário-mínimo vigente à época dos fatos;
- d) valor máximo do dia-multa: três vezes o salário mínimo vigente à época dos fatos.

Esses são os parâmetros que devem ser seguidos pelo juiz para a dosagem da multa, sempre tendo em mente, para a fixação da quantidade, levar em consideração a reprovabilidade da conduta e, no que é pertinente ao valor de cada dia-multa, a condição econômica do infrator.

Feitos os devidos cálculos aparecerá o valor a ser pago quando da negativa de cumprimento das penas fixadas por ocasião da condenação.

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

### ***Prescrição***

Prescrição é a perda do poder punitivo ou executório do Estado, por não exercitá-lo no prazo previamente estabelecido em Lei.

Para cada crime o Estado estabelece uma sanção, que será maior quanto mais grave for o delito praticado. Ocorrido o crime, surge o dever estatal de puni-lo, ou seja, de instaurar uma ação penal e apurar as responsabilidades (pretensão punitiva). Caso seja verificado que alguém efetivamente cometeu uma infração penal, sendo condenado definitivamente, surgirá o dever do Estado de executar a sentença e punir o infrator (pretensão executória).

Nos crimes previstos no artigo 28, *caput*, e em seu § 1º, a imposição e a execução das penas prescrevem em dois anos. Embora o artigo 30 tenha se referido aos artigos 107 e seguintes do Código Penal, parece-nos que houve equívoco do Legislador, uma vez que as causas interruptivas da prescrição estão descritas no artigo 117 do Código Penal.

Diferentemente do que ocorre na decadência, o prazo prescricional não é contínuo, podendo ser interrompido quando da ocorrência de determinadas causas. A interrupção implica que o prazo prescricional já decorrido seja zerado e comece a fluir novamente, como se estivesse iniciando naquele momento. Assim, enquanto na suspensão o prazo prescricional volta a correr de onde parou, na interrupção a prescrição começa a fluir do zero.

O artigo 117 do Código Penal enumera as causas de interrupção do lapso prescricional. O recebimento da denúncia ou da queixa (inciso I), a decisão de pronúncia (inciso II) e sua confirmação pelo Tribunal (inciso III) e a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (inciso IV) interrompem a prescrição da pretensão punitiva. Já o início ou a continuação do cumprimento da pena (inciso V) e a reincidência (inciso VI) interrompem a prescrição da pretensão executória.

Como se trata de interrupção, o prazo já decorrido não será computado quando do recomeço da contagem do prazo prescricional. Portanto, com exceção do início ou continuação do cumprimento da pena (inciso V), a interrupção da prescrição faz com que o prazo prescricional recomece a correr por inteiro (§ 2º).

Tratando-se do início ou continuação do cumprimento da pena (inciso V), o prazo prescricional não voltará a correr porque o condenado está cumprindo pena, o que impede o início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória.

Caso o ato processual que interrompeu a prescrição seja anulado ou declarado nulo, o prazo prescricional será tido como não interrompido, haja vista que o ato nulo não produz efeito no mundo jurídico.

Cuida-se de prazo extremamente exíguo que poderá levar à total impunidade, uma vez que interpostos todos os recursos cabíveis é quase certo o advento da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Com efeito, o Estado terá o prazo de dois anos, observados os marcos interruptivos do artigo 117 do Código Penal, para encerrar o processo e para executar a medida decorrente de transação penal ou de condenação.

As demais regras quanto à prescrição previstas no Código Penal, que não colidirem com o disposto na Lei de Drogas, são plenamente aplicáveis aos delitos previstos em seu artigo 28, nos termos do artigo 12 do Código Penal.

## **Título IV**

### **Da Repressão à Produção não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas**

#### **Capítulo I**

#### **Disposições Gerais**

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

#### **31.1 Licença para a produção e extração de drogas ou matéria-prima para a sua preparação**

A regra é a proibição de qualquer forma de preparação ou produção de drogas e de extração de matéria-prima para esse fim. No entanto, o artigo 31 abre uma válvula de escape permitindo a produção, extração, fabricação, transformação, preparação, posse, manutenção em depósito, importação, exportação, reexportação, remessa, transporte, exposição, oferecimento, venda, compra, troca, cessão ou aquisição, para qualquer fim, de drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, mediante licença prévia da autoridade competente, observadas as demais exigências legais. É que muitas drogas são empregadas pela indústria farmacêutica para a produção de remédios, dentre eles anestésicos e potentes analgésicos.

Com efeito, os tipos penais existem justamente para fazer valer essa proibição e punir aquelas pessoas que a ela desobedecerem.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelo delegado de polícia na forma do art. 50-A, que recolherá quantidade su-

ficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova. (Redação dada pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 3º Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, o disposto no Decreto no 2.661, de 8 de julho de 1998, no que couber, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no *art. 243 da Constituição Federal*, de acordo com a legislação em vigor.

### 31.2 Destruição da matéria-prima destinada à preparação ou produção de drogas

Esse dispositivo traz o procedimento que deverá ser empregado para a destruição das plantações destinadas à preparação ou produção de drogas.

As plantações ilícitas deverão ser **imediatamente** destruídas pela autoridade competente de polícia judiciária, que providenciará a apreensão de material necessário para a elaboração de laudo pericial. Do incidente será lavrado auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova. Não há, portanto, necessidade de autorização judicial para o ato, devido à urgência da medida, mas deverá ser providenciada a apreensão e preservação de quantidade necessária do material para a realização de perícia a fim de ser comprovada a materialidade do crime.

A queimada é um dos métodos mais empregados para a destruição de plantação de vegetais destinados à preparação ou produção de drogas. Utilizado esse método, todas as cautelas necessárias para a preservação do meio ambiente deverão ser observadas, haja vista o perigo de descontrole e o advento de incêndio. Por isso, há de ser observado o disposto no Decreto nº 2.661, de 8 de julho

de 1998, no que couber, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama (§ 3º). A excepcional dispensa de autorização prévia do Sisnama decorre da urgência da medida.

Atendendo ao disposto no artigo 243 da Magna Carta, as glebas cultivadas com plantações ilícitas de drogas serão expropriadas, nos termos da legislação pertinente, ou seja, da Lei nº 8.257/1991, que trata do assunto (§ 4º). Não será devida indenização ao proprietário dessas terras, que serão destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.





## Capítulo II Dos Crimes

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

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

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

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

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

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

### **33.1 Tráfico de drogas – tipo fundamental (art. 33, caput)**

#### ***Observação***

O *caput* do artigo 33 trata do tipo fundamental do tráfico de drogas. Outros delitos previstos na Lei de Drogas (art. 33, § 1º e arts. 34 e 36) são considerados pela doutrina modalidades de tráfico de drogas, sendo a ele equiparados, inclusive quanto ao maior prazo de cumprimento de pena para a progressão de regime prisional, nos termos da Lei nº 8.072/1990. Para facilitar o estudo, quando fizermos alusão a esses delitos, diremos simplesmente tráfico ou tráfico de drogas, haja vista sua equiparação e similares consequências.

#### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, integridade física e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundário).

#### ***Objeto material***

São as drogas, ou seja, as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência física ou psíquica. Como se trata de norma penal em branco, cabe ao Executivo da União especificar em lei ou relacionar em listas atualizadas periodicamente quais são as substâncias ou os produtos considerados como drogas (art. 1º, parágrafo único).

Até que a União atualize a terminologia das listas mencionadas, serão consideradas como drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (art. 66). Assim, mesmo que a substância ou o produto cause dependência, mas se não constar de uma das listas da aludida portaria, não será considerada droga para fins penais. É o que ocorre, por exemplo, com as bebidas alcoólicas.

O termo “drogas”, ou seja, no plural, não significa que há necessidade de apreensão de mais de uma espécie ou porção de droga. Diz respeito à generali-

dade, ou melhor, que qualquer espécie de droga ensejará a adequação típica, independentemente da quantidade.

“Substância” é a matéria-prima *in natura*. Em regra, será uma planta ou erva.

“Produto” é a substância manipulada pelo homem. Assim, *v. g.*, a folha de coca é a substância e a cocaína seu produto. Com efeito, em todo produto haverá a interferência do homem.

A dependência pode ser a física ou a psíquica. Na dependência física, o corpo necessita do uso da droga. Na psíquica, há vontade intensa do uso da droga. Há drogas que causam a dependência física ou psíquica, ou ambas.

### ***Sujeito ativo***

Com exceção da conduta de prescrever, que é crime próprio (médico ou dentista), as demais são crimes comuns, podendo ser praticadas por qualquer pessoa.

### ***Sujeito passivo***

É a coletividade (principal), cuidando-se de crime vago. Eventualmente, poderá ser sujeito passivo secundário a criança, o adolescente ou a pessoa que tem suprimida a capacidade de entendimento ou de autodeterminação (art. 40, VI), que recebam a droga para usá-la.

### ***Conduta típica***

Consiste em 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.

### ***Importar***

É fazer entrar no território nacional o objeto material.

### ***Exportar***

Significa fazer sair do território nacional o objeto material.

### ***Remeter***

Significa mandar ou enviar o objeto material de um local para outro sem a presença física do remetente. Sem dúvida, o melhor exemplo é a remessa do objeto

material pelo correio. Para a consumação desse crime, pouco importa se o objeto material chegou ou não a seu destino, desde que ele tenha efetivamente ficado em trânsito.

### ***Preparar***

Tem o sentido de misturar substâncias ou produtos para a elaboração de uma espécie de droga. É a reunião de elementos para a elaboração da droga. Assim, quem mistura o extrato da folha da coca com éter e outros produtos químicos e faz a cocaína a estará preparando. O mesmo ocorre com quem mistura cocaína com água destilada para que a droga possa ser injetada.

### ***Produzir***

Significa elaborar uma nova espécie de droga. Enquanto na conduta de preparar a reunião de componentes leva a uma droga já conhecida, na conduta de produzir a droga é criada.

### ***Fabricar***

Significa preparar ou produzir a droga em larga escala. O maior exemplo na atualidade é a preparação do *ecstasy*.

### ***Adquirir***

Tem o sentido de obter ou conseguir o objeto material de forma onerosa ou gratuita. Assim, aquele que compra ou recebe gratuitamente a droga a estará adquirindo. Abrange, inclusive, a permuta de objeto lícito pela droga.

### ***Vender***

É a alienação onerosa da droga.

### ***Expor à venda***

Tem o sentido de deixar exposto para que possa ser comprado.

### ***Oferecer***

Significa sugerir a aquisição. Pode ser feito por qualquer modo, *i. e.*, verbal, por gestos ou por escrito, seja pessoalmente ou não.

***Ter em depósito***

É a retenção ou manutenção do objeto material para sua disponibilidade, ou seja, para a venda ou fornecimento. O traficante dificilmente mantém consigo a totalidade da droga. Geralmente, porta pequena quantidade para que, no caso de prisão, alegue que era destinada a seu próprio consumo e, também, para não perder toda a mercadoria. O restante da droga ele mantém em depósito em algum local para a posterior disposição.

***Transportar***

Significa levar de um local para outro que não seja por meio pessoal, que caracteriza a conduta de trazer consigo. Assim, o objeto material pode ser transportado no porta-malas do automóvel, na carroceria de um caminhão etc.

***Trazer consigo***

Significa portar, ter ou manter o objeto material consigo ou ao seu alcance para sua pronta disponibilidade, ou seja, para venda ou fornecimento. Não há necessidade de que a droga esteja junto ao corpo, podendo ser trazida, por exemplo, dentro de uma mochila, pasta ou até mesmo no porta-luvas do automóvel. Para essa conduta, exige-se que a droga esteja ao alcance do sujeito.

***Guardar***

Tem o sentido de reter o objeto material consigo em nome de terceiro. O sujeito não é o proprietário e nem o possuidor do objeto material, mas, por algum motivo, guarda-o para o seu proprietário, possuidor ou detentor.

***Prescrever***

Significa receitar. É conduta que somente pode ser praticada por médico ou dentista.

***Ministrar***

Tem o sentido de introduzir no organismo de terceira pessoa. Pode ser feita por meio de ingestão, aplicação, inalação ou qualquer outro meio apto para tanto. O exemplo mais comum é a aplicação de injeção.

***Entregar a consumo***

É a fórmula genérica que implica qualquer outra forma de disseminação da droga, que não tenha sido prevista pelo Legislador.

### ***Fornecer, ainda que gratuitamente***

Para efeito do tipo penal tem o sentido de entregar o objeto material. Como o tipo penal diz expressamente, o fornecimento pode ser oneroso ou gratuito. Assim, a troca e a doação do objeto material, condutas que não estão expressamente previstas no tipo, são espécies de fornecimento.

### ***Tipo misto alternativo ou de conteúdo variado***

O tipo penal é composto por mais de um verbo (importar, exportar, adquirir etc). Assim, praticada mais de uma conduta típica dentro da mesma situação fática, haverá crime único. Dessa forma, por exemplo, mesmo que o sujeito adquira e depois transporte a droga, haverá apenas um crime.

### ***Elemento subjetivo***

O crime é eminentemente doloso, mas não exige finalidade especial.

### ***Elementos normativos do tipo***

Para a ocorrência de adequação típica o sujeito deverá praticar qualquer uma das condutas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Com efeito, faltando a competente autorização, ou se a conduta estiver em desacordo com a lei ou outra norma que regulamente a matéria, a tipicidade legal estará configurada.

### ***Qualificação doutrinária***

Trata-se de crime doloso, comum (excetuando a conduta de prescrever, que é próprio), de mera conduta, de perigo abstrato e coletivo. Nas condutas de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar, o crime é permanente; nas demais é instantâneo. Com exceção da conduta de oferecer feita verbalmente ou por gestos, que é crime unissubsistente, todas as demais são plurissubsistentes.

### ***Consumação e tentativa***

Dar-se-á a consumação com a prática de qualquer das condutas alternativas previstas no tipo penal. Assim, temos que:

a) na conduta de importar, o crime se consuma com o ingresso do objeto material no território nacional. É possível a tentativa quando, iniciada a execução, não ocorre a entrada do objeto material no território nacional por circunstâncias alheias à vontade do agente;

b) na conduta de exportar, o crime se consuma com a saída do objeto material do território nacional. É admitida a tentativa quando, iniciada a execução, a droga não sai do território nacional por circunstâncias alheias à vontade do agente;

c) na conduta de remeter, o crime estará consumado no momento da remessa, independentemente do objeto material chegar ao destino, bastando que tenha ficado em trânsito. É possível a tentativa, quando não é iniciada a remessa, ou seja, o objeto material não fica em trânsito por circunstâncias alheias à vontade do agente, embora haja o início da execução do crime;

d) na conduta de preparar, estará consumado o delito quando houver o efetivo preparo da droga. É possível a tentativa, quando, iniciada a execução, a droga não chega a ser preparada por circunstâncias alheias à vontade do agente;

e) na conduta de produzir, o crime estará consumado com a efetiva produção da droga. É possível a tentativa quando, iniciada a execução, não há a produção da droga por circunstâncias alheias à vontade do agente;

f) na conduta de fabricar, o crime se consuma com a efetiva elaboração da droga. É possível a tentativa quando, iniciada a execução, não há a fabricação da droga por circunstâncias alheias à vontade do agente;

g) na conduta de adquirir, o crime se consuma com a tradição da droga. Há possibilidade de tentativa quando, iniciada a execução, não ocorre a tradição por circunstâncias alheias à vontade do agente;

h) na conduta de vender, o crime se consuma com a alienação onerosa do objeto material, sem a necessidade do recebimento do preço, que é exaurimento do delito. A tentativa é admitida quando, iniciada a execução, não ocorre a alienação por circunstâncias alheias à vontade do agente;

i) na conduta de expor à venda, o crime se consuma com a exposição. É possível a tentativa;

j) na conduta de oferecer, o crime se consuma com o oferecimento, sem a necessidade de que haja a venda ou o fornecimento. É possível a tentativa quando o oferecimento for realizado por escrito (crime plurissubsistente); no oferecimento verbal ou por gestos, não é admitida a tentativa (crime unissubsistente);

k) na conduta de ter em depósito, o crime se consuma com a retenção do objeto material. É possível a tentativa;

l) na conduta de transportar, o crime se consuma com o deslocamento do objeto material. É possível a tentativa quando, principiada a execução, o deslocamento não se inicia por circunstâncias alheias à vontade do agente;

m) na conduta de trazer consigo, o crime se consuma com o início do porte da droga. É possível a tentativa;

n) na conduta de guardar o crime se consuma quando o sujeito recebe o objeto material para ser guardado para terceira pessoa. É possível a tentativa;

o) na conduta de prescrever, o crime se consuma com a prescrição, ou seja, com o aviamento da receita. É possível a tentativa;

p) na conduta de ministrar, o crime se consuma com a efetiva inoculação ou qualquer outra forma de ingestão da droga pelo usuário. É possível a tentativa;

q) na conduta de entregar ao consumo, o crime se concretiza quando a droga chega ao consumidor. É possível a tentativa;

r) na conduta de fornecer, o crime se consuma com o fornecimento oneroso ou gratuito. Há possibilidade de tentativa quando, iniciada a execução, o fornecimento é interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente.

### ***Considerações sobre a tentativa***

Como se trata de crime plurissubsistente (em regra), que a execução pode ser fracionada, faz-se possível a tentativa. Entretanto, dada à diversidade de condutas, na prática a tentativa dificilmente ocorrerá. Assim, por exemplo, para que o sujeito transporte a droga, terá a mesma consigo anteriormente, quando o delito já estará consumado. O mesmo se diga quanto à importação, exportação, remessa, venda etc. em que, antes de praticar a conduta, o sujeito já havia adquirido, mantido em depósito ou trazido consigo a droga. Como o delito já estava consumado, a tentativa não será possível.

### ***Crime equiparado a hediondo***

O tráfico de drogas (artigo 33, *caput* e § 1º, e artigos 34 e 36) é considerado crime equiparado a hediondo. Não se trata propriamente de crime hediondo, mas equiparado ou assemelhado a ele. O artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/1990, equiparou o delito de tráfico de drogas, dentre outros, aos crimes hediondos, sujeitando seu autor a severas consequências processuais e penais.

### ***Concurso de pessoas***

Diz o art. 29, *caput*, do Código Penal: “Quem, de qualquer modo, concorre para a prática do crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” Pela breve leitura do artigo supra, percebe-se que o crime tanto pode resultar da ação ou omissão isolada de uma pessoa, quanto da conduta de duas ou mais pessoas.



Caso as pessoas se unam livremente, ou se há voluntária adesão de umas às outras, com o intuito de ao mesmo tempo produzirem o mesmo resultado antijurídico, ocorrerá o concurso de pessoas.

Assim, se duas ou mais pessoas concorrerem para a realização de um tipo penal, haverá coautoria ou participação. Na coautoria, duas ou mais pessoas realizam a conduta típica, enquanto na participação não há concretização de um dos elementos do tipo penal, mas o sujeito concorre de qualquer forma para a execução do delito, seja induzindo, instigando ou auxiliando secundariamente o autor.

Nas condutas descritas no tipo penal é perfeitamente possível o concurso de pessoas, bastando que estejam presentes seus requisitos: a) pluralidade de pessoas; b) unidade de fato; c) vínculo psicológico entre os participantes; d) relevância causal das condutas.

Se, por exemplo, durante busca em um automóvel ocupado por duas pessoas é encontrada droga no porta-malas, demonstrando-se que ambos sabiam de sua existência e tinham a intenção de vendê-la, estará caracterizado o concurso de pessoas, já que tanto o motorista quanto o passageiro a estavam transportando ilegalmente para o fim de comércio.

### ***Prisão em flagrante***

Se o sujeito praticar uma das condutas previstas no tipo penal poderá ser preso em flagrante, desde que presente uma das situações descritas no artigo 302 do CPP, ou seja, se está cometendo a infração penal (I); acaba de cometê-la (II); é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração (III); é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (IV).

Lembramos que, nas infrações permanentes, poderá haver a prisão em flagrante, enquanto mantida a permanência do crime. Assim, se, por exemplo, alguém é surpreendido tendo em depósito drogas ilicitamente, poderá ser preso em flagrante, pois a infração é permanente.

### ***Erro de tipo***

Para que alguém pratique uma conduta dolosa, deverá ter consciência do ato que está realizando. O dolo deve abranger todos os elementos da figura típica, sejam suas elementares ou suas circunstâncias. De tal forma, desconhecendo ou enganando-se o agente quanto a um dos componentes da figura típica, ocorrerá o chamado erro de tipo.

Diz o artigo 20, *caput*, do Código Penal: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.”

Nessa espécie de erro, o agente realiza o tipo sem ter consciência do que faz. Há desconformidade entre o que o agente pensou que fazia e o realmente realizado. Portanto, embora haja tipicidade objetiva, não haverá a tipicidade subjetiva por ausência de dolo.

Dependendo da forma do erro, poderá excluir o dolo e a culpa, quando não haverá crime (erro de tipo invencível), ou permitir a punição por delito culposo, desde que haja previsão legal para a modalidade culposa do delito praticado (erro de tipo vencível). Desta forma, se o sujeito equivocar-se quanto a uma das elementares do tipo penal em exame, não poderá ser responsabilizado criminalmente, uma vez que o dolo não estará presente e não há previsão legal para a modalidade culposa do delito.

Assim, como exemplo, se o sujeito transporta um invólucro sem saber o que ele contém e é surpreendido pela polícia, que verifica haver no embrulho quantidade de cocaína, não poderá ser responsabilizado criminalmente, uma vez que não sabia o que levava. Mesmo que o erro seja vencível, não haverá a responsabilização penal, uma vez que não há previsão legal para a modalidade culposa do crime de tráfico de drogas.

Em alguns casos, o erro de tipo poderá levar à desclassificação para outro delito, o que ocorre quando o agente se equivoca quanto a uma elementar da figura típica, que, se ausente, passaria a configurar outro crime.

Do mesmo modo que ocorre com as elementares, o erro de tipo pode recair sobre uma circunstância do delito, ocasião em que o dolo será afastado; mas poderá haver o reconhecimento da majorante, desde que ela exista na modalidade culposa, como nos crimes preterdelitosos.

### ***Erro de tipo provocado por terceiro***

Dispõe o § 2º do artigo 20 do Código Penal: “Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.” O erro, dependendo da participação ou não de terceira pessoa, pode ser provocado ou espontâneo. No primeiro caso, há interferência direta de outrem para a incidência do erro. No segundo, não há participação de outrem para o erro.

A provocação para o erro poderá ser dolosa, quando o provocador quer induzir o sujeito a incidir em erro, ou culposa, quando o provocador não quer induzir outrem a erro, mas assim o faz devido à imprudência, imperícia ou negligência. Caso o

induzimento seja doloso, o provocador responderá pelo delito cometido a título de dolo; caso culposo, a título de culpa. No que é pertinente ao induzido, se o erro for invencível, não responderá pelo crime cometido, quer a título de dolo ou culpa. Porém, se agiu motivado por erro vencível, responderá pelo crime culposo, caso prevista em lei essa modalidade de delito.

Se alguém induzir dolosamente terceira pessoa a erro e levar esta a praticar uma das condutas típicas (trazer consigo, transportar, manter em depósito a droga ilícitamente etc.), o provocador responderá pelo crime de tráfico de drogas, enquanto o induzido não poderá ser punido por ter agido sem dolo (autoria mediata).

### ***Erro de proibição***

O erro de proibição está disciplinado pelo artigo 21 do Código Penal. Dispõe a norma: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

Enquanto no erro de tipo o agente não sabe o que faz, no erro de proibição ele sabe, mas pensa que a sua atitude é lícita, uma vez que não tem ou não lhe é possível o conhecimento da ilicitude do fato.

O agente supõe, por erro, que age licitamente ou que exista causa que exclua sua responsabilidade penal (art. 21, *caput*, do CP). É certo que o desconhecimento da lei não exime a culpa (art. 21, *caput*, 1ª parte, do CP); porém, não se trata de desconhecimento formal da lei, mas de ignorância ou errônea interpretação sobre o caráter ilícito do fato. Se o erro for invencível, a culpabilidade é excluída e não haverá a aplicação de pena; se vencível, permanece a culpabilidade, mas a pena será diminuída de um sexto a um terço.

Assim, como exemplo, se um estrangeiro vem em visita a nosso país e traz certa quantidade de maconha na firme convicção de poder portá-la, o que é possível em seu país de origem, poderá ter excluída a culpabilidade ou ser beneficiado pela redução da pena, dependendo do caso concreto a ser analisado.

### ***Apreensão de duas ou mais espécies de drogas***

Para a caracterização do delito, pouco importa a quantidade de espécies de drogas apreendidas. O crime será único de qualquer modo, visto que a conduta é

una e a vítima (sociedade) é atingida apenas uma vez, não ocorrendo concurso de crimes. Assim, apreendida maconha, cocaína, heroína e outras drogas no mesmo contexto, haverá apenas um crime.

A quantidade e diversidade de material apreendido deverão ser levadas em consideração pelo Juiz na dosagem da pena, observados o artigo 42 da Lei de Drogas e o artigo 59 do Código Penal.

Entretanto, se após a apreensão, o sujeito insistir na prática delitativa, haverá outro crime distinto do anterior.

### ***Crime de bagatela***

Para que haja crime, exige-se efetiva lesão a bem juridicamente protegido pela norma penal. Em algumas situações a lesão é tão insignificante que não há interesse para o Direito Penal (princípio da insignificância). Há, nesses casos, os chamados crimes de bagatela, que são fatos atípicos. Exemplos: furto de um alfinete; pequenas escoriações no caso de lesões corporais etc.

A insignificância da lesão deve ser aferida pela consideração de todo o contexto da ordem jurídica vigente. Não basta, apenas, a insignificância do objeto jurídico ou material tutelado pela norma, mas o grau de intensidade que esses bens jurídicos são atingidos pela conduta.

Para que seja reconhecida a insignificância, o grau de ofensividade deve ser mínimo; a periculosidade social da conduta, inexistente; a reprovação social, diminuta; e a lesão ao bem jurídico, inexpressiva. Assim, não é porque o valor de um bem subtraído é mínimo ou a lesão ao bem jurídico é pequena que deverá ser reconhecido o crime de bagatela.

As mesmas circunstâncias devem ser aferidas no crime de tráfico de drogas. No caso, pouco importa a quantidade do objeto material. Mesmo sendo pouca a droga apreendida o bem jurídico é violado de forma expressiva. Não é porque a quantidade de droga é pouca que ela deixará de colocar em risco a saúde pública, além de afetar a tranquilidade das pessoas. O crime é de perigo abstrato, sendo irrelevante, portanto, a quantidade da droga apreendida. É grande a periculosidade social de quem age de forma a colocar para pronto uso qualquer espécie de droga. Além do mais, a culpabilidade do traficante é elevada. Por isso, não há como reconhecer o crime de bagatela em tráfico de drogas.

A respeito do tema, iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “A alegação de que a quantidade de drogas apreendidas é ínfima não resul-

ta, por si só, na absolvição do acusado pelo delito descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, crime de perigo abstrato sobre o qual não incide o princípio da insignificância” (STJ: HC 135508/ES, 6ª turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 07.06.2016. HC 326341/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 10.12.2015).

### ***Prova da traficância***

A prova da traficância é um dos grandes problemas enfrentados pelos operadores do direito. Isso porque dificilmente alguém confessa ser traficante e esse tipo de crime é comumente praticado na clandestinidade.

O artigo 28, § 2º, da Lei de Drogas traz parâmetro que poderá ser empregado pelo Juiz para determinar se a droga apreendida destinava-se a consumo pessoal do agente ou para o tráfico. Diz a norma que 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.

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

No entanto, deve-se tomar cuidado porque nem sempre se a droga não se destinar ao consumo pessoal do agente necessariamente será para o tráfico. Isso porque pode ocorrer que não seja nem para um e nem para outro fim. Pode ocorrer, por exemplo, que funcionário de escola encontre droga na quadra esportiva e a esteja levando para o Distrito Policial quando é flagrado na posse do objeto material. O fato, no caso, é atípico, uma vez que a droga não era nem para o uso pessoal e muito menos para o tráfico ilícito.

A jurisprudência tem tomado por referencial a quantidade de droga apreendida, sua variedade, modo de acondicionamento, notícias acerca do tráfico no local, anterior envolvimento com o comércio ilícito e antecedentes criminais do acusado.

Deste modo, é todo conjunto probatório que levará à necessária conclusão se a droga apreendida era destinada à mercancia ou para consumo pessoal do agente, o que, neste último caso, ensejaria a desclassificação para o crime do artigo 28, caput.

Não é apenas a quantidade da droga apreendida que levará à conclusão sobre qual o delito cometido. Isso porque os traficantes não costumam ter con-

sigo grande quantidade de droga, justamente para poderem alegar que ela era destinada para seu uso próprio ou mesmo para não perderem a “mercadoria”. Do mesmo modo, pode ocorrer que o sujeito realmente tenha a droga consigo para seu consumo pessoal.

Por outro lado, apreendida quantidade de droga por quem não teria condições econômicas de adquiri-la para seu consumo pessoal, é forte indício de que era destinada ao tráfico.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que a variedade e quantidade da droga apreendida e anterior denúncia sobre tráfico no local são elementos suficientes para levarem à conclusão acerca do comércio ilícito (Apelação Criminal nº 990.09.297118-2, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Pedro Menin, v.u., j. 23/03/2010).

Também não há necessidade de que o sujeito seja preso no momento exato em que fornece materialmente a droga para terceiro. Para que seja caracterizado o tráfico, bastam circunstâncias seguras de que o objeto era destinado ao comércio ilegal (TJSP: Apelação Criminal nº 990.08.073079-7, 9ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Galvão Bruno, v.u., j. 29/01/2009).

É incompatível a postura de mero usuário com o porte de expressiva porção de cocaína, já individualizada, sujeitando-se a toda sorte de averiguações e consequentes infortúnios (TJSP: Apelação Criminal nº 0003201-24.2014.8.26.0094, 13ª Câmara de Direito Criminal, rel. Marcelo Gordo, v.u., j. 21.07.2016).

As circunstâncias do flagrante, a posse de entorpecente de alto potencial lesivo, a quantidade superior à que se espera encontrar com *meros usuários*, o encontro de dinheiro miúdo, o recebimento de denúncia anônima, além da narrativa dos policiais, são elementos suficientes para demonstrar a traficância (TJSP: Apelação Criminal nº 0000137-53.2015.8.26.0552, 2ª Câmara de Direito Criminal, rel. Bandeira Lins, m.v., j. 06.06.2016).

O certo é que todo o contexto probatório deverá balizar a decisão judicial, sendo que, na dúvida, o delito deve ser desclassificado para porte de droga para consumo pessoal (art. 28, *caput*).

Isso porque, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Não há provas concretas que desconstituam o panorama favorável à aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Ademais, solução diversa da desclassificação implica o risco de condenar o acusado por delito que não cometeu, porquanto não demonstrada, de forma cabal, a destinação ilícita configuradora do

tipo penal do artigo 33 da Lei de regência” (Apelação Criminal nº 0018214-26.2012.8.26.0032, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Diniz Fernando, v.u., j. 10/08/2015).

### ***Depoimento de policiais***

O tráfico de drogas é crime comumente cometido na clandestinidade. Por isso, dificilmente são encontradas testemunhas e, quando presentes, boa parte não se mostra disposta a denunciá-lo por medo de represálias.

Por conta deste fato, têm como testemunhas, em regra, policiais, cuja palavra merece crédito como a de qualquer outra pessoa. Assim, caberá à defesa o ônus de demonstrar a falta de credibilidade do depoimento de policiais que, até prova em contrário, possui presunção de veracidade e potencial para ensejar um édito condenatório.

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento de que: “O depoimento dos policiais prestados em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso” (HC 278650/RS, 6ª Turma, rel. Min. Nefi Cordeiro, v.u., j. 02.06.2016. No mesmo sentido: STJ, HC 322229/RJ, 5ª Turma, rel. Leopoldo de Arruda Raposo, v.u., j. 22.09.2015).

A credibilidade do depoimento de policiais só pode ser maculada por prova em contrário, não bastando meras ilações quanto à sua suspeição (TJSP – Apelação Criminal nº 0002296-81.2013.8.26.0408, 15ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Ricardo Sale Júnior, v.u., j. 13/08/2015).

O policial exerce a função de segurança pública e seu depoimento tem presunção de veracidade. Não haveria sentido em o Estado contratar agentes para propiciar a segurança pública e, quando chamados a prestar contas de sua atividade profissional, seu depoimento não possuir credibilidade (TJSP – Apelação Criminal nº 990.09.297118-2, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Pedro Menin, v.u., j. 23/03/2010).

O depoimento de policiais como o de qualquer outra pessoa, que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestado sob o crivo do contraditório e se encontrar em consonância com o conjunto probatório, é apto a ensejar édito condenatório (STJ: HC nº 98766, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, v.u., j. 05/11/2009).

E pequenas discrepâncias entre os relatos dos policiais são perfeitamente normais, devido ao decurso do tempo e ao número de ocorrências que estes profissionais atendem (TJSP: Apelação Criminal nº 0004501-11.2010.8.26.0272, 7ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Freitas Filho, v.u., j. 13/08/2015).

### ***Flagrante preparado ou delito putativo por obra do agente provocador***

Ocorre quando o agente é induzido por terceiro a praticar um delito que nunca poderia se consumir. É chamado “crime de ensaio” ou de flagrante preparado ou provocado. A respeito do tema veja-se a Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

Pode acontecer quando um policial, passando-se por usuário de drogas, induz terceiro a adquirir ou obter a droga para posterior venda. Como houve a indução à prática de crime e o delito nunca poderia chegar à sua consumação, entende-se que não há delito (crime impossível). Note-se que nesse exemplo o agente não tinha a droga consigo anteriormente.

No mesmo exemplo, caso o agente já tivesse consigo a droga anteriormente ou a mantivesse em depósito, o crime já se encontrava consumado, não ocorrendo o flagrante preparado. Nessa hipótese, o agente será responsabilizado por ter consigo ou manter em depósito a droga para o fim de tráfico, e não por vendê-la ou tentar fazê-lo. A respeito do tema o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que: “O flagrante preparado se enquadra na hipótese em que há a figura do provocador da ação dita criminosa, que se realiza a partir da indução do fato, e não quando, já estando o sujeito compreendido na descrição típica, a ação se desenvolve para o fim de efetuar o flagrante. *In casu*, o Paciente já guardava a droga, sendo posteriormente preso pelos agentes policiais” (HC nº 118989/SP, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j. 09/02/2010).

### ***Pena***

A pena cominada para este delito é de reclusão de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.

### ***Ação penal***

É pública incondicionada.



### **33.2 Matéria-prima, insumo ou produto químico (art. 33, § 1º, I)**

#### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

#### ***Objetos materiais***

São três os objetos materiais: a) matéria-prima; b) insumo; c) produto químico.

Matéria-prima é a substância original e básica empregada para a preparação ou produção da droga. É certo que nem sempre a matéria-prima in natura possui os efeitos da droga já produzida. Algumas dessas substâncias dependerão de processo químico para poderem ser empregadas como produtos capazes de causar dependência física ou psíquica. É o caso dos barbitúricos e das anfetaminas que dependem de um processo químico para serem produzidas. Com efeito, para que seja considerada matéria-prima, basta que a substância ou o produto possam ser empregados para a elaboração de droga, mesmo que isoladamente não sejam proibidos e sirvam para outros fins lícitos. São exemplos de matéria-prima a folha de coca, a papoula, dentre outras.

Insumo é a substância ou produto necessário, mas não indispensável para a produção ou preparação da droga. Ele pode facilitar ou agilizar a elaboração da droga, embora ela possa ser produzida sem esse ingrediente, mas com maior dificuldade. O insumo pode ser empregado para outros fins, mas, no caso do tipo, sua finalidade deve ser a produção ou preparação da droga.

Produto químico é o resultante de uma composição química. São exemplos o éter e a acetona.

Para que possam ser considerados objetos materiais do delito, a matéria-prima, o insumo e o produto químico devem ser destinados à preparação ou produção de drogas. Assim, não é porque alguém está portando um desses objetos que incorrerá no delito. Deve ficar demonstrado que seriam empregados para a confecção de drogas de qualquer espécie. Como já observado, o tipo engloba as substâncias e os produtos especialmente destinados à produção de droga e os que eventualmente possam ser empregados para esse fim, embora não seja a sua finalidade precípua.

### ***Sementes de maconha***

Muito embora haja discussão doutrinária sobre a semente de *cannabis sativa* (maconha) ser objeto material do delito por não possuir THC, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

*“A importação clandestina de sementes de cannabis sativa (maconha) amolda-se ao tipo legal insculpido no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006”* (AgRg no REsp nº 1.546.313/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 15.10.2015. No mesmo sentido: STJ, AgRg no Habeas Corpus nº 339.254/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, v.u., j. 16.06.2016).

Pouco, importa, assim, que ela não possa ser fumada como a maconha pela ausência do seu princípio ativo (THC), uma vez que poderá ser plantada, sendo considerada matéria-prima destinada à preparação de droga.

Em sentido contrário o entendimento do Prof. Marco Antônio Ferreira Lima:

*“Se uma pessoa fosse surpreendida trazendo com ela sementes de maconha não estaria em tese cometendo crime algum, uma vez que essas não são, sob o aspecto técnico, consideradas como droga nos termos da Lei. Quanto a um possível crime de contrabando, ou seja, no crime de importação de mercadoria proibida (art. 334, caput, do Código Penal), já que não se permite a importação de SEMENTE de maconha sem prévia autorização do órgão competente, essa também se quedaria a atipicidade porquanto mero descumprimento administrativo posto que a posse da semente, em si, também não se reveste de tipicidade”* (Importação de sementes de maconha para cultivo próprio – Crime de tráfico, uso ou contrabando?, [www.apmp.com.br/index.php/artigos/2703](http://www.apmp.com.br/index.php/artigos/2703), acesso em 14.05.2016).

Com o devido respeito, não podemos comungar desse entendimento. A semente de *cannabis sativa* (maconha) realmente não é considerada droga pela ausência do princípio ativo; no entanto, poderá ser plantada e dará vida à planta que o contém, motivo pelo qual sua importação, posse, transporte e outras condutas típicas são penalmente puníveis como tráfico de drogas, nos termos do artigo 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

### ***Sujeito ativo***

O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

### ***Sujeito passivo***

É a coletividade (crime vago).

### ***Conduta típica***

Consiste em importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas.

Todos esses verbos já foram analisados no item 33.1. Porém, devem ser feitas duas observações:

a) o tipo não faz menção à conduta de preparar; assim, produzir tem o sentido de elaborar ou criar o objeto material, ou seja, pode ser produzida uma espécie já existente ou elaborada outra;

b) o tipo penal faz menção expressa de que a guarda do objeto material pode ser onerosa ou gratuita. A conduta de fornecer também pode ser onerosa ou gratuita, uma vez que o tipo é omissivo a esse respeito, não limitando a conduta.

### ***Elemento subjetivo do tipo***

O crime é eminentemente doloso, mas prescinde de qualquer finalidade especial. Não é exigido que o sujeito queira que o objeto material seja destinado à produção de droga, mas que ele tenha ciência de que pode ser empregado para esse fim.

### ***Elementos normativos do tipo***

Para a ocorrência de adequação típica, o sujeito deverá praticar qualquer uma das condutas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Com efeito, faltando a competente autorização, ou se a conduta estiver em desacordo com a lei ou outra norma que regulamente a matéria, a tipicidade legal estará configurada.

### ***Consumação e tentativa***

A consumação ocorre com a prática dos verbos do tipo. Por ser crime plurisubsistente (em regra), é possível a tentativa, embora seja de difícil ocorrência em face da diversidade de condutas (vide comentários sobre o assunto no item 33.1).

### ***Qualificação doutrinária***

Trata-se de crime doloso, comum, de mera conduta, de perigo abstrato e coletivo. Nas condutas de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer con-

sigio e guardar o crime é permanente; nas demais, é instantâneo. Com exceção da conduta de oferecer feita verbalmente ou por gestos, que é crime unissubsistente, todas as demais são plurissubsistentes.

### ***Pena***

A pena é a mesma cominada para o *caput* do artigo, sendo modalidade de tráfico de drogas. Assim, a reprimenda para este delito é de reclusão de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.

### ***Ação penal***

É pública incondicionada.

## **33.3 Semeadura, cultivo ou colheita (art. 33, § 1º, II)**

### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

### ***Objeto material***

São as plantas que se constituem matéria-prima para a produção de drogas. O termo “plantas” é empregado como gênero, ou seja, qualquer espécie de vegetal que possa ser utilizado para a preparação ou produção de drogas. Assim, mesmo uma muda de planta poderá caracterizar o delito, desde que seja possível com seu emprego a confecção de qualquer espécie de droga.

Infelizmente, no Brasil ainda é comum a plantação de *cannabis sativa*, que contém o tetrahydrocannabinol (THC), i. e., o princípio ativo da maconha. Há grandes plantações da *cannabis sativa* no nordeste do país, embora, como já dito, mesmo uma ou poucas plantas, desde que aptas a produzirem a droga, são suficientes para a adequação típica.

É importante ressaltar que não há necessidade de que a planta contenha o princípio ativo capaz de causar a dependência física ou psíquica, mas que possa constituir matéria-prima para a preparação ou produção da droga.

### ***Sujeito ativo***

O crime é comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa.

***Sujeito passivo***

É a coletividade (crime vago).

***Conduta típica***

Consiste em semear, cultivar ou fazer a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

***Semear***

É o ato de lançar sementes na terra para que possam germinar.

***Cultivar***

Significa manter plantação.

***Fazer a colheita***

Tem o sentido de apanhar as plantas.

***Elemento subjetivo***

O crime é doloso e não exige finalidade especial. Caso as plantas sejam destinadas à preparação de pequena quantidade de droga para consumo pessoal do agente, o crime será o previsto no artigo 28, § 1º.

***Elementos normativos***

Para a ocorrência de adequação típica o sujeito deverá praticar qualquer uma das condutas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Com efeito, faltando a competente autorização, ou se a conduta estiver em desacordo com a lei ou outra norma que regulamente a matéria, a tipicidade legal estará configurada.

***Tipo misto alternativo ou de conteúdo variado***

Caso o sujeito semeie, cultive e colha as plantas, no mesmo contexto fático, o crime será único.

Porém, se ele semear planta em um local e colher outra em logradouro diverso, haverá dois crimes. Isso porque praticou duas condutas em situações distintas sem qualquer ligação de uma com a outra. Assim, por exemplo, seme-

ando *cannabis sativa* em um local e colhendo papoula em outro, haverá dois crimes em concurso.

### ***Crime impossível***

Pode ocorrer que o sujeito semeie, cultive e colha alguma planta achando que se trata de vegetal capaz de ser empregado para a preparação ou produção de drogas, quando na realidade não possui essa propriedade. Podemos citar como exemplo a semeadura de erva-doce como se fosse maconha. Nesse caso, haverá crime impossível pela absoluta ineficácia do meio empregado (art. 17 do CP).

### ***Qualificação doutrinária***

Trata-se de crime doloso, comum, plurissubsistente, de mera conduta, de perigo abstrato e coletivo. Nas condutas de semear e fazer a colheita o crime é instantâneo; na de cultivar, é permanente, permitindo a prisão em flagrante enquanto as plantas estão sendo cultivadas.

### ***Consumação e tentativa***

A consumação dar-se-á com a semeadura, cultivo ou colheita das plantas. É possível a tentativa, uma vez que a execução pode ser fracionada.

### ***Pena***

A pena é a mesma cominada para o caput do artigo, sendo modalidade de tráfico de drogas. Assim, a reprimenda para este delito é de reclusão de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.

### ***Ação penal***

É pública incondicionada.

## **33.4 Utilização de local ou bem para o tráfico (art. 33, § 1º, III)**

### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

### ***Sujeito ativo***

Trata-se de crime próprio, devendo ser praticado por pessoa que possua a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância do local ou do bem.

Propriedade é o direito de usar, gozar e dispor de um local ou bem e de retomá-lo de quem ilícitamente o possua ou detenha.

Posse é o poder de fato sobre um local ou bem. O possuidor detém alguns dos direitos atinentes à propriedade.

Administração é o poder de gerir um local ou bem.

Guarda é a responsabilidade de zelar pela conservação de um local ou bem.

Vigilância é o dever de vigiar ou fiscalizar um local ou bem.

### ***Sujeito passivo***

É a coletividade (crime vago).

### ***Conduta típica***

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

### ***Utilização do local ou bem***

Nesta conduta, o próprio sujeito ativo utiliza o local ou bem para o tráfico de drogas.

### ***Consentimento para a utilização do local ou bem***

Na conduta em apreço não é o sujeito ativo que emprega o local ou bem para o tráfico de drogas, mas terceiro por ele autorizado. Neste caso, enquanto o sujeito ativo responderá por este tipo penal, o terceiro cometerá o crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*), caso efetivamente o realize (crime consumado) ou inicie os atos executórios (crime tentado).

O sujeito ativo também poderá aquiescer que o terceiro empregue o local para a prática dos crimes previstos no artigo 33, § 1º, I e II. Neste caso, como referidos delitos também são considerados tráfico de drogas, estará incurso no tipo em estudo (art. 33, § 1º, III), ao passo que o terceiro, no artigo 33, § 1º, I ou II, do mesmo modo que ocorre com o tráfico de drogas (tipo fundamental).

O consentimento dado pelo sujeito ativo para a utilização do local ou bem pode ser oneroso ou gratuito. Mesmo no caso de um simples favor, sem qualquer intuito de lucro, caracterizará o delito.

### ***Local***

É a coisa imóvel, fechada ou aberta, empregada para o tráfico de drogas. São exemplos de locais uma casa, um apartamento, um quintal, um sítio, uma garagem, um hotel etc.

### ***Bem***

É a coisa móvel, como um carro, um barco, um avião, e outros semelhantes, que é utilizada para o tráfico de drogas.

### ***Habitualidade e fim de lucro***

Em nenhuma das modalidades é necessária a habitualidade ou que haja intuito de lucro. O crime é instantâneo e pode ser praticado até para fazer favor a alguém. Nem mesmo o crime de tráfico exige lucro, uma vez que pode haver o fornecimento gratuito da droga.

### ***Elemento subjetivo***

O crime é doloso e exige a especial finalidade de emprego do local ou bem para o tráfico de drogas (elemento subjetivo do tipo). Por isso, não sabendo o agente das reais intenções de quem utiliza o local ou bem com seu consentimento, o fato é atípico.

Pela legislação revogada (art. 12, § 2º, II da Lei nº 6.368/1976), a conduta também era considerada tráfico de drogas, com a diferença de que a nova norma pune somente a ação quando a finalidade é o tráfico. Se a finalidade da utilização do local ou bem for o uso indevido de drogas pelo próprio sujeito ativo, o fato em si será atípico, a não ser que se enquadre no artigo 28, *caput*. Havendo o consentimento do sujeito ativo para que outro utilize o local ou o bem para o uso indevido de drogas, o crime será o previsto no artigo 33, § 2º, uma vez que estará prestando auxílio ao usuário.

### ***Elementos normativos***

Para a ocorrência de adequação típica, a norma determina que o sujeito deva praticar as condutas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.



Trata-se de elemento contraditório e desnecessário, uma vez que não pode haver autorização ou determinação de qualquer ordem para a utilização de local ou bem para o tráfico de drogas.

### ***Qualificação doutrinária***

O crime é doloso e exige a especial finalidade de utilização do local ou bem para o tráfico de drogas (elemento subjetivo do tipo). É, ainda, crime próprio, formal, de perigo comum e abstrato.

### ***Consumação e tentativa***

Na primeira modalidade, o crime estará consumado com a utilização do local ou bem sem a necessidade do tráfico. É possível a tentativa por se tratar de crime plurissubsistente. Havendo a efetiva prática do tráfico no local ou bem pelo próprio sujeito ativo, prevalecerá o tipo em estudo (art. 33, § 1º, III), sendo o posterior absorvido (princípio da consunção).

Na segunda modalidade, o crime estará consumado com o consentimento para a utilização do local ou bem. Mesmo no caso de o consentimento ser dado por escrito e não chegar ao conhecimento daquele que vai do local ou bem se valer para o tráfico de drogas, o crime estará consumado, uma vez que o consentimento já foi dado. Por isso, não admitimos a tentativa. Ou há o consentimento e o crime está consumado, ou não há, não ocorrendo o delito.

Há entendimento de que o crime em questão é acessório, dependendo, portanto, da prática do crime principal, ou seja, do tráfico de drogas, sem o qual o fato é atípico (cf BACILA; RANGEL, 2007, p. 118).

### ***Pena***

A pena é a mesma cominada para o *caput* do artigo, sendo modalidade de tráfico de drogas. Assim, a reprimenda para este delito é de reclusão de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.

### ***Ação penal***

Pública incondicionada.

## **33.5 Auxílio ao uso indevido de drogas (art. 33, § 2º)**

### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

### ***Objeto material***

São as drogas, ou seja, as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência física ou psíquica. Como se trata de norma penal em branco, cabe ao Executivo da União especificar em lei ou relacionar em listas atualizadas periodicamente quais são as substâncias ou os produtos considerados como drogas (art. 1º, parágrafo único).

Até que a União atualize a terminologia das listas mencionadas, serão consideradas como drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (art. 66).

### ***Sujeito ativo***

O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

### ***Sujeito passivo***

É a coletividade (principal), cuidando-se de crime vago. Eventualmente, poderá ser sujeito passivo secundário a criança, o adolescente ou a pessoa que tem suprimida a capacidade de entendimento ou de autodeterminação, que são induzidas, instigadas ou auxiliadas ao uso indevido de drogas. Nesse caso, mesmo diante da inimputabilidade dessas pessoas, o crime permanece o mesmo, mas incidirá a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, VI.

### ***Conduta típica***

Consiste em induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga.

### ***Induzir***

É incutir ou criar na mente de alguém a ideia de fazer uso indevido de droga. Nessa conduta, não havia a ideia anterior de uso da droga, e o agente a faz surgir.

### ***Instigar***

Significa reforçar ou encorajar ideia preexistente de uso indevido de droga. Já havia a intenção do uso da droga por alguém, e o agente reforça ou estimula a ideia.

### ***Auxiliar***

É a colaboração material para que alguém faça uso indevido da droga. Não se trata de praticar nenhuma das condutas elencadas como tráfico, mas algo que ajude terceiro a fazer uso indevido da droga. Exemplos: fornecimento de local ou transporte para comprar e usar a droga, de papel para enrolá-la e confeccionar um cigarro etc.

Caso essa colaboração se amolde a uma figura típica específica prevista na lei, o delito em estudo ficará absorvido por ser meio necessário ou normal fase para a execução do delito mais grave. Assim, v. g. aquele que vende ou fornece a droga, embora esteja colaborando para que o usuário se drogue, praticará fato típico previsto como tráfico (art. 33, *caput*), não podendo ser punido pelo auxílio material, que é absorvido (princípio da consunção).

### ***Elemento subjetivo***

O crime é doloso. A intenção do sujeito é levar alguém a fazer uso indevido da droga ou colaborar de alguma maneira para que ele o faça.

### ***Elemento normativo do tipo***

O induzimento, a instigação e o auxílio devem ser para o uso indevido da droga, i. e., sem amparo normativo. Caso as condutas sejam para o regular uso da droga, o fato será atípico. Assim, v. g., aquele que induz ou instiga o doente a fazer o normal uso de remédio à base de morfina, prescrita por médico competente como anestésico, não praticará crime.

### ***Interpretação conforme a Constituição***

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade para dar ao dispositivo a interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas (ADI 4274, Rel. Min. Ayres Britto, v.u., j. 23.11.2011)

A ação e consequente decisão decorreram das constantes intervenções do Poder Judiciário proibindo a denominada “Marcha da Maconha”, que estaria induzindo as pessoas ao uso da droga. Isso porque o dispositivo não pode ser em-

pregado para proibir ou restringir o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal.

### ***Qualificação doutrinária***

Trata-se de crime comum, formal, de perigo comum e abstrato.

### ***Consumação e tentativa***

O crime estará consumado com o induzimento, instigação ou auxílio, independentemente do indevido uso da droga. O tipo não diz, como fazia na lei anterior (art. 12, § 2º, I), induz, instiga ou auxilia alguém “a usar” droga, mas “ao uso” indevido dela. Assim, basta a prática da conduta (induzimento, instigação ou auxílio) com potencialidade lesiva para que o crime esteja consumado, tratando-se, assim, de crime formal.

Será possível a tentativa no induzimento e na instigação, quando, nada obstante a conduta levada a efeito, a pessoa não é induzida ou instigada ao uso indevido da droga por circunstâncias alheias à vontade do agente. Em tese, também é possível a tentativa de induzimento e instigação por escrito (ex: carta extraviada).

Já o início do auxílio leva à consumação do crime, não havendo como ocorrer a tentativa nesta modalidade de conduta.

Contudo, como ocorria com a lei revogada, existe entendimento de que, para a consumação do crime, há necessidade do efetivo uso da droga, sendo o crime material (cf. JESUS, 2010, p. 124). Assim, de acordo com esse posicionamento, o induzimento, a instigação e o auxílio, sem que ocorra o efetivo uso da droga, implicará tentativa.

### ***Crime impossível***

Empregando o agente meio absolutamente ineficaz para o induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido da droga, não haverá o delito, cuidando-se de crime impossível. Isso ocorrerá quando o meio empregado, de maneira nenhuma, poderia levar a pessoa a fazer uso indevido de qualquer espécie de droga. Sendo o meio relativamente ineficaz, poderá ocorrer o crime.

### ***Pena***

Detenção, de um a três anos e multa de cem a trezentos dias-multa.

***Ação penal***

Pública incondicionada.

**33.6 Oferecimento para uso em conjunto (art. 33, § 3º)*****Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

***Objeto material***

São as drogas, ou seja, as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência física ou psíquica. Como se trata de norma penal em branco, cabe ao Executivo da União especificar em lei ou relacionar em listas atualizadas periodicamente quais são as substâncias ou os produtos considerados como drogas (art. 1º, parágrafo único).

Até que a União atualize a terminologia das listas mencionadas, serão consideradas como drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (art. 66).

***Sujeito ativo***

Poderá ser praticado por qualquer pessoa (crime comum). Porém, exige o tipo que o sujeito ativo seja de relacionamento daquele a quem a droga é oferecida. Por isso, não basta um relacionamento formal ou surgido no momento, ou pouco antes, de a droga ser oferecida. Visa a norma a punição de forma mais amena daquela pessoa que, eventualmente e sem objetivo de auferir lucro, oferece ou fornece a droga para uso em conjunto com pessoa de seu relacionamento, como um amigo, parente, namorada(o), colega de trabalho etc.

***Sujeito passivo***

É a coletividade (principal), cuidando-se de crime vago. Eventualmente, poderá ser sujeito passivo secundário a criança, o adolescente ou a pessoa que tem suprimida a capacidade de entendimento ou de autodeterminação (art. 40, VI), a quem a droga é oferecida ou fornecida.

### ***Conduta típica***

Consiste em oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem.

### ***Oferecer***

Tem o sentido de sugerir a aquisição. No caso, a aquisição que é sugerida deve ser gratuita.

### ***Fornecer***

O tipo penal não contempla expressamente a conduta de fornecer gratuitamente a droga. No entanto, a razão de ser deste dispositivo foi a de punir de forma mais amena aquele que, eventualmente, oferece ou fornece gratuitamente a droga para pessoa de seu relacionamento visando o uso compartilhado.

Pela lei anterior a conduta de fornecer a droga na situação descrita no tipo penal poderia ensejar punição por crime de tráfico (art. 12, *caput*) ou de porte de drogas para uso próprio (art. 16), dependendo do entendimento do intérprete. Por isso, visando punir de forma mais amena quem assim age, o dispositivo em apreço foi inserido em nossa legislação penal.

Cuida-se evidentemente de tráfico de drogas, mas com reduzido potencial ofensivo, tendo em vista a menor culpabilidade do autor, que não é traficante profissional e tampouco pretende auferir lucro, mas usar conjuntamente a droga com algum conhecido.

Com efeito, houve esquecimento do Legislador ao não inserir expressamente a conduta de “fornecer”, que deve ser alcançada pelo tipo, fazendo-se uma interpretação extensiva. Não haveria sentido punir de forma mais branda aquele que oferece a droga nas circunstâncias descritas no tipo e, no momento do uso em conjunto, sancioná-lo por tráfico de drogas, nos moldes do artigo 33, *caput*, por ter fornecido a droga.

### ***Elemento subjetivo***

Ao oferecer ou fornecer a droga o agente deve ter o propósito do uso compartilhado e eventual com pessoa de seu relacionamento e não pode possuir intuito de lucro, direto ou indireto.

Por outro lado, a conduta de oferecer ou fornecer será considerada como tráfico de drogas (art. 33, *caput*) quando feita com certa habitualidade, ou com

objetivo de lucro, ou quando a pessoa não for do relacionamento do agente, ou quando não for para uso em conjunto. Isso porque somente haverá adequação típica no art. 33, § 3º, quando todos os requisitos previstos em sua definição estiverem presentes (oferecimento ou fornecimento eventual + gratuidade + pessoa de seu relacionamento + consumo em conjunto).

### ***Elemento normativo do tipo***

Está contido na expressão “eventualmente”. Caberá ao Magistrado, à vista das provas produzidas, analisar se a conduta foi algo esporádico na vida do agente ou uma constante.

Ausente a eventualidade, a conduta se amoldará ao tipo penal descrito no artigo 33, *caput*, ou seja, tráfico de drogas, cuja pena é muito mais severa.

### ***Qualificação doutrinária***

Trata-se de crime doloso, comum, formal, de perigo abstrato e coletivo.

### ***Consumação e tentativa***

O crime estará consumado com o oferecimento ou fornecimento, sem a necessidade do uso em conjunto da droga, mas desde que esse fosse o propósito do agente.

Na conduta de oferecer, é possível a tentativa quando o oferecimento for realizado por escrito (crime plurissubsistente); no oferecimento verbal ou por gestos, não é admitida a tentativa (crime unissubsistente).

Na conduta de fornecer, é possível a tentativa, uma vez que o crime é plurissubsistente, podendo a execução ser fracionada.

### ***Pena***

É de detenção, de seis meses a um ano, e pagamento de setecentos a mil e quinhentos dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no artigo 28.

Além das penas de detenção e multa, que, aliás, é elevada, deverá o Juiz aplicar as restrições de direitos descritas no artigo 28 e destinadas ao usuário de drogas. Isso porque, além de ter oferecido ou fornecido a droga, o sujeito também é usuário.

### ***Ação penal***

Pública incondicionada.

### 33.7 Causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º)

O § 4º do artigo 33 prevê a redução da pena dos crimes previstos no seu *caput* e § 1º quando o agente for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Faltando qualquer um destes requisitos, a diminuição da pena, que pode ser de um sexto a dois terços, não deverá ser aplicada. Cuida-se de dispositivo que visa beneficiar o pequeno e eventual traficante. O profissional do tráfico e o que teima em delinquir não merece atenuação da pena.

Presentes os requisitos previstos na norma a diminuição da pena é obrigatória, não ficando ao alvedrio do Juiz operar a redução ou não. Embora a norma empregue a expressão “as penas poderão ser reduzidas”, não se trata de atividade discricionária do Juízo, mas de direito subjetivo do acusado.

Aliás, a primariedade e bons antecedentes deverão ser demonstrados pelo acusado, ao passo que caberá ao Ministério Público o ônus de provar que o réu se dedica à atividade criminosa ou que pertence à organização criminosa. Não cabe ao réu a prova de fatos negativos, mas a quem alega, no caso, o Ministério Público.

A primariedade e os bons antecedentes criminais deverão ser comprovados por meio de folhas de antecedentes e certidões cartorárias. Para isso, o réu, por meio de seu defensor, poderá diretamente juntá-las aos autos ou requerer ao juízo sua requisição.

Até pouco tempo não havia definição típica para organização criminosa, levando à interpretação de que aquele que integrasse quadrilha ou bando não poderia ter a pena atenuada com base no dispositivo em comento. A Lei nº 12.850/2013 veio a definir no seu artigo 1º, § 1º, o que seja organização criminosa. Diz o tipo: “*Considera-se organização criminosa a associação, de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional*”. Portanto, o acusado que integre organização criminosa, não terá direito ao benefício.

Dedicar-se a atividades criminosas pressupõe reiteração de condutas tipificadas como crime, ou seja, habitualidade no cometimento de delitos. Tal circunstância poderá ser demonstrada por meio de folhas de antecedentes cri-



minais, certidões cartorárias, cópias de outros processos, testemunhas, ou seja, qualquer meio hábil a provar a vida criminosa do acusado. Como a norma não diz qual espécie de atividade criminosa poderá ser qualquer uma, desde que, obviamente, não se trate de delitos culposos, que pressupõem ausência de vontade.

A norma visa a impedir a redução da pena para aquele que de forma habitual e deliberada pratica qualquer espécie de crime. Com efeito, aquele que faz da vida criminosa seu modo de vida não é merecedor do redutor.

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim se pronunciou sobre o assunto: “É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que se dedica a atividades criminosas, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade e variedade de substância entorpecente apreendida (oito papелotes de cocaína e novecentos e sessenta e dois invólucros contendo crack, além de balança de precisão)” (HC 151676/SP, rel. Min. Og Fernandes, v.u., j. 20/04/2010. No mesmo sentido: HC 360292/MT, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j. 21.06.2016).

Também é este o posicionamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes.” (HC 357934/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 21.06.2016).

Por esse mesmo motivo, configurado o crime de associação para o tráfico (art. 35), não pode ser o agente beneficiado pelo redutor, na medida em que evidenciada sua dedicação à atividade criminosa (STJ: HC 347391/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, v.u., j. 16.06.2016. PExt no HC 336741/PE, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 16.06.2016).

Para o Supremo Tribunal Federal a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas, que obstam a aplicação do redutor da pena (RHC nº 94.806/PR, 1ª T., rel. Min. Carmen Lúcia, v.u., j. 03/03/2010).

Para a prova de que o agente não se dedica à atividade criminosa e nem integra organização criminosa, em muitas vezes, será necessário juntar aos autos as folhas de antecedentes e certidões criminais, podendo se confundir com

a primariedade e bons antecedentes. Mas, como já dito, é ônus da acusação demonstrar que o sujeito se dedica à atividade criminosa ou que integra organização criminosa a fim de que o redutor não seja aplicado.

A grande celeuma quanto a esse dispositivo é saber qual o critério que será empregado pelo Juiz para a maior ou menor diminuição da pena. Não nos parece correto defender que as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) poderão ser aplicadas para mensurar a maior ou menor diminuição. Isso porque elas são analisadas na primeira fase de fixação da pena e as causas de diminuição na terceira fase, em obediência ao critério trifásico (art. 68 do CP). Isso levaria o Juiz a quase sempre diminuir a pena no máximo (dois terços), uma vez que a primariedade e bons antecedentes são elementos indispensáveis para o reconhecimento da minorante. Além disso, não é cabível diminuir ou aumentar a pena duas vezes pelo mesmo fato (princípio da proibição da dupla valoração – *nem bis in idem*). Assim, apenas outros elementos, que não incidirem na fixação da pena base ou de alguma forma a diminuam por outro motivo, é que poderão ser considerados para a maior ou menor diminuição da pena com fulcro no artigo 33, § 4º.

O artigo 42 traz circunstâncias que preponderarão sobre as judiciais do artigo 59 do Código Penal, ou seja, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. No que é pertinente às duas últimas, já se encontram descritas no artigo 59 do Código Penal, mas passarão a preponderar sobre as demais lá constantes.

Porém, parece-nos que não haverá dupla valoração quando ocorrer o aumento e depois a diminuição da pena pelo mesmo fundamento. Isso é, resultando o aumento da pena em virtude das circunstâncias descritas no artigo 42 ela poderá ser diminuída com fulcro no § 4º do art. 33 por essas mesmas circunstâncias, haja vista a diversidade de incidência (aumento e depois diminuição).

O que não se faz possível é a dupla diminuição pelo mesmo fundamento. Destarte, nada impede que o Juiz, a fim de que não haja dupla valoração, deixe de aplicar essas circunstâncias por ocasião da fixação da pena base e as faça incidir na terceira fase da dosimetria para a maior diminuição da pena, sempre verificando o que será melhor para o acusado.

Com efeito, pensamos que as circunstâncias descritas no artigo 42 da Lei de Drogas poderão servir de parâmetro para o Julgador quando da diminuição da pena (art. 33, § 4º). Assim, *v. g.*, quanto mais potente a droga e/ou maior a sua quantidade, menor será a diminuição da pena e vice-versa.

É nesse sentido, aliás, o posicionamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: “3. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. 5. No caso, a quantidade e a natureza da droga apreendida configura fundamento idôneo para justificar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em patamar diverso da fração máxima, revelando-se adequada e proporcional, na espécie, a diminuição em 1/3.” (HC 313677/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 21.06.2016).

Por outro lado, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, já decidiu: “A diversidade de substâncias entorpecentes não impede, por si só, a redução máxima possível, dois terços, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, se preenchidos, como no caso, os demais requisitos. A diversidade de drogas deve ser considerada na fase do artigo 59 do Código Penal. Se, nessa fase, o juiz se omite, não pode suprir a omissão na última fase, negando ao agente o direito à redução prevista no mencionado § 4º (HC 120684/RJ, rel. Min. Og Fernandes, j. 18/02/2010).”

Como a norma penal em estudo é mais benéfica para o acusado, retroagirá e alcançará os processos em andamento e os já definitivamente julgados (art. 5º, inciso XL, da CF, e art. 2º, parágrafo único, do CP). A diminuição da pena poderá ser pleiteada ao juiz da instrução, no caso de processos em andamento, ou ao juiz da execução, no que é pertinente aos processos com sentença condenatória transitada em julgado. Estando o processo em grau de recurso, o benefício deverá ser pleiteado ao relator.

A questão que surge é a seguinte: sobre qual norma incidirá a diminuição da pena no caso de retroatividade? A da lei revogada (nº 6.368/1976) ou da lei em vigor?

Não nos parece correto que a diminuição se opere sobre a pena fixada com fulcro na Lei nº 6.368/1976, que tinha como patamar mínimo três anos de reclusão. O dispositivo determina a diminuição da pena dos delitos previstos no art. 33, caput, e § 1º, da nova lei, cuja pena mínima cominada é de cinco anos de reclusão, ou seja, superior ao mínimo legal cominado na legislação anterior.

Embora haja controvérsia sobre o assunto, não entendemos possível aplicar esse dispositivo sobre tipos penais já revogados, ou seja, conjugando normas de uma lei revogada com normas de uma lei em vigor. Isso porque não cabe ao

Judiciário a função de legislar e criar uma terceira lei, que conjugue dispositivos de lei revogada com lei em vigor.

Nelson Hungria, com a sapiência que lhe era peculiar, assim aduziu: “[...] preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis” (*Comentários ao Código Penal*, v.1, p. 112).

Compartilha desse mesmo entendimento Aníbal Bruno: “Mas não é lícito tomarem-se na decisão elementos de leis diversas. Não se pode fazer uma combinação de leis de modo a tomar de cada uma delas o que pareça mais benigno. A lei considerada mais benévola será aplicada em sua totalidade. Note-se que se trata exclusivamente de aplicar uma ou outra das leis existentes, no seu integral conteúdo, não sendo lícito ao juiz compor, por assim dizer, uma lei nova com os elementos mais favoráveis das que realmente existem” (*Direito Penal*, v.1, tomo 1, p. 263-264).

Esta, aliás, é a posição da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RHC nº 94.802/RS, rel. Min. Menezes Direito, m.v., j. 04/02/2009, e RHC 94.806/PR, rel. Min. Carmen Lúcia, v.u., j. 03/03/2010).

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 501, também entendendo pela impossibilidade de combinação de leis. Diz a Súmula: “É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”.

Como a norma mais benévola deve necessariamente retroagir para beneficiar o acusado, que seja por inteiro, i. e., a causa de diminuição de pena deverá incidir sobre a pena mínima cominada aos delitos previstos no artigo 33, *caput*, e § 1º.

Com efeito, caso a pena fixada com base na lei anterior seja inferior ao mínimo cominado no tipo penal em vigor (cinco anos de reclusão), será sobre esse montante (cinco anos) que deverá incidir a diminuição. Por outro lado, superado o limite mínimo de cinco anos, será sobre a maior pena que deverá incidir a diminuição, haja vista estar dentro dos limites estabelecidos pela lei nova.

No caso de ser procedida a diminuição com fulcro na lei nova e a pena superar a fixada com base na lei revogada, esta última é que deverá prevalecer, dei-

xando-se de aplicar a lei nova, que passou a ser prejudicial ao acusado. Assim, a lei revogada, mais benéfica, é que será aplicada em sua integralidade aos fatos ocorridos durante a sua vigência.

E como fazer com a pena de multa que é muito maior na lei nova?

Quando se analisa a benignidade de uma nova norma, deve o intérprete ater-se ao seu inteiro teor, inclusive combinando-a com outros dispositivos previstos na lei onde ela está contida. Sendo a lei nova mais benigna do que a revogada, deve ser aplicada por inteiro ao caso concreto, ou seja, não é possível a retroatividade de parte dela. Embora a pena de multa seja muito maior na lei nova, deverá ser aplicada quando a norma em sua integralidade for mais benéfica ao acusado. Pensamos ser muito mais gravosa a pena privativa de liberdade do que a pena de multa.

Não nos parece correto aplicar a pena privativa de liberdade com base na lei em vigor e a pena pecuniária com fulcro na lei revogada. Haveria, neste caso, combinação de leis, ou seja, estaria sendo criada uma terceira lei pelo Magistrado, o que viola o princípio fundamental da independência dos Poderes (art. 2º, da CF), que é base do sistema republicano de governo (art. 1º, *caput*, da CF). Com efeito, ou as normas esculpidas no artigo 33, *caput*, e §§ 1º e 4º retroagem por inteiro, ou se aplica a norma prevista no artigo 12 da Lei nº 6.368/1976 em sua integralidade, *i. e.*, sem a redução da pena prevista no § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas.

Concluindo, após analisar qual é a lei mais benéfica para o acusado no caso concreto, tanto a pena privativa de liberdade quanto a pena de multa deverão ser aplicadas com fundamento na mesma lei, não sendo possível a fixação da pena prisional com fulcro na lei nova e da pena de multa com base na lei revogada, pois, neste caso, haveria combinação de leis.

Resumidamente, ou se aplica a lei nova por inteiro ou ela não será aplicada, devendo prevalecer a lei mais benéfica. O que não é possível é a combinação de leis, aplicando-se a causa de diminuição prevista na nova lei de drogas sobre a pena prevista na revogada Lei nº 6.368/1976. Isso porque, assim agindo, estaria o Juiz transformando-se em legislador ao criar uma terceira lei, violando o princípio da separação dos poderes. Com efeito, na análise do caso concreto, quando da dosagem da pena, o Juiz verificará qual a lei mais favorável ao acusado e a aplicará por inteiro.

Antes do advento da nova Lei de Drogas havia divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade, ou não, da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para o condenado por tráfico de drogas, haja vista não haver norma proibitiva expressa.

A Lei de Drogas procurou solucionar a questão, vedando expressamente a substituição.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de arguição de inconstitucionalidade suscitada por sua 6ª Turma, por maioria de votos, decidiu que a vedação é constitucional, uniformizando o entendimento da Casa quanto à impossibilidade da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o condenado por tráfico de drogas e condutas correlatas (arts. 33, caput e § 1º e 34 a 37), bem como quando da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º (AI no HC nº 120353/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 04/11/2009).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, analisando a hipótese no HC nº 97.256/RS, tendo como relator o Ministro Ayres Britto, por seis votos a quatro, em julgamento realizado no dia 01 de setembro de 2010, julgou ser inconstitucional a proibição da substituição de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos contida nos artigos 33, § 4º e 44, *caput*, da Lei de Drogas, haja vista não poder a lei subtrair do Julgador a possibilidade de analisar a viabilidade da substituição, o que viola o princípio da individualização da pena (vide comentários ao artigo 44).

Diante da decisão do Pretório Excelso, que declarou a inconstitucionalidade parcial do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, foi editada a Resolução 05, de 2012, pelo Senado Federal, em 15.02.2012, suspendendo a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*” do referido dispositivo.

A Resolução do Senado Federal, em decorrência da decisão da Excelsa Corte, não impede que o juiz deixe de proceder à substituição com fundamento nos demais requisitos previstos no Código Penal, que deve ser aplicado subsidiariamente (art. 12 do CP). Ela simplesmente possibilita que o Magistrado analise a questão e decida se procede a substituição ou não, o que, até então, era vedado legalmente.

Cuidando-se de crime de tráfico de drogas, a aplicação do redutor não retira a natureza hedionda do delito. Não é porque foi aplicada a redução da pena que o crime perderá sua natureza. A condenação continuará sendo por tráfico de drogas, mas com a diminuição da pena quando estiverem presentes os requisitos necessários.

Para a unificação da sua jurisprudência, decidiu a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça: “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 sua raízes em questões de política criminal, surgindo como um fator 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.” (REsp 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 13.03.2013 – Recurso Repetitivo – Tema 600).

Considerando as reiteradas decisões no sentido de que o reconhecimento do redutor não desnatura a hediondez do tráfico de drogas, foi editada pelo Superior Tribunal de Justiça a Súmula nº 512, que dispõe: *“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”*.

E, como o tráfico de drogas, de acordo com a Constituição Federal e a Lei nº 8.072/1990, é crime equiparado a hediondo, aplica-se a ele todas as restrições contidas na lei (regime inicial fechado, maior prazo para a progressão de regime prisional, vedação à concessão de fiança, anistia, graça e indulto, dentre outras).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a aplicação da causa de diminuição da pena em comento afasta a hediondez do delito (HC nº 118.533/MS, Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia, m.v., j. 23.06.2016). Muito embora a decisão tenha sido tomada no controle difuso de constitucionalidade, alcançando apenas o caso concreto, resultará em drástica mudança de posição jurisprudencial amplamente favorável à hediondez do delito. Até mesmo a Súmula 512/STJ poderá ser revogada diante da inesperada decisão do STF, proferida, ao que tudo indica, com o propósito de esvaziar o sistema prisional, notadamente quanto às mulheres encarceradas pela prática deste delito, o que poderá levar ao aumento da traficância, que já é enorme no país.

Esperamos, sinceramente, que o Pretório Excelso reformule seu posicionamento para o bem de toda sociedade ou que a legislação seja alterada para atribuir à conduta a já clara natureza hedionda ou, ao menos, para reduzir o âmbito de incidência da minorante.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto desti-

nado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

### **34.1 Fabricação de drogas**

#### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

#### ***Objetos materiais***

São os maquinários, aparelhos, instrumentos ou quaisquer objetos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas.

Maquinário é o conjunto de peças ou uma máquina.

Aparelho é o conjunto de mecanismos ou engenho.

Instrumento é o objeto empregado para a execução de um trabalho.

Há no final uma fórmula genérica (interpretação analógica), que significa qualquer outro objeto semelhante aos anteriores.

Quaisquer destes objetos devem ser destinados à fabricação, produção, preparação ou transformação de drogas.

Preparação é a reunião de elementos para a elaboração de uma droga já conhecida.

Produção significa elaborar uma nova espécie de droga. Enquanto na conduta de preparar a reunião de componentes leva a uma droga já conhecida, na produção a droga é criada.

Fabricação significa a preparação ou produção de droga em larga escala. O maior exemplo na atualidade é a preparação do *ecstasy*.

Transformação tem o sentido de mudar a natureza da droga para outra. Assim, a maconha, v. g., após serem adicionados alguns outros elementos, poderá ser transformada em uma nova droga mais potente.

Não se exige que os objetos em estudo sejam especialmente destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, mas que na oca-



sião estejam sendo empregados para uma dessas finalidades. Assim, v. g., o forno de micro-ondas não serve apenas para preparar comida, podendo ser empregado para a preparação de cocaína. Com efeito, se, na oportunidade, seu emprego for desvirtuado para a elaboração de drogas, será considerado objeto material do delito. Isso porque não existem objetos unicamente destinados à fabricação, produção, preparação ou transformação de drogas. No entanto, deve haver prova concreta de que os objetos estão sendo ou serão empregados para a elaboração de qualquer espécie de droga.

### ***Sujeito ativo***

O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

### ***Sujeito passivo***

É a coletividade (crime vago).

### ***Conduta típica***

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

### ***Fabricar***

Tem o sentido de elaborar ou criar o objeto material. Pode ser por meio industrial ou manual.

### ***Adquirir***

Tem o sentido de obter ou conseguir o objeto material de forma onerosa ou gratuita. Assim, aquele que compra ou recebe gratuitamente o objeto material o estará adquirindo. Abrange, inclusive, a permuta de bem lícito pelo objeto material.

### ***Utilizar***

Significa fazer o uso específico do objeto material, ou seja, para a fabricação, produção, preparação ou transformação de droga.

Cuida-se de figura inaplicável, uma vez que com o efetivo emprego dos objetos materiais o crime será o previsto no artigo 33, *caput*. Isso porque o sujeito estará fabricando, produzindo ou preparando droga, ficando o delito em estudo absorvido por ser meio necessário (princípio da consunção).

### ***Transportar***

Significa levar o objeto material de um local para outro. O transporte pode ser feito por qualquer espécie de veículo, a cavalo ou pessoalmente, haja vista a inexistência da conduta de trazê-lo consigo.

### ***Oferecer***

Significa sugerir a aquisição. Pode ser feita por qualquer modo, *i. e.*, verbal, por gestos ou por escrito, seja pessoalmente ou não.

### ***Vender***

É a alienação onerosa do objeto material.

### ***Distribuir***

Tem sentido de entregar o objeto material para indeterminado número de pessoas. Feita a uma só pessoa ou para um grupo determinado de pessoas, a conduta poderá ser a de entregar, vender ou fornecer.

### ***Entregar a qualquer título***

É a passagem do objeto material para outra pessoa. A conduta pode ser feita a qualquer título, ou seja: por amizade, com o fim de troca, por algum favor etc.

### ***Possuir***

Tem o sentido de ter o poder de fato sobre o objeto material. Embora o tipo penal não preveja a conduta de “ter em depósito”, quem assim age detém o poder de fato sobre o objeto material e pode lhe ser imputada a conduta de possuir, que não é prevista no artigo 33, *caput*.

### ***Guardar***

Significa reter o objeto material consigo em nome de terceiro. O sujeito não é o proprietário e nem o possuidor do objeto material, mas, por algum motivo, guarda-o para o seu proprietário, possuidor ou detentor.

### ***Fornecer, ainda que gratuitamente***

Fornecer, no caso, tem o sentido de abastecer ou prover com certa habitualidade. Isso para diferenciar da conduta de entregar ou vender. Mesmo o fornecimento gratuito enseja a adequação típica, como deixa claro o tipo legal.

### ***Tipo misto alternativo ou de conteúdo variado***

O tipo penal é composto por mais de um verbo (fabricar, adquirir, possuir etc.). Assim, praticada mais de uma conduta típica dentro da mesma situação fática, haverá crime único. Dessa forma, por exemplo, mesmo que o sujeito adquira e depois transporte o objeto material, haverá crime único.

### ***Elemento subjetivo***

O crime é doloso. O dolo deve abranger o conhecimento de o objeto material ser destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas.

### ***Elementos normativos do tipo***

Para a ocorrência de adequação típica o sujeito deverá praticar qualquer das condutas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Com efeito, faltando a competente autorização, ou se a conduta estiver em desacordo com a lei ou outra norma que regulamente a matéria, a tipicidade legal estará configurada.

### ***Prova pericial***

Como exige o tipo penal que o objeto material seja destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, faz-se imprescindível a prova pericial para a demonstração desta qualidade do objeto.

### ***Absorção pelo crime de tráfico***

A norma incrimina condutas anteriores à traficância, punindo de forma autônoma quem as praticar. Contudo, o tráfico de drogas (art. 33, *caput*) absorve o delito em questão, quando os objetos materiais (maquinário, aparelho etc.) tiverem sido empregados pela mesma pessoa para a efetiva preparação, produção, fabricação ou transformação de drogas (TJSP – Apelação nº 990.08.031869-1, 4ª Câmara “D” da Seção Criminal, rel. Mário Daccache, v.u., j. 05/02/2009. TJSP – Apelação nº 990.08.038140-7, 1ª Câmara de Direito Criminal “D”, rel.

Leandro Jorge Bittencourt Cano, v.u., j. 17/10/2008). Isso porque a conduta de utilizar o objeto material foi meio necessário para a prática do tráfico de drogas (princípio da consunção).

E, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Portanto, a prática do art. 33, “caput”, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no artigo 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta” (REsp. nº 1.196.334-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, v.u., j. 19.09.2013).

Não ocorrendo relação causal entre as condutas, ocorrerá concurso material de delitos. Assim, aquele que fabricar, adquirir, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer o objeto material, sem relação de meio e fim com o crime de tráfico de drogas posteriormente praticado, cometerá dois crimes em concurso material.

### ***Qualificação doutrinária***

O crime é doloso, de mera conduta, comum, de perigo abstrato e coletivo. Nas condutas de transportar, possuir e guardar, o delito é permanente. Na de fornecer, o crime é habitual. Nas demais é instantâneo. Na conduta de oferecer, feita verbalmente, o crime é unissubsistente. Nas demais, é plurissubsistente.

### ***Consumação e tentativa***

O crime se consuma com a prática de um dos verbos do tipo. Assim, temos:

a) na conduta de fabricar, o crime se consuma com a elaboração do objeto material. É possível a tentativa, quando não ocorre a fabricação por circunstâncias alheias à vontade do agente;

b) na conduta de adquirir, o crime se consuma com a tradição do bem. Há possibilidade de tentativa, quando não ocorre a tradição do objeto material por circunstâncias alheias à vontade do agente;

c) na conduta de utilizar, o crime se consuma com o emprego do objeto material. É possível a tentativa;

d) na conduta de transportar, o crime se consuma com o deslocamento do objeto material. É possível a tentativa, quando há a interrupção da conduta de transporte antes que ele realmente seja iniciado;

e) na conduta de oferecer, o crime se consuma com o oferecimento, sem a necessidade de que haja a venda, entrega ou o fornecimento. É possível a tenta-

tiva quando o oferecimento for realizado por escrito (crime plurissubsistente); no oferecimento verbal ou por gestos, não é admitida a tentativa (crime unissubsistente);

f) na conduta de vender, o crime se consuma com a alienação onerosa do objeto material, sem a necessidade do recebimento do preço, que é exaurimento do delito. A tentativa é admitida quando, iniciada a execução, não ocorre a alienação por circunstâncias alheias à vontade do agente;

g) na conduta de distribuir, o crime se consuma com a entrega do objeto material a diversas pessoas. É possível a tentativa;

h) na conduta de entregar, o crime se consuma com a passagem do objeto material para outra pessoa. É possível a tentativa;

i) na conduta de possuir, o crime se consuma com a aquisição da posse que, em regra, se dá com a tradição do objeto material. É possível a tentativa;

j) na conduta de guardar, o crime se consuma quando o sujeito recebe o objeto material para ser guardado para terceira pessoa. É possível a tentativa;

k) na conduta de fornecer, o crime se consuma com o fornecimento oneroso ou gratuito. Não há possibilidade de tentativa por exigir certa habitualidade no fornecimento (crime habitual).

### ***Considerações sobre a tentativa***

Como se trata de crime plurissubsistente (em regra), em que a execução pode ser fracionada, faz-se possível a tentativa, com exceção das condutas de fornecer (crime habitual) e oferecer, quando esta última for feita verbalmente ou por gestos (crime unissubsistente). Entretanto, dada à diversidade de condutas, na prática a tentativa dificilmente ocorrerá. Assim, por exemplo, para que o sujeito venda o objeto material, o adquirirá ou possuirá anteriormente, quando o delito já estará consumado.

### ***Pena***

É de reclusão, de três a dez anos, e pagamento de mil e duzentos a dois mil dias-multa.

### ***Ação penal***

Pública incondicionada.

### ***Crime equiparado a hediondo***

O delito em questão é considerado pela maioria da doutrina como modalidade de tráfico de drogas, sendo a ele equiparado para efeito de aplicação da Lei nº 8.072/1990, que trata dos crimes hediondos e assemelhados. O artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/1.990, equiparou o delito de tráfico de drogas, dentre outros, aos crimes hediondos, sujeitando seu autor a severas consequências processuais e penais.

A conduta praticada pelo sujeito ativo é tão grave quanto o tráfico de drogas propriamente dito (art. 33, *caput*), uma vez que é a responsável pela fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas. Ou seja, sem os objetos materiais, não existiria a grande maioria das espécies de drogas conhecidas, notadamente em larga escala.

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

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

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

### **35.1 Associação para o tráfico (art. 35, *caput*)**

#### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

#### ***Sujeito ativo***

O crime poderá ser praticado por qualquer pessoa (crime comum). No entanto, exige o mínimo de duas pessoas, mesmo que uma delas seja inimputável ou desconhecida (crime plurissubjetivo).

***Sujeito passivo***

É a coletividade (crime vago).

***Conduta típica***

Consiste em associarem-se duas ou mais pessoas com o objetivo de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas.

O verbo “associarem-se” significa a reunião com vínculo estável e permanente (tempo indeterminado), no caso, de duas ou mais pessoas.

Como já ocorria no regime anterior, há necessidade de vínculo psicológico para a prática dos delitos por tempo indeterminado. Faltando esse elemento, o crime não estará caracterizado.

A expressão “reiteradamente” significa repetidamente, ou seja, com habitualidade. Na associação para o tráfico pode existir, ou não, o propósito de praticar os delitos (arts. 33, *caput*, § 1º, ou 34) reiteradamente. No entanto, não há necessidade de que os crimes sejam cometidos, mas que a associação se dê com esse propósito. A rigor, sequer haveria a necessidade da inserção no tipo do elemento “reiteradamente ou não”, uma vez que, havendo o propósito, ou não, do cometimento habitual dos delitos elencados no dispositivo, haverá a adequação típica.

Com efeito, são elementos deste crime:

- 1) reunião de duas ou mais pessoas;
- 2) vínculo psicológico para o tráfico de drogas (arts. 33, *caput*, § 1º, ou 34) por tempo indeterminado.

Para efeito de caracterização do delito, pouco importa se na associação existem inimputáveis ou desconhecidos. Faz-se necessário, apenas, que haja prova do concurso de duas ou mais pessoas (elemento objetivo do tipo).

Não se exige, igualmente, que os componentes da associação se conheçam e a nítida divisão de funções. Basta, apenas, que a associação vise à prática de um número incerto de crimes, no caso, de tráfico de drogas, por tempo indeterminado (elemento subjetivo do tipo).

Como o tipo penal pressupõe a existência de duas ou mais pessoas para a caracterização do crime, ocorrendo a absolvição de componentes da associação, de modo que reste apenas um deles, não subsiste o delito por falta de adequação típica.

### ***Elemento subjetivo***

O crime é doloso com a finalidade especial de praticar os crimes descritos nos artigos 33, *caput*, § 1º, ou 34, por tempo indeterminado.

Como ocorria na legislação anterior (art. 14 da Lei nº 6.368/1976), não basta simplesmente o dolo de agir em concurso para a prática de tráfico de drogas, mas a especial intenção associativa de forma estável por tempo indeterminado. Assim, não configura o delito a associação ocasional para o tráfico de drogas, mesmo que um ou mais crimes sejam cometidos, mas sem o *animus* associativo. Se, na traficância, houver o envolvimento de duas ou mais pessoas, mas sem o vínculo associativo, haverá mero concurso de agentes.

E como tem reiteradamente decidido o Superior Tribunal de Justiça: “Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o *animus associativo* não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343.2006”. (HC 349837/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 03.05.2016. No mesmo sentido REsp 1501842/PR, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 05.04.2016).

### ***Autonomia***

O crime de associação para o tráfico, do mesmo modo que ocorre com o de associação criminosa (art. 288 do CP), é autônomo em relação aos demais delitos praticados, sendo prescindível para a sua configuração o efetivo cometimento dos crimes descritos nos artigos 33, *caput*, § 1º, ou 34 (STJ: REsp 113728/SC, 5º T., rel. Min. Felix Fischer, v.u., j. 29/09/2009).

Com efeito, havendo o cometimento dos crimes para o qual houve a associação, ocorrerá concurso material de delitos, haja vista nova violação ao bem jurídico.

### ***Associação ocasional***

Como já visto, o delito em questão exige vínculo psicológico para o tráfico de drogas (artigos 33, *caput*, § 1º, ou 34) por tempo indeterminado. A reunião ocasional e esporádica, sem o vínculo associativo, não o enseja. Pela Lei nº 6.368/76, havendo a mera associação ocasional, justificava a aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 18, III. No entanto, a lei nova não mais contempla esta majorante, ocorrendo o fenômeno da *novatio legis in mellius*.

Surge, portanto, a seguinte indagação: é possível aplicar o artigo 383, *caput*, do Código de Processo Penal e reconhecer o crime autônomo (artigo 14)



hoje previsto no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 para aquela pessoa que está sendo processada ou já foi condenada em primeiro grau por tráfico de drogas com a majorante da associação ocasional?

Poder-se-ia argumentar que, como a associação está descrita na denúncia, o Magistrado estaria autorizado a condenar o agente por tráfico de drogas em concurso com a associação para o tráfico de drogas (artigo 14, da Lei nº 6.368/76).

Não nos parece correto esse entendimento. É certo que o Juiz analisa os fatos descritos na inicial acusatória e não a classificação jurídica a eles dada. Isso porque o acusado se defende da conduta a ele imputada e não da tipificação legal. O Juiz, por força do artigo 383, *caput*, do Código de Processo Penal, poderá dar ao fato definição jurídica diversa da capitulada na denúncia, mesmo que tenha de aplicar pena mais grave.

Contudo, o réu foi acusado de delito com uma causa de aumento de pena. Não houve imputação de dois delitos, mas de apenas um agravado. Assim, haveria violação do contraditório e da ampla defesa, caso fosse o réu condenado por um delito do qual não foi formalmente acusado.

E se não bastasse esse argumento, quando há imputação da causa de aumento de pena e não do crime de associação para o tráfico de drogas, é porque o representante do Ministério Público entendeu não estar presente o vínculo psicológico para o tráfico por tempo indeterminado, ou seja, que ocorreu apenas uma associação ocasional, que se confunde com o concurso de pessoas.

Com efeito, o acusado não se defendeu do crime de associação para o tráfico, mas da imputação de delito com uma causa de aumento de pena, que não possui os mesmos requisitos do crime autônomo, que era previsto no artigo 14 da revogada Lei de Tóxicos e no artigo 35 da atual. Inadmissível, desse modo, que se utilizando da chamada *emendatio libelli*, o juiz termine condenando o réu por um fato do qual não foi denunciado.

É outra a solução caso tenha sido ofertada denúncia com base na revogada Lei nº 6.368/76, imputando a alguém a conduta prevista nos artigos 12 ou 13 com a causa de aumento de pena do artigo 18, III, e surjam, no curso da instrução, indicativos de que os agentes mantinham especial intenção associativa de forma estável por tempo indeterminado para a prática de tráfico de drogas. Nesta hipótese, a denúncia poderá ser aditada para inclusão do crime do qual agora se apuraram indícios. Dependendo do andamento da ação penal original, nada obsta que, aplicada a regra do artigo 80 do Código de Processo Penal, proceda-

se à separação dos processos, passando a tramitar contra o réu ou os réus duas ações penais: uma pela acusação de tráfico e outra pela acusação de associação para o tráfico. É importante salientar que, a fim de evitar dupla valoração (*bis in idem*), havendo aditamento da denúncia para inclusão do artigo 14 da revogada Lei de Tóxicos, por fato ocorrido durante sua vigência, deverá ser afastada a causa de aumento de pena da associação ocasional (artigo 18, III).

No caso de ação penal na qual o Promotor de Justiça ofertou denúncia imputando ao agente as condutas dos artigos 12 ou 13 e 14 da Lei nº 6.368/76, tendo sido proferida sentença condenatória afastando esta última figura, mas reconhecendo a causa de aumento do artigo 18, III, da Lei nº 6.368/76, ainda é possível que o acusado reste condenado pela acusação inicial. Se houve recurso do Ministério Público se insurgindo contra a desclassificação, nada impede que o Tribunal, no julgamento da apelação, reconheça sua procedência condenando o apelado pelas condutas descritas na inicial acusatória. Mas, se o recurso é exclusivo da defesa, não restará ao Tribunal outra solução que não seja afastar a figura do artigo 18, III, da Lei nº 6.368/76, mesmo no caso de julgar improcedente o apelo. Como a nova lei não mais contempla a figura da associação ocasional para o tráfico de drogas, esta deverá ser afastada da condenação, com a consequente redução da pena.

### ***Apreensão da droga***

No crime de tráfico de drogas (tipo fundamental) é exigida prova da materialidade por meio de laudo de exame químico toxicológico, que demonstre que o objeto é droga.

Já no tipo penal em apreço, a apreensão é desnecessária, haja vista que o crime é formal, sendo punida a associação estável para a prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, § 1º, ou 34, independentemente do cometimento dos crimes posteriores.

Sobre o tema, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que: “Não obstante a materialidade do crime de tráfico pressuponha a apreensão da droga, o mesmo não ocorre em relação ao delito de associação para o tráfico, que, por ser de natureza formal, sua materialidade pode advir de outros elementos de provas, como, por exemplo, interceptações telefônicas” (HC nº 148480/BA, rel. Min. Og Fernandes, v.u., j. 06/05/2010).

Do mesmo modo, no que tange à associação para a prática dos demais tipos penais que necessariamente possuem objetos materiais (art. 33, § 1º, I e II, e

art. 34), não há necessidade da sua apreensão. Basta, para a adequação típica, que ocorra a associação estável para a prática destes crimes, mesmo que eles não venham a ser cometidos.

### ***Qualificação doutrinária***

O crime é doloso, com a finalidade especial de praticar o tráfico de drogas por prazo indeterminado. É crime comum, formal, permanente, plurissubjetivo, de perigo comum e abstrato.

Não se trata de crime equiparado a hediondo, da mesma forma que ocorreria com o delito previsto no artigo 14 da Lei nº 6.368/1976. A Constituição Federal e a Lei nº 8.072/1990 não o preveem expressamente como crime equiparado a hediondo, mas apenas o tráfico de drogas. Cuidando-se de associação para o tráfico de drogas, não pode ser equiparado ao tráfico propriamente dito, sendo crimes autônomos (STJ: HC 353604/RJ, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 21.06.2016. REsp 113728/SC, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer, v.u., j. 29.09.2009).

### ***Consumação e tentativa***

O crime se consuma com a associação, independentemente da prática de delito posterior (crime formal). Não há possibilidade da ocorrência de tentativa, haja vista a exigência de estabilidade e permanência.

Muito embora este delito seja de natureza permanente, nada impede que o mesmo agente o pratique mais de uma vez, desde que em contextos fáticos diversos (STJ: HC 309891/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 16.06.2016).

### ***Pena***

Quando da vigência da Lei nº 6.368/1976, sustentava Damásio Evangelista de Jesus: “Tratando-se de quadrilha formada para o fim de tráfico de drogas (somente os crimes descritos nos arts. 12 e 13 da Lei nº 6.368/1976), não se aplica o art. 288 do Código Penal (que exige quatro participantes, no mínimo), mas sim o art. 14 da lei especial (que se contenta, no mínimo, com duas pessoas), com a pena do artigo 8º da Lei nº 8.072/1990: reclusão, de três a seis anos” (*Código Penal Anotado*, p. 822).

Como o Eminent Professor, entendíamos que o artigo 14 da Lei nº 6.368/1976 havia sido apenas derogado quanto à pena, permanecendo sua definição típica.

A nova Lei de Drogas entrou em vigor em 08 de outubro de 2006 e expressamente revogou a Lei nº 6.368/1976 (art. 75). Com isso, encerrou-se a discussão sobre qual lei aplicar. Por ser posterior e tipificar o crime de associação para o tráfico de drogas, deverá ser aplicada a fatos ocorridos após a sua vigência, uma vez que tacitamente derogou o artigo 8º da Lei nº 8.072/1990 no que tange à quadrilha ou bando formado para o tráfico de drogas.

Com efeito, a pena para o delito é de reclusão, de três a dez anos, e pagamento de setecentos a mil e duzentos dias-multa.

### ***Ação penal***

Pública incondicionada.

## **35.2 Associação para o financiamento do tráfico (art. 35, parágrafo único)**

### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

### ***Sujeito ativo***

O crime poderá ser praticado por qualquer pessoa (crime comum). No entanto, exige o mínimo de duas pessoas, mesmo que uma delas seja inimputável ou desconhecida (crime plurissubjetivo).

### ***Sujeito passivo***

É a coletividade (crime vago).

### ***Conduta típica***

Consiste em associarem-se para a prática reiterada do crime de financiamento ou custeio para o tráfico de drogas (art. 36).

Enquanto o *caput* define a conduta de associação para o tráfico de drogas, o tipo em questão criou a associação destinada a financiar ou custear a prática de um dos crimes descritos nos artigos 33, *caput*, §1º, ou 34 (tráfico de drogas).

Do mesmo modo que ocorre com a associação para o tráfico de drogas, o tipo penal, embora não o diga expressamente, exige a participação de no mínimo duas pessoas, que se reúnem para prática reiterada do delito de financia-

mento ou custeio para o tráfico de drogas (art. 36). Isso porque não existe associação de uma só pessoa e o tipo é uma variante do descrito no *caput*.

No entanto, diferentemente do crime anterior, este exige que a associação tenha por escopo a prática reiterada, *i. e.*, habitual, do crime de financiamento ou custeio para o tráfico de drogas (art. 36).

Com efeito, com exceção da finalidade e da habitualidade, o delito em estudo pressupõe os mesmos elementos do de associação para o tráfico de drogas, ou seja:

- 1) reunião de duas ou mais pessoas;
- 2) vínculo psicológico para a prática reiterada do crime de financiamento ou custeio para o tráfico de drogas (art. 36) por tempo indeterminado.

Deve ser salientado que não há necessidade de que os crimes pretendidos sejam efetivamente cometidos, mas que a associação tenha este propósito. Havendo a prática do delito para o qual houve a associação, ocorrerá concurso material de crimes, haja vista a autonomia do delito em questão.

### ***Elemento subjetivo***

O crime é doloso com a finalidade especial de praticar o delito descrito no artigo 36 de forma contínua e por tempo indeterminado.

### ***Qualificação doutrinária***

Trata-se de crime doloso, com a finalidade especial de praticar o delito do artigo 36 de forma reiterada e por prazo indeterminado. É crime comum, habitual, formal, permanente, plurissubjetivo, de perigo comum e abstrato.

### ***Consumação e tentativa***

O crime se consuma com a associação, independentemente da prática de delito posterior (crime formal). Não há possibilidade da tentativa, haja vista a exigência de estabilidade e permanência.

### ***Pena***

É a mesma do *caput*, ou seja, reclusão, de três a dez anos, e pagamento de setecentos a mil e duzentos dias-multa.

### ***Ação penal***

Pública incondicionada.

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

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

### **36.1 Financiamento de práticas ligadas às drogas**

#### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

#### ***Sujeito ativo***

O crime poderá ser praticado por qualquer pessoa (crime comum).

#### ***Sujeito passivo***

É a coletividade (crime vago).

#### ***Conduta típica***

Consiste em financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, § 1º, e 34.

Financiar ou custear são termos sinônimos, que significam prover as despesas com dinheiro ou bens. O objeto da conduta é qualquer dos crimes descritos nos artigos 33, *caput*, § 1º, ou 34, i. e., delitos considerados como tráfico de drogas.

Cuida-se de conduta que pela legislação anterior era tida como participação no crime de tráfico de drogas. No entanto, dada à sua maior gravidade, o Legislador resolveu tratá-la como crime autônomo, cominando-lhe pena mais severa. É caso de exceção pluralista à teoria unitária no concurso de pessoas, uma vez que o financiador e o traficante praticam crimes distintos, embora o fato seja único.

Com efeito, aquele que sustentar com bens ou dinheiro a prática de tráfico de drogas (arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34) incorrerá no tipo penal em estudo (art. 36). Por isso, depende da prática de um dos crimes pelo traficante, uma vez que o tipo penal deixa evidente a necessidade do efetivo financiamento ou custeio e a realização dos tipos penais (arts. 33, *caput*, § 1º ou 34).

Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“1. O art. 36 da Lei n. 11.343/2006 diz respeito a crime praticado por agente que não se envolve nas condutas de traficância, ou seja, que financia ou custeia os crimes a que se referem os arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/2006, sem, contudo, ser autor ou partícipe (art. 29 do Código Penal) das condutas ali descritas. 2. Em relação aos casos de tráfico de drogas cumulado com o financiamento ou custeio da prática do crime, o legislador previu, de maneira expressa, a causa especial de aumento de pena prevista no inciso VII do art. 40 da Lei n. 11.343/2006”. (HC 306136/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u, j. 03.11.2015).

Dessa forma, não pode haver concurso de crimes entre as condutas previstas nos artigos 33 e 34 com a do artigo 36 da Lei de Drogas.

No caso de o traficante executar a traficância pessoalmente e também financiar ou custear a aquisição das drogas, responderá pelo crime do artigo 33 com o acréscimo da pena previsto no artigo 40, inciso VII, da Lei de Drogas (por financiar ou custear a prática do crime), não se lhe aplicando a conduta autônoma prevista no artigo 36 do mesmo diploma legal.

### ***Habitualidade***

Questão que vem causando controvérsia é se o crime em estudo é ou não habitual.

Entendido como habitual, não ocorrendo a reiteração de condutas, o sujeito será partícipe do crime por si financiado ou custeado (arts. 33, *caput*, § 1º ou 34) com a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VII (o agente custear ou financiar a prática do crime).

Por outro lado, entendido como crime instantâneo, não poderá ser aplicada a causa de aumento de pena (art. 40, VII) para aquele que estiver incurso no crime do artigo 36, a fim de evitar a dupla valoração (*bis in idem*) proibida no direito penal.

Pensamos ser o delito habitual, haja vista a existência de causa de aumento de pena para aquele que financiar ou custear a prática do crime (art. 40, VII). Aliás, esse entendimento se mostra compatível com a figura da associação para o financiamento ou custeio para o tráfico de drogas (art. 35, parágrafo único), que pressupõe, para sua caracterização, o propósito de reiteração do crime.

***Elemento subjetivo***

O crime é doloso e exige a consciência de estar financiando ou custeando os delitos (arts. 33, *caput*, § 1º, ou 34).

***Qualificação doutrinária***

O crime é doloso, material, comum, habitual, de perigo abstrato e coletivo.

***Consumação e tentativa***

O crime se consuma com o habitual financiamento ou custeio. Como o delito exige a reiteração de condutas, não se faz possível a tentativa.

***Pena***

É de reclusão, de oito a vinte anos, e pagamento de mil e quinhentos a quatro mil dias-multa.

***Ação penal***

Pública incondicionada.

***Crime equiparado a hediondo***

Quando da vigência da Lei nº 6.368/76, a doutrina e a jurisprudência, de forma majoritária, propugnavam no sentido de que somente os crimes descritos nos artigos 12 e 13 eram considerados modalidades de tráfico de drogas. Os artigos 33, *caput* e § 1º, e o 34 guardam similitude com os artigos 12 e 13 da lei revogada. Não restam dúvidas, portanto, de que estes dispositivos devem ser considerados como tráfico de drogas para efeito de enquadramento na Lei nº 8.072/1990.

Entretanto, o artigo 36 em exame define crime de maior gravidade, cominando-lhe penas mais severas do que para os praticantes dos crimes descritos nos artigos 33, *caput*, § 1º e 34.

O delito definido no artigo 36 nada mais é do que forma de colaboração para o tráfico especialmente tipificada e punida, que poderia ser enquadrada como participação no crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput* e § 1º, e art. 34), com fulcro no artigo 29 do CP. Visando a diferenciação na cominação das penas, o legislador o definiu como crime autônomo (exceção pluralista à teoria unitária no concurso de pessoas). Cuida-se, à evidência, de modalidade de



tráfico de drogas e deve ser tratada como tal. Não haveria sentido determinar o regime inicial fechado e dificultar a progressão de regime prisional para o autor dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, § 1º e 34 e não fazê-lo para o seu financiador, que pratica crime mais grave e tem culpabilidade mais acentuada.

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

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

### **37.1 Colaboração com o tráfico de drogas**

#### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

#### ***Sujeito ativo***

O crime poderá ser praticado por qualquer pessoa (crime comum).

#### ***Sujeito passivo***

É a coletividade (crime vago).

#### ***Conduta típica***

Consiste em colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinada à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, § 1º, e 34.

Colaborar tem o sentido de ajudar ou prestar auxílio. A colaboração deve ser como informante de grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes definidos nos artigos 33, *caput*, § 1º ou 34 (tráfico de drogas).

Grupo, organização e associação possuem o significado de reunião de pessoas. Como salienta Nucci (2013, p. 340): “são três termos que significam, na essência, o mesmo”.

Qualquer outra modalidade de colaboração, que não como informante do grupo, organização ou associação, poderá ensejar a participação no crime de tráfico de drogas (arts. 33, *caput*, § 1º ou 34) ou mesmo o crime do artigo 36, quando a colaboração consistir no habitual financiamento ou custeio da prática destes delitos.

Por outro lado, caso o sujeito seja integrante fixo do grupo, organização ou associação, praticará, junto com os demais integrantes, o crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, *caput*), ficando o delito menos grave absorvido.

Somente ocorrerá o delito em apreço quando a conduta do agente se limitar ao repasse de informações ao grupo, organização ou associação. Ele não poderá ter nenhum tipo de relação ou envolvimento mais profundo. Do contrário, participará da própria conduta típica e será considerado coautor ou partícipe do crime (tráfico de drogas ou associação para o tráfico).

No caso de o agente integrar a associação para o tráfico e/ou praticar condutas tipificadas como tráfico de drogas e, ainda, colaborar com informações para o grupo, associação ou organização, será responsabilizado apenas pelo(s) crime(s) mais grave(s). O Superior Tribunal de Justiça, sobre a questão, assim decidiu:

“O tipo penal trazido no art. 37 da Lei de Drogas se reveste de verdadeiro caráter de subsidiariedade, só ficando preenchida a tipicidade quando não se comprovar a prática de crime mais grave. De fato, cuidando-se de agente que participa do próprio delito de tráfico ou de associação, a conduta de colaborar com informações para o tráfico já é inerente aos mencionados tipos. Considerar que o informante possa ser punido duplamente, pela associação e pela colaboração com a própria associação da qual faz parte, além de contrariar o princípio da subsidiariedade, revela indevido *bis in idem*” (HC 224849/RJ, 5ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, v.u., j. 11.06.2013).

A informação poderá ser repassada para o grupo, associação ou organização para ajudá-los em sua atividade-fim (tráfico de drogas) e não necessariamente para auxiliar seus componentes a subtrair-se da ação da Polícia ou da Justiça, que é a forma mais comum do delito.

Há necessidade de que a informação repassada pelo sujeito ativo possua alguma importância para a realização dos crimes pelo grupo, associação ou organização. Se a informação não tiver qualquer relevância, não ocorrerá o delito por atipicidade da conduta. Isso porque a ação típica é colaborar, que pressupõe auxílio para a atividade-fim do grupo, associação ou organização, ou seja, para a prática dos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, § 1º, ou 34.

Será autor deste delito quem, por exemplo, alertar o grupo, associação ou organização destinada ao tráfico de drogas, por qualquer meio (rojão, sinal de luz, via rádio, celular etc.), da aproximação ou diligências da polícia. Nesse sentido, aliás, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “Não há diferença ontológica entre as expressões centrais de contribuir de qualquer forma (Lei n. 6.368/1976) e colaborar como informante (contida no artigo 37 da Lei n. 11.343/2006). Isso porque o “fogueteiro” é, sem dúvida, um informante” (HC 156656/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 06.05.2014. No mesmo sentido: STF, HC 106155/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, m.v., j. 04.10.2011. TJSP, Apelação nº 0005060-76.2015.8.26.0050, 11ª Câmara de Direito Criminal, rel. Guilherme G. Strenger, v.u., j. 24.02.2016).

Também será autor do crime o policial que mantém informada a associação destinada ao tráfico de drogas sobre as operações policiais ou mesmo dos grupos concorrentes. Nesse caso, incidirá a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, II.

Cuida-se de outro caso de exceção pluralista à teoria unitária no concurso de pessoas. Isso porque, a rigor, o agente seria partícipe do crime para o qual está colaborando com as informações. No entanto, o legislador resolveu punir o autor de forma mais branda, criando o tipo autônomo.

O sujeito que prestar segurança para o tráfico de drogas não praticará este crime, uma vez que não está colaborando com informação. Será partícipe do delito para o qual concorreu, no caso, do previsto no artigo 33, *caput*.

### ***Elemento subjetivo***

O crime é doloso, com a consciência de estar colaborando como informante com o grupo, associação ou organização destinada ao cometimento de qualquer dos crimes descritos nos artigos 33, *caput*, § 1º, ou 34.

### ***Qualificação doutrinária***

O crime é doloso, de mera conduta, comum, instantâneo, de perigo abstrato e coletivo.

### ***Consumação e tentativa***

O crime estará consumado com a colaboração mediante a apresentação de informação. Basta, para a caracterização do delito, que haja a colaboração

com informação e que o grupo, associação ou organização estejam formados e sejam destinados a praticar os delitos descritos nos artigos 33, *caput*, § 1º ou 34.

A tentativa será possível quando a informação for repassada por escrito (crime plurissubsistente). Quando verbal ou por gestos, não será possível, uma vez que o crime já estará consumado (crime unissubsistente).

### ***Pena***

É de reclusão, de dois a seis anos, e pagamento de trezentos a setecentos dias-multa.

### ***Ação penal***

Pública incondicionada.

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

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

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

## **38.1 Prescrição de drogas sem determinação legal**

### ***Objeto jurídico***

É a saúde pública (principal) e a vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundária).

### ***Objeto material***

São as drogas, ou seja, as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência física ou psíquica. Como se trata de norma penal em branco, cabe ao Executivo da União especificar em lei ou relacionar em listas atualizadas periodicamente quais são as substâncias ou os produtos considerados como drogas (art. 1º, parágrafo único). Atualmente, as drogas vêm relacionadas na portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (art. 66).

O termo “drogas”, ou seja, no plural, não significa que há necessidade de prescrição ou ministração de mais de uma espécie de droga. Diz respeito à generalidade, isto é, que qualquer espécie de droga ensejará a adequação típica, independentemente da quantidade.

### ***Sujeito ativo***

Na conduta de prescrever, o delito só poderá ser cometido por médico ou dentista. Na de ministrar, por médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem. É, pois, crime próprio, uma vez que somente estes profissionais estão habilitados a prescrever ou ministrar remédios à base de substâncias ou produtos capazes de causar dependência.

Diferentemente do delito que era previsto no artigo 15 da Lei nº 6.368/1976, o tipo penal não diz expressamente quem pode praticar as condutas. No entanto, a interpretação da norma nos leva à conclusão de que o delito é próprio e somente pode ser praticado por médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem, do mesmo modo que ocorria com a norma revogada. As condutas de prescrever e ministrar pressupõem condição especial do sujeito ativo, isto é, somente podem ser praticadas pelos profissionais que atuam na área da saúde.

Caso o sujeito que prescreva ou ministre a droga não tenha habilitação legal para fazê-lo, como um falso médico, um veterinário ou um psicólogo, o crime será de tráfico de drogas (art. 33, *caput*).

### ***Sujeito passivo***

É a coletividade e o paciente.

### ***Conduta típica***

Consiste em prescrever ou ministrar droga culposamente:

- 1) sem que delas necessite o paciente;
- 2) em doses excessivas; ou
- 3) em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Prescrever tem o sentido de receitar. Somente o médico ou o dentista podem prescrever determinadas substâncias ou produtos considerados como drogas, mas para fins terapêuticos, como, por exemplo, medicamento à base de morfina para o alívio de dores.

Ministrar significa introduzir no organismo de terceira pessoa a droga prescrita por médico ou dentista. Pode ser feita por meio de ingestão, aplicação, inalação ou qualquer outro meio apto para tanto.

Na primeira modalidade do delito, o sujeito ativo, agindo com culpa, prescreve ou ministra a droga sem necessidade; ou seja, o paciente não necessita usar a droga que lhe foi receitada ou ministrada. Inclui-se no tipo aquele que prescrever ou ministrar droga à pessoa errada, desde que tenha agido com culpa (imprudência, imperícia ou negligência).

Na segunda conduta, o sujeito ativo, agindo com culpa, prescreve ou ministra a droga, em doses acima do necessário para curar ou aliviar uma doença ou um mal. Pode ocorrer, v. g., que o paciente necessite de 0,1 g de determinada droga para aliviar um sintoma, mas lhe seja receitado ou ministrado 0,2 g por culpa do sujeito ativo. Nesse caso, ele incorrerá no tipo penal.

Na terceira conduta, o sujeito ativo, agindo com culpa, prescreve ou ministra a droga em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elemento normativo do tipo). Os profissionais da saúde são obrigados a obedecer a determinadas normas sobre medicamentos, mormente os controlados, que podem causar dependência. Caso o sujeito ativo, por culpa, deixe de obedecer à determinação de lei ou de regulamento no que é pertinente à prescrição ou ministração de droga, incorrerá no tipo penal.

Todas as condutas exigem a ocorrência de culpa (imprudência, imperícia ou negligência), que é elemento normativo do tipo. A existência de dolo, direto ou eventual, ensejará crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*).

### ***Qualificação doutrinária***

O crime é culposo, próprio, de perigo comum e abstrato.

### ***Consumação e tentativa***

O crime se consuma com a entrega do receituário (prescrever) ou com a introdução no organismo da droga (ministrar). Por ser crime culposo, não admite a tentativa.

### ***Pena***

É de detenção, de seis meses a dois anos, e pagamento de cinquenta a duzentos dias-multa.

***Ação penal***

Pública incondicionada.

**Comunicação ao Conselho Profissional (art. 38, parágrafo único)**

Havendo condenação, o juiz a comunicará ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente. A finalidade do dispositivo é propiciar a instauração de procedimento administrativo visando à apuração da conduta na órbita profissional.

Referido dispositivo reforça o entendimento de que o crime é próprio, uma vez que, se fosse comum, não haveria necessidade da comunicação.

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

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

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

**39.1 Condução de embarcações ou aeronaves após o consumo de drogas*****Objeto jurídico***

Diferentemente dos demais delitos, o bem juridicamente protegido não é a saúde pública, mas a incolumidade pública. Esta pode ser definida como a segurança da sociedade como um todo em face do dano que as pessoas possam sofrer contra seus bens juridicamente protegidos, no caso a vida, a saúde e a integridade física.

***Sujeito ativo***

O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

***Sujeito passivo***

É a coletividade (principal), cuidando-se de crime vago. Poderá ser sujeito passivo secundário a pessoa que venha eventualmente a ser vítima do perigo de dano.

***Conduta típica***

Consiste em conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Conduzir tem o sentido de dirigir ou pilotar. O objeto da conduta é a embarcação ou a aeronave. Embarcação é qualquer meio de transporte utilizado para navegação. Aeronave é qualquer aparelho que possa voar. Ambas podem ser empregadas para o transporte de pessoas ou coisas. Para a caracterização do delito a embarcação ou a aeronave deverá estar em movimento, com ou sem o motor ligado.

Drogas são as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (art. 1º, parágrafo único).

Com efeito, a condução de embarcação em águas públicas por pessoa em estado de embriaguez alcoólica, colocando em perigo a segurança alheia, não configurará este delito, mas a infração contravençional prevista no artigo 34 da Lei das Contravenções Penais. Isso porque o álcool não é considerado droga para fins penais, não podendo ser enquadrado no presente dispositivo.

Do mesmo modo, a condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência é crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Somente ocorrerá o delito em estudo quando a condução for de embarcação ou aeronave e o sujeito tiver feito uso de qualquer espécie de droga, e advier perigo concreto de dano à coletividade, não sendo exigido que pessoa determinada seja exposta a risco de dano.

***Elemento subjetivo***

O crime é doloso. Exige a consciência do agente de que ao conduzir a embarcação ou aeronave após consumir droga colocará (dolo direto) ou poderá colocar (dolo eventual) em perigo concreto de dano a incolumidade pública.



### ***Qualificação doutrinária***

O crime é doloso, comum, instantâneo, material, de perigo concreto e comum.

### ***Consumação e tentativa***

O crime estará consumado com a produção do perigo, ou seja, da possibilidade da ocorrência de dano à incolumidade de terceiros. Não é possível a tentativa. Ou há produção do perigo concreto, quando o delito estará consumado, ou ele não ocorre, ocasião em que não haverá delito. Há quem defenda ser possível a tentativa, uma vez que o crime é plurissubsistente (cf.: JESUS, 2010, p. 197).

### ***Pena***

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

### ***Ação penal***

Pública incondicionada.

### ***Forma qualificada (art. 39, parágrafo único)***

Na forma simples do delito (art. 39, caput) o veículo (embarcação ou aeronave) não se destina ao transporte coletivo de pessoas. Caso isso ocorra, o crime tem a pena sensivelmente elevada, ou seja, passa a ser de quatro a seis anos de prisão e pagamento de quatrocentos a seiscentos dias-multa, que serão aplicadas cumulativamente.

O que nos chama a atenção é que em nosso ordenamento jurídico, com exceção das contravenções penais em que há previsão da pena de prisão simples, as privativas de liberdade previstas no Código Penal possuem como espécies a reclusão e a detenção. O tipo qualificado comina pena de prisão e não faz referência a qual espécie. No entanto, como o *caput* comina pena de detenção, acreditamos ser razoável que ao tipo qualificado também se aplique pena de detenção, uma vez que é mais benéfica para o acusado.

O tipo penal não exige a presença de passageiros na aeronave ou na embarcação, mas apenas que elas se destinem ao transporte coletivo de pessoas. O sujeito não está sendo punido porque colocou alguém determinado em risco

de dano, o que pode acontecer até no crime simples previsto no caput. A maior punição se deve ao fato de o agente consumir droga e conduzir veículo em que normalmente são transportados passageiros, gerando perigo de dano. Demonstra, com isso, maior culpabilidade e, em consequência, merece severa punição. Dessa forma, para a caracterização do delito, esses veículos poderão estar ocupados por passageiros ou não.

### ***Competência***

Cuidando-se de aeronave ou navio (embarcação de médio ou grande porte), a competência é da Justiça Federal (art. 109, IX, da CF), ressalvada a competência da Justiça Militar. Sendo a embarcação de pequeno porte, a competência é da Justiça Comum Estadual.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I – a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II – o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV – o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI – sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII – o agente financiar ou custear a prática do crime.

## 40.1 Causas de aumento de pena

### *Generalidades*

As causas de aumento de pena elencadas no artigo 40 são aplicáveis somente aos crimes descritos nos artigos 33 a 37 da Lei de Drogas.

O dispositivo apresenta várias circunstâncias que ensejarão o aumento da pena de um sexto a dois terços, que, inclusive, poderão concorrer entre si. Assim, a existência de mais de uma deverá ser levada em consideração pelo juiz na dosagem do aumento.

Havendo mais de uma causa de aumento, o juiz, à vista do caso concreto, por uma delas, aumentará a pena de um sexto a dois terços, funcionando as demais como circunstâncias judiciais. No entanto, nada impede que o juiz, havendo uma só causa de aumento de pena, aumente a reprimenda em qualquer dos patamares previstos na norma (um sexto a dois terços). Ocorrendo mais de uma causa de aumento, já tendo sido elevada a pena ao máximo (dois terços) por uma ou mais delas, as demais existentes deverão figurar como circunstâncias judiciais (art. 59 do CP).

Aliás, como se trata de causa de aumento, poderá levar à fixação da pena acima do máximo cominado no tipo penal, do mesmo modo que a causa de diminuição de pena pode diminuí-la aquém do mínimo legal. São circunstâncias autônomas, ou seja, uma não depende da existência da outra. Devem ser levadas em consideração pelo juiz na terceira fase de fixação da pena (art. 68 do CP).

### *Art. 40, I*

Incidirá quando a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito. Com efeito, demonstrado que o objeto material é destinado à saída ou entrada no território nacional, ou se o crime tiver iniciado em um país e se consumado em outro, a pena deverá ser majorada.

Também é considerado tráfico transnacional “[...] aquele cometido em mais de um país, ou que é cometido em um só país, mas parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro país, ou que é cometido em um só país, mas envolva a participação de grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um país, ou, ainda, aquele praticado em um só país, mas que produza efeitos substanciais em outro país (defi-

nição dada pela Convenção contra o crime organizado transnacional, art. 3º, nº 2; cf. MORAES; SMANIO, 2007, p. 133).

Não se exige que haja a efetiva entrada ou saída do objeto material do território nacional, mas que fique demonstrado que ele se destinava à importação ou à exportação proibida, como quando ocorre a sua interceptação em zona de fiscalização alfandegária ou nas áreas de embarque internacional (TRF da 5ª Região, Apelação Criminal nº 6570 CE (2008.81.00.007416-6), rel. Juiz Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, v.u., j. 03/09/2009).

O tipo penal não faz qualquer referência à reiteração de atos. Basta, assim, a prática de apenas uma conduta para que incida a majorante, não sendo, portanto, delito habitual.

Discute-se se há, ou não, *bis in idem* quando da imputação da conduta de importar ou exportar droga com a causa de aumento de pena em estudo, uma vez que haveria dupla incidência sobre o mesmo fato. Não nos parece ocorrer dupla valoração quando o agente, antes de importar ou exportar a droga, já houvesse praticado outra conduta típica prevista como tráfico de drogas (aquisição, porte, transporte, manutenção em depósito etc.). E, para que haja posterior importação ou exportação, no mínimo o agente terá adquirido a droga para o fim de tráfico. Aliás, para que não ocorra qualquer alegação nesse sentido, é recomendável que também constem da denúncia as condutas anteriores à importação ou exportação.

Provado o tráfico transnacional, a competência para o julgamento é da Justiça Federal (art. 70, *caput*).

#### ***Art. 40, II***

Trata-se de causa de aumento de pena que incide sobre aquele que praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância. Exige, portanto,nexo causal entre o desempenho da função pública ou missão e a prática do delito.

Função pública é o conjunto de atribuições que o Poder Público impõe aos seus servidores para a realização de serviços no plano dos três poderes. Não há necessidade de que o agente exerça função pública relacionada com a repressão à criminalidade, como exigia a lei anterior. Basta que o agente seja funcionário público nos termos do artigo 327 do Código Penal e que viole seu dever funcional na prática do delito. Assim, o sujeito deve se aproveitar das facilidades que a função pública lhe propicia para cometer o crime.

Quem desempenha certas atribuições no âmbito da atividade ou vida privada também poderá incorrer na causa de aumento de pena, desde que não cumpra a sua missão. É o caso daqueles que exercem missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância e que delas se aproveitam para o cometimento do delito.

No que é pertinente à missão de educação, estão enquadrados aqueles que devem ensinar o aluno a se comportar condignamente e dentro dos padrões sociais exigidos, isto é, os professores.

Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção deles. O poder familiar vem disciplinado pelos artigos 1.630 e seguintes do Código Civil. Poderá haver concomitantemente a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso VI do art. 40. Podemos citar, como exemplo, o caso do genitor que fornece drogas a seu filho menor de dezoito anos para usá-la.

Por último, será merecedor do aumento de pena aquele que possuir a missão de guarda ou vigilância do objeto material do delito. Há necessidade de dever específico de guarda ou vigilância desses objetos, sendo isso de ciência do agente. É o caso, por exemplo, do responsável pela farmácia de um hospital que subtrai e vende remédios à base de morfina. Como os termos são genéricos, também responderá pela majorante aquele que tem o dever de guarda ou vigilância sobre alguém, como o guardião de um menor, que a ele fornece droga.

### ***Art. 40, III***

Também haverá o aumento da pena quando a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.

A razão do aumento da pena é o maior perigo quando o objeto material, especialmente a droga, circula nas dependências ou imediações desses locais. Neles ou existem muitas pessoas, sendo mais fácil a distribuição da droga, ou são locais em que a droga é especialmente danosa aos que ali estão, como os estabelecimentos prisionais, clínicas para tratamento de dependentes de drogas, unidades militares ou policiais etc.

Os locais descritos na norma são taxativos, não podendo haver ampliação para abarcar outros não expressamente mencionados.

O termo “imediações” pressupõe proximidade do local, de modo que o objeto material seja mais facilmente distribuído ou oferecido. A existência dessa circunstância vai depender da análise do caso concreto.

Não há necessidade de que fique demonstrado que o sujeito traficava drogas diretamente com os frequentadores ou ocupantes destes locais, mas que o crime fora praticado nas dependências ou imediações deles. A pena é majorada exclusivamente em razão do lugar onde o tráfico é cometido, uma vez que serão seus frequentadores expostos ao risco inerente à atividade criminosa.

No que tange ao tráfico de drogas nas imediações de estabelecimento de ensino, decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que: “A constatação de que o tráfico de drogas era praticado nas imediações de estabelecimento de ensino torna dispensável a comprovação de que o paciente comercializava entorpecentes diretamente com os alunos da escola” (HC nº 121.793/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.08.2011, v.u.).

Em decisão monocrática acerca do tema decidiu o Ministro Joel Ilan Paciornik: “Contudo, é pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que aplicação da causa de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 incide em razão do lugar do cometimento do crime, objetivamente. Ademais, nas hipóteses nas quais o delito é cometido nas proximidades de estabelecimento educacional, mostra-se desnecessária a efetiva comprovação de que a mercancia visava a atingir os estudantes” (REsp nº 1.589.109/SP, j. 14.04.2016).

No mesmo sentido também decidiu a Quinta Turma quanto ao tráfico de drogas cometido nos locais descritos no inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas: “A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais” (HC nº 219.589/SP, rel. Min. Laurita Vaz, v.u., j. 21.02.2013).

Como se trata de crime de perigo abstrato, basta para o aumento da pena que a conduta seja objetivamente cometida nas proximidades desses locais, independentemente de comprovação de que algum dos seus frequentadores tenha adquirido ou recebido a droga ou que o tráfico os tenha em mira.

Deve-se observar que não é possível aumentar a pena em razão da majorante em comento e, pelo mesmo fundamento, justificar a sua menor redução em razão do reconhecimento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, a fim de não

se caracterizar dupla valoração (*bis in idem*). A respeito do tema, decidiu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Configura indevido *bis in idem* a utilização da circunstância de o crime ter sido cometido nas dependências de estabelecimento prisional para fundamentar tanto o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quanto a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, razão pela qual tal fundamento deve ser decotado para efeito de escolha da fração de redução.” (HC 313677/RS, re. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 21.06.2016).

#### **Art. 40, IV**

Cuida-se de causa de aumento de pena não descrita na legislação anterior, mas que sabiamente foi inserida. Assim, se o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva, incidirá a majorante.

Violência é a física empregada contra a pessoa, não alcançando a contra a coisa. A violência tem o propósito de vencer uma resistência real ou suposta.

Grave ameaça consiste na revelação à vítima do propósito de causar-lhe mal atual ou futuro e grave, que somente o agente terá como evitar. Essa promessa de mal pode ser da produção de dano ou de perigo, pouco importando qual deles seja prenunciado pelo agente. Pode ser empregada por gestos, escritos, palavra ou qualquer meio simbólico.

Arma de fogo é o instrumento, industrial ou manufaturado, capaz de arremessar projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil. Poderá ser de qualquer natureza (uso permitido ou restrito), uma vez que a norma é omissa quanto a esse aspecto. Exemplos: revólver, pistola, espingarda de alma raiada ou não, metralhadora etc.

A violência ou a grave ameaça poderá ser imposta a uma ou a várias pessoas. Assim, poderá ser individual, coletiva ou difusa. Nos dois últimos casos, ou será endereçada a um grupo determinável de pessoas (coletiva) ou indeterminável (difusa). Tais situações vêm ocorrendo nos morros do Rio de Janeiro em que grupos ou organizações criminosas impingem o medo, por meio da violência ou grave ameaça, à população local com o fim de traficar drogas sem qual-

quer importunação. Tanto a violência quanto a grave ameaça podem ser empregadas com ou sem arma de fogo.

Aliás, a simples presença da arma de fogo durante a execução do delito já é suficiente para o aumento da pena, uma vez que a majorante é autônoma em relação à violência ou grave ameaça, podendo, assim, ocorrer isoladamente.

Não pensamos que somente a intimidação difusa ou coletiva ensejará a majorante, uma vez a norma, em seu encerramento, diz “qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva”. Assim, além da violência, grave ameaça ou emprego de arma de fogo, também incidirá o aumento da pena nas situações em que número maior de pessoas é alcançado por qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva. Seria o caso de interpretação analógica se a norma tivesse dito “qualquer outro processo de intimidação difusa ou coletiva”, que não ocorreu.

#### *Art. 40, V*

Trata-se de outra inovação da Lei de Drogas de salutar importância. Com efeito, caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal, haverá o aumento da pena. É o caso do sujeito que adquire droga no Mato Grosso e a vende em São Paulo.

O aumento da pena pode incidir sobre os tipos penais descritos nos artigos 33 a 37 da Lei de Drogas. Assim, o objeto material pode ser, além da droga, que é o mais comum, a matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, bem como maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas (arts. 33, § 1º, I, e 34).

O posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que para a caracterização do tráfico interestadual e conseqüente incidência da majorante haveria necessidade de que o objeto material ultrapassasse a fronteira estadual ou do Distrito Federal (5ª T., AgRg no REsp. nº 1.179.926/MT; Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.11.2010, v.u.; 6ª T., HC nº 99.373/MS, Rel. Jane Silva, j. 18.03.2008, v.u).

No entanto, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, por unanimidade de votos, decidiu que, para a caracterização do tráfico interestadual é desnecessária a efetiva transposição das fronteiras do Estado, bastando a existência de elementos que sinalizem a destinação da droga para além dos limites Estaduais. A inovação legislativa visa



coibir a expansão do tráfico de entorpecentes entre os Estados da Federação e dá concretude ao princípio da individualização da pena, levando em consideração a maior culpabilidade do autor da conduta (HC nº 99452/MS, j. 21.09.2010).

O Superior Tribunal de Justiça também alterou o posicionamento anterior e passou a entender que para a caracterização do tráfico interestadual não é necessária a transposição da fronteira entre as unidades da Federação, bastando evidências de que a droga terá como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais (5ª Turma, REsp. nº 1.199.567/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.02.2011, v.u.; 6ª T., HC nº 109.724, Rel. Min. Og Fernandes, j. 23.08.2011, v.u.; 6ª Turma, REsp nº 1.395.420/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 20.08.2013, v.u.).

Com efeito, de acordo com pacífica jurisprudência, para que incida a causa de aumento de pena, não é necessária a efetiva transposição das divisas dos Estados-Membros (ou do Distrito Federal), bastando que fique demonstrado pelas provas dos autos que o objeto material teria como destino localidade de outro Estado da Federação ou do Distrito Federal.

#### ***Art. 40, VI***

Aquele que pratica o delito envolvendo ou visando atingir pessoas que não possuem o discernimento necessário merece o aumento da pena. Assim, se a prática do crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação, haverá o aumento da pena.

Criança é a pessoa com menos de doze anos de idade, enquanto adolescente é a que conta com doze a dezoito anos de idade incompletos (art. 2º do ECA).

Pessoas com a capacidade de entendimento e determinação suprimida ou diminuída podem ser os inimputáveis ou semi-imputáveis (art. 26 do CP); os velhos senis, os ébrios etc. A norma deixa claro que qualquer forma de perda ou supressão da capacidade de entender e de querer ensejará o aumento da pena.

No confronto com o artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve prevalecer a Lei de Drogas. Referido dispositivo determina a punição daquele que 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, cominando pena de dois a quatro anos de detenção e multa, se

o fato não constitui crime mais grave. Trata-se de crime eminentemente subsidiário, devendo prevalecer a norma prevista na Lei de Drogas que, além de especial, possui pena mais grave.

#### **Art. 40, VII**

Também haverá o aumento da pena para aquele que financiar ou custear a prática do crime. Não se trata do delito previsto no artigo 36, que possui especialidades próprias. Caso haja a prática de um dos delitos previstos nos artigos 33, 34, 35 e 37 e o agente o prover com dinheiro ou bens, haverá o aumento da pena.

Praticado o crime previsto no artigo 36, esta majorante não poderá incidir, a fim de que não ocorra dupla valoração (*bis in idem*).

Com efeito, a única forma razoável de conciliar a existência do crime do artigo 36 com a referida causa de aumento de pena é entender aquele como habitual. Assim, a título de exemplo, se o agente financiar ou custear a prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*) apenas uma vez será participe daquele delito (art. 33, *caput*) com o acréscimo da pena decorrente da majorante (art. 40, VII). Havendo habitualidade no financiamento ou custeio para o tráfico de drogas, o crime será o previsto no artigo 36 sem a incidência desta causa de aumento de pena.

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

#### **41.1 Colaboração ou delação premiada**

É o benefício concedido para o autor de um delito que colabora voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal. A nossa legislação prevê várias formas de colaboração ou delação premiada.

Esse eficiente método de obtenção de prova já é aplicado na grande maioria dos países democráticos, mas apenas recentemente passou a figurar em nosso sistema legal. O método é eficaz notadamente na apuração de crimes cometidos em organização ou associação criminosa, pois envolve, na maioria das vezes, número considerável de pessoas.

O crime organizado é um fenômeno mundial e transcende as fronteiras internacionais. Bilhões de dólares frutos dos mais variados crimes são movimentados anualmente por meio de transferências eletrônicas ou “doleiros”, que levam os valores pessoalmente através dos países.

É impossível combater eficazmente o crime organizado sem instrumentos modernos de investigação.

A ideia é muito simples: são oferecidas vantagens processuais a uma pessoa investigada ou acusada da prática de crime em troca de informações que levem aos demais integrantes da organização ou associação criminosa, esclarecimentos de crimes, recuperação de bens e valores, prevenção de novas infrações penais e localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Ao colaborador poderá o juiz, homologado o acordo, conceder vários benefícios legais.

Para que seja possível essa barganha ao menos um dos integrantes deve ser identificado. Além disso, as provas a ele apresentadas devem ser substanciais de modo que haja chance real ou mesmo a certeza da condenação a severas sanções. Sem isso, não haverá estímulo para o acordo.

Percebe-se, assim, que o trabalho de investigação deve ser eficiente não apenas para identificar um dos autores do(s) crime(s), mas também para angariar provas convincentes para a elaboração do acordo de colaboração premiada.

Uma das formas de delação premiada encontra-se prevista no artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990, que determina a diminuição de um a dois terços da pena para o participante ou associado que delatar a quadrilha ou bando à Autoridade (Juiz, Promotor, Delegado etc.) e possibilitar seu desmantelamento. O benefício alcança a quadrilha ou bando formada para a prática de crimes hediondos ou equiparados, haja vista que é previsto na Lei dos Crimes Hediondos. Incide sobre o crime de quadrilha ou bando e não nos por ela praticados. Aproveita ao denunciante e há necessidade do efetivo desmantelamento da quadrilha ou bando. O quantum da diminuição da pena varia de acordo com a maior ou menor contribuição causal do agente para o desmantelamento da quadrilha ou bando. Mesmo com a nova redação dada ao art. 288 do Código Penal, continua sendo possível a delação premiada prevista no art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90. Isso porque, muito embora o dispositivo se refira a “*bando ou quadrilha*”, não se trata de norma penal incriminadora, sendo possível a aplicação da analogia *in bonam partem*; no entanto, a associação criminosa deverá

ser composta por mais de três pessoas, que é o número mínimo exigido para a formação de quadrilha ou bando.

A Lei de Combate às Organizações Criminosas, Lei 12.850, de 02.08.2013, permite ao juiz, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. Para tanto, a colaboração deverá levar a um ou mais dos seguintes resultados: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade corporal preservada. O Ministério Público também poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos do artigo 4º da aludida lei. A concessão do benefício levará em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Sendo a colaboração posterior à prolação da sentença condenatória, a pena a ser cumprida poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime prisional ainda que ausentes os requisitos objetivos.

A Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), no art. 1º, § 5º, dispõe que a pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Alcança apenas os crimes previstos na aludida lei. O juiz, para a aferição do benefício a ser concedido, deverá atentar para as circunstâncias do caso concreto, mormente quanto à maior ou menor contribuição do agente.

A Lei nº 9.807/1999, que trata do programa de proteção às vítimas e testemunhas, instituiu a delação ou colaboração premiada como forma de perdão judicial (art. 13) e como causa de diminuição de pena (art. 14).

De acordo com o artigo 13, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Com efeito, presentes os requisitos exigidos pela norma, o acusado tem o direito subjetivo ao benefício, independentemente do crime praticado, exceto se o delito estiver previsto em lei que contiver dispositivo específico sobre a delação ou colaboração premiada, que será aplicado.

Já o artigo 14 dispõe que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de um a dois terços. Quanto maior a contribuição causal do agente maior será a diminuição da pena e vice-versa. É causa obrigatória de diminuição de pena e atinge os delitos que não prevejam norma especial sobre o assunto. Com efeito, aquele que não obtiver o perdão judicial por faltarem os requisitos legais previstos no artigo 13 poderá ser beneficiado pelo dispositivo em questão (art. 14), desde que presentes os requisitos exigidos.

De forma parecida, o artigo 41 da Lei de Drogas prevê a possibilidade do benefício para o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do delito e na recuperação total ou parcial do produto do crime. Para esta pessoa, no caso de condenação, haverá a redução da pena de um a dois terços.

A norma estabelece dois requisitos para a redução da pena:

- 1 colaboração voluntária; e
- 2 eficiência, consubstanciada na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do delito.

Os requisitos são cumulativos. Assim, ausente qualquer um deles, o benefício não poderá ser concedido.

Note-se que a colaboração não necessita ser espontânea, contentando-se a norma com a sua voluntariedade. Assim, mesmo que a ideia de colaborar parta de outra pessoa, ou mesmo de pedido ou sugestão da autoridade, poderá o colaborador ser merecedor do benefício.

Também há necessidade de que a colaboração leve ao esclarecimento dos demais participantes do crime e, havendo produto, que ele seja recuperado, mesmo que parcialmente.

No que tange ao produto, há de ser interpretado em seu sentido amplo, englobando o proveito do crime. Assim, não só a droga (produto direto ou instrumento do crime, dependendo da hipótese), mas também o indireto, chamado de proveito pela maioria da doutrina, que, no caso, é a vantagem auferida pelo sujeito ou por terceiros com a prática do delito.

A colaboração deverá perdurar desde o início das investigações policiais até o fim do processo. Caso o indiciado ou acusado aja de má-fé e deixe de colaborar, o benefício não será concedido. Somente será o caso de aplicar a redução da pena quando a colaboração for eficaz e realmente ajudar nas investigações e no processo.

Mesmo que a colaboração se inicie no decorrer do processo, mas seja eficiente e leve à identificação dos demais participantes e na recuperação do produto do crime (quando houver), mesmo que parcialmente, poderá o Magistrado reduzir a pena do colaborador no caso de condenação. O que não se faz possível é haver o início da colaboração e posterior retratação, o que denota má-fé e impede a concessão do benefício, no caso de condenação. Aliás, não há previsão na Lei de Drogas para a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Como parâmetro para a redução da pena o Magistrado deverá levar em consideração a eficiência e presteza na colaboração. Assim, quanto maior a contribuição causal do agente maior será a diminuição da pena e vice-versa.

O redutor é aplicável aos crimes relacionados a drogas e descritos na respectiva lei, e se trata de causa obrigatória de diminuição de pena quando presentes seus requisitos, não ficando, assim, a critério do juiz sua aplicação ou não.

Para complementar o dispositivo podem ser aplicadas subsidiariamente as normas dos artigos 4º a 7º da Lei nº 12.850/2013. Veremos a seguir como a Lei nº 12.850/2013 disciplina a colaboração premiada.

O acordo de colaboração premiada poderá ser negociado entre o Delegado de Polícia responsável pelas investigações, o investigado e o Defensor, com manifestação do Ministério Público, ou entre o Ministério Público, o investigado e seu Defensor (art. 4º, § 6º).

Deve ser observado que não é possível a homologação do acordo de colaboração sem a aquiescência do Ministério Público, que é o titular da ação penal pública. Assim, mesmo que seja realizado o acordo entre o Delegado de Polícia e o investigado e seu Defensor, não havendo a concordância do Ministério Público, a colaboração não poderá ser homologada. Cabe ao Ministério Público, como titular da ação penal pública, a análise da necessidade e adequação da medida. Nesse caso, entendendo pertinente, caberá ao Magistrado valer-se analogicamente do artigo 28 do Código de Processo Penal, sendo dirimida a questão no âmbito do próprio Ministério Público.

O Magistrado não participará das negociações para a formalização do acordo de colaboração premiada, a fim de não ser comprometida sua imparcialidade. Mas para que a colaboração possa produzir seus efeitos jurídicos, deverá ser homologada pelo Poder Judiciário (art. 4º, §§ 6º e 7º).

A novidade da Lei nº 12.850/2013 foi, além de regulamentar o instituto, possibilitar que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia quando o colaborador não for o líder da organização criminosa e primeiro prestar a efetiva colaboração (art. 4º, § 4º). Tal dispositivo deve ser empregado apenas para os crimes cometidos em organização criminosa, independente de sua espécie, podendo, inclusive, ser aplicado para os delitos previstos na Lei de Drogas.

Cuida-se, à evidência, de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Poderá o Membro do Ministério Público, ao analisar a necessidade e adequação da medida, deixar de promover a ação penal pública em face de alguém que admitiu a prática de infração penal. Isso para que possa obter provas que levem ao desmantelamento da organização criminosa, identificação e punição dos demais integrantes, recuperação do produto e proveito dos delitos, ou até mesmo a localização de eventual vítima que esteja privada indevidamente de sua liberdade de locomoção, como ocorre no crime de extorsão mediante sequestro.

O Membro do Ministério Público, ao procurar obter um bem maior, “abre mão” de um menor, qual seja, de processar um dos integrantes da organização criminosa. Faz uma escolha, que deve ser sensata: deixa de obter a condenação

de uma pessoa, para tentar conseguir a condenação de outras e, com isso, obter resultado mais útil e proveitoso para toda sociedade.

Como um criminoso será beneficiado com a não propositura da ação penal, o acordo de colaboração deve ser necessário e adequado. Será necessário quando não for possível conseguir as provas de outra maneira. E adequado por propiciar a obtenção do resultado almejado.

A lei estipulou os critérios para essa modalidade de colaboração, que devem coexistir: 1) o colaborador não pode ser o líder da organização criminosa; 2) e deve ser o primeiro a colaborar efetiva e eficazmente, ou seja, de modo que advenham os efeitos previstos na lei (identificação dos demais integrantes, recuperação dos bens etc.).

E o Magistrado nesse caso, pode se negar a homologar o acordo em homenagem ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública?

Entendemos que não. O princípio da obrigatoriedade, como já ocorria na Lei dos Juizados Especiais ao propiciar a transação penal, foi mitigado. Ao analisar a necessidade e adequação da medida, pode o Membro do Ministério Público deixar de oferecer a denúncia. Caberá ao Magistrado apenas a análise da regularidade, legalidade e voluntariedade da medida. Não lhe é possível avaliar o mérito do acordo, mas apenas se as normas legais que o permeiam foram observadas.

Para o combate ao crime organizado houve necessidade de alterar dogmas até então reinantes em nosso sistema jurídico. O Membro do Ministério Público deve avaliar a necessidade de realização do acordo de colaboração com criminosos para que lhe seja possível apurar outros crimes, identificar demais participantes, recuperar proveito e produto de infrações penais, tudo de modo a dismantelar organizações criminosas, punir seus integrantes e prevenir novas infrações.

Por isso, em determinadas situações, é possível até mesmo deixar de processar um dos integrantes da organização criminosa, o que, antes da publicação da Lei nº 12.850/2013, era impensado em razão do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, o prazo para oferecimento da denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até seis meses, prorrogáveis por igual período, com a suspensão do respectivo prazo prescricional (art. 4º, § 3º).



Muito embora a colaboração premiada isoladamente não possa ensejar um édito condenatório (art. 4º, § 16), por meio dela podem ser obtidas outras provas, que a corroborarão ou não.

O acordo de colaboração premiada somente surtirá efeitos se for homologado judicialmente. Para tanto, o respectivo termo, instruído com as declarações do colaborador e cópia da investigação, será encaminhado ao Magistrado competente, que analisará sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo, inclusive, ouvir sigilosamente o colaborador, na presença de seu defensor, a fim de verificar se o acordo foi realizado de forma voluntária (art. 4º, § 7º). Não atendidos os requisitos legais, o Magistrado poderá recusar a homologação ou adequá-la ao caso concreto (art. 4º, § 8º).

Caberá o acordo até mesmo após a sentença condenatória, mas, nesse caso, o Magistrado apenas poderá reduzir a pena até a metade ou determinar a progressão de regime prisional, ainda que ausentes os requisitos objetivos (art. 4º, § 5º). Nesse último caso, os requisitos subjetivos, que dizem respeito ao mérito, devem ser preenchidos.

Homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre na presença de seu defensor, ser ouvido pelo Membro do Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia responsável pelas investigações (art. 4º, § 9º). Essa é a finalidade do acordo de colaboração premiada, ou seja, a busca de provas para o desmantelamento da organização criminosa, identificação e punição dos seus demais integrantes, recuperação do produto ou proveito do delito e até mesmo a libertação de eventual sequestrado.

É possível às partes se retratarem da proposta, ocasião em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser empregadas exclusivamente em seu desfavor (art. 4º, § 10). Isso pode ocorrer notadamente quando o colaborador não cumpre com suas obrigações, mente ou se retrata de declarações prestadas. Em situações como essas, a prova colecionada produzida pelo colaborador poderá ser empregada contra outras pessoas, mas não contra ele.

O Magistrado poderá ouvir o colaborador, a requerimento das partes ou por iniciativa da Autoridade Policial, ainda que tenha sido beneficiado com perdão judicial ou não denunciado (art. 4º, § 12). Assim, a qualquer momento, sendo necessário para esclarecimentos de fatos apurados em processo judicial, será possível a oitiva do colaborador.

Nos depoimentos prestados perante o Magistrado, Membro do Ministério Público ou Autoridade Policial, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso de dizer a verdade (art. 4º, § 14), o que permite seja processado por crime de falso testemunho previsto no artigo 342 do Código Penal.

Para que a colaboração tenha maior peso na formação da convicção do Magistrado e denote sua voluntariedade, é recomendável, sempre que possível, seja o ato registrado por meio de recursos de gravação eletrônica (art. 4º, § 13). Com isso, todos os detalhes do depoimento poderão ser vistos e/ou ouvidos.

A fim de ser preservada a voluntariedade e legalidade da medida, o colaborador, em todos os atos de negociação e depoimentos que prestar, deverá ser acompanhado por seu Defensor (art. 4º, § 15).

São direitos do colaborador (art. 5º): I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

O termo de colaboração premiada será sempre redigido por escrito e deverá conter (art. 6º): I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

A medida será inicialmente sigilosa a fim de ser preservada a eficácia da investigação e a segurança do colaborador e de sua família. Para isso, o pedido de sua homologação será distribuído sigilosamente, contendo apenas dados e informações que não permitam a identificação do colaborador e o objeto da investigação. Todas as informações da colaboração deverão ser pormenorizadas e diretamente dirigidas ao juiz que recair a distribuição, que terá o prazo de 48 horas para proferir decisão. O acesso aos autos, por ser procedimento sigiloso, será restrito ao Magistrado, ao Membro do Ministério Público e ao Delegado

de Polícia responsável pela investigação. O Defensor do colaborador, na defesa do seu representado, terá amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, sempre com autorização judicial. O Defensor, para que não seja comprometida a investigação, não terá acesso às diligências ainda em andamento. Recebida a denúncia, os termos do acordo de colaboração premiada, em homenagem ao princípio da publicidade dos atos processuais, deixa de ser sigiloso, mas deverão ser observados os direitos do colaborador previstos no artigo 5º (art. 7º).

Homologado judicialmente o acordo de colaboração premiada e cumpridos os seus termos não é possível ao Magistrado deixar de observá-lo por ocasião da prolação da sentença condenatória. Por isso, antes de homologar o acordo, deve o Magistrado atentar para que todos os requisitos legais sejam observados.

Entender que pode o Magistrado rever e alterar os termos do acordo já homologado judicialmente levará o instituto ao descrédito, uma vez que o investigado ou acusado não poderá confiar em seus termos, ocasionando insegurança jurídica. Justamente para que isso não ocorra é que a lei prevê a homologação judicial, ocasião na qual o acordo poderá ser rejeitado ou adequado pelo Juiz quando contiver vícios que o tornem legalmente inexecutável. Aliás, antes de rejeitar a homologação do acordo nada impede que o Magistrado intime o Membro do Ministério Público para que regularize seus termos.

A Lei de Drogas traz as normas de direito material relativas à colaboração premiada para os crimes nela descritos. Os dispositivos processuais previstos na Lei nº 12.850/2015, que regulamentam a delação premiada, poderão ser empregados analogicamente para complementar a Lei de Drogas, que é omissa nesse sentido.

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.”

#### **42.1 Circunstâncias judiciais preponderantes**

O artigo 59, *caput*, do Código Penal elenca uma série de circunstâncias que deverão ser observadas pelo Juiz por ocasião da escolha da pena a ser apli-

cada, fixação da pena-base e regime inicial de cumprimento da reprimenda, conforme seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Essas circunstâncias são chamadas de judiciais. São elas:

a) a culpabilidade: é a reprovação social ao homem que comete um crime. É pressuposto necessário para a imposição de uma reprimenda. Assim, quanto maior a culpabilidade também maior deverá ser a pena-base imposta;

b) os antecedentes: o Juiz deve considerar o comportamento anterior do acusado, mas não a reincidência, que é uma circunstância agravante genérica e será apreciada na próxima fase de fixação da pena (art. 68 do CP), a fim de que não ocorra dupla valoração, que é vedada no direito penal (*ne bis in idem*). No que tange ao que sejam maus antecedentes criminais, há divergência doutrinária e jurisprudencial. Há corrente no sentido de que devem ser considerados como antecedentes criminais as condenações anteriores, ainda que não definitivas, e os processos em andamento por crimes praticados antes dos fatos, mas não simples inquéritos policiais. Por outro lado, há forte entendimento de que só deverão ser considerados antecedentes os processos já julgados definitivamente, que não importem reincidência. Neste sentido, a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.” Esse posicionamento agasalha o princípio da presunção de inocência, uma vez que somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é que alguém poderá ser considerado culpado. Assim, inquéritos policiais e processos criminais ainda em andamento, em que poderá haver a absolvição, não devem ser levados em consideração para aumentar a pena-base;

c) a conduta social: refere-se às relações do acusado com sua família e amigos; sua adaptação ao trabalho e ao estudo, bem como um estilo de vida honesto ou reprovável;

d) a personalidade do agente: deverá ser examinado se o cometimento do delito foi algo eventual na vida do acusado ou se é uma constante. É certo que processos ou condenações posteriores ao fato que se examina não poderão ser levados em consideração como antecedentes. Porém, demonstrarão que o acusado tem uma personalidade voltada para a prática de crimes e ensejarão o aumento de sua pena-base;

e) os motivos: é o que move o agente para a prática delituosa. Alguns motivos, devido ao seu relevo, são descritos como qualificadoras ou agravantes, como a futilidade e a torpeza. Também podem configurar atenuantes ou causas

de diminuição de pena, como o motivo de relevante valor social ou moral. Assim, a maior reprovabilidade do motivo ensejará pena-base maior e a recíproca também é verdadeira. Salientamos, porém, que o motivo do delito não poderá ensejar o aumento ou a diminuição da pena por mais de uma vez. Assim, se o motivo for considerado qualificadora, causa de aumento ou de diminuição de pena, agravante ou atenuante, deverá ser levado em consideração pelo Juiz como tal e não poderá ensejar o aumento ou a diminuição da pena-base como circunstância judicial, a fim de que não haja dupla valoração, o que é vedado no Direito Penal;

f) as circunstâncias: são dados acessórios que não integram a figura típica e podem aumentar ou diminuir a pena. Essas circunstâncias previstas pelo artigo têm caráter geral e não podem estar elencadas especificamente na lei. Dizem respeito à duração do tempo do delito, que pode indicar maior sofrimento à vítima; o local onde ele foi cometido, que pode denotar maior periculosidade do agente etc.;

g) as consequências: referem-se ao maior ou menor dano causado posteriormente pelo delito, mesmo que indiretamente;

h) o comportamento da vítima: a vitimologia tratou de estudar o assunto e verificou que em alguns casos a vítima foi indiretamente responsável pelo evento, mesmo que não tivesse essa intenção.

As circunstâncias judiciais não podem diminuir a pena abaixo do mínimo legal e nem elevá-la acima do máximo legal. O Juiz deverá fundamentar sua decisão e dizer o porquê de a pena ter sido fixada naquele patamar, sob pena de nulidade da sentença.

Se a circunstância judicial já for autonomamente uma causa de aumento ou diminuição de pena, bem como agravante ou atenuante genérica, não poderá ser levada em consideração quando da fixação da pena-base. Será apreciada na segunda ou na terceira fase da fixação da pena, dependendo de sua natureza jurídica, observado o critério trifásico do artigo 68 do Código Penal.

O artigo 42 determina expressamente que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Com efeito, presente qualquer destas circunstâncias, elas preponderarão sobre as descritas no artigo 59 do Código Penal, observando que a personalidade e a conduta social já estavam lá previstas. Assim, v. g, no confronto entre os antecedentes criminais do acusado e a natureza ou quan-

tidade da droga apreendida, estas duas últimas terão maior peso quando da dosagem da pena-base. Do mesmo modo, a maior quantidade de droga e/ou seu alto poder viciante são circunstâncias aptas a elevar a pena-base acima do mínimo legal, mesmo que as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) sejam favoráveis ao acusado (Nesse sentido: STJ – HC 136.618/MG, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, v.u., j. 01/06/2010).

Embora a Lei de Drogas não preveja expressamente, o Magistrado deve observar o critério trifásico de fixação das penas estabelecido no artigo 68 do Código Penal, que deve ser aplicado subsidiariamente. Assim, fixada a pena-base, o Juiz fará incidir sobre ela eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas (arts. 61, 62, 65 e 66 do CP); sobre o montante da reprimenda já dosada incidirão, ainda, as causas de aumento e de diminuição de pena porventura existentes na parte geral e especial do Código Penal, bem como as previstas na legislação especial.

Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

### **43.1 Fixação da pena de multa**

A fixação da pena de multa dos crimes previstos nos artigos 33 a 39 deverá observar o disposto no artigo 43. A quantidade mínima e máxima de dias-multa está cominada no próprio tipo penal.

No que é pertinente à fixação da quantidade de dias-multa, há dois posicionamentos na doutrina:

1) A norma estabelece critério especial bifásico para a fixação da pena de multa. Para a dosagem da quantidade de dias-multa, o parâmetro a ser seguido

é o do artigo 42. Observado o artigo 59 do Código Penal, o Juiz fixará o número de dias-multa, devendo preponderar sobre as circunstâncias judiciais a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42). Lembramos que tanto a personalidade quanto a conduta social já fazem parte das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Por este critério, não se adota o previsto no artigo 68 do Código Penal.

2) Para a fixação da quantidade de dias-multa, o parâmetro a ser seguido é o do artigo 42, devendo, porém, ser aplicado subsidiariamente o artigo 68 do Código Penal. A pena privativa de liberdade e a quantidade de dias-multa devem ser fixadas da mesma maneira, observando-se, portanto, o critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal, sendo que as circunstâncias descritas no artigo 42 preponderarão sobre as do artigo 59 do Código Penal, quando da fixação da pena-base. De acordo com este critério, o Código Penal complementa a Lei de Drogas, já que o artigo 43 não faz referência às agravantes e atenuantes genéricas e causas de aumento e de diminuição de pena. Adotamos este posicionamento, já que o do critério bifásico é incompleto, não resolvendo algumas situações, como da tentativa.

No que é pertinente ao valor de cada dia-multa, deve ser observada a condição econômica do acusado. O menor dia-multa será um trigésimo do maior salário-mínimo e o maior valor será cinco vezes esse salário. Embora a norma não o diga expressamente, deve ser levado em consideração o salário-mínimo vigente à época dos fatos, aplicando-se subsidiariamente o artigo 49, § 1º, do Código Penal.

Em caso de concurso de crimes as multas serão impostas sempre cumulativamente. Poderão, inclusive, ser aumentadas até o décuplo, quando, mesmo que aplicadas no máximo, em virtude da situação econômica do acusado, o juiz as considerar ineficazes.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

#### **44.1 Proibição de benefícios (art. 44, caput)**

A Lei nº 8.072/1990 proíbe para o praticante de crime hediondo ou equiparado, dentre eles o tráfico de drogas, vários benefícios legais, tais como a anistia, graça, indulto e fiança. Mesmo para a concessão do livramento condicional o sentenciado deverá cumprir mais de dois terços da pena e não ser reincidente específico em crime da mesma natureza. A prisão temporária será de até trinta dias, prorrogável por mais trinta em caso de comprovada e extrema necessidade. E, em caso de prolação de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, sendo que, para progredir de regime prisional, o condenado deverá cumprir dois quintos da pena (40%), se primário, e três quintos (60%), caso reincidente.

O artigo 44, *caput*, repete a proibição de quase todos aqueles benefícios e expressamente veda outros.

#### ***Liberdade provisória***

Com a nova redação dada ao artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que é posterior à Lei de Drogas, não é mais vedada legalmente ao autor de crime hediondo ou equiparado a obtenção da liberdade provisória sem fiança. Proibiu a norma apenas a concessão da fiança para estas espécies de crimes, dentre eles o tráfico de drogas.

O Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, de maneira lógica e sensata, decidiu que continuava em vigor a proibição da concessão de liberdade provisória para os autores de crimes hediondos e equiparados, haja vista a proibição emanar da própria Constituição Federal (art. 5º, XLIII). É que, quando a Magna Carta proíbe a concessão da fiança, está englobada a liberdade provisória sem fiança. Seria incongruente proibir a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança (mais grave) e permitir a liberdade provisória sem fiança (menos grave). Com efeito, inconstitucional seria a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a delitos em relação aos quais a Constituição Federal veda a fiança (STF, HC nº 93.940/SE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, m.v. j. 06/05/2008).

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça havia firmado posicionamento de que a vedação da liberdade provisória para o acusado de tráfico de drogas encontrava amparo na Constituição Federal:



*“A teor da orientação firmada pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal”. (HC nº 140.448/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, v.u., j. 06.10.2011)*

Por outro lado, já existia forte corrente doutrinária e jurisprudencial defendendo que não era possível a manutenção da prisão cautelar sem motivo concreto que a fundamentasse. Isso porque não foi dada ao legislador ordinário legitimidade constitucional para, de forma absoluta, vedar a liberdade provisória em qualquer espécie de crime, inclusive os hediondos e equiparados. Assim, a negação da liberdade provisória e a conversão da prisão em flagrante em preventiva deve se calcar em motivos concretos expressamente previstos em lei, no caso o Código de Processo Penal, que, em seu artigo 312, enumera as circunstâncias motivadoras da prisão preventiva. Com efeito, somente quando presente uma dessas circunstâncias, em determinado caso concreto, é que o juiz deverá negar a liberdade provisória, sempre fundamentando sua decisão. Resumindo, por força do artigo 5º, inciso LXI, e artigo 93, IX, da Magna Carta, o Magistrado está obrigado a fundamentar sua decisão e apontar os elementos concretos que o levam a negar a liberdade provisória. Nesse sentido decidia reiteradamente a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

*“1. De acordo com a reiterada jurisprudência da Sexta Turma, a prisão cautelar, medida de caráter excepcional, deve ser imposta ou mantida apenas quando atendidas - mediante decisão judicial devidamente fundamentada - as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.*

*2. Também de acordo com o posicionamento da Sexta Turma, a hediondez do delito e a vedação abstrata do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 não impedem, por si sós, a concessão da liberdade provisória, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso, no qual já foi deferida a liminar e as instâncias ordinárias, efetivamente, em nenhum momento indicaram elementos concretos a justificar a manutenção e a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado.*

3. *Ordem concedida para, confirmando a liminar, deferir liberdade provisória à paciente se por outro motivo não estiver presa*". (HC nº 149.974/PR, rel. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 02.08.2011).

Diante da divergência jurisprudencial, inclusive entre a 1ª e a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a matéria foi levada à decisão pelo plenário da Corte. No HC nº 104.339/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em julgamento realizado no dia 10 de maio de 2012, o Tribunal Pleno, por maioria de votos, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do "caput" do artigo 44 da Lei de Drogas.

Considerando a declaração da inconstitucionalidade incidental do artigo 44 da Lei de Drogas, no que é pertinente à vedação da liberdade provisória para os flagrados cometendo tráfico de drogas, a 5ª Turma do STJ, que até então defendia a constitucionalidade da norma, alterou seu posicionamento e passou a decidir ser ela inconstitucional:

*"1. Considerando a declaração de inconstitucionalidade incidental pelo STF da parte do art. 44 da Lei nº 11.343/06 que vedava a concessão da liberdade provisória aos flagrados no cometimento do delito de tráfico de drogas, possível, em princípio, o deferimento do benefício. 2. Para a manutenção da prisão cautelar nesses casos, faz-se necessária a demonstração da presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, exatamente como efetuado na espécie. 3. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada". (RHC nº 38.814/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, v.u., j. 24.09.2013)*

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve seu anterior posicionamento de não ser a gravidade abstrata do delito motivo suficiente para fundamentar a negativa de concessão de liberdade provisória para o autor de tráfico de drogas, exigindo fundamentação concreta e a presença de um dos requisitos do art. 312 do CPP:

*"2. A gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa de liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da vedação apriorística e genérica prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006. 3. É nula a decisão que decreta a prisão preventiva com base apenas na gravidade abstrata do delito*

*de tráfico de drogas, sem fundamentação concreta” (RHC nº 39.351/PE, Rel. Min. Nefi Cordeiro, v.u., j. 21.08.2014).*

Nada obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal ter sido tomada no controle difuso de constitucionalidade, não produzindo efeitos *erga omnes*, mas apenas no caso concreto, houve significativa alteração de posicionamento jurisprudencial, que até então era majoritariamente no sentido da constitucionalidade de norma processual que impedia a concessão de liberdade provisória.

Consolidou-se entendimento nos Tribunais Superiores de que o Magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, **deverá analisar o caso concreto** e decidir sobre o relaxamento da prisão, concessão da liberdade provisória (com ou sem fiança) ou conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo penal, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 310 do CPP).

Contudo, continuamos a defender a constitucionalidade do artigo 44 da Lei de Drogas, no que tange ao impedimento de concessão de liberdade provisória ao flagrado na prática de um dos crimes descritos nos arts. 33, “caput”, e § 1º, e 34 a 37 da Lei nº 11.343/2006.

A vedação emana da própria Constituição Federal (art. 5º, XLIII), uma vez que o tráfico de drogas fere bens jurídicos de suma relevância para a sociedade (saúde pública, vida, saúde e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas), tanto que o delito é equiparado a hediondo. O autor de tão grave delito não pode receber o mesmo tratamento dado ao autor de crime comum, violando o princípio da isonomia e o da proporcionalidade com enfoque na proibição da proteção deficiente.

O inciso LXVI do artigo 5º da nossa Magna Carta prevê a possibilidade da concessão da liberdade provisória, mas nos termos da lei: “*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*”. E, nas infrações previstas nos artigos 33, “caput” e § 1º, e 34 a 37 da Lei de Drogas, o legislador, atendendo a comando constitucional (art. 5º, XLIII), vedou expressamente a concessão da benesse.

Mesmo com a nova redação dada ao artigo 310 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011, a situação continua a ser a mesma no que é pertinente aos crimes hediondos e equiparados, notadamente os descritos no artigo 44 da Lei de Drogas. É que, como já visto, foi a própria Constituição Federal

que vedou a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, para essas espécies de crimes, não podendo norma infraconstitucional determinar o contrário, sob pena de ser declarada inconstitucional. Ademais, o artigo 44 da Lei de Drogas é norma especial e prevalece sobre a geral prevista no Código de Processo Penal, que deve ser aplicada subsidiariamente.

Nada obstante os crimes descritos nos artigos 35 e 37 da Lei de Drogas não serem equiparados a hediondos, devido à sua gravidade por atingirem bens jurídicos de suma importância e por estarem intimamente ligados ao tráfico de drogas, não podendo dele ser dissociados, o legislador, no uso de sua competência constitucional (art. 5º, LXVI), vedou a liberdade provisória, devendo, para esse efeito, receber o mesmo tratamento dado ao tráfico de drogas.

E como fazer, então, diante do estatuído no artigo 310 do Código de Processo Penal? Tal dispositivo determina que o Juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá relaxar a prisão ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do mesmo diploma legal, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Sendo o caso de irregularidade na prisão em flagrante é só relaxá-la. Havendo necessidade de decretação da prisão preventiva, basta fazer a conversão. Porém, e se não houver fato concreto motivador da decretação da prisão preventiva? Poderá o Juiz determinar a liberdade provisória diante da vedação legal prevista na Lei de Drogas, na Lei dos Crimes Hediondos e na própria Constituição Federal?

Parece-nos que a resposta será negativa, já que a proibição é oriunda do próprio texto constitucional. Assim, o Juiz deverá manter a prisão em flagrante, negando a liberdade provisória, uma vez que o disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal, no que é pertinente aos crimes hediondos e equiparados, é inconstitucional. Além do mais, o artigo 44 da Lei de Drogas, que é norma especial, prevalece sobre o artigo 310 do Código de Processo Penal, que é norma geral.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem reiteradamente negado a concessão da liberdade provisória ao autor dos crimes descritos no “caput” do artigo 44 da Lei de Drogas, por não ter a decisão do Supremo Tribunal Federal efeito vinculante, posto que tomada no controle difuso de constitucionalidade, alcançando apenas o caso em concreto:

*“Habeas Corpus”. LIBERDADE PROVISÓRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. Revogação da prisão preven-*

*tiva. Descabimento. Presença dos requisitos para a medida cautelar. Vedação expressa à concessão de Liberdade Provisória. Art. 44, da Lei nº 11.343/06. Declaração de inconstitucionalidade do dispositivo pelo C. STF, em controle incidental, que não tem força vinculante. Ausência de Resolução do Senado Federal. Precedentes desta C. Câmara”. (HC nº 2091944-64.2014.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Alci-des Malossi Júnior, v.u., j. 21.08.2014).*

*“CORPUS – Liberdade provisória – Tráfico de entorpecente e associação ao tráfico – Decisão denegatória suficientemente fundamentada – Crime equiparado a hediondo – Lei nº 8.072/90 que, em seu art. 2º, II, proíbe expressamente a concessão do benefício, em consonância com o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal”. (HC nº 2094117-61.2014.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Ericson Maranhão, v.u. j. 28.08.2014). No mesmo sentido: HC 2064069-56.2013.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Edison Brandão, v.u., j. 18.03.2014.*

Com efeito, nada obstante os Tribunais Superiores terem decidido ser inconstitucional o artigo 44, “caput”, da Lei de Drogas ao vedar a concessão da liberdade provisória, por não possuir a decisão do Supremo Tribunal Federal efeito *erga omnes*, já que tomada no controle difuso de constitucionalidade, e por não ter sido editada Resolução pelo Senado Federal suspendendo a execução da norma (art. 52, X, da CF), ela continua válida e eficaz, podendo ser empregada como fundamento para a negativa da benesse.

### ***Suspensão condicional da pena***

A Lei nº 8.072/1990 não vedou expressamente a suspensão condicional da pena ao praticante de crime hediondo ou equiparado. Entretanto, ela foi criada para punir mais rigorosamente os praticantes de crimes de elevada gravidade e impôs uma série de restrições àqueles que os cometerem.

É que os praticantes destes delitos não são merecedores do mesmo tratamento dado àquelas pessoas que cometerem delito comum, de menor gravidade.

A própria Constituição Federal determina que a lei dê tratamento mais rigoroso para o autor e partícipe de crime hediondo ou equiparado, que implica certamente na impossibilidade de concessão do *sursis*, que é medida mais benéfica do que a pena privativa de liberdade, que, no caso, deve ser aplicada. Do

mesmo modo, a conduta social, a personalidade e culpabilidade do praticante desses crimes obstam a concessão do benefício.

No que tange ao praticante de tráfico de drogas ou condutas correlatas (arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37), o artigo 44, *caput*, veda expressamente a concessão do *sursis*.

Nada obstante a declaração da inconstitucionalidade do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, quanto à impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e a Resolução 05/2012 do Senado Federal, que suspendeu a eficácia da parte final dessa norma, o artigo 44, “caput”, do mesmo diploma legal não foi alcançado, continuando válido e eficaz. E este é o posicionamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

*“Malgrado a fixação da pena em patamar inferior a 02 (dois) anos de reclusão, a recente jurisprudência desta Corte Superior é no sentido da subsistência da vedação expressa do sursis aos agentes de crimes de tráfico, nos termos do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que esse benefício não foi objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, nem da Resolução n. 05/2012 do Senado Federal, a qual suspendeu a execução da parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006”.* (REsp nº 1.358.147/SP, Rel. Marilza Maynard, v.u., j. 18.04.2013).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também possui forte corrente jurisprudencial no sentido da impossibilidade de concessão da suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 44, “caput”, da Lei de Drogas, comando este que deriva do próprio texto constitucional (art. 5º, XLIII), que determina tratamento penal mais rigoroso para o condenado por tráfico de drogas (Apelação nº 0009844-53.2010.8.26.0606, 14ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Wilson Barreira, v.u., j. 22.09.2011; Apelação nº 0025108-97.2011.8.26.0114, 7ª Câmara Criminal, Rel. Roberto Mortari, v.u., j. 06.06.2013).

### ***Indulto, graça e anistia***

Muito embora a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, tenha aparentemente proibido somente a graça e anistia aos praticantes de crimes hediondos e equiparados, o indulto também foi vedado.

É que a Carta Magna referiu-se à graça de forma ampla, englobando também o indulto. Não haveria sentido em se proibir as formas de clemência soberana (graça em sentido estrito e anistia) e permitir o indulto.

A Lei nº 8.072/1990 só veio a regulamentar esse mandamento constitucional, proibindo expressamente a concessão de anistia, graça e indulto aos autores e partícipes de crimes hediondos e equiparados (art. 2º, I). Portanto, não há como a lei ordinária permitir a concessão desses institutos aos praticantes de crimes hediondos e equiparados, sob pena de inconstitucionalidade.

Atendendo a comando constitucional, o artigo 44, *caput*, proíbe expressamente a concessão de graça, de indulto e de anistia aos autores e partícipes de tráfico de drogas e condutas correlatas.

### ***Penas restritivas de direitos***

Quando da vigência da Lei nº 6.368/1976 discutia-se sobre a possibilidade da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o condenado por tráfico de drogas. O assunto não era pacífico na doutrina, embora os Tribunais Superiores decidissem reiteradamente no sentido da possibilidade, haja vista a inexistência de norma específica sobre o assunto.

A Lei de Drogas pretendeu solucionar o impasse, vedando o benefício, que deve ser reservado para os crimes menos graves, não sendo razoável premiar traficante de drogas e colaboradores com a substituição.

O artigo 44, *caput*, veda, expressamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o condenado pelos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento de não ser possível a aludida substituição para o condenado por tráfico de drogas e condutas correlatas (arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37), bem como quando da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas (HC nº 144.915/MG, Rel. Laurita Vaz, v.u., j. 01/06/2010. No mesmo sentido, STJ – HC 136.618/MG, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, v.u., j. 01/06/2010).

Com entendimento contrário, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça suscitou a inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei de Drogas por vedarem a substituição. Julgando a arguição de inconstitucionalidade, em sessão realizada no dia 04/11/2009, por maioria, a Corte Especial rejeitou a arguição, entendendo ser perfeitamente constitucional a vedação. Isso porque se trata da vontade do Constituinte, que teve o tráfico de drogas como conduta de especial gravidade, tanto que determinou que a lei o considerasse crime inafiançável e insuscetível de anistia e graça (art. 5º XLIII), além de ter possibilitado a extradição do brasileiro naturalizado comprovadamente envolvido com o tráfico de drogas (art. 5º, LI).

Asseverou-se, também, que se referidos dispositivos fossem inconstitucionais, o artigo 44, inciso I, do Código Penal também o seria, quando veda a substituição para o crime cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Aliás, enquanto a vedação estabelecida no Código Penal é fundamentada em lei ordinária, a contida na Lei de Drogas tem origem constitucional (AI no HC nº 120353/SP, rel. Min. Og Fernandes).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, analisando a questão no HC nº 97.256/RS, tendo como relator o Ministro Ayres Britto, por seis votos a quatro, em julgamento realizado no dia 01 de setembro de 2010, julgou ser inconstitucional a proibição da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida nos artigos 33, § 4º e 44, *caput*, da Lei de Drogas, haja vista não poder a lei subtrair do Julgador a possibilidade de analisar a viabilidade da substituição, o que viola o princípio da individualização da pena.

Diante da decisão do Pretório Excelso, que declarou a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, quanto à vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, foi editada a Resolução 05, de 2012, pelo Senado Federal, em 15.02.2012, suspendendo a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*” do referido dispositivo.

A Resolução do Senado Federal, em decorrência da decisão da Excelsa Corte, não impede que o juiz deixe de proceder à substituição com fundamento nos demais requisitos previstos no Código Penal, que deve ser aplicado subsidiariamente (art. 12 do CP). Ela simplesmente possibilita que o Magistrado analise a questão e decida se procede a substituição ou não, o que, até então, era vedado legalmente.

Para os crimes cuja pena aplicada exceder a quatro anos de privação da liberdade ou forem cometidos com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa (art. 40, IV), a substituição é vedada por força do artigo 44, I, do Código Penal.

Ademais, mesmo que presente o requisito objetivo (quantidade da pena) e o acusado possuir bons antecedentes criminais, não nos parece razoável proceder à substituição para autor ou partícipe de crimes de suma gravidade. A personalidade, a conduta social e a culpabilidade dos praticantes dos crimes previstos na norma proibitiva, bem como as suas consequências, que são nefastas para o viciado e usuário e para a sociedade, não recomendam a substituição, que pode ser indeferida nos termos do artigo 44, III, do Código Penal.



***Livramento condicional (art. 44, parágrafo único)***

No que tange ao livramento condicional aos condenados por tráfico de drogas e conduta correlatas, houve pequena modificação. De acordo com o artigo 83, inciso V, do Código Penal, o condenado por crime hediondo ou equiparado somente terá direito ao livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, desde que não seja reincidente específico em crime da mesma natureza. A reincidência específica diz respeito ao posterior cometimento de crime hediondo ou equiparado, após o trânsito em julgado de sentença que tenha condenado o agente por outro crime hediondo ou equiparado.

O artigo 44, parágrafo único, da Lei de Drogas, também permite o livramento condicional ao praticante dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37, após o cumprimento de dois terços da pena, sendo óbice para o benefício a reincidência específica. No caso, como a lei trata de crimes relacionados a drogas, a reincidência específica ocorrerá quando o sujeito, já definitivamente condenado por um dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, § 1º ou 34 a 37, vier a praticar novamente qualquer um deles. Assim, para efeito de livramento condicional, a reincidência específica dar-se-á apenas nos crimes descritos na Lei de Drogas acima mencionados.

Não basta, porém, apenas o preenchimento destes requisitos. Para a obtenção do livramento condicional, os demais requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 83 do Código Penal (com exceção do inciso V) também deverão estar presentes. Do mesmo modo, os outros dispositivos pertinentes do Código Penal (arts. 84 a 90) e da Lei de Execuções Penais (arts. 131 a 146) quanto ao livramento condicional também são aplicáveis.

No que tange ao crime previsto no artigo 35 (associação para o tráfico), mesmo não sendo considerado equiparado a hediondo, para a concessão do livramento condicional, é exigido o cumprimento de dois terços da pena, uma vez que a norma especial prevista no artigo 44 da Lei de Drogas prevalece sobre a geral descrita no artigo 83, incisos I e II, do Código Penal” (STJ: HC 332744/RS, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 14.06.2016).

***Progressão de regime para o condenado por tráfico de drogas***

O condenado por tráfico de drogas deverá iniciar o cumprimento da pena no regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990).

Para que possa obter a progressão de regime prisional, seja do fechado para o semiaberto ou deste para o aberto, terá de cumprir dois quintos da pena (40%), no caso primário, e três quintos (60%), se reincidente (art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990), além de possuir bom comportamento carcerário atestado pelo diretor da unidade prisional.

O exame criminológico não é mais obrigatório, diante da nova redação dada ao artigo 112 da Lei das Execuções Penais pela Lei nº 10.792/2003.

No entanto, o artigo 33, § 2º, do Código Penal, continua a exigir que, para a progressão de regime prisional, o mérito do condenado lhe seja favorável.

Desta forma, se o Juiz das Execuções Penais tiver dúvida sobre a possibilidade de o sentenciado retornar ao convívio social, deverá condicionar a progressão de regime prisional ao exame criminológico.

Seria contrassenso permitir a progressão, ou até mesmo a liberdade, para alguém que ainda não possui condições de retornar ao convívio social, mostrando-se perigoso para a coletividade. Assim, se o exame criminológico concluir que o preso não tem condições de progredir de regime prisional, o juiz deverá indeferir a progressão, dada à natureza do sistema progressivo de regime, que pressupõe a readaptação gradativa do preso à liberdade.

Destarte, embora o exame criminológico não seja mais obrigatório, é perfeitamente possível sua realização, quando houver necessidade de ser verificado se o condenado pode voltar ao convívio social.

O Juiz não pode ficar adstrito à análise de um mero atestado de conduta carcerária para verificar o mérito do sentenciado para a progressão de regime prisional. Quem deve analisar se há, ou não, mérito para a progressão é o Juiz das Execuções Criminais e não o diretor da unidade prisional ao emitir o atestado de conduta carcerária.

No sentido da possibilidade da realização do exame criminológico, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 439: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.”

Deixou claro o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que o Magistrado pode determinar a realização do aludido exame pericial ao analisar o caso concreto e em decisão devidamente fundamentada.

No caso da progressão do regime semiaberto para o aberto, o percentual incidirá sobre a pena que resta ao condenado cumprir e não sobre a pena aplicada na sentença condenatória.

A reincidência a que se refere a norma é a genérica, ou seja, pela prática de qualquer delito doloso (exceto os militares próprios e os políticos), nos moldes dos artigos 63 e 64 do Código Penal. Quando a Lei exige a reincidência específica o diz expressamente, como o fez no artigo 44, § 3º, e art. 83, V, do Código Penal, e no artigo 44, parágrafo único, da Lei de Drogas. Com efeito, como não houve exigência da especificidade, a reincidência pela prática de qualquer crime doloso, com as exceções já apontadas acima, exigirá do condenado o cumprimento de três quintos da pena para a obtenção da progressão de regime prisional.

Ressaltamos que aquela pessoa já condenada definitivamente por crime culposo e que venha posteriormente praticar crime hediondo ou equiparado, dentre eles tráfico de drogas, será considerada, para efeito de progressão de regime prisional, como primária, uma vez que pelo delito anterior não quis o resultado e nem assumiu o risco de produzi-lo. Em qualquer crime hediondo ou equiparado o dolo está presente e somente a condenação definitiva por anterior crime doloso é que justificará o aumento do prazo para a progressão de regime, haja vista estar demonstrado que o agente é perigoso e merece uma sanção mais severa.

E quais serão os crimes considerados como tráfico de drogas pela Lei dos Crimes Hediondos?

De acordo com a Lei nº 6.368/1976 era entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência de que somente os crimes descritos nos artigos 12 e 13 eram considerados modalidades de tráfico de drogas, ficando de fora a associação para o tráfico (art. 14). Os artigos 33, *caput* e § 1º, e o 34, guardam similitude com os artigos 12 e 13 da lei revogada. Com efeito, certamente estes dispositivos devem ser considerados como tráfico de drogas para efeito de enquadramento na Lei nº 8.072/1990.

A nova legislação criou crime de maior gravidade, cominando-lhe, obviamente, pena mais severa. O artigo 36 define o crime de financiamento e custeio para o tráfico de drogas e comina pena de oito a vinte anos de reclusão e pagamento de mil e quinhentos a quatro mil dias-multa. Este delito nada mais é do que forma de colaboração para o tráfico especialmente tipificada e punida, que poderia ser enquadrada como participação no crime de tráfico com fulcro no artigo 29 do CP. Visando à diferenciação na cominação das penas, o legislador o definiu como crime autônomo (exceção pluralista à teoria unitária no

concurso de pessoas). Cuida-se, à evidência, de espécie de tráfico de drogas e deve ser tratada como tal. Não haveria sentido em dificultar a progressão de regime de cumprimento de pena para o traficante e não fazê-lo para o seu financiador, que pratica crime mais grave e tem culpabilidade mais acentuada.

Conclui-se, assim, que devem ser considerados como tráfico de drogas, para o fim de enquadramento na Lei nº 8.072/1990, os delitos previstos nos artigos 33, caput, e § 1º, 34 e 36 da Lei de Drogas.

### ***Regime inicial de cumprimento de pena***

Cabe ao legislador ordinário, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela Constituição Federal, fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador deverá realizar a concreção ou a individualização da pena (art. 5º, XLVI).

E foi a própria Constituição Federal que determinou ao legislador que criasse os crimes hediondos e lhes desse tratamento diferenciado, haja vista a suma gravidade destes delitos (art. 5º, XLIII).

A individualização da pena desenvolve-se em três etapas: a legislativa, a judicial e a executória.

Na primeira, caberá à lei fixar as penas que serão aplicadas para cada tipo penal. A quantidade da pena deve guardar proporção com a importância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa (princípio da proporcionalidade). Por isso, cada tipo penal prevê quantidade mínima e máxima de pena e, em alguns casos, espécies distintas de sanções penais, que podem ser aplicadas, dependendo do caso, alternativa ou cumulativamente.

Na etapa judiciária, caberá ao juiz, à vista da infração cometida, escolher a pena que será aplicada dentre as cominadas no tipo penal, dosar a sua quantidade entre o mínimo e máximo previsto, fazer inserir causas que possam aumentar ou diminuir a reprimenda, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como analisar possível substituição por pena mais branda.

Cuida-se de critério em que o julgador possui discricionariedade regrada. Isso porque, embora tenha liberdade de escolha quanto à pena que irá aplicar, bem como sua quantidade, deve obediência a regras previstas no Código Penal e na legislação especial, que contenha regra própria.

Por fim, após a aplicação da pena, há necessidade de sua execução. As diretrizes quanto à execução da pena estão previstas principalmente no Código Penal e na Lei de Execuções Penais.

A Lei nº 8.072/1990, em seu artigo 2º, § 1º, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, dispõe que o condenado por crime hediondo ou equiparado, dentre eles o tráfico de drogas, deverá iniciar o cumprimento da pena no regime fechado. No uso de sua competência constitucional, o Legislador ordinário individualizou a pena para estes crimes, da mesma maneira que fixou o mínimo e o máximo das penas nos tipos penais e criou os regimes de cumprimento de penas, estabeleceu regras para a concessão do sursis e livramento condicional, dentre outros benefícios e vedações.

Com efeito, a norma é clara e fixa as balizas judiciais para a decisão em obediência ao princípio da individualização da pena.

Entender que o legislador não pode determinar qual será o regime inicial de cumprimento de pena também significa, *mutatis mutandis*, que o Magistrado não poderá ser limitado pelas sanções previstas no Código Penal e terá discricionariedade para aplicar a pena da maneira que melhor lhe aprouver, o que é absurdo.

O Legislador, ao determinar o regime inicial como sendo o fechado, simplesmente fixou parâmetros dentro dos quais o Juiz deverá decidir, atendendo ao comando constitucional previsto no artigo 5º, XLVI.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, ao analisar o HC 111840/ES, em 27.06.2012, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli). Assim, o Pretório Excelso decidiu que o dispositivo é inconstitucional por ferir o princípio da individualização da pena, devendo ser aplicadas na fixação do regime inicial de cumprimento da pena as normas do Código Penal (arts. 33 e 59).

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nada obstante não ser vinculante, fez como o Superior Tribunal de Justiça firmasse entendimento de não haver impedimento para a concessão de regime inicial diverso do fechado para o condenado por tráfico de drogas (HC 211085/SP, 5ª Turma, Rel. Campos Marques, v.u., j. 13.08.2013; HC 253712/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 01.04.2014).

Considerando que a decisão do Supremo Tribunal Federal não possui efeitos *erga omnes*, vez que tomada no controle difuso de constitucionalidade, ainda prevalece no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o entendimento de que os crimes hediondos e equiparados submetem-se ao regime de cumprimento de pena previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, ou seja, para o condenado por estes crimes o regime inicial será obrigatoriamente o fecha-

do (Apelação Criminal nº 0000803-91.2013.8.26.0142, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Alcides Malossi Júnior, v.u., j. 26.02.2015; Apelação nº 0000763-12.2013.8.26.0045, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Edison Brandão, v.u., j. 24.02.2015; Apelação nº 0092463-35.2005.8.26.0050, 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Luiz Antonio Cardoso, v.u., j. 10.02.2015).

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

### ***45.1 Inimputabilidade***

Para que seja possível a aplicação da pena, o agente deveria possuir, ao tempo da ação ou da omissão, a capacidade de entender e de querer.

Sem a capacidade de entendimento e de autodeterminação não há como censurar alguém que cometeu um delito, sendo que ele estará isento de pena por ausência de imputabilidade.

Assim, inimputável é o sujeito que não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, capacidade de entender ou de querer. A inimputabilidade, no caso em apreço, deve ser em razão de dependência ou de uso de droga decorrente de caso fortuito ou força maior. Neste último caso, podemos citar como exemplo o do sujeito que procura um médico para resolver um problema de saúde e lhe é ministrada morfina em dose excessiva, vindo, por isso, a ficar em situação de inimputabilidade.

Praticado qualquer crime descrito nos artigos 33 a 39 por pessoa em situação de inimputabilidade em razão de dependência, ou sob o efeito de droga proveniente de caso fortuito ou força maior, o agente será isento de pena (art. 45). Nestas mesmas circunstâncias, cometido o crime por agente em situação de se-

mi-imputabilidade, a pena aplicada será reduzida de um a dois terços em razão da menor culpabilidade (art. 46). Nas situações retratadas, não se aplica o artigo 26 ou 28 do Código Penal, mas as disposições da lei especial.

Quando o artigo 45 diz “qualquer que tenha sido a infração praticada”, está se referindo aos crimes descritos no seu Capítulo II, do Título IV. Não há como aplicar os artigos 45 a 47 aos crimes previstos no artigo 28, uma vez que eles estão inseridos em outro título e possuem regra própria. Como a norma em estudo (art. 45) é especial e cuida de delitos relacionados a drogas, não pode ser aplicada a crimes descritos em outro Diploma Legal, que observarão as disposições gerais pertinentes previstas no Código Penal.

Absolvido o agente pelo reconhecimento pericial da inimputabilidade em razão de dependência de drogas, o juiz poderá determinar, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado (art. 45, parágrafo único). Nesta hipótese, há sentença absolutória imprópria em que, nada obstante o reconhecimento da inimputabilidade e consequente isenção de pena, poderá ser determinado na sentença tratamento médico.

O tratamento médico somente poderá ser determinado quando o agente for dependente do uso de drogas. Reconhecido o caso fortuito ou a força maior como causa da inimputabilidade pela ingestão de droga, não poderá ser imposto tratamento médico obrigatório, uma vez que ao autor do fato estaria sendo imposta uma sanção mesmo tendo ele agido sem culpa (em sentido amplo). Deve-se observar, assim, analogicamente, o disposto no artigo 28, § 1º, do Código Penal, que cuida da embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior, que é claro no sentido de não ser aplicada medida de segurança nesta situação.

O tratamento médico poderá ser em regime de internação ou ambulatorial, dependendo de análise pericial e do próprio juízo à vista do caso concreto, levando-se em consideração a periculosidade do sujeito.

A nova lei é omissa e não diz qual o prazo do tratamento médico. Por isso, deverão ser aplicados subsidiariamente os dispositivos pertinentes do Código Penal, com fundamento no artigo 12 deste Diploma Legal. Assim, o tratamento será fixado pelo prazo mínimo de um a três anos, perdurando enquanto não for constatada por perícia médica a cessação da dependência. Dessa forma, do mesmo modo que ocorre com a medida de segurança, o prazo final do tratamento médico é indeterminado e perdurará até o momento em que a dependência do sujeito esteja sob controle.

Quando a norma diz “poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado”, não está facultando ao Magistrado o tratamento médico, ou não, do dependente. Trata-se de um poder-dever, ou seja, constatada a inimputabilidade em razão da dependência do uso de drogas, o tratamento médico é obrigatório, cabendo ao Juiz na sentença determinar sua realização em regime de internação ou de tratamento ambulatorial, dependendo da análise pericial e do caso concreto.

A natureza jurídica da sentença que reconhece a inimputabilidade, nos termos do artigo 45, é absolutória, haja vista que a imputabilidade é um dos elementos da culpabilidade, segundo a teoria normativa pura ou extremada. Sem a imputabilidade do agente, ao tempo da ação ou da omissão, a culpabilidade é afastada e a solução é a absolvição. No caso de imposição de tratamento médico, a sentença é absolutória imprópria.

Cuidando-se de inimputabilidade por outro motivo, que não por dependência ou intoxicação por caso fortuito ou força maior decorrente do uso de droga, devem ser aplicados os dispositivos pertinentes do Código Penal (arts. 26 e 28)

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

#### ***46.1 Semi-imputabilidade***

O semi-imputável é aquela pessoa que fica na zona intermediária entre a imputabilidade e a inimputabilidade, sendo chamados, também, de fronteirços. O sujeito é imputável, mas, por ter a capacidade de entendimento ou de autodeterminação reduzida, a lei determina que o juiz diminua a sua pena.

No caso de condenação e reconhecimento da semi-imputabilidade, a natureza da sentença é condenatória, mas há obrigatoriedade da redução da pena (um a dois terços).

Praticado qualquer dos crimes descritos nos artigos 33 a 39 por pessoa em situação de semi-imputabilidade em razão de dependência, ou sob o efeito de dro-



ga proveniente de caso fortuito ou força maior, a pena deverá ser reduzida de um a dois terços.

Embora a norma empregue a expressão “as penas podem ser reduzidas”, não se trata de faculdade do Juiz, mas de direito subjetivo do acusado, que não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (semi-imputabilidade).

A norma não prevê para o semi-imputável a possibilidade de determinação de tratamento médico pelo Juiz quando da prolação da sentença condenatória, limitando-se à obrigatória diminuição da pena. Porém, havendo necessidade de tratamento médico ao condenado, ser-lhe-á assegurado com fundamento no artigo 47.

Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

#### ***47.1 Tratamento médico***

Quando da prolação da sentença condenatória, havendo necessidade de tratamento médico fundado em avaliação realizada por profissionais de saúde com competência específica na forma da lei, o juiz determinará que ele seja realizado.

Note-se que a norma fala “sentença condenatória”, não se tratando, portanto, de sentença absolutória imprópria fundada no artigo 45. Assim, para efeito do presente dispositivo, o agente deverá ter sido condenado à pena privativa de liberdade, o que justifica a existência da norma. Cuidando-se de sentença absolutória imprópria (em razão de dependência de droga), o tratamento médico é obrigatório (art. 45).

A razão de ser da norma é aproveitar o fato de o sentenciado estar preso para propiciar-lhe tratamento médico adequado a fim de que, quando voltar à sociedade, esteja livre do vício ou do hábito do uso de drogas. Também é uma forma de minimizar o uso de drogas dentro da unidade prisional, fato este infelizmente comum e perigoso para a segurança do sistema penitenciário.

Por força do artigo 26 da Lei de Drogas, que não faz distinção entre as espécies de crimes, o presente dispositivo (art. 47) é aplicável a qualquer delito, mesmo que não previsto na Lei de Drogas. Cabe ao Estado propiciar o adequado tratamento médico, não só ao dependente, mas também ao usuário de drogas, que está sob sua custódia.

## **Capítulo III**

### **Do Procedimento Penal**

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei no 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

#### ***48.1 Procedimento***

A Lei de Drogas trouxe um procedimento especial, que será aplicável aos crimes previstos em seu Título IV, ou seja, nas infrações descritas nos artigos 33 a 39.

No entanto, há crimes em que o máximo da pena cominada não excede a dois anos de privação da liberdade. Nestes casos, por força do artigo 61 da Lei nº 9.099/1995, esses delitos serão processados de acordo com o rito dos Juizados Especiais Criminais.

Com efeito, além dos crimes previstos no artigo 28 da Lei de Drogas (porte de drogas para consumo pessoal e sementeira, cultivo ou colheita de plantas destinadas a preparação de drogas para consumo pessoal), os descritos no artigo 33, § 3º e 38, seguirão o rito do Juizado Especial Criminal, exceção feita se houver causa de aumento de pena que eleve a reprimenda máxima acima de dois anos, quando seguirá o rito da Lei de Drogas.

Há posicionamento de que o crime descrito no artigo 39, *caput*, embora não seja de pequeno potencial ofensivo, haja vista o máximo da pena privativa de liberdade cominada superar a dois anos, deve ser alcançado pelas medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/1995, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 291, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro. Isso porque o crime do artigo 39, *caput*, é análogo ao previsto no artigo 306 do CTB (embriaguez ao volante), que pune, dentre outras situações, aquele que conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão de influência de droga. Como o parágrafo único do artigo 291 do CTB permite a aplicação das medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/1995 a quem praticar o crime do artigo 306 do mesmo Diploma, elas também devem ser permitidas àquele que conduz embarcação ou aeronave sob o efeito de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade pública (art. 309, *caput*, da Lei de Drogas), haja vista a similitude dos delitos. Com efeito, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e da isonomia, ao autor do crime do artigo 39, *caput*, da Lei de Drogas também devem ser aplicadas essas medidas, observada a analogia *in bonam partem* (cf. CUNHA et al., 2006, p. 179-180).

No entanto, assim não entendemos. É que os crimes não guardam similitude. A embriaguez ao volante é infração menos perigosa do que a condução de embarcação ou aeronave por quem está sob o efeito de droga, tanto que a pena da última é mais severa. Se a intenção do legislador fosse a de propiciar a transação penal para o crime do artigo 39, *caput*, da Lei de Drogas, não teria cominado pena máxima acima de dois anos ou o teria dito expressamente, como o fez no Código de Trânsito Brasileiro, não cabendo ao intérprete fazê-lo, arvorando-se em legislador.

### ***Subsidiariedade do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais (art. 48, caput)***

A Lei de Drogas traz procedimento próprio para o processamento dos crimes nela tipificados.

No entanto, ela não é completa, necessitando de aplicação subsidiária, não só do Código de Processo Penal e da Lei das Execuções Penais, mas também do Código Penal.

Aliás, o artigo 12 do Código Penal dispõe que suas normas gerais serão aplicadas à legislação especial, se esta não dispuser de modo diverso.

Como a Lei de Drogas não traz regra própria, haverá necessidade de aplicação subsidiária das regras pertinentes à produção de provas, citação, notificação, dentre outras, previstas no Código de Processo Penal.

Também serão aplicáveis disposições contidas na Lei de Execuções Penais, quando cabíveis, e no Código Penal, como as regras sobre concurso de crimes, de agentes, extinção da punibilidade dentre outras, desde que não previstas na Lei de Drogas.

A rigor, sequer haveria necessidade de tal referência, uma vez que prevalece a lei especial em detrimento da geral, que será aplicada subsidiariamente.

### ***Crimes do artigo 28 da Lei de Drogas***

O artigo 28 da Lei de Drogas traz dois tipos penais: porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, *caput*) e sementeira, cultivo e colheita de plantas para preparação de drogas para consumo pessoal (art. 28, § 1º).

Estes tipos penais não cominam pena privativa de liberdade, mas restritivas de direitos. Não há dúvida, porém, de que se trata de infrações de menor potencial ofensivo, que deverão ser processadas de acordo com o rito da Lei nº 9.099/1995, como, aliás, determina expressamente o artigo 48, § 1º, salvo se houver concurso com um dos crimes previstos nos artigos 33 a 37. Assim, presentes os requisitos legais, poderá ser oferecida proposta de transação penal. Por outro lado, ausentes os requisitos necessários para a transação penal ou não aceitando o autor do fato, deverá ser oferecida denúncia e observado o procedimento da Lei nº 9.099/1995.

Diferentemente de outras infrações de menor potencial ofensivo, só poderão ser aplicadas em transação penal as medidas despenalizadoras previstas no próprio artigo 28 da Lei de Drogas, como deixa claro o art. 48, § 5º. Assim,

como proposta de transação penal a ser oferecida pelo Ministério Público, será possível a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida de comparecimento a curso ou programa educativo, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, até porque se trata de acordo entre as partes.

Não há possibilidade de composição civil, porque não existe vítima determinada (crime vago). Também não se cogita de representação, uma vez que os crimes são de ação penal pública incondicionada.

Nada impede que seja proposta a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/1995. Ora, se para crimes mais graves há possibilidade da suspensão condicional do processo, também deve ser cabível para crimes que sequer preveem como sanção pena privativa de liberdade.

Havendo descumprimento das medidas aplicadas em transação penal, não será o caso de observar o disposto no artigo 28, § 6º, por falta de amparo legal. Estas medidas serão aplicadas para garantir o cumprimento da pena determinada quando da condenação pelos crimes previstos no artigo 28, *caput*, ou § 1º. Ausente previsão legal para a advertência verbal e aplicação de multa, estaria sendo violado o princípio da reserva legal, já que não pode haver sanção sem prévia cominação legal.

Para a solução da questão, ou seja, do descumprimento da transação penal, há dois posicionamentos na doutrina:

- 1) deverá ser oferecida denúncia com o normal prosseguimento da ação penal;
- 2) não poderá ser proposta ação penal, devendo o cumprimento da medida ser exigido como obrigação de natureza extrapenal, ou seja, com a imposição e execução da multa.

Parece-nos correto o primeiro posicionamento. Ora, se não há cumprimento do acordo por uma das partes, o trato está rompido e tudo retornará para como era antes, podendo ser oferecida a denúncia como se o autor do fato não houvesse aceitado a transação penal. Não há sentido em premiar a torpeza de quem quis enganar a Justiça.

### ***Concurso com crime mais grave (art. 48, § 1º)***

O artigo 60 da Lei nº 9.099/1995 diz que:

“Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”

Por força do artigo 2º da Lei nº 10.259/2001, a mesma regra é obedecida no Juizado Especial Federal Criminal. Diz o dispositivo:

“Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”

Os dispositivos mencionados foram criados para dissipar a dúvida doutrinária e jurisprudencial existente sobre a possibilidade, ou não, da aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/1995, no caso de concurso com outro crime de competência de juízo diverso. Ficou clara esta possibilidade, o que não quer dizer que a aplicação das medidas é obrigatória. Para tanto, os requisitos para a benesse devem estar presentes.

Cuidando-se dos crimes previstos no artigo 28 da Lei de Drogas, que não comina pena privativa de liberdade, mas são, sem dúvida, infrações de menor potencial ofensivo, a pena máxima do delito conexo deve ser levada em consideração, já que não há como somá-la. Não ultrapassado o limite de dois anos, computadas eventuais causas de aumento ou de diminuição de penas, a oferta é possível e poderá ser deferida, desde que os demais requisitos estejam presentes. Assim, v. g., sendo imputado ao autor do fato crime de ameaça (art. 147 do CP) em concurso com o de porte de droga para consumo pessoal (art. 28, *caput*), é possível, em tese, a aplicação das medidas despenalizadoras, uma vez que o delito de ameaça tem como pena máxima seis meses de detenção. Não ocorrendo qualquer das vedações descritas no § 2º do artigo 76 da Lei nº 9.099/1995, faz-se possível a transação penal. Não sendo possível a transação penal pela presen-

ça de vedação legal ou não a aceitando o autor do fato, a denúncia será oferecida e o processo seguirá o rito da Lei nº 9.099/1995.

É importante ressaltar que existe forte corrente doutrinária no sentido de que as penas máximas, no caso de concurso de crimes, não devem ser somadas para efeito de aplicação das medidas despenalizadoras e fixação da competência do Juizado Especial Criminal. Os crimes devem ser analisados isoladamente. Preenchidos os requisitos previstos na Lei nº 9.099/1995, o autor do fato tem direito às medidas e de ser processado de acordo com o rito do Juizado Especial Criminal (cf.: GOMES et al., 2006, p. 212).

Não existe óbice legal para que sejam processados nos mesmos autos crime de menor potencial ofensivo e crime mais grave, como o tráfico de drogas ou até mesmo homicídio. Bem pelo contrário, já que a própria lei determina sejam observadas as regras de conexão e continência no caso de concurso de crimes. Assim, sendo o acusado processado por tráfico de drogas (art. 33) e porte de drogas para consumo pessoal (art. 28), fatos ocorridos no mesmo contexto, devido às regras de conexão, os crimes serão apurados no mesmo processo, que tramitará no juízo comum e obedecerá ao procedimento do crime mais grave, no caso, o previsto na Lei de Drogas. Quanto ao crime do artigo 28, não poderá ser oferecida a transação penal, diante da expressa vedação contida no artigo 48, § 1º da Lei de Drogas.

Aliás, levando-se em consideração a pena máxima cominada no tipo penal para os crimes descritos na Lei de Drogas, será possível a transação penal apenas para o crime de oferecimento de droga para uso em conjunto previsto no artigo 33, § 3º, e prescrição ou ministração culposa de droga, tipificada no artigo 38, cuja pena máxima não excede a dois anos de privação de liberdade.

Desta forma, não sendo superior a dois anos a pena máxima cominada no tipo (art. 61 da Lei nº 9.099/1995), a infração será considerada de menor potencial ofensivo em que devem ser observadas as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/1995 (composição civil e transação penal).

Pode ser que o autor do fato recuse a proposta de transação penal ou não preencha os requisitos legais para ser beneficiado pelas medidas despenalizadoras. Nesta hipótese, deverá ser oferecida denúncia pelo Membro do Ministério Público.

No caso de concurso de crimes, reputando o juiz ser conveniente, poderá determinar a separação dos processos, de modo que a infração de menor potencial ofensivo corra perante o Juizado Especial Criminal e o crime mais grave, no caso o tráfico de drogas, siga o rito normal da Lei de Drogas (art. 80 do CPP).



Isso pode ocorrer se o processamento em conjunto das infrações penais, principalmente quando houver mais de um réu, causar tumulto processual de modo a atrasar o andamento do processo, prejudicando o(s) acusado(s) ou o Estado.

### ***Conexão (art. 76 do CPP)***

“Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.”

### ***Continência (art. 77 do CPP)***

“Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I – duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 70, 73 e 74 do CP (de acordo com a parte geral do CP de 1984).”

### ***Impossibilidade da prisão em flagrante para o crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 48, §§ 2º, 3º e 4º)***

Os crimes previstos no artigo 28 da Lei de Drogas não contemplam pena privativa de liberdade como sanção. Corolário lógico deste dispositivo é que não é possível a prisão em flagrante do autor de um destes delitos. O autor do fato deverá ser imediatamente encaminhado ao juízo competente. É certo que, na prática, o agente dificilmente será encaminhado ao juiz, mas ao Delegado de Polícia, que será o responsável por tomar as medidas previstas no § 2º do art. 48. Sendo possível, tais medidas deverão ser adotadas pela autoridade judiciária. Assim, como é vedada a prisão em flagrante, a autoridade que tomar conhecimento do fato (judiciária ou policial) lavrará termo circunstanciado, no qual o autor do fato assumirá o compromisso de comparecer em juízo em dia determinado, ou a ser marcado, quando será posteriormente notificado. Também deverão

ser requisitadas as perícias e os exames necessários, tal como o exame químico toxicológico do material apreendido para que possa ser demonstrada a materialidade do delito (art. 48, §§ 2º e 3º).

Concluídos os procedimentos já destacados, o autor do fato será submetido a exame de corpo de delito, caso o requeira, ou se a autoridade policial entender conveniente. Em seguida, será liberado (art. 48, § 4º).

### ***Conexão entre um crime de tráfico de drogas e outra infração penal com procedimento diverso***

Pode ser que ocorra conexão entre o crime de tráfico de drogas e outra infração que tenha rito diverso. Nesta hipótese, deverão ser observadas as regras gerais estabelecidas no Código de Processo Penal a fim de ser estabelecido o procedimento a ser seguido:

a. Ocorrendo concurso entre crime de competência do Tribunal do Júri e outro processado pelo juízo comum (exemplo: tráfico de drogas e homicídio), o procedimento a ser seguido será o que apura os crimes dolosos contra a vida (art. 78, I, CPP). Se um destes delitos for o previsto no artigo 28 da Lei de Drogas ou outro de menor potencial ofensivo, a transação penal para este crime, quando possível, poderá ser proposta no próprio juízo do júri.

b. Ocorrendo concurso entre dois ou mais crimes de competência da Justiça comum, prevalece o procedimento destinado à infração penal de maior gravidade (art. 78, II, a, CPP).

c. Sendo as penas dos delitos apurados na justiça comum de igual gravidade, prevalecerá a do lugar em que ocorreu o maior número de infrações penais (art. 78, II, b, CPP).

d. Ocorrendo concurso entre crimes de competência da Justiça comum, sendo as penas de igual gravidade e não havendo juízo com maior número de infrações penais, prevalecerá o juízo prevento (art. 78, II, c, CPP).

e. Havendo concurso de jurisdições de diversas categorias, prevalece a de maior graduação (art. 78, III, CPP).

f. Havendo concurso entre a competência da Justiça comum e a especial, prevalecerá esta (art. 78, IV, CPP). No entanto, sendo um dos delitos de natureza militar, não haverá unidade de processo (art. 79, I, do CPP), já que o crime militar é julgado pela Justiça Militar e o comum pelo juízo comum, devendo o processo ser cindido.

g. Havendo concurso de competência entre crimes apurados nas Justiças comuns estadual e federal, prevalece esta última. Com efeito, havendo conexão entre crime apurado na Justiça Estadual e delito de competência da Justiça Federal, como o tráfico internacional de drogas, o julgamento do processo será afeto à Justiça Federal (Súmula 522 do STF).

### ***Procedimento sumaríssimo do Juizado Especial Criminal***

“Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. § 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente. § 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei. § 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei.

Art. 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

§ 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização.

§ 2º Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 desta Lei para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

§ 3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista no art. 67 desta Lei.

Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

Art. 80. Nenhum ato será adiado, determinando o Juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juizes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 1º A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 2º O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.

§ 3º As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 65 desta Lei.

§ 4º As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa.

§ 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Art. 83. Cabem embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

§ 2º Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso.

§ 3º Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.”

### ***Suspensão condicional do processo***

Em nosso sistema processual, a Lei nº 9.099, de 29 de setembro de 1995, em seu artigo 89, inovou e inseriu a suspensão condicional do processo, também chamada de “*sursis processual*”.

O Ministério Público, ao oferecer denúncia, preenchidos os requisitos legais, poderá formular proposta de suspensão condicional do processo pelo prazo de dois a quatro anos. Sendo aceita pelo acusado e seu defensor, o Juiz, recebendo a denúncia, suspenderá o processo pelo período de prova proposto.

Se o juiz, por ocasião da prolação da sentença condenatória, der aos fatos nova classificação jurídica, de modo a ser possível a proposta de suspensão condicional do processo, deverá abrir vista dos autos à acusação para que ela se manifeste (art. 383, § 1º do CPP).

A suspensão condicional do processo será cabível nos crimes e contravenções penais cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela lei 9.099/95, independentemente do rito procedimental. No caso de concurso material ou formal imperfeito, deve ser levada em consideração para a concessão da suspensão a somatória das penas mínimas cominadas para as infrações; assim, se a soma das penas mínimas superar um ano, a suspensão condicional do processo não será possível. Tratando-se de concurso formal perfeito ou crime continuado, será possível a aplicação do instituto se a soma da pena mínima cominada para a infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto não superar o limite de um ano. Para o cálculo da pena mínima, devem ser consideradas as causas de aumento e de diminuição de pena, bem como as qualificadoras, desde que constantes da denúncia. Até mesmo as atenuantes e agravantes genéricas devem ser consideradas para esse fim. No caso de tentativa, a redução deve ser pelo máximo (2/3) sobre a pena mínima cominada para o delito.

Se o acusado não aceitar a proposta, o processo prosseguirá normalmente (§ 7º). São requisitos para a suspensão condicional do processo:

a) que o acusado não esteja sendo processado e não tenha sido condenado por outro crime;

b) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias sejam favoráveis à concessão do benefício.

Quanto ao primeiro requisito, basta prova documental, por intermédio de folhas de antecedentes ou certidão cartorária, de que o acusado não foi condenado e não tem processo em andamento por crime movido contra sua pessoa. Neste último caso, não há que se falar em inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF). Isso porque o acusado não está sendo considerado culpado, uma vez somente haverá o prosseguimento de uma ação penal, na qual poderá ser até considerado inocente. A adoção dessa circunstância impeditiva visa não colocar na mesma situação uma pessoa que não tenha sido processada e a que tem processo em andamento, uma vez que contra essa última paira, ao menos, indício da prática de crime. É lícito, pois, ao legislador estabelecer condições mínimas para a concessão de qualquer benefício legal.

O segundo requisito exigido para a concessão do benefício nada mais é do que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP e que também são necessárias para a concessão do sursis (art. 77, II, do CP).

Serão impostas as seguintes condições para serem cumpridas durante o período de prova (§ 1º):

a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

b) proibição de frequentar determinados lugares;

c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para justificar suas atividades.

As condições acima são obrigatórias e devem ser aplicadas cumulativamente, quando presentes as circunstâncias concretas para tanto.

O juiz poderá especificar outras condições a que fica sujeito o acusado, desde que adequadas ao fato e à sua situação pessoal (§ 2º). São as chamadas condições facultativas, que podem ser impostas se não afrontarem a moral e os bons costumes e bens personalíssimos do acusado. São exemplos dessas condições frequência a psicólogos para tratamento de alcoolismo, entrega de cestas básicas a instituições de caridade etc.

A suspensão condicional do processo será revogada se o acusado, durante o período de prova (dois a quatro anos), vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, injustificadamente, a reparação do dano (§ 3º). Como se trata de casos de revogação obrigatória do benefício, o curso do processo será retomado.

No primeiro caso, basta a prova objetiva da existência de ação penal em curso contra o acusado pela prática de outro crime. Embora haja quem entenda que essa causa de revogação é inconstitucional por ferir o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), não entendemos dessa forma. Com a revogação o processo simplesmente retomará o andamento, podendo o acusado, inclusive, ser absolvido, não havendo, por conseguinte, qualquer violação a princípio constitucional.

No segundo caso, houve prejuízo para a vítima e foi imposta ao acusado a obrigação de reparar o dano que causou. Se ele não o fizer sem motivo justificado, o benefício será revogado e o processo retomado.

Por outro lado, a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, durante o período de prova (dois a quatro anos), por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta (§ 4º). Trata-se de casos de revogação facultativa do benefício, que deverão ser concretamente analisados pelo juiz. Decidindo pela revogação, o curso do processo será retomado.

Assim, se o acusado for processado por contravenção penal, ou frequentar lugares a que estava proibido, ausentar-se da comarca onde reside sem comunicar ao juiz, não comparecer mensalmente ao juízo para justificar suas atividades, ou não cumprir outra condição facultativa, o juiz poderá revogar o benefício.

É importante ressaltar que durante o período de prova o prazo prescricional ficará suspenso (6º).

Diferentemente do que ocorre com o *sursis*, a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado. O artigo 89 da Lei nº 9.099/95 deixa claro que a proposta é formulada exclusivamente pelo Ministério Público, não se fazendo qualquer menção a ter o réu direito ao benefício. Trata-se de acordo entre as partes e, em nenhum momento, a lei ressalva a possibilidade de o Juiz, de ofício, ou a requerimento do acusado, poder suspender o processo contrariamente ao posicionamento Ministerial.

A Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, colocou o Ministério Público como detentor exclusivo da ação penal pública. Como *dominus litis* da

ação penal, somente o Ministério Público pode dela dispor, propondo a suspensão condicional do processo, caso presentes seus pressupostos.

O juiz, como órgão imparcial, não pode sobrepor-se a uma das partes e transacionar contrariamente a seus interesses, sob pena de ser ferido o modelo acusatório de processo, em que há nítida divisão entre as funções exercidas na persecução penal (acusação, defesa e juiz).

Se o Promotor de Justiça entender não ser o caso de proposta do benefício, discordando o Juiz, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando analogicamente o artigo 28 do CPP, para que este decida sobre a viabilidade ou não da suspensão condicional do processo (Súmula nº 696 do STF).

Não se confunde a suspensão condicional do processo com o *probation system*, do direito anglo-saxão. Nesse, a instrução é realizada e o acusado assume a culpa (*conviction*), deixando o Juiz de prolatar a sentença condenatória, que ficará suspensa mediante o cumprimento de condições pelo acusado. Como não houve sentença condenatória, tanto num quanto noutro não é perdida a primariedade. No *probation system*, descumprida uma das condições, o benefício é revogado e a sentença prolatada.

Também não deve ser confundida com a suspensão condicional da pena, em que há sentença condenatória e a execução da pena privativa de liberdade que é suspensa, mediante o cumprimento de condições estabelecidas pelo juiz. No *sursis*, perde-se a primariedade se a condenação for pela prática de crime.

Dessa forma, a suspensão condicional do processo é instituto criado pela nossa legislação, sendo desconhecida de outras.

Cumprido o período de prova sem causa para a revogação do benefício, o Juiz declarará extinta a punibilidade do agente (§ 5º).

Art. 49. Tratando-se de condutas tipificadas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

#### **49.1 Instrumentos protetivos (art. 49)**

O crime de tráfico de drogas envolve, geralmente, o crime organizado, que possui ramificações em todos os setores do Estado.



---

Por conta deste fato, dada a periculosidade dos envolvidos nestes delitos, a Lei de Drogas permite que sejam empregados, sempre que as circunstâncias assim recomendarem, os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

Como este assunto já foi comentado, remetemos o leitor aos comentários ao artigo 41.



## Seção I

### Da Investigação

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 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 § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

§ 3º Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 4º A destruição das drogas será executada pelo delegado de polícia competente no prazo de 15 (quinze) dias na presença do Ministério Público e da autoridade sanitária. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 5º O local será vistoriado antes e depois de efetivada a destruição das drogas referida no § 3º, sendo lavrado auto circunstanciado pelo delegado de polícia, certificando-se neste a destruição total delas. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

#### 50.1 Prisão em flagrante

##### *Investigação criminal*

Com exceção dos crimes previstos nos artigos 28, 33, § 3º, e 38 da Lei de Drogas, que seguem o procedimento previsto na Lei nº 9.099/1995, os demais delitos são apurados de acordo com as regras estabelecidas nos artigos 50 a 53.

A Lei de Drogas, devido à especialidade dos delitos nela contidos, prevê procedimento próprio para a apuração dos fatos. Como ela não é completa, subsidiariamente devem ser aplicados dispositivos pertinentes do Código de Processo Penal.

***Flagrante delicto (art. 50, caput)***

Nos termos do art. 302 do CPP pode haver a prisão em flagrante quando alguém está cometendo a infração penal (I); acaba de cometê-la (II); é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração (III); é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (IV). Lembramos que, nas infrações permanentes, poderá haver a prisão em flagrante, enquanto mantida a permanência do crime. Assim, se, por exemplo, alguém é surpreendido tendo em depósito droga, poderá ser preso em flagrante, pois a infração é permanente.

Ao receber o preso, a autoridade policial deverá imediatamente comunicar o fato ao Juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado. Imediatamente, tem o sentido de ser o mais rápido possível, sem maiores delongas. Aliás, o § 1º do artigo 306 do CPP estabelece o prazo de 24 horas para que o auto de prisão em flagrante seja encaminhado ao juiz competente, prazo este que pode ser tido como o máximo para os crimes descritos na Lei de Drogas, aplicando-se analogicamente o contido no Código de Processo Penal. Como o prazo máximo para o encaminhamento do auto ao Juízo é de 24 horas, certamente deverá ser lavrado em prazo inferior a este.

Recebendo a comunicação do flagrante, o Juiz terá o prazo de 24 horas para dar vista do auto ao Órgão do Ministério Público, que analisará sua regularidade formal e a ocorrência, ou não, do flagrante, também no prazo de 24 horas, que é o menor prazo processual. Neste momento, poderá concordar com o flagrante ou requerer o relaxamento, quando houver alguma irregularidade formal. Não estando presentes as circunstâncias que ensejariam a decretação da prisão preventiva, poderá ser requerida a liberdade provisória, se a natureza da infração o permitir (vide comentários ao art. 44). Por outro lado, estando presentes as circunstâncias do art. 312 do CPP caberá ao Membro do Ministério Público requerer a conversão da prisão em flagrante em preventiva. Não sendo o caso de conversão da prisão em flagrante em preventiva, poderá ser requerida

pelo Membro do Ministério Público a imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), desde que necessárias para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal ou, nos casos expressamente previstos em lei, para evitar a prática de infrações penais (art. 282 do CPP).

O juiz de direito também terá o prazo de 24 horas para analisar o auto e decidir se mantém, ou não, o flagrante, podendo relaxá-lo, caso haja alguma irregularidade formal, ou conceder a liberdade provisória ao autuado, com ou sem fiança, quando não se encontrarem presentes as circunstâncias da prisão preventiva (art. 310 do CPP). Estando presentes as circunstâncias da prisão preventiva (art. 312 do CPP) e, se revelarem insuficientes ou inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), o juiz deverá, fundamentadamente, converter a prisão em flagrante em preventiva.

A autoridade policial a que se refere a norma é o Delegado de Polícia. Sendo o tráfico de drogas cometido por policial militar, caracterizando-se crime militar, deverá o auto de prisão em flagrante ser elaborado por oficial da Polícia Militar (art. 290 do CPM).

Para a lavratura do auto de prisão em flagrante delito de forma escorreita, deverão ser observadas pela autoridade policial as regras estabelecidas nos artigos 304 a 309 do Código de Processo Penal. Como a Lei de Drogas não tratou integralmente da matéria, o Código de Processo Penal deve ser aplicado subsidiariamente.

Ocorrido o flagrante, o preso será encaminhado à presença da autoridade policial. O primeiro a ser ouvido será o condutor, que na grande maioria das vezes é o policial responsável pela prisão em flagrante. Finda a oitiva, será colhida a assinatura do condutor, fornecendo-lhe o recibo de entrega do preso e cópia do termo.

Em seguida, serão ouvidas as testemunhas e, ao final, o preso será interrogado. Após cada oitiva, a autoridade deve colher a respectiva assinatura.

Ao preso sempre deverá ser entregue nota de culpa em que conste o motivo da prisão e o nome do responsável por ela e das testemunhas (art. 306, § 2º, do CPP). O preso tem o direito de saber o nome do responsável pela prisão ou por seu interrogatório policial (art. LXIV da CF).

### ***Laudo de constatação da natureza e da quantidade da droga (art. 50, § 1º)***

Muitas vezes é possível ao policial, de plano, saber se determinado objeto é droga ou não. No entanto, visando à segurança jurídica, a Lei de Drogas exige que, para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da

materialidade do delito, seja elaborado laudo de constatação do material apreendido. O laudo deverá indicar a natureza e a quantidade da droga apreendida, podendo ser firmado por um perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

O laudo de constatação constitui condição de procedibilidade da Polícia Judiciária para lavratura do auto de prisão em flagrante. O mesmo pode ser dito para que o Ministério Público ofereça a denúncia e para que o Juiz possa recebê-la e dar andamento aos demais atos processuais, com exceção da sentença, em que é exigido o laudo de exame químico toxicológico.

No laudo de constatação são empregados reagentes químicos, que deixam o objeto de determinada cor quando se trata de droga. Os meios e métodos empregados são extremamente simples e, por isso, não necessita ser elaborado por perito.

Já o exame químico toxicológico deve ser elaborado, em regra, por perito criminal oficial, com o emprego de meios e métodos científicos e seguros quanto ao resultado. Aliás, é possível que o laudo definitivo contrarie o de constatação, concluindo que a substância ou o produto apreendido não se trate de droga ou tenha composição diferente da constatada no exame provisório (laudo de constatação).

O perito que participar da elaboração do laudo de constatação não está impedido de elaborar o laudo definitivo (art. 50, § 2º).

### ***Laudo toxicológico***

O laudo de constatação da droga apreendida é provisório e tem a finalidade de demonstrar a materialidade para a lavratura do auto de prisão em flagrante delito e para o oferecimento e recebimento da denúncia.

Para que possa ser prolatada a sentença há necessidade de que a droga apreendida seja periciada com o emprego de técnicas científicas.

Esta perícia é denominada de exame químico toxicológico, que será materializado pelo laudo de exame químico toxicológico, denominado pela Lei de Drogas simplesmente de laudo toxicológico ou laudo definitivo em contraposição ao laudo de constatação, que também é comumente chamado de laudo provisório.

A elaboração do laudo observará o disposto no artigo 159 do Código de Processo Penal, aplicado subsidiariamente. O laudo será elaborado por perito oficial, portador de diploma de curso superior. Na falta de perito oficial, o laudo será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso su-

perior preferencialmente na área específica, no caso, de química, farmácia ou outra análoga.

### ***Momento da juntada do laudo toxicológico nos autos (art. 50, § 1º)***

A Lei de Drogas não diz expressamente em que momento deve ser juntado aos autos o laudo definitivo da droga apreendida. É certo que o laudo deve ser entranhado antes da audiência de instrução e julgamento, uma vez que as partes têm o direito de se manifestarem sobre ele, podendo, inclusive, impugná-lo ou requerer contraprova. Sem a possibilidade de manifestação quanto à prova acrescida, há manifesto cerceamento da acusação e da defesa.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 58, que tratam da sentença, ao se referirem ao laudo definitivo da droga, deixam evidente que ele é imprescindível para a decisão final, como já o era de acordo com a legislação revogada.

O artigo 52, parágrafo único, inciso I, diz que as diligências complementares úteis ou necessárias à plena elucidação do fato devem ser juntadas aos autos até três dias antes da audiência de instrução e julgamento. Assim, razoável entender que este é o prazo para que o laudo químico toxicológico seja juntado aos autos. Caso isso não ocorra, caberá à acusação requerer que seja oficiado à autoridade policial para que providencie sua remessa. Também é possível ao Ministério Público requisitar ao Instituto de Criminalística ou a outro órgão responsável pela elaboração do laudo para que o remeta ao Juízo a fim de instruir o processo. Sem o laudo, não é possível a realização dos debates e muito menos a prolação da sentença. É ele quem dará a necessária certeza da materialidade do delito. O laudo de constatação serviu apenas para a lavratura do auto de prisão em flagrante e início da ação penal, sendo uma prova provisória. A certeza só virá com o laudo definitivo da droga, elaborado com técnicas científicas confiáveis.

### ***Destruição das drogas apreendidas (art. 50, §§ 3º, 4º e 5º)***

Houve sensível alteração no método de destruição das drogas apreendidas com o advento da Lei nº 12.961, de 2014.

Ao receber o auto de prisão em flagrante delito, o Magistrado, no prazo de 10 dias, analisará o laudo de constatação provisório, e, se o caso, certificará sua regularidade formal. Estando tudo correto, será determinada pelo Magistrado a destruição das drogas apreendidas. A fim de ser elaborado o laudo definitivo (exame químico toxicológico), será guardada amostra necessária da droga.

Caberá ao Delegado de Polícia competente, no prazo de 15 dias do recebimento da determinação judicial, executar a destruição das drogas. O ato deverá ser realizado na presença de membro do Ministério Público e da autoridade sanitária.

O local onde a droga será destruída será vistoriado antes e depois do ato. O Delegado de Polícia de tudo lavrará auto circunstanciado, certificando neste a destruição total das drogas.

Art. 50-A. A destruição de drogas apreendidas sem a ocorrência de prisão em flagrante será feita por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contado da data da apreensão, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo, aplicando-se, no que couber, o procedimento dos §§ 3º a 5º do art. 50. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

Pode ser que haja apreensão das drogas, mas ninguém seja preso. Nesse caso, do mesmo modo que ocorre com as plantações ilícitas, o material será destruído por incineração, dentro do prazo máximo de 30 dias contado da apreensão, guardando-se amostra necessária para a realização do laudo definitivo.

A norma determina a aplicação, no que couber, do disposto nos §§ 3º a 5º do art. 50. Por isso, a destruição das drogas dependerá de prévia autorização judicial, e será realizada pelo Delegado de Polícia competente, na presença de Membro do Ministério Público e da autoridade sanitária. O local deverá ser vistoriado antes e depois da destruição, lavrando-se auto circunstanciado do ato, onde deverá ser certificada a destruição total das drogas.

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.



### ***51.1 Prazo para a conclusão do inquérito policial (art. 51)***

A Lei de Drogas estabelece prazo mais elástico para a conclusão do inquérito policial do que o previsto na legislação anterior e no Código de Processo Penal, haja vista a maior dificuldade na apuração destas espécies de crimes.

Cuidando-se de indiciado preso, o prazo para a conclusão será de 30 dias.

Estando solto o indiciado, o prazo será de 90 dias.

Havendo motivo justificado, a autoridade policial poderá solicitar que os prazos sejam duplicados. Antes de decidir, o juiz deverá dar vista dos autos ao Ministério Público para manifestação, já que é o titular da ação penal pública e o maior interessado na produção da prova. Deferido o pedido, no caso de indiciado preso, o prazo para a conclusão será de 60 dias; estando solto, será de 180 dias.

Não sendo concluído o inquérito no prazo legal, quando o indiciado se encontrar preso, a prisão em flagrante poderá ser relaxada e a preventiva revogada em virtude de constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo. Isso porque a duplicação do prazo somente pode ocorrer uma vez. Note-se que a pessoa presa tem o direito a ser julgada em prazo razoável (CF, art. 5º, LXXVIII). Assim, para a duplicação do prazo é exigido motivo concreto e razoável, já que ocorre cerceamento do direito à liberdade de locomoção. Relaxada ou revogada a prisão, o prazo para a conclusão do inquérito será de 90 dias.

Há de ser ressaltado que, tratando-se de investigação em que não exista pessoa presa, o prazo de 90 dias não é fatal, podendo ser prorrogado por outras vezes, o que é expressamente permitido pelo artigo 52, II, da Lei de Drogas.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, mesmo estando preso o indiciado, o prazo para a conclusão do inquérito policial não é absoluto. Assim, eventual atraso não configura, de pronto, constrangimento ilegal, observado o princípio da razoabilidade (STJ, 6ª Turma, RHC 64.445/MA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j. 27/10/2015; e 5ª Turma, HC 338872/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 07.06.2016).

O atraso na conclusão do inquérito policial, estando o paciente solto, não acarreta constrangimento ilegal (STJ, RHC 54.208/MT, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j. 03/02/2015; e 5ª Turma, HC 44.649/SP, rel. Min. Laurita Vaz, v.u., j. 11/09/2007). O mesmo ocorre quando o investigado se encontra foragido (STJ, HC 338.218/PA, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 23/02/2016).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que, encontrando-se preso o paciente, mas havendo o oferecimento da denúncia, a alegação quanto ao excesso de prazo fica prejudicada (STF, 2ª Turma, RHC 80919/SP, rel. Min. Nelson Jobim, v.u., j. 12/06/2001, DJ 14/09/2001, p. 64) Este também é o pacífico posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (RHC 62.809/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 19/04/2016).

Parece-nos razoável admitir-se a compensação de prazo por ausência de prejuízo ao preso. Isso pode ocorrer quando houver excesso de prazo atribuído à autoridade policial, mas há oferecimento da denúncia pelo Órgão do Ministério Público em prazo inferior ao estabelecido legalmente, sem que ultrapasse o prazo global para a conclusão do inquérito e para o oferecimento da denúncia (30 + 10 = 40 dias). Neste caso, os prazos devem ser computados globalmente e não em cada fase procedimental.

Também para o término da instrução criminal com o acusado preso deve adotar-se juízo de razoabilidade para concluir-se pela ocorrência, ou não, de constrangimento ilegal pelo excesso de prazo. O prazo para a conclusão da instrução criminal não é fatal e improrrogável, não sendo razoável apenas somar-se os prazos individualmente para chegar-se a um termo final. Diversos fatores imprevisíveis ou que não possam ser controlados pela acusação ou pelo juízo podem levar à necessidade de sua flexibilização, como reiteradamente tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (HC 337.991/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, v.u., j. 28/04/2016; HC 344.923/PE, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 19/04/2016).

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I – relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

II – requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I – necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II – necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

### ***52.1 Relatório do inquérito policial e remessa dos autos ao Juízo (art. 52, I)***

Após o término do prazo para a conclusão do inquérito policial, ou mesmo antes, quando encerrado o procedimento, a autoridade policial relatará o inquérito, justificando as razões que a levaram à classificação provisória do delito, e encaminhará os autos ao juízo competente. No relatório, deverão ser mencionadas sumariamente as circunstâncias do fato, ou seja, como eles ocorreram. Todo o material apreendido deverá ser mencionado, discriminando a quantidade e a natureza da substância e do produto, bem como o local e as circunstâncias da prisão (se o caso), apreensão do material e ação criminosa. Também devem constar do relatório a qualificação e os antecedentes do agente. É de praxe mencionar as pessoas ouvidas e os laudos juntados.

Deve ser lembrado que a classificação do delito feita pela autoridade policial é provisória, não vinculando o Ministério Público, que é o titular da ação penal pública (art. 129, I, da CF).

### ***52.2 Devolução do inquérito para diligências (art. 52, II)***

Nem sempre é possível a conclusão do inquérito policial no prazo legal. Cuidando-se de indiciado preso, a consequência pode ser o relaxamento do flagrante ou a revogação da prisão preventiva, para que não ocorra constrangimento ilegal devido a excesso de prazo.

Não sendo possível concluir o inquérito no prazo legal, a autoridade policial representará (e não requererá) pelo retorno dos autos para que possa encerrar o procedimento, isto quando se tratar de indiciado solto. Após ouvir o Minis-

tério Público, não há qualquer óbice em que o Magistrado conceda novo prazo para a conclusão do procedimento.

Estando preso o indiciado e não tendo sido concluído o procedimento após o decurso do prazo legal, deve valer-se a autoridade policial do parágrafo único do artigo 52 da Lei de Drogas, enviando os autos ao juízo devidamente relatados e realizando as diligências complementares em autos apartados, que deverão ser remetidas a juízo em até três dias antes da audiência de instrução e julgamento.

### ***52.3 Diligências complementares (art. 52, parágrafo único)***

Pode ocorrer que, ao relatar o inquérito policial, fiquem faltando algumas diligências, que não impossibilitam o oferecimento da denúncia. Neste caso, a ação penal poderá ser proposta e iniciada com base no inquérito policial encaminhado a juízo, enquanto as diligências são realizadas concomitantemente pela autoridade policial. Há provas que demandam maior tempo para ser produzidas, como laudos periciais. O próprio exame químico toxicológico definitivo nem sempre fica pronto dentro do prazo destinado à conclusão do inquérito policial, embora a denúncia possa ser oferecida lastreada no exame de constatação provisório da droga.

Os incisos I e II do parágrafo único do artigo 52 discriminam diligências que podem ser postergadas para momento posterior ao relatório do inquérito policial. No entanto, o resultado das diligências deverá ser encaminhado ao juízo competente no prazo de até três dias antes da audiência de instrução e julgamento. Isso para que as partes tenham a possibilidade de manifestação sobre a prova acrescida.

O inciso I dispõe sobre diligências necessárias ou úteis para a plena elucidação do fato, como a juntada de laudos, oitiva de outras testemunhas etc.

Já o inciso II trata de diligências necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, que podem ter sido adquiridos em razão da traficância. Caberá ao Ministério Público requerer o sequestro destes bens a fim de torná-los indisponíveis. Havendo a condenação, eles serão alvo de confisco pelo Estado.

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II – a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

### ***53.1 Procedimentos investigatórios (art. 53, caput)***

O dispositivo possibilita o emprego de métodos de investigação sumamente importantes principalmente para o combate ao crime organizado. Tais métodos também se encontram previstos na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), cujo artigo 3º, dispõe que:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

As regras para a ação controlada e a infiltração de agentes para os crimes que envolvem organizações criminosas vêm elencadas nos artigos 8º a 14 da Lei nº 12.850/2013, que poderão ser aplicados subsidiariamente na Lei de Drogas, que não regulamentou como deve ser o procedimento desses métodos de obtenção de prova.

Analisaremos os dispositivos da Lei de Drogas empregando, no que couberem, as regras previstas na Lei das Organizações Criminosas.

### **53.2 Infiltração de agentes (art. 53, I)**

Cuida-se de método de investigação extremamente importante e eficaz notadamente no combate às organizações criminosas, que sempre são fechadas e agem sigilosamente.

Também pode ser utilizada para o combate às associações criminosas voltadas ao tráfico de drogas e para seu financiamento (art. 35), nos termos do “caput” do artigo 53, que expressamente autoriza seu emprego para a investigação dos crimes previstos na Lei de Drogas.

Não há sentido na aplicação desse método de investigação se não houver ao menos uma associação criminosa, uma vez que se trata de infiltração, que pressupõe pluralidade de criminosos.

Consiste na infiltração de um agente policial na organização ou associação criminosa, que atuará como se fosse um membro, podendo, inclusive, praticar os mesmos crimes ou apenas prestar informações para a autoridade policial responsável pelas investigações.

Como se trata de meio de prova em que o agente poderá ser colocado em perigo, sua operacionalização será excepcional, devendo ser autorizada somente quando a prova não puder em obtida com o emprego de outros meios.

A dúvida que surge é até onde o agente poderá agir, ou seja, quais os crimes que pode cometer.

No que concerne a esse aspecto há várias interpretações. Há quem defenda que o agente que comete crime juntamente com os integrantes da organização ou associação criminosa age acobertado por causa supralegal de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa), uma vez que caso não agisse poderia comprometer as investigações ou correr risco de morte. Também há entendimento de que o agente nesta situação estaria amparado pelo estrito cumprimento de um dever legal, excluindo a antijuridicidade da conduta, ou mesmo de que se trata de escusa absolutória, uma vez que, por razões de política criminal, não haveria razoabilidade ou lógica em sua punição (cf. JESUS, *Lei antidrogas anotada*, p. 260-261).

Quanto à possibilidade de cometimento de delitos, a Lei das Organizações Criminosas dirimiu a questão, afirmando positivamente. Mas o agente infiltra-

do deverá guardar na sua atuação a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação. Assim, poderá cometer delitos que não excedam a gravidade do crime que está sendo investigado, sob pena de responder pelos excessos cometidos. Dessa forma, v.g., nunca poderá cometer homicídio, exceção feita se estiver presente alguma justificativa, como a legítima defesa. Nesse caso, não serão as regras da infiltração que excluirão a sua responsabilidade penal, mas o próprio Código Penal.

A infiltração poderá ocorrer em qualquer fase da persecução penal relativa aos crimes previstos na Lei de Drogas e exige autorização judicial e a oitiva do Ministério Público.

Obviamente, para que possa ter sucesso e preservar a segurança do agente infiltrado, o procedimento deverá correr sob sigilo. A decisão judicial que defere a operação não poderá conter informações que possam indicá-la ou identificar o agente que será infiltrado.

E a fim de que não ocorram abusos, o Magistrado que a autorizar deverá estabelecer limites para a atuação do agente.

A medida poderá ser requerida pelo Ministério Público, ou representada pelo Delegado de Polícia. Nesse último caso, o Juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

A Lei das Organizações Criminosas prevê o prazo de seis meses para a duração da infiltração, podendo ser prorrogada outras vezes, dentro de um critério de razoabilidade, desde que comprovada sua necessidade. A cada seis meses o agente deverá apresentar ao juiz competente relatório circunstanciado, que dele dará ciência do Ministério Público. No curso das investigações, a qualquer momento, poderá ser determinado pelo Delegado de Polícia e requisitado pelo Ministério Público relatório da atividade de infiltração.

No caso de existirem indícios seguros de que o agente infiltrado está correndo perigo, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou por ato do próprio Delegado de Polícia, que dará ciência imediata ao Ministério Público e à Autoridade Judicial. É certo que o abandono da operação também poderá ocorrer pela iniciativa do próprio agente, quando constatar que está sofrendo risco iminente, que dará ciência ao Delegado de Polícia, que fará a comunicação ao Ministério Público e ao Juízo.

A defesa só terá ciência da operação de infiltração com o oferecimento da denúncia, mas será assegurada a preservação da identidade do agente.

A Lei das Organizações Criminosas também estabelece serem direitos do agente infiltrado: *I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada; II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas; III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.*

### **53.3 Ação controlada ou flagrante retardado (art. 53, II)**

O agente policial, ao tomar conhecimento de uma infração penal, é obrigado a agir, inclusive prendendo o infrator em flagrante (art. 301 do CPP). Pode ocorrer que a prisão naquele momento não seja interessante, havendo necessidade do aprofundamento das investigações para chegar-se a outros criminosos.

A Lei de Drogas possibilita, nesta situação, que o policial deixe de agir e não prenda os portadores de drogas, de seus precursores químicos ou de outros produtos empregados em sua produção, que se encontram no território nacional, com o propósito de identificar os demais participantes do tráfico, sem prejuízo de posterior ação penal contra os infratores.

Além da autorização judicial e da manifestação do Ministério Público, a norma exige que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos infratores ou de seus colaboradores (art. 53, parágrafo único).

É medida salutar da lei a exigência do conhecimento do provável itinerário da droga e demais substâncias para que seja possível seu controle e se evite eventual fuga, que colocaria a sociedade em perigo. Sem isso, a medida não pode ser deferida.

No que é pertinente ao conhecimento dos infratores ou de seus colaboradores, não há necessidade da identificação de todos eles, até porque a finalidade da ação é justamente a de identificar o maior número de criminosos possível e, principalmente, os líderes da organização ou associação criminosa. Basta, para o deferimento da medida, que sejam conhecidos alguns de seus participantes.

A operação deverá ser mantida em segredo. Por isso, a distribuição do procedimento será sigilosa e não poderá conter informações que possam indicar a operação a ser realizada.



Até o final da operação, para que possa ser preservado seu sigilo, somente terão acesso aos autos o Juiz, o Ministério Público e o Delegado de Polícia. A publicidade dos atos certamente impediria o sucesso da operação.

Finda a diligência, deverá ser elaborado pelos participantes autocircunstanciado da operação, que deverá conter todos seus detalhes.

Pode ser que a ação envolva transposição de fronteiras. Nesse caso, para que possa haver o retardamento da intervenção policial ou administrativa, deverá ocorrer a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado. Isso para que sejam reduzidos os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.



## Seção II

### Da Instrução Criminal

Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

- I – requerer o arquivamento;
- II – requisitar as diligências que entender necessárias;
- III – oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

#### 54.1 Instrução criminal

Os artigos 54 a 59 da Lei de Drogas cuidam da instrução criminal, fase esta que se desenvolverá sob a presidência de um Juiz de Direito, devendo ser observados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

O dispositivo deixa claro que o inquérito policial é peça dispensável, o que já era consagrado na doutrina e na jurisprudência. A ação penal pode ser embasada não apenas no inquérito policial, mas também em inquérito elaborado por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) ou em peças de informação, aqui compreendidas a investigação criminal realizada pelo Ministério Público ou por outro órgão, como as comissões da Ordem dos Advogados do Brasil.

Recebidos os autos da investigação (inquérito ou peças de investigação), o Juiz dará vista ao Ministério Público, que poderá no prazo de dez dias:

- 1) requerer o arquivamento;
- 2) requisitar diligências;
- 3) oferecer denúncia.

#### Investigação Criminal pelo Ministério Público

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de o Ministério Público proceder a investigações criminais diretamente, sem a interferência da Polícia Judiciária.

Como já era esperado, algumas Instituições e Institutos colocaram-se contra a possibilidade de o Membro do Ministério Público colher a prova diretamente na fase indiciária sem se valer do aparelho policial.

As pessoas que entendem que o Ministério Público não pode validamente investigar apresentam vários argumentos aparentemente sedutores, mas que pecam em sua origem e não resistem a uma interpretação sistemática de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

O argumento mais fortemente utilizado é que o artigo 144, § 1º, incisos I e IV, e § 4º da Constituição Federal atribuiu de forma expressa às polícias federal e civil a prerrogativa de apurar as infrações penais, exceto as militares, não podendo o Ministério Público imiscuir-se em uma função que não é sua. De acordo com esse posicionamento, a Constituição Federal, acolhendo o sistema acusatório de processo, incumbiu à polícia judiciária, de forma exclusiva, a função de proceder à apuração das infrações penais, ressalvadas as de competência da Justiça Militar, sendo que não cabe ao Órgão acusador invadir seara alheia.

Outro argumento empregado é que a competência para promover privativamente a ação penal pública não engloba a investigação criminal, sendo que essas funções, embora interligadas, seriam diversas e de atribuição de órgãos diferentes, não se aplicando a lógica dos poderes implícitos, de quem pode o mais (oferecer a denúncia) pode o menos (investigar e colher provas para o oferecimento da denúncia). Assim, quando a Constituição Federal atribuiu o poder de requisição ao Ministério Público (art. 129, VI) o seria apenas nos procedimentos administrativos cíveis de sua competência, quais sejam, inquéritos civis públicos e outros do gênero, não estando englobados procedimentos criminais de qualquer ordem. Além do mais, a atribuição do Ministério Público se limitaria a requisitar a instauração do inquérito policial e diligências complementares a este (art. 129, VIII, da CF), que deveriam ser cumpridas pela Autoridade Policial.

Além desses argumentos técnicos, somam-se outros de ordem política.

O primeiro deles é que não seria aconselhável concentrar esses poderes (investigar e propor a ação penal) em um único órgão, que é passível de abusos e sujeito a caprichos pessoais.

O segundo é que essa concentração de poderes pode levar o Órgão Ministerial a não agir com a necessária isenção, já que a prova seria colhida por ele mesmo, impedindo, assim, a impessoalidade quando da formação da opinio delicti.

Por último, o Ministério Público pode, por meio de requisição de diligências complementares, suprir as deficiências do inquérito policial, não havendo necessidade de colher as provas diretamente.

Analisando os argumentos acima poder-se-ia propugnar pela impossibilidade jurídica de o Ministério Público, antes de propor a ação penal, colher provas diretamente sem o auxílio da Polícia Judiciária, seja no âmbito Federal ou no Estadual.

Cumpre-nos, portanto, analisar as razões de ordem técnica e política que autorizam o Ministério Público a realizar investigações criminais.

Primeiramente, analisemos o tão prolapado art. 144, § 1º, IV e § 4º, da CF. Este artigo nada mais é do que uma regra de competência entre as polícias, de modo que à Polícia Federal cabe com exclusividade exercer as funções de polícia judiciária da União. Assim, as demais polícias não poderão exercer essas funções, que são exclusivas da Polícia Federal.

A Magna Carta de 1988 criou uma série de atribuições para o Ministério Público e dotou-lhe de vários instrumentos para que essas novas funções pudessem ser exercidas.

O artigo 129, I, da Lei Maior deixou claro que o Ministério Público é o titular da ação penal pública, que somente poderá ser substituído pelo particular, quando houver inércia do Órgão Ministerial, no caso da ação privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX, da CF, e art. 100, § 3º, do CP).

Visando propiciar a correta apuração de fatos de relevante interesse público, tanto na esfera civil quanto na penal, já que não é feita qualquer distinção sobre isso, o artigo 129, VI, da Constituição Federal dispõe que é função institucional do Ministério Público expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da Lei Complementar respectiva.

Assim, como a própria Constituição Federal conferiu o poder de requisição ao Ministério Público nos procedimentos administrativos de sua competência, o que foi regulamentado por sua Lei Orgânica Nacional – Lei nº 8.625/1993 (art. 26, I, “b”, e II) –, e Lei Complementar nº 75/1.993 (art. 8º, II e IV), perfeitamente possível a requisição de qualquer tipo de informações sem a necessidade de autorização judicial.

Aliás, a Lei Complementar nº 75/1993, que dispõe sobre a organização, atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, prevê no art. 8º, § 2º,

que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. Diz, ainda, a Lei nº 8.625/93, em seu artigo 80, que as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União serão aplicadas subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados, o que deixa claro que os Promotores de Justiça dos Estados também podem requisitar dados necessários para instruir procedimento cível ou criminal de sua atribuição, devendo manter em sigilo os dados obtidos.

Complementando o poder de requisição, o artigo 129, VIII, da Constituição Federal dispõe que é função institucional do Ministério Público a requisição de diligências investigatórias e do inquérito policial. Como diligências investigatórias devem ser entendidas, dentre outras, a oitiva de testemunhas e da pessoa investigada, e não apenas a requisição de diligências à Autoridade Policial. Se a intenção do Constituinte fosse a de limitar esses poderes de investigação à requisição de instauração do inquérito policial, o teria dito. Mas não, o Constituinte quis que o Ministério Público pudesse agir com independência na defesa do Estado de Direito e da estrita legalidade, não limitando sua atuação à requisição de diligências dentro do inquérito policial. Assim, os limites de atuação do Ministério Público vêm traçados pela própria Constituição e legislação.

Não devemos esquecer que também cabe ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF), função essa que para ser bem executada demanda poderes de investigação de ordem civil e criminal. Não é razoável deixar apenas ao alvedrio da polícia apurar o cometimento de infrações penais por seus integrantes. Com efeito, o Constituinte outorgou ao Ministério Público essa importante função, que vem regulada em sua Lei Complementar, no caso de São Paulo, a de nº 734/1993, art. 103, XIII.

E se não bastassem todos esses argumentos, o artigo 129, IX, da CF diz que é função institucional do Ministério Público o exercício de outras atribuições que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. Trata-se de norma de encerramento, deixando evidente que as demais funções atribuídas ao Ministério Público nesse artigo são meramente exemplificativas, uma vez que lhe poderão ser conferidas outras compatíveis com sua finalidade, como já ocorre no Estatuto do Idoso (art. 74, incisos V e VI) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, incisos VI e VII), que atribuem ao *parquet* a função de instaurar procedimentos administrativos, estando aí englobados os criminais.

Inclusive, o Código Eleitoral é expresso no sentido de que os crimes eleitorais serão apurados pelo Ministério Público (art. 356).

Não é preciso muita divagação para entender que se o Ministério Público pode o mais, que é propor a ação penal pública, também pode o menos, que é investigar para trazer melhores subsídios para o processo a fim de obter a procedência de seu pedido. Além do que, já é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que a denúncia prescinde do inquérito policial quando já existirem provas suficientes para o seu oferecimento, que podem ser obtidas inclusive no inquérito civil presidido pelo Órgão Ministerial, que é um procedimento investigativo.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, decidindo sobre a possibilidade de o Promotor de Justiça que procede investigações criminais oferecer denúncia, editou a Súmula nº 234, que diz:

*“A participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.*

Esclarecedora decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, analisando os poderes de investigação do Ministério Público, assim concluiu:

*“... A celeuma reside num único fato: pode o Ministério Público proceder as investigações para apurar fatos, tidos como delituosos, que chegaram ao conhecimento da instituição sem acionar a polícia judiciária? O Superior Tribunal de Justiça respondeu afirmativamente a essa indagação através da Súmula de nº 234 e das decisões que apoiaram a promulgação da mesma. Outra não podia ser a conclusão desse E. Tribunal. O Ministério Público é o dominus litis. Compete-lhe promover, privativamente, a ação penal, na forma da lei (art. 129, I, da CF). Ele, para exercer essa função exclusiva, não pode ficar à mercê de investigações policiais. Se o Ministério Público pode o mais que é oferecer denúncia, ele pode, também, o menos que é proceder a investigações para apurar os fatos que serão alicerce de futura denúncia pela prática de um crime. O inciso VIII do art. 129 da Constituição Federal dispõe que, entre outras funções, o Ministério Público pode requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial. Entre as diligências investiga-*

*tórias estão inseridas as oitivas de testemunhas ou mesmo de acusados” (HC nº 379.299-3/4-00, Rel. Almeida Braga, 2ª C. Criminal, 17.06.2002).*

Essa prerrogativa também é reconhecida pacificamente pelo Superior Tribunal de Justiça: *“O Ministério Público possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo de investigação e conduzir diligências investigatórias cíveis e criminais. Precedentes”*. (HC nº 351763/AP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 24.05.2016).

Destarte, como o Ministério Público é o titular da ação penal pública, estando dotado dos poderes de requisição de documentos, de perícias, de oitiva de testemunhas e de interrogatórios de suspeitos, pode validamente investigar quando o interesse público o exigir.

E no que consiste esse interesse público?

Essa é uma indagação que os críticos dos poderes de investigação do Ministério Público fazem. E é bem simples de ser respondida. Quando o Promotor de Justiça visualizar pela situação concreta que a investigação policial não será feita a contento ou que não está sendo bem conduzida, como destinatário final das provas produzidas, pode e deve validamente investigar a fim de conseguir êxito na ação penal a ser proposta. O Promotor de Justiça não deve ficar inerte e aguardar o término de investigações quando antevê que elas não serão bem-sucedidas pelos mais variados motivos, como desídia dos órgãos policiais, possível envolvimento de pessoas ligadas à cúpula do Estado que coloque em dúvida a isenção das investigações, apuração de crimes praticados por policiais civis ou federais etc. A indevida apuração de infrações penais, ou a possibilidade de que isso ocorra, principalmente as de maior repercussão e gravidade, atinge a sociedade e macula a credibilidade do Estado, legitimando o Ministério Público a intervir e investigar os fatos diretamente.

Essas situações, e outras análogas, devem ser observadas pelo Ministério Público a fim de propiciar-lhe legitimidade para proceder às investigações. Desse modo, não será qualquer caso que merecerá a atuação Ministerial na produção preliminar da prova, mas somente quando houver interesse público no exercício desse poder-dever de colher a prova para a cabal apuração dos fatos de forma isenta e responsável.

É certo que não interessa a várias Instituições e pessoas que o Ministério Público proceda a apuração de crimes na fase investigatória, haja vista que é muito mais difícil manipular os fatos quando a investigação está sendo feita por um Órgão que possui várias garantias constitucionais justamente para coibir essas in-



gerências em seu trabalho. Interesses de pessoas poderosas poderiam ser atrapalhados e muitos “acertos” deixariam de ser feitos, prejudicando sobremaneira pessoas que não querem ser desmascaradas e devidamente processadas.

Tolher o Ministério Público de defender a sociedade pode interessar àqueles que possuem interesses outros. Com o Ministério Público investigando, a prova é direcionada para aquele que dela fará uso em Juízo, a fim de obter a sentença correta, seja condenatória ou absolutória.

É fácil perceber que os argumentos empregados contra a investigação criminal pelo Ministério Público não se sustentam, uma vez que a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais acima mencionados é no sentido da total possibilidade do exercício dessa relevante função, não em prol do Ministério Público, mas em favor da sociedade que a Instituição deve defender.

Portanto, a investigação criminal de infrações penais não é de atribuição privativa da polícia judiciária, mas concorrente com o Ministério Público, que é o titular da ação penal pública e o maior interessado na produção da prova.

Como o Ministério Público possui diversos poderes que lhe são fornecidos pelo artigo 129, I, VI e VIII, da Constituição Federal, está dotado de instrumentos hábeis para a investigação criminal, não necessitando fazer uso da Polícia Judiciária naqueles casos em que houver interesse público de que o *parquet* colha a prova na fase investigatória.

Também não se há que falar em falta de isenção quando o Ministério Público procede às investigações diretamente, uma vez que o Promotor de Justiça não é somente parte, mas fiscal da ordem jurídica, tendo o dever de fazer com que a lei penal seja aplicada de forma imparcial e dentro dos limites da legalidade. Da mesma forma, essas prerrogativas não podem ser taxadas de indevida concentração de poderes, uma vez que é a própria Constituição Federal que fornece esses instrumentos de atuação ao Ministério Público para a defesa da sociedade.

Diante do exposto, fica evidente que não há vedação para que o Ministério Público proceda às investigações criminais diretamente, bem pelo contrário, já que a defesa da sociedade e do próprio estado de direito assim recomenda, sendo que os dispositivos Constitucionais e legais mencionados são no sentido dessa possibilidade.

Em memorável julgamento, para dirimir de vez a questão sobre o poder de investigação criminal do Ministério Público e traçar-lhe os limites, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, decidiu que o Ministério Público dispõe de atribuição

para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias de que assistem a qualquer indiciado ou pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos os advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição (RE 593727/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 14.05.2015).

### ***Arquivamento***

Não havendo indícios suficientes de autoria ou prova da existência do crime, o Órgão do Ministério Público (Promotor de Justiça ou Procurador da República) promoverá o arquivamento do inquérito ou das peças de informação. Outros motivos também podem ser invocados para o arquivamento, como a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou da culpabilidade. Caberá ao Poder Judiciário, representado por um Magistrado, analisar o requerimento. Concordando com as razões aduzidas, homologará o pedido de arquivamento. Discordando do alegado, encaminhará os autos ao Procurador Geral para que analise a questão. Concordando com as razões do arquivamento, a chefia da Instituição insistirá no pedido e o inquérito deverá ser arquivado. Do contrário, poderá determinar a realização de diligências complementares, oferecerá a denúncia ou designará outro Membro da Instituição para o seu oferecimento, que agirá por delegação.

Nesta fase, vigora o princípio do *in dubio pro societate*. Ou seja, havendo dúvidas, e não certeza, a denúncia deve ser oferecida para que os fatos sejam mais bem apurados na instrução criminal.

Há necessidade da prova da materialidade para que a denúncia possa ser oferecida e recebida nos crimes afetos a drogas. Assim, não havendo laudo (definitivo ou de constatação) que ateste que a substância ou o produto é droga ou outro material incriminado, não é possível a instauração da ação penal.

### ***Diligências***

Nem sempre o inquérito policial propicia ao membro do Ministério Público os elementos necessários para que possa analisar os fatos e formar sua con-

vicção. Nestes casos, havendo necessidade de outras diligências para a produção de provas, o Órgão do Ministério Público deve requisitar a realização destas à autoridade policial. Não se trata de requerimento endereçado à autoridade policial, mas de determinação (requisição).

Pode, neste caso, o membro do Ministério Público requerer ao juiz de direito a devolução dos autos à origem para que as diligências sejam realizadas ou, ficando na posse dos autos do inquérito policial, requisitá-las diretamente à autoridade policial, ou mesmo a outros órgãos públicos ou particulares, exercitando seu poder de requisição constitucional e legalmente previsto.

### ***Denúncia***

A denúncia é a peça inaugural da ação penal pública. É por meio dela que o Ministério Público postula ao Poder Judiciário a instauração de uma ação penal e posterior aplicação da lei penal contra alguém pela prática de infração penal.

A denúncia deve descrever o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou outros elementos pelos quais ele possa ser identificado, a classificação do crime e o rol de testemunhas.

No procedimento afeto à Lei de Drogas poderão ser arroladas na denúncia até cinco testemunhas. Também é por ocasião do oferecimento da denúncia que o Ministério Público poderá requerer a produção de provas que entender pertinentes, como a reconstituição do crime, elaboração de laudos periciais etc.

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

### ***55.1 Notificação do denunciado (caput)***

Oferecida a denúncia o juiz não a recebe de plano, como pode ocorrer no rito comum ordinário e sumário estabelecido no Código de Processo Penal. O denunciado será notificado para apresentação de defesa prévia, consistente em defesa preliminar e exceções, no prazo de dez dias a contar do ato (art. 798, § 5º, “a”, do CPP).

Não sendo encontrado o denunciado por se encontrar em local incerto e não sabido, o juiz deverá aplicar subsidiariamente o Código de Processo Penal e determinar a notificação por edital (art. 361 c.c. o art. 370, *caput*, do CPP). Ocultando-se para não ser notificado, poderá ser realizada a notificação com hora certa (art. 362 c.c. o art. 370, *caput*, do CPP).

### ***Defesa prévia (§§ 1º e 3º)***

A defesa prévia consiste na resposta escrita à acusação formulada na denúncia, que pode dar-se por meio de defesa preliminar e exceções.

Não havendo a apresentação da defesa prévia no prazo legal, o juiz nomeará defensor para fazê-lo em dez dias, abrindo-lhe vista dos autos a contar da sua nomeação. A rigor, o prazo é contado a partir do momento em que o advogado é intimado da sua nomeação e não desta propriamente dita, que pode ocorrer antes do conhecimento pelo defensor.

A falta de apresentação de defesa prévia é causa impeditiva para o normal prosseguimento do processo.

A obrigatoriedade da resposta escrita se limita ao oferecimento da defesa preliminar, uma vez que a análise da pertinência e conveniência de apresentar exceções é da defesa.

Por outro lado, não pode haver o mero oferecimento de exceções sem que haja a apresentação de defesa preliminar, que deixaria o denunciado indefeso, sendo o caso do juiz intimar o defensor para apresentá-la. Se, mesmo assim, não houver a apresentação, o juiz deverá nomear outro defensor para fazê-lo.

Pode-se argumentar que cabe ao defensor optar por oferecer as exceções e, achando conveniente, deixar de apresentar a defesa preliminar sem que isso importe ausência de defesa. Isso porque a estratégia da defesa é sua e a apresentação de resposta, consubstanciada em uma ou mais exceções, supre a exigência da lei prevista no § 3º do artigo 55.

Com o devido respeito, assim não entendemos. Isso porque é na defesa preliminar que são arguidas as preliminares e analisado, mesmo que superficialmente, o mérito, podendo ensejar a rejeição ou o não recebimento da denúncia. Também é nesta oportunidade que são arroladas as testemunhas e requerida a produção de provas. O intuito do legislador foi o de não permitir que o denunciado fique indefeso, obrigando à apresentação de uma defesa técnica consistente. E cabe ao Magistrado, neste ato procedimental, fiscalizar se o denunciado está sendo defendido eficazmente.

É certo que o defensor não é obrigado a adiantar sua tese de defesa; porém, deve propiciar eficaz defesa ao denunciado, requerendo a produção de provas, juntando documentos, arrolando testemunhas etc. Caso contrário, bastaria que o legislador não tivesse alterado o Código de Processo Penal, que, pelo sistema anterior, facultava a apresentação da defesa prévia (art. 396 do CPP).

Não havendo o requerimento de produção de provas neste momento procedimental, ocorrerá o fenômeno da preclusão, não podendo o defensor requerê-la posteriormente, ficando a critério do juízo a aceitação do intempestivo pedido de produção de prova para a busca da verdade real, como a oitiva de testemunhas referidas como do juízo. Por isso, a imprescindibilidade da defesa preliminar, como ocorre no procedimento comum ordinário e sumário (396-A do CPP).

Aliás, melhor seria que o legislador não houvesse empregado o termo “defesa prévia”, que era apresentada, pelo sistema anterior, logo após o interrogatório do acusado ou no prazo de três dias (art. 395 do CPP).

### ***Defesa preliminar***

Consiste na impugnação por escrito da acusação, seja no mérito ou em aspectos processuais. Cuida-se de condição de procedibilidade da ação penal, uma vez que sua apresentação é obrigatória.

Na defesa preliminar o denunciado poderá atacar o mérito aduzindo que o fato não ocorreu ou que não foi o autor, que agiu acobertado por excludente da ilicitude ou culpabilidade etc. Também poderá arguir preliminares, que, como o próprio nome já diz, é matéria que antecede à análise do mérito, podendo acar-

retar a declaração ou decretação da nulidade de determinado ato processual, como a inépcia da denúncia, cerceamento de defesa etc. Pode, ainda, juntar documentos para prova de determinado fato ou alegação, requerer a produção de provas (como perícias e requisição de documentos pelo juízo) e arrolar até cinco testemunhas.

A Lei de Drogas não prevê a manifestação do Ministério Público quanto às alegações e provas trazidas na defesa preliminar, como o fazia a revogada Lei nº 10.409/2002. A fim de ser resguardado o contraditório, pensamos ser necessária a manifestação quando alegadas preliminares ou fato que deva efetivamente ser enfrentado pelo Órgão Ministerial. Cuidando-se de mera alegação genérica, em que a defesa não pretende adiantar sua tese, não há razão para a manifestação do Ministério Público. Por outro lado, a manifestação do Promotor de Justiça ou Procurador da República pode até ser favorável à defesa, se esta apresentar novas provas que convençam o membro do Ministério Público, que pode até concordar com ela, o que não é impossível de acontecer.

### ***Exceções (§ 2º)***

As exceções estão previstas no artigo 95 do Código de Processo Penal. São elas: exceção de suspeição, de incompetência do juízo, de litispendência, de ilegitimidade de parte e de coisa julgada.

As exceções são chamadas por alguns doutrinadores de defesa indireta, pois não atacam o mérito diretamente, mas podem resultar no afastamento do juiz ou do juízo, ou na própria extinção do processo.

As exceções estão disciplinadas nos artigos 95 a 113 do Código de Processo Penal e deverão ser processadas em autos apartados.

Diferentemente da defesa preliminar, a apresentação de exceções não é obrigatória. Caberá à defesa a análise da pertinência e conveniência de sua apresentação.

### ***Decisão (§ 4º)***

Após a apresentação da defesa prévia, o Magistrado terá o prazo de cinco dias para decidir se recebe, ou não, a denúncia e instaura a ação penal.

A decisão deve ser fundamentada nos exatos termos do artigo 93, IX, da CF, sob pena de nulidade, que, no caso, é relativa, dependendo da ocorrência de prejuízo para o acusado.

As razões apresentadas pela defesa deverão ser analisadas e, se o caso, refutadas para que a denúncia possa ser recebida. Caso acolhidas as alegações defensivas, será o caso de não receber ou rejeitar a denúncia.

A decisão que recebe a denúncia é interlocutória mista não terminativa, da qual não cabe recurso ordinário, podendo ser impugnada por *Habeas Corpus* se houver flagrante nulidade ou constrangimento ilegal.

Por outro lado, é recorrível por meio de recurso em sentido estrito a decisão que não recebe ou rejeita a denúncia (art. 581, I, do CPP).

Caberá ao juiz analisar a acusação, inclusive quanto à regularidade formal da denúncia, que poderá ser rejeitada quando for manifestamente inepta; faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou ausente justa causa para o exercício da ação penal (art. 395 do CPP).

Presentes os requisitos legais, ou seja, não havendo nulidades e existindo indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime, o juiz receberá a denúncia e atenderá ao disposto no artigo 56 da Lei de Drogas.

### ***Absolvição sumária (art. 397 do CPP)***

Questão amplamente debatida é se cabe, no procedimento da Lei de Drogas, a absolvição sumária prevista no artigo 397 do CPP. Diz o dispositivo: “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente.”

Embora a questão seja complexa e haja forte posicionamento em sentido contrário, pensamos que a resposta é negativa, devendo prevalecer o procedimento especial da Lei de Drogas sobre o procedimento geral do Código de Processo Penal.

O § 2º do artigo 394 do CPP diz que o procedimento comum (ordinário, sumário ou sumaríssimo) será aplicado a todos os processos, salvo disposição em contrário prevista no próprio Código de Processo Penal ou na legislação especial. Cuida-se da regra de que prevalece a norma especial sobre a geral.

Contudo, em sentido oposto, estabelece o § 4º do mesmo artigo que as disposições dos artigos 395 a 398 serão aplicadas a todos os procedimen-

tos penais de primeiro grau, ainda que não regulados pelo Código de Processo Penal.

À primeira vista parece que deveria ser aplicado o artigo 397 do Código de Processo Penal à Lei de Drogas, permitindo a absolvição sumária do denunciado.

No entanto, o § 4º do artigo 394 do CPP também determina a aplicação à legislação especial do artigo 396 do mesmo diploma, que diverge do rito estabelecido na Lei de Drogas quanto ao momento da citação e recebimento da denúncia. Por este dispositivo, oferecida a inicial acusatória, não havendo rejeição liminar, o juiz a receberá e determinará a citação do acusado para apresentação da resposta escrita. Ou seja, mesmo antes da resposta escrita, a denúncia pode ser recebida e o acusado citado, formando-se a relação processual.

Já a Lei de Drogas estabelece que, oferecida a denúncia, o denunciado será notificado para oferecer defesa prévia (art. 55). Neste caso, ainda não há citação, que pode nem ocorrer, caso a denúncia não seja recebida.

Por isso, não vemos como ser aplicado o artigo 396 do CPP na Lei de Drogas, uma vez que prejudicial ao acusado. De tal sorte, não sendo possível a aplicação deste dispositivo, chega-se à conclusão de que o comando legal do § 4º do artigo 394 do mesmo Diploma Legal não alcança a Lei de Drogas, que é especial e possui procedimento próprio, não sendo necessária a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal neste aspecto. Será o caso de aplicação subsidiária somente quando a lei especial não dispuser de modo diverso.

Ademais, para que ocorra a absolvição sumária, há necessidade de processo formalizado, que somente ocorre com o recebimento da denúncia e citação do acusado, nos termos do artigo 396, caput, do CPP. Só após o recebimento da denúncia, citação do acusado e oferecimento da resposta escrita é que poderá ocorrer a absolvição sumária. Não há o menor sentido em o juiz ser obrigado a receber a denúncia, citar o acusado para o oferecimento da resposta escrita a fim de poder absolvê-lo sumariamente nos termos do artigo 397 do CPP, alterando totalmente o procedimento especial da Lei de Drogas.

Deve ser observado, porém, que pode ser reconhecida causa extintiva da punibilidade em qualquer momento que ela ocorra, seja na fase judicial ou na policial, inclusive de ofício pelo Juiz (art. 61 do CPP), não necessitando ser com fundamento no artigo 397, IV, do CPP.



Como já dito, há entendimento de que será possível a absolvição sumária no procedimento especial previsto na Lei de Drogas, uma vez que melhor atende aos interesses do acusado (cf. MACHADO, 2010, p. 330, e DEMERCIAN; MALULY, 2009, p. 377).

### ***Novas diligências (§ 5º)***

É possível ao Magistrado, antes de decidir sobre o recebimento da denúncia, quando imprescindível para a decisão, determinar a apresentação do preso para ser ouvido, a realização diligências, exames e perícias, no prazo máximo de dez dias.

Pode ser que a defesa preliminar, ou mesmo as provas produzidas na fase policial, levem o Magistrado a determinar as novas diligências, que devem ser imprescindíveis para a sua decisão. É possível, assim, ao magistrado até ouvir testemunhas ou mesmo interrogar o denunciado antes do recebimento da denúncia, na busca de elementos que o possam auxiliar na decisão.

Não deve ser esquecido, porém, que nesta fase vigora o princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida a denúncia deve ser recebida e a ação penal deflagrada para que, no decorrer do processo, os fatos sejam esclarecidos.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

§ 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

§ 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

### **56.1 Recebimento da denúncia, citação, intimações e requisições (caput e § 2º)**

Finda a fase preliminar e afastadas as alegações da defesa, presentes os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, o juiz receberá a denúncia. A decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, que, no caso, é relativa, dependendo de prova de prejuízo para a defesa. Neste mesmo momento processual, o Magistrado designará a audiência de instrução e julgamento, determinará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público e do assistente, se houver, e requisitará os laudos periciais faltantes, requeridos pelas partes ou determinados de ofício pelo juízo.

A audiência deverá ocorrer dentro do prazo de 30 dias seguintes ao recebimento da denúncia. A exceção trazida pelo § 2º fica por conta do exame de dependência determinado, ocasião em que o prazo para a realização da audiência é estendido para 90 dias.

#### ***Citação por edital ou com hora certa***

A regra é a citação pessoal. Porém, não sendo encontrado o denunciado por se encontrar em local incerto e não sabido, o juiz deverá aplicar subsidiariamente o Código de Processo Penal e determinar a citação por edital (art. 361 do CPP). Ocultando-se para não ser citado, poderá ser realizada a citação com hora certa (art. 362 do CPP).

#### ***Assistente de acusação***

É possível a assistência prevista nos artigos 268 a 273 do Código de Processo Penal? Depende.

O assistente representa o interesse de pessoa certa que espera a realização de justiça, quando possui direito violado, ou pretende obter indenização. Destarte, não havendo vítima certa, como no caso dos crimes vagos, não há como ser admitido o assistente.

Por outro lado, mesmo sendo o crime vago, mas também havendo vítima determinada, pode ser admitido o assistente. É o caso, por exemplo, do crime de prescrição ou ministrarção culposa de droga (art. 38), que também possui como sujeito passivo o paciente.

#### ***Exame de dependência***

Cuida-se de incidente para a verificação da dependência de drogas pelo acusado, o que poderá acarretar sua absolvição e imposição de tratamento mé-

dico (inimputabilidade) ou diminuição da pena (semi-imputabilidade), nos termos dos artigos 45 e 46 da Lei de Drogas.

O exame deverá ser realizado antes da audiência de instrução e julgamento prevista no artigo 57. Caberá ao Defensor, por ocasião da defesa preliminar (art. 55), alegar a dependência do uso de drogas.

No entanto, na busca da verdade real, poderá o acusado alegar a dependência do uso de drogas em seu interrogatório judicial, ser arguida em outro momento processual pela defesa ou Ministério Público ou verificada pelo próprio Juiz devido às atitudes do acusado.

A determinação do exame deve ser sempre cercada de cautela para que não seja protelado o encerramento da instrução e processo.

Determinado o exame durante a realização da audiência (art. 57), ela deverá ser suspensa a fim de que o laudo seja elaborado. Com a juntada do laudo aos autos, as partes deverão ter a oportunidade de sobre ele se manifestar, o que pode ocorrer nos debates ou nas alegações escritas (memoriais).

Ocorrendo excesso de prazo atribuído à defesa por pedido extemporâneo de realização do exame de dependência, não será o caso de conceder a liberdade provisória ou revogar a prisão preventiva, nos termos do contido na Súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.”

### ***Afastamento cautelar do funcionário público (§ 1º)***

Medida inovadora e interessante trazida pela Lei de Drogas é a possibilidade do afastamento cautelar do funcionário de suas funções públicas quando recebida a denúncia por tráfico de drogas e condutas correlatas (arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37).

Não se trata de medida automática, devendo o caso ser analisado concretamente. Para que o afastamento seja determinado, como se trata de medida cautelar, devem estar presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Assim, o afastamento deve ser determinado quando o exercício das funções públicas deve ser evitado e o crime que se apura foi cometido se prevalecendo o agente de suas funções ou está com elas relacionado.

Trata-se de medida moralizadora e para propiciar a correta apuração dos fatos, que pode ficar comprometida com o funcionário público exercendo normalmente suas funções, notadamente quando é policial.

Determinado o afastamento, o Órgão de vinculação do funcionário será comunicado para que tome as providências necessárias para o cumprimento da ordem judicial.

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

### **57.1 Instrução e debates (caput e parágrafo único)**

A audiência deverá ser realizada em um só momento, ou seja, o interrogatório do acusado, a oitiva das testemunhas e os debates deverão ocorrer no mesmo instante processual, o que muitas vezes não é possível.

O legislador pretendeu dar celeridade ao procedimento e concentrar a prova oral e os debates em um só ato. Quanto à sentença, poderá ser prolatada ao final da audiência, ou em momento posterior, no prazo de dez dias.

Não sendo possível ouvir as pessoas arroladas na mesma audiência, pode o juiz adiar o ato, marcando-o para dia posterior, ou ouvir as testemunhas presentes, observando que não se pode inverter a ordem da oitiva a fim de evitar violação ao princípio do contraditório. Primeiro são inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e só depois as arroladas pela defesa. A cisão da audiência deve ser ato excepcional e devidamente fundamentado.

O primeiro ato realizado na audiência de instrução e julgamento é o interrogatório do acusado. Pensamos que o interrogatório deve ocorrer no momento determinado pela Lei de Drogas e não de acordo com o rito comum do Código de Processo Penal. Isso porque a Lei de Drogas é especial e seu procedimento prevalece sobre o geral estabelecido no Código de Processo Penal (TJSP: Mandado de Segurança nº 990.10.017216-6, 5ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Tristão Ribeiro, v.u., j. 25/03/2010, e Apelação Criminal nº 990.09.081219-2, 6ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Machado de Andrade, v.u., j. 03/12/2009).

Há, porém, entendimento doutrinário de que, por ser o interrogatório meio de defesa e atendendo ao procedimento previsto no Código de Processo Penal, deverá ocorrer após a oitiva das testemunhas, sendo o último ato da instrução, nos termos do art. 400, *caput*, do CPP (cf. MACHADO, 2010, p. 331).

Mesmo que realizado o interrogatório após a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, observado o procedimento comum do Código de Processo Penal, não advirá qualquer prejuízo, seja para a acusação ou para a defesa, não havendo, portanto, nulidade a ser declarada.

O interrogatório deve ser realizado de acordo com o estabelecido nos artigos 185 a 196 do Código de Processo Penal, aplicado subsidiariamente. O juiz, após interrogar o acusado, indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes, desde que relevantes e pertinentes.

A inquirição das testemunhas também deve obediência ao contido nos artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal, que estabelecem as regras gerais para a oitiva, que não é regulada na Lei de Drogas.

Finda a instrução com o interrogatório e a oitiva das pessoas arroladas pela acusação e defesa, será dada a palavra ao Órgão do Ministério Público e depois ao Defensor do acusado pelo prazo de 20 minutos para cada um, que poderá ser prorrogado por mais 10 minutos, a critério do juiz. Neste momento, as partes oferecerão suas alegações oralmente, sustentando suas teses e versões sobre os fatos e a imputação. Havendo assistente, deve ser aplicado subsidiariamente o disposto no artigo 403, § 2º, do CPP; assim, após a manifestação do Ministério Público, ser-lhe-ão concedidos 10 minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

O legislador pretendeu atender aos princípios da celeridade e da oralidade processual ao determinar a realização de audiência una e debates orais. No entanto, é comum acontecer que, devido a uma série de fatores como complexidade da causa, número elevado de acusados etc., seja requerido pelas partes a conversão dos debates em apresentação de alegações escritas (memoriais), a fim de não haver prejuízo para a acusação ou defesa. Havendo fundado motivo para tanto, pode o Magistrado determinar a conversão, que deve ser ato excepcional, já que não há previsão legal para que isto ocorra. O prazo para apresentação dos memoriais será de cinco dias sucessivos para cada parte, aplicado analogicamente o § 3º do art. 403 do CPP.

Art. 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014)

### **58.1 Sentença (caput)**

A regra é que a sentença seja prolatada na própria audiência, após os debates, em homenagem à celeridade e oralidade do processo. No entanto, considerada a complexidade do caso, a lei possibilita ao Magistrado que determine a conclusão dos autos para sentença, que deverá ser prolatada no prazo máximo de 10 dias.

Havendo a apresentação de memoriais pelas partes, o prazo para a prolação da sentença também será de 10 dias a contar da conclusão dos autos, após a juntada daqueles (art. 403, § 3º, parte final, do CPP).

Cuida-se de prazo impróprio, cujo descumprimento poderá ensejar medidas administrativas contra o juiz.

Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

### **59.1 Apelação e recolhimento à prisão**

A regra deixou de ser o recolhimento à prisão para apelar. O artigo 594 do CPP, que trazia esta regra, foi expressamente revogado pela Lei nº 11.719/2008. Dispõe o parágrafo único do artigo 387 do CPP, que trata da prolação da sentença condenatória: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo de apelação que vier a ser interposta.”

A Lei nº 11.719/2008 deu nova redação ao artigo 387 do Código de Processo Penal e alterou o sistema quanto à prisão para recorrer. Para que seja ve-

dado o recurso em liberdade, deverá estar presente uma das circunstâncias previstas no artigo 312 do CPP (garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), além de ser observado o disposto no artigo 313 do CPP. Não basta, assim, ser o réu reincidente ou portador de maus antecedentes. Somente deverá recolher-se à prisão para apelar quando for o caso de decretação da prisão preventiva. Fora esta hipótese, será possível o apelo em liberdade.

A regra trazida pelo artigo 387 do Código de Processo Penal atende ao princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição e deve ser aplicada à Lei de Drogas, que dispõe de regra própria, mas que conflita com o texto constitucional.

Assim, é possível a decretação da prisão preventiva do acusado primário e de bons antecedentes, da mesma forma que poderá apelar em liberdade o reincidente ou possuidor de maus antecedentes criminais, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Com efeito, se o condenado respondeu preso ao processo pela prática de um dos crimes apontados no artigo 59 da Lei de Drogas e ainda estiverem presentes as circunstâncias que o mantiveram nesta condição, não poderá apelar em liberdade. Porém, não mais havendo motivo para sua segregação cautelar, poderá apelar em liberdade, devendo ser concedida a liberdade provisória ou revogada a prisão preventiva. Respondendo ao processo solto, poderá ser decretada a prisão preventiva, desde que presente uma das circunstâncias do artigo 312 do CPP; caso contrário, deverá permanecer solto e recorrer em liberdade.

A situação pode complicar quando o acusado foi preso em flagrante delito e não lhe foi concedida a liberdade provisória com fundamento no artigo 44 da Lei de Drogas, uma vez que não é possível a benesse para os autores de um dos crimes nele previstos (vide comentários ao artigo 44). Neste caso, do mesmo modo que ocorre com a vedação à liberdade provisória, não será possível a apelação em liberdade. Ora, se antes da prolação da sentença condenatória foi negado ao acusado responder ao processo em liberdade, não é lógico deferir a benesse quando já existe título executivo.

Por outro lado, para a corrente que defende ser direito do acusado a liberdade provisória em qualquer espécie de crime, será possível o apelo em liberdade de acordo com as regras contidas no artigo 387 do Código de Processo Penal.

Devemos ressaltar que, presentes os requisitos legais (art. 282 do CPP), é possível a imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) por ocasião da prolação da sentença condenatória, quando não for o caso da decretação da prisão preventiva, que deve ser a exceção.



## **Capítulo IV**

### **Da Apreensão, Arrecadação e Destinação de Bens do Acusado**

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

§ 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.

§ 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 4º A ordem de apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

#### **60.1 Apreensão e outras medidas assecuratórias**

##### ***Indisponibilidade de bens ou valores consistentes em produtos ou proveito de crime (caput)***

A Lei de Drogas traz disciplina própria quanto à apreensão e indisponibilidade de bens e valores que constituam produto ou proveito de crime nela previstos.

O objetivo da medida é manter os bens e valores indisponíveis para poderem ser declarados perdidos em favor da União ao término do processo criminal em que houver condenação.

Poderão ser apreendidos e tornados indisponíveis os bens móveis ou imóveis e valores que constituam produto ou proveito de crime cuja origem seja o tráfico de drogas ou crime a ele relacionado (arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37). Embora a norma se refira a “crimes previstos nesta lei”, não há como aplicar referido dispositivo a infração de menor potencial ofensivo, culposa ou de que não advenha produto ou proveito, embora descrita na Lei de Drogas.

A norma exige, como qualquer medida cautelar, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, consubstanciados em indícios suficientes de que os bens e valores são produto de crime ou proveito obtido da prática criminosa, e a urgência da medida, que costuma estar presente, em virtude da possibilidade de alienação ou ocultação dos bens pelo acusado ou indiciado.

Além das medidas previstas neste artigo, também poderão ser aplicadas outras descritas nos artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal, que trazem as regras gerais sobre a sua aplicação. Assim, também é possível o sequestro, o arresto e a hipoteca legal (medidas assecuratórias). As regras previstas no Código de Processo Penal poderão ser aplicadas subsidiariamente quando não colidirem com as disposições especiais previstas na Lei de Drogas.

A apreensão e indisponibilidade dos bens e valores produto ou proveito de crime podem ser decretadas de ofício pela autoridade judiciária, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, depois de ouvido o Ministério Público, durante o inquérito policial ou processo judicial.

Cuidando-se de instrumento do crime ou de seu produto, como a droga e o dinheiro proveniente da sua venda, a autoridade policial deverá proceder a sua apreensão no ato da diligência, sem que haja necessidade de ordem judicial, observado o disposto no artigo 6º, II, do CPP. Basta que os bens ou valores estejam visíveis para que sejam passíveis de apreensão. A ordem judicial é necessária para que possa ser realizada a apreensão do proveito do tráfico de drogas ou de outro crime a ele relacionado. No entanto, nada impede a determinação judicial para a apreensão do produto do crime com fundamento neste dispositivo, embora não seja necessária.

Como ensina Magalhães Noronha: “Produtos do crime são as coisas adquiridas diretamente com o crime (coisa roubada), ou mediante sucessiva es-

pecificação (joia feita com ouro roubado), ou conseguidas mediante alienação (dinheiro da venda do objeto roubado), ou criadas com o crime (moeda falsa). Também se inclui no confisco outro qualquer bem ou valor que importe proveito, desde que haja sido auferido pelo agente, e não por terceiros, com a prática do crime” (1995 v.1, p. 294).

Não se deve confundir o instrumento do crime (*instrumenta sceleris*) com o seu produto (*producta sceleris*). O primeiro é o objeto empregado na prática do delito, como a arma utilizada no homicídio e o avião usado para transportar a droga. Já o produto do crime é a coisa obtida direta ou indiretamente com a prática de infração penal, como o bem subtraído no roubo ou a casa comprada com dinheiro proveniente do tráfico de drogas. Neste último caso, também é chamado pela maioria da doutrina de proveito do crime, que é o ganho, o lucro ou o benefício obtido pelo agente pela utilização econômica do produto do crime. Para outra parte da doutrina, o produto do crime pode ser direto, que é o resultado imediato da operação criminosa, ou indireto, que é o proveito obtido do produto direto do crime, ou seja, os bens, direitos e valores adquiridos com o seu emprego, que nada mais são do que o proveito do crime. Assim, há mera divergência semântica entre as duas correntes doutrinárias. Para efeito didático, empregaremos neste livro as expressões *produto e proveito do crime*.

O produto do crime e os instrumentos empregados para a ação criminosa podem ser apreendidos de plano pela autoridade policial, assim que observados, sem a necessidade de ordem judicial, quando da apuração ou ocorrência do delito (flagrante) ou em diligências para sua localização (art. 6º, II, do CPP). Porém, devem ser observadas as limitações constitucionais quanto ao ingresso na casa contidas no artigo 5º, XI, da Constituição Federal.

Muito embora a norma não se refira aos instrumentos do crime expressamente, os dispositivos da Lei de Drogas a eles deverão ser aplicados no que tange ao pedido de liberação. Não há sentido em não poderem ser alvo da lei em comento, uma vez que durante várias passagens a eles faz referência, como quando possibilita seu uso provisório e alienação cautelar (art. 62).

### ***Liberação (§§ 1º, 2º e 3º)***

Cumprida a medida cautelar, será facultado ao acusado requerer a produção ou apresentar prova da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão, no prazo de cinco dias. Provada a origem lícita, o juiz os liberará.

A primeira observação que merece ser feita é que no procedimento cautelar examinado o ônus da prova é invertido. Passa a ser o acusado o responsável por demonstrar que o bem ou valor apreendido tem origem lícita, desincumbindo o Ministério Público de fazer prova deste fato. Bastará que o Órgão Ministerial demonstre apenas indícios da origem espúria do bem ou valor (produto ou proveito do crime). Não se trata de dispositivo inconstitucional, uma vez que a inversão do ônus da prova é apenas no que concerne à apreensão e indisponibilidade, já que para o perdimento (confisco) é exigida certeza da origem criminosa.

A outra observação é que há necessidade da presença física do acusado para que o requerimento de liberação possa ser apreciado. Caso o bem ou valor seja de propriedade de terceira pessoa, a presença do acusado não é necessária, cabendo ao interessado ingressar com embargos de terceiro, nos termos dos artigos 129 e 130 do Código de Processo Penal.

Para que não ocorra destruição, deterioração ou desaparecimento de bens ou valores apreendidos, o Magistrado poderá determinar medidas para que eles sejam conservados.

Como já observado, no que tange à liberação dos instrumentos do crime empregados para o tráfico de drogas e condutas a ele relacionadas, será observado o disposto nos dispositivos examinados (§§ 1º, 2º e 3º). Houve mero esquecimento do legislador ao não incluí-los.

### ***Comprometimento das investigações (§ 4º)***

Sequer haveria necessidade da presença de referido dispositivo. Isso porque a ordem de sequestro ou apreensão certamente pode ser suspensa quando puder colocar em risco as investigações. Não se trata de realização de prisão em flagrante que, a princípio, é obrigatória para o agente policial. Assim, após ouvir o Ministério Público, a ordem poderá ser suspensa para que não comprometa as investigações.

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser uti-

lizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.”

### ***Emprego dos bens apreendidos***

A utilização dos bens apreendidos em poder do narcotráfico sempre foi postulada por diversos setores da sociedade e pelos órgãos policiais, já que a destinação ao uso por entidades públicas ou com fins sociais faz muito mais sentido do que deixá-los deteriorando em um depósito ou pátio.

Não comprometendo a produção da prova e comprovado o interesse público ou social, o juiz competente, após ouvir o Ministério Público e cientificada a Senad, poderá destinar provisoriamente os bens apreendidos para utilização pelos órgãos ou entidades que atuem na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. A autorização para o uso pode ocorrer mesmo antes da ação penal, ou seja, no decorrer das investigações, bastando que haja decisão do juízo competente.

O emprego destes bens é provisório e perdurará até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Havendo a absolvição, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença, os bens em geral deverão ser devolvidos ao acusado. Advinho a condenação, serão perdidos em favor da União.

Exige a norma que os bens sejam empregados exclusivamente no interesse das atividades das entidades ou órgãos nela descritas e faz ressalva quanto ao disposto no artigo 62. Assim, somente poderão ser usados diretamente pelas instituições cuja destinação é permitida, não podendo ser cedidos para outras,

mesmo que haja interesse público ou social, mas que não estejam vinculadas à prevenção ao uso de drogas, reinserção social dos dependentes ou usuários, ou na repressão ao tráfico ilícito.

A ressalva consiste em deixar assente que os instrumentos em geral empregados para a prática do crime e as armas não poderão ter a destinação precognizada neste dispositivo, que alcança apenas bens suspeitos de ser produto ou proveito de crime de tráfico de drogas ou de outro a ele relacionado. Aos instrumentos do crime serão aplicadas as disposições contidas no artigo 62 da Lei de Drogas, inclusive quanto ao uso provisório.

A norma não permite a utilização provisória dos valores arrecadados, que deverão ficar depositados em contas judiciais para que recebam a devida atualização monetária (art. 62, § 3º).

### ***Veículos, embarcações e aeronaves (parágrafo único)***

A norma prevê expressamente que estes meios de transporte podem ser empregados pelas instituições descritas no caput do dispositivo, desde que não constituam instrumento do crime (art. 62).

Para tanto, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao órgão equivalente de controle e registro que seja expedido certificado provisório de registro e licenciamento em favor da instituição beneficiada, ficando a mesma livre do pagamento de multas, tributos e encargos anteriores, até o trânsito em julgado da sentença que determinar o seu perdimento em favor da União ou absolver o acusado.

Com efeito, esses meios de transporte podem ser empregados, por exemplo, por órgãos policiais e entidades beneficentes que trabalhem na recuperação de dependentes de drogas.

A autorização é provisória e perdurará até o trânsito em julgado da sentença condenatória ou a absolvição do acusado, quando, nesta última hipótese, o bem lhe será devolvido.

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua

regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§ 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Feita a apreensão a que se refere o caput deste artigo, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade de polícia judiciária que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.

§ 3º Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo, em caráter cautelar, a conversão do numerário apreendido em moeda nacional, se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito, com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

§ 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no § 4º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

§ 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

§ 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença denexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

§ 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

§ 9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao Funad, juntamente com os valores de que trata o § 3º deste artigo.

§ 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4º deste artigo, recaíndo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

### **62.1 Custódia dos bens (caput)**

O presente dispositivo cuida dos instrumentos empregados para a prática de crime previsto na Lei de Drogas. Não de qualquer delito, mas apenas os relacionados ao tráfico de drogas (arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37). As disposições contidas nos artigos 60 e seguintes não podem ser empregadas, v. g., para confiscar embarcação ou aeronave conduzida por alguém sob efeito de droga (art. 39) ou o carro em que o agente usava droga (art. 28, *caput*). Devido ao princípio da proporcionalidade, somente os crimes mais graves previstos na lei podem ser objeto das medidas assecuratórias nela previstas.

Os bens e objetos apreendidos ficarão sob a custódia da autoridade policial, que zelará por sua guarda e conservação.



A exceção são as armas de fogo, cuja destinação é regulada pelo Estatuto do Desarmamento. De acordo com esse Diploma Legal, ocorrendo apreensão de arma de fogo, ela deverá ser periciada. Elaborado o laudo e juntado aos autos, será encaminhada pelo juiz competente ao Comando do Exército, no prazo máximo de 48 horas, quando não mais interessar à persecução penal, para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas na forma do Regulamento (art. 25 do Estatuto).

### ***Utilização dos bens apreendidos (§ 1º)***

Os bens empregados na prática do delito (instrumentos do crime) apreendidos poderão ser empregados pela autoridade policial, desde que fique comprovado o interesse público. Assim, caberá a ela representar ao juiz competente indicando os motivos pelos quais pretende fazer o uso. Após ouvir o Ministério Público, havendo interesse público e visando à conservação dos bens, a autorização poderá ser concedida.

O pedido para a utilização dos bens poderá ser feito logo após a sua apreensão, não havendo necessidade de ação penal em curso.

O bem que será empregado ficará sob a responsabilidade da autoridade policial, inclusive quanto à sua conservação.

É uma forma de dar destinação útil aos bens apreendidos, que fatalmente se deteriorariam com o tempo.

Até quando os bens poderão ser empregados?

Há entendimento de que, nesta hipótese, o uso perdurará até o início da ação penal, ocasião em que caberá à Senad indicar os bens para serem colocados sob uso e custódia da autoridade policial, de órgãos de segurança, militares ou de inteligência, envolvidos nas ações de prevenção ao uso e repressão ao tráfico de drogas, que poderão empregar os bens em sua finalidade específica. Isso porque, após o início da ação penal, caberá ao Ministério Público requerer a alienação cautelar dos bens apreendidos, excetuados aqueles indicados pela Senad para que possam deles fazer uso os órgãos mencionados (§ 4º).

Não nos parece que esta seja a vontade da lei. O inquérito pode ser concluído em poucos dias e não há sentido possibilitar o uso do bem para, momentos após, retirá-lo de sua destinação provisória. Assim, se o bem já estiver provisoriamente destinado ao uso da polícia judiciária e não for indicado pela Senad (§ 4º), não necessitará ser alienado antes da sentença condenatória irrecor-

rível, observado o disposto no § 4º do art. 63. O melhor será, para que não ocorra celeuma, que a Senad indique para fazer uso do bem a autoridade policial que já se encontra com ele. Por outro lado, poderá a Senad indicar outro órgão para fazer uso provisório do bem, o que deverá ser atendido, já que esta atribuição é sua.

### ***Dinheiro ou cheques (§§ 2º e 3º)***

Recaída a apreensão sobre dinheiro ou cheques, deverão os valores ser depositados em conta judicial. Para tanto, a autoridade policial presidente do inquérito policial representará ao juiz competente a intimação do Ministério Público, que requererá cautelarmente a conversão da moeda estrangeira apreendida em nacional (se for o caso), a compensação dos cheques após a instrução do inquérito, extraindo-se cópia autêntica dos títulos, e o depósito do numerário em conta judicial, com a juntada do recibo aos autos.

É uma determinação lógica da lei. Valores não podem ficar vinculados em espécie a um inquérito ou processo. Devem ser depositados em conta judicial, até para não serem corroídos pela inflação.

Trata-se de procedimento que, no caso de absolvição, não trará qualquer prejuízo ao acusado, uma vez que o numerário lhe será restituído. Ocorrendo a condenação e o confisco, basta destiná-los ao Funad.

### ***Alienação dos bens (§§ 4º a 11)***

A lei foi muito feliz ao determinar a alienação dos bens apreendidos. Muitos bens, inclusive de alto valor, acabavam estragando em depósitos e pátios de estacionamento, hangares e portos. É razoável que sejam leiloados e o dinheiro arrecadado depositado em conta judicial. Havendo a condenação e confisco, basta reverter o numerário para o Funad. Sobrevindo absolvição, cabe ao acusado solicitar seu levantamento.

O dispositivo deixa claro que somente poderá haver a alienação dos bens apreendidos após o início da ação penal, que defendemos ser com o recebimento da denúncia. Isso para que já exista prova de que o crime realmente ocorreu e indícios de que o acusado foi o seu autor ou partícipe. Frise-se que para a deflagração do processo a Lei não exige prova plena da existência do crime. No entanto, para a alienação cautelar dos bens apreendidos, a decisão deve estar lastreada em provas seguras de que houve crime, o que pode ser

demonstrado, por exemplo, com a juntada do laudo de exame químico toxicológico. Não se trata da prova exigida para a prolação de édito condenatório, o que poderia tornar a medida cautelar inócua, mas a que dê a necessária segurança para o Magistrado decidir com confortável probabilidade de exatidão, uma vez que o direito constitucional de propriedade do acusado estará sendo atingido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em petição autônoma, já que o pedido será processado em apartado, o Ministério Público requererá ao juízo competente que, cautelarmente, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem empregados exclusivamente pela polícia judiciária, órgãos de inteligência ou militares, envolvidos em ações de prevenção ao uso indevido e repressão ao tráfico de drogas.

Como já dito, entendemos que os bens que já se encontrarem destinados ao uso pela autoridade de polícia judiciária (§ 1º) e não forem indicados pela Senad (§ 4º) não deverão ser alienados neste momento, perdurando o uso provisório até a sentença condenatória definitiva ou absolvição do acusado.

Para que os veículos, aeronaves e embarcações apreendidas e indicadas pela Senad possam ser empregadas, o juiz ordenará à autoridade de trânsito, ou ao órgão equivalente, que expeça certificado de registro e licenciamento provisórios em favor da instituição beneficiada, que ficará livre do pagamento de multas, encargos e tributos já existentes. O uso provisório perdurará até o trânsito em julgado da sentença condenatória ou a absolvição do acusado, quando, neste último caso, o bem lhe será restituído.

Parece-nos que semelhante ordem deverá ser dada pelo Juiz que autorizar o uso provisório pela polícia judiciária de veículos, aeronaves e embarcações (art. 62, § 1º), o que é expressamente determinado no parágrafo único do artigo 61, no que concerne a estes meios de transporte que forem produto ou proveito de crime. Sem os documentos necessários não há como os referidos meios de transporte ser utilizados pela polícia.

Os bens a serem alienados deverão ser discriminados pelo Ministério Público, quando do pedido de alienação, e indicadas quais são as pessoas que os têm sob sua custódia, bem como o local onde se encontram.

Autuado o requerimento em apartado, os autos serão conclusos ao juiz, que analisará se os bens são instrumentos dos delitos tratados na Lei de Drogas (tráfico de drogas e condutas a ele relacionadas) e se há risco de perda do

valor econômico pela deterioração em razão do decurso do tempo. Chegando à conclusão de que os bens devem ser alienados, a autoridade judiciária determinará sua avaliação, cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado pessoalmente, ou por edital com prazo de cinco dias.

Note-se que nesta fase processual ainda não há a necessária certeza da autoria do crime, uma vez que o pedido pode ser feito ainda no início do processo. A certeza processual somente virá com o trânsito em julgado da sentença.

Cabe ao Magistrado analisar se hánexo de instrumentalidade entre o delito e os bens apreendidos, uma vez que somente aqueles que forem instrumento do crime poderão ser alienados cautelarmente e, ao final do processo, o valor arrecadado com o leilão declarado perdido em favor da União.

Se o objeto não houver sido empregado para o tráfico de drogas ou outro crime a ele relacionado, não poderá ser apreendido e leiloado com fundamento na Lei de Drogas; nada obstante, sendo instrumento ilícito, produto ou proveito de outro crime, poder ser confiscado com base no artigo 91 do Código Penal.

No que tange ao produto e ao proveito do crime, somente poderá ser leiloado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, observado o disposto no artigo 63 da Lei de Drogas. Entendeu o Legislador que a alienação cautelar poderá atingir apenas os instrumentos do crime.

Após a avaliação e decisão sobre o laudo, o juiz homologará por sentença o valor atribuído aos bens e determinará a alienação em leilão. Nesta fase, pode haver impugnação do valor atribuído aos bens pelos avaliadores, cabendo ao Juiz dirimir a questão.

O valor arrecadado no leilão será depositado em conta judicial até o final da ação penal, quando, havendo condenação definitiva, será transferido para o Funad, juntamente com os valores já depositados nos termos do § 3º.

Os recursos interpostos contra a apreensão, avaliação e alienação dos bens serão recebidos apenas no efeito devolutivo, não impedindo, assim, a realização dos atos.

Eventuais reclamações contra prejuízos suportados pelo acusado em razão da apreensão, avaliação ou alienação dos bens poderão ser resolvidas em ação própria no juízo cível, quando não for declarada a perda em favor da União.

Advindo a absolvição, os valores depositados judicialmente serão devolvidos ao acusado que poderá, se for o caso, ingressar com ação própria para reclamar eventual dano ou prejuízo sofrido.

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, sequestrado ou declarado indisponível.

§ 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.

§ 2º Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

§ 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.

§ 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.

### **63.1 Perdimento em favor da União (caput)**

O artigo 91, II, do Código Penal diz que é efeito da condenação a perda para a União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito.

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Não se deve confundir o instrumento do crime (*instrumenta sceleris*) com o seu produto (*producta sceleris*). O primeiro é o objeto empregado na prática do delito, como a arma utilizada no homicídio, a chave falsa usada para furtar o automóvel e o avião empregado no transporte da droga. Já o produto do crime é a coisa obtida direta ou indiretamente com a prática de infração penal, como a droga fabricada, produzida ou preparada ou a casa comprada com dinheiro do narcotráfico. Neste último caso, também é chamado pela maioria da doutrina de proveito do crime, que é o ganho, o lucro ou o benefício obtido pelo agente

pela utilização econômica do produto direto do crime. Para outra parte da doutrina, o produto do crime pode ser direto, que é o resultado imediato da operação criminosa, ou indireto, que é o proveito obtido do produto direto do crime, ou seja, os bens, direitos e valores adquiridos com o seu emprego, que nada mais são do que o proveito do crime. Assim, há mera divergência semântica entre as duas correntes doutrinárias.

Em uma primeira leitura, pode parecer que o artigo 63 da Lei de Drogas derogou o artigo 91, II, do Código Penal, o que não é verdade.

O confisco dos instrumentos do crime de natureza ilícita, do seu produto ou proveito é efeito genérico da condenação, não necessitando que o Juiz expressamente declare a perda em favor da União na sentença condenatória, já que a própria lei assim determina.

Como compatibilizar, então, o artigo 91, II, do Código Penal com o artigo 63 da Lei de Drogas?

O artigo 63, ao dizer que o juiz deve decidir sobre o perdimento do valor, bem ou produto apreendido, sequestrado ou tornado indisponível, está se referindo aos bens que não sejam de natureza ilícita, já que estes devem ser automaticamente confiscados nos termos do artigo 91, II, do Código Penal, uma vez que sua perda para a União é efeito genérico da condenação.

Não há sentido que a ausência de motivação sobre a perda do instrumento do crime ou de seu produto, ambos de natureza ilícita, como a droga ou a substância destinada à sua elaboração, possa fazer com ele retorne para o criminoso.

Assim, como ensina Nucci, pode ocorrer que:

“a) se as coisas apreendidas forem instrumentos de utilização ilícita ou produtos do crime, estão automaticamente confiscadas, independentemente de manifestação judicial na sentença condenatória;

b) se as coisas não forem de uso ilícito, é preciso aguardar pronunciamento do juiz, determinando – ou não – o seu confisco ou sequestro para indenização da vítima, pagamento das custas ou outro fim;

c) se a sentença for absolutória, pode o juiz liberar tudo o que foi apreendido; porém, se houver algo ilícito, deve o juiz manter a apreensão, dando ao bem o destino cabível. Ex: a cocaína apreendida será incinerada, ainda que o réu seja absolvido” (NUCCI, 2009, p. 402).

Em resumo, para a perda em favor da União do instrumento do crime ou de seu produto, não há necessidade de declaração expressa na sentença conde-

natória, já que o confisco é efeito genérico da condenação previsto no artigo 91, II, do Código Penal; basta, neste caso, que tanto o instrumento do crime quanto o seu produto sejam de natureza ilícita. Cuidando-se de instrumento, produto ou proveito do crime de natureza lícita, como o avião usado para transporte da droga, o dinheiro originado da venda da droga e o imóvel comprado com numerário arrecadado com o tráfico, haverá necessidade de ser expressamente declarada sua perda em favor da União. Por fim, advindo absolvição, deverão ser restituídos todos os bens e valores apreendidos, exceto os de natureza ilícita, como a droga, que deverá ser incinerada.

### ***Alienação dos bens apreendidos e ainda não leiloados (§§ 1º a 4º)***

Os parágrafos tratam daqueles bens ou valores apreendidos, que não foram objeto da tutela cautelar definida no artigo 62.

Há de ser ressaltado que a alienação cautelar somente atinge os instrumentos do crime, como deixa claro o § 7º do art. 62. Com efeito, não há previsão legal para a alienação cautelar do produto ou proveito do crime, que somente podem ser leiloados após o trânsito em julgado da sentença condenatória, que tenha declarado o seu perdimento em favor da União ou que seja alvo do confisco, nos termos do art. 91, II, do Código Penal.

O Funad é o órgão destinatário final dos valores apreendidos e declarados perdidos em favor da União (art. 62, § 9º).

O órgão responsável pela alienação dos bens declarados perdidos em favor da União (confiscados) e não leiloados em caráter cautelar é a Senad, que pode firmar convênios de cooperação com entidades para este fim.

Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, será enviada pelo juiz a relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União para a Senad; no que é pertinente aos bens que estejam sendo empregados por entidades autorizadas, faz-se necessário indicar onde e com quem estão para que possam ser leiloados e o numerário arrecadado destinado ao Funad.

Assim, não havendo mais recurso, ou seja, transitada em julgado a sentença condenatória, o numerário referente aos bens leiloados e os valores declarados perdidos em favor da União serão destinados ao Funad. Caberá à Senad, caso não tenha ocorrido a alienação cautelar, providenciar o leilão dos bens confiscados, revertendo os valores para o Funad.

Embora a norma não diga expressamente, os instrumentos do crime e o seu produto que tiverem sido confiscados nos termos do artigo 91, II, do Código Penal, receberão o mesmo tratamento dado aos bens declarados perdidos em favor da União, com fundamento do artigo 63, *caput*, da Lei de Drogas.

Art. 64. A União, por intermédio da Senad, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários ou dependentes e a atuação na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, com vistas na liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas relacionados à questão das drogas.

#### **64.1 Convênios**

Já é consenso, não só no Brasil, mas no mundo, que o combate ao tráfico de drogas deve ser exercido de maneira coordenada pelos diversos setores da sociedade. O Estado sozinho não consegue obter bons resultados.

Desta forma, a União, tendo como órgão responsável a Senad, pode firmar convênios com os Estados e Distrito Federal e com organismos da sociedade civil orientados para a prevenção ao uso indevido, a atenção e reinserção social dos usuários e dependentes, bem como para a repressão ao tráfico de drogas, com o propósito de liberar equipamentos e recursos arrecadados para a implantação e execução de programas relacionados a este grave problema que é o uso e o tráfico de drogas.



## **Título V**

### **Da Cooperação Internacional**

Art. 65. De conformidade com os princípios da não intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

I – intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II – intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos;

III – intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos.

#### ***65.1 Cooperação internacional***

Não há como enfrentar o narcotráfico sem o auxílio de outros países, haja vista a transnacionalidade destes delitos.

A cooperação internacional segue o espírito das Convenções das Nações Unidas e o princípio da justiça universal, haja vista ser obrigação de todos os países participar do enfrentamento ao crime organizado, que é um mal universal.

A Lei de Drogas não fugiu a esta finalidade, deixando evidente que o Brasil deve cumprir as convenções e tratados internacionais dos quais faça parte para o combate ao narcotráfico.

Cabe ao Brasil prestar auxílio às outras nações e organismos internacionais e deles solicitar apoio em diversas áreas relacionadas ao combate ao

tráfico de drogas e outros delitos conexos, como o tráfico de armas, lavagem de dinheiro e o desvio de produtos químicos para a produção de drogas.

As áreas de inteligência, sem as quais esses delitos não podem ser combatidos, também são alcançadas pelo dispositivo. As informações são elementos essenciais para o combate às organizações criminosas.

O Brasil é signatário de diversos acordos e tratados para o combate ao narcotráfico, mormente com países da América Latina. Podemos destacar os firmados com o Chile (26/07/1990), com o Equador (07/11/1990), com a Argentina (26/05/1993), com Cuba (29/08/1994) dentre outros. O Brasil também firmou acordos internacionais com os Estados Unidos (12/04/1995) e com alguns países da Europa, além de ser signatário da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional realizada em 15/11/2000 na cidade de Nova Iorque.

## **Título VI**

### **Disposições Finais e Transitórias**

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.

São consideradas drogas as substâncias e os produtos capazes de causar dependência (art. 1º, parágrafo único). As drogas podem ser substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998. Portanto, somente será considerada droga a substância ou o produto que estiver relacionado nas listas da aludida Portaria. Mesmo que a substância ou o produto cause dependência, se ela não constar de uma das listas da aludida portaria, não será considerada droga para fins penais. É o que ocorre, por exemplo, com as bebidas alcoólicas.

O termo “drogas”, ou seja, no plural, não significa que há necessidade de apreensão de mais de uma espécie ou porção de droga. Diz respeito à generalidade, isto é, que qualquer espécie de droga ensejará a adequação típica, independentemente da quantidade.

Substância é a matéria-prima in natura. Em regra, será uma planta ou erva.

Produto é a substância manipulada pelo homem. Assim, v. g., a folha de coca é a substância e a cocaína seu produto. Com efeito, em todo produto haverá a interferência do homem.

A dependência pode ser a física ou a psíquica. Na dependência física, o corpo necessita do uso da droga. Na psíquica, há vontade intensa do uso da droga. Há drogas que causam dependência física, em outras a dependência é psíquica, ou ambas.

Com efeito, se a substância não estiver relacionada nas listas desta portaria, não poderá ser considerada droga.

Art. 67. A liberação dos recursos previstos na Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, em favor de Estados e do Distrito Federal, dependerá de sua adesão e respeito às diretrizes básicas contidas nos convênios firmados e do fornecimento de dados necessários à atualização do sistema previsto no art. 17 desta Lei, pelas respectivas polícias judiciárias.

Cuida-se de norma que visa a obrigar os Estados e o Distrito Federal a cumprirem as determinações da União. Não havendo a submissão dos entes da Federação às diretrizes traçadas ou se não fornecerem os dados necessários para a atualização do sistema de informações do Poder Executivo (sistema de dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas), não receberão os recursos previstos na Lei nº 7.560/1986.

Art. 68. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas e jurídicas que colaborem na prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes e na repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

É possível a criação pela União e demais entes da Federação de estímulos fiscais e de outras espécies, para as pessoas físicas e jurídicas que colaborem na solução do grave problema que é o uso e o tráfico de drogas.

Art. 69. No caso de falência ou liquidação extrajudicial de empresas ou estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços de saúde que produzirem, venderem, adquirirem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas ou de qualquer outro em que existam essas substâncias ou produtos, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito:

I – determinar, imediatamente à ciência da falência ou liquidação, sejam lacradas suas instalações;

II – ordenar à autoridade sanitária competente a urgente adoção das medidas necessárias ao recebimento e guarda, em depósito, das drogas arrecadadas;

III – dar ciência ao órgão do Ministério Público, para acompanhar o feito.

§ 1º Da licitação para alienação de substâncias ou produtos não proscritos referidos no inciso II do *caput* deste artigo, só podem participar pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado.

§ 2º Ressalvada a hipótese de que trata o § 3º deste artigo, o produto não arrematado será, ato contínuo à hasta pública, destruído pela autoridade sanitária, na presença dos Conselhos Estaduais sobre Drogas e do Ministério Público.

§ 3º Figurando entre o praceado e não arrematadas especialidades farmacêuticas em condições de emprego terapêutico, ficarão elas depositadas sob a guarda do Ministério da Saúde, que as destinará à rede pública de saúde.

O dispositivo traz o procedimento a ser adotado quando advier a dissolução de estabelecimentos e empresas em geral que trabalhem com drogas ou com qualquer outra substância que as tenha em sua composição. A finalidade da norma é evitar que essas substâncias ou produtos se extraiam e sejam ilícitamente empregados.

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

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

De acordo com o artigo 109, V, da Constituição Federal compete à Justiça Federal julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

A regra é que os delitos elencados na Lei de Drogas sejam processados na Justiça Comum Estadual. O dispositivo excepciona os crimes descritos nos artigos 33 a 37, quando caracterizado ilícito transnacional. Neste caso, serão de competência da Justiça Federal.

Caracteriza-se crime transnacional “[...] aquele cometido em mais de um país, ou que é cometido em um só país, mas parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro país, ou que é cometido em um só país, mas envolva a participação de grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um país, ou, ainda, aquele praticado em um só país, mas que produza efeitos substanciais em outro país (definição dada pela Convenção contra o crime organizado transnacional, art. 3º, nº 2, cf: MORAES e SMANIO, 2007, p. 133).

A definição prevista na aludida Convenção amplia a competência da Justiça Federal prevista na Constituição Federal, que trata dos crimes a distância previstos em Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

A inovação da lei foi determinar que os referidos crimes cometidos em Municípios que não tenham vara federal sejam processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva. Pela legislação revogada, se o município não fosse sede de vara federal, o tráfico internacional de drogas seria processado e julgado pela Justiça Comum Estadual. Portanto, na grande maioria dos casos, somente nas Capitais dos Estados é que estes delitos seriam processados em varas federais.

Com efeito, ocorrido um dos crimes referidos no dispositivo em qualquer município do país, tenha ou não vara da Justiça Federal, o crime será de competência Federal, não mais podendo ser julgado pela Justiça Estadual em nenhuma hipótese.

A competência, no caso, é em razão da matéria, cuja violação causa nulidade absoluta (art. 564, I, do CPP).

#### Art. 71. (VETADO)

Art. 72. Encerrado o processo penal ou arquivado o inquérito policial, o juiz, de ofício, mediante representação do delegado de polícia ou a requerimento do Ministério Público, determinará a destruição das amostras guardadas para contraprova, certificando isso nos autos. (Redação dada pela Lei nº 12.961, de 2014)

Não há sentido em permanecerem armazenadas drogas cujo processo ou inquérito policial já tenha encerrado.

Pelas regras anteriores era possível o armazenamento de pequena quantidade de droga, mesmo após o término do processo, para o caso de ser proposta revisão criminal. A atual redação do artigo é imperativa no sentido de que, findo o processo ou arquivado o inquérito policial, o Magistrado, de ofício, ou atendendo a requerimento do Ministério Público ou a representação do Delegado de Polícia, determinará a destruição das amostras guardadas para a contraprova. Nesse caso, permanecerá apenas o laudo pericial que analisou as drogas (exame químico toxicológico definitivo).

A destruição dar-se-á por incineração, a ser executada pelo Delegado de Polícia competente, que deve ser acompanhada pelo Ministério Público e na presença da autoridade sanitária (art. 50, § 4º)

Finda a destruição, o ato será certificado nos autos. É recomendável que todo procedimento seja pormenorizadamente descrito, inclusive com a quantidade e natureza da droga destruída, e nome de todos que dele participaram.

Art. 73. A União poderá estabelecer convênios com os Estados e com o Distrito Federal, visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas, e com os Municípios, com o objetivo

de prevenir o uso indevido delas e de possibilitar a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas (Redação dada pela Lei nº 12.219, de 2010).

Os convênios visam ao auxílio mútuo em objetivos de interesse comum, que no caso é a prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de drogas, fenômeno que aflige não só o Brasil, mas todo o globo.

Para a prevenção e combate ao tráfico de drogas e ao uso de drogas, não podem a União, Estados, Distrito Federal e municípios agirem sozinhos, isolados, dada a ramificação internacional desta atividade, que requer esforços conjuntos para que possa ser debelada ou, ao menos, diminuída.

Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

A lei entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006, após *vacatio legis* de 45 dias.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

A legislação pertinente que tratava da matéria foi expressamente revogada pela nova Lei de Drogas.



## **Anexo I**

### **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.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA.** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

#### **TÍTULO I**

#### **DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º 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.

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput* deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

## **TÍTULO II**

### **DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS**

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I – a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II – a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

### **CAPÍTULO I**

#### **DOS PRINCÍPIOS E DOS OBJETIVOS DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS**

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I – o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II – o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III – a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV – a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V – a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI – o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII – a integração das estratégias nacionais e internacionais 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;

VIII – a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX – a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevi-

do, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X – 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;

XI – a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad.

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I – contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II – promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III – promover a integração entre as políticas 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 tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV – assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

## **CAPÍTULO II**

### **DA COMPOSIÇÃO E DA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS**

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º A organização do Sisnad assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal e se constitui matéria definida no regulamento desta Lei.

Art. 8º (VETADO)

### **CAPÍTULO III (VETADO)**

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. (VETADO)

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. (VETADO)

Art. 14. (VETADO)

### **CAPÍTULO IV DA COLETA, ANÁLISE E DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS**

Art. 15. (VETADO)

Art. 16. As instituições com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas devem comunicar ao órgão competente do respectivo sistema municipal de saúde os casos atendidos e os óbitos ocorridos, preservando a identidade das pessoas, conforme orientações emanadas da União.

Art. 17. Os dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas integrarão sistema de informações do Poder Executivo.

### **TÍTULO III DAS ATIVIDADES DE PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO, ATENÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS**

#### **CAPÍTULO I DA PREVENÇÃO**

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I – o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;

II – a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III – o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

IV – o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V – a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI – o reconhecimento do “não uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII – o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;

VIII – a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

IX – o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X – o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI – a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII – a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII – o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda.

## **CAPÍTULO II**

### **DAS ATIVIDADES DE ATENÇÃO E DE REINserÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS OU DEPENDENTES DE DROGAS**

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I – respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

II – a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III – definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV – atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

V – observância das orientações e normas emanadas do Conad;

VI – o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.

Art. 25. As instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Funad, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira.

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

### **CAPÍTULO III DOS CRIMES E DAS PENAS**

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

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

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

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

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

I – admoestação verbal;

II – multa.

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

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário-mínimo.

Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.



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

## **TÍTULO IV DA REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA E AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**

### **CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelo delegado de polícia na forma do art. 50-A, que recolherá quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova. (Redação dada pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 3º Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, o disposto no Decreto nº 2.661, de 8 de julho de 1998, no que couber, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.

### **CAPÍTULO II DOS CRIMES**

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guar-

dar, 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 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.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabrica-

ção, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Penal – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo

prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

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

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I – a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II – o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV – o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI – sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII – o agente financiar ou custear a prática do crime.

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

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.

Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no *caput* deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

### **CAPÍTULO III**

#### **DO PROCEDIMENTO PENAL**

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Art. 49. Tratando-se de condutas tipificadas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

#### **Seção I**

##### **Da Investigação**

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia

do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 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 § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

§ 3º Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 4º A destruição das drogas será executada pelo delegado de polícia competente no prazo de 15 (quinze) dias na presença do Ministério Público e da autoridade sanitária. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 5º O local será vistoriado antes e depois de efetivada a destruição das drogas referida no § 3º, sendo lavrado auto circunstanciado pelo delegado de polícia, certificando-se neste a destruição total delas. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

Art. 50-A. A destruição de drogas apreendidas sem a ocorrência de prisão em flagrante será feita por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contado da data da apreensão, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo, aplicando-se, no que couber, o procedimento dos §§ 3º a 5º do art. 50. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I – relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da

substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

II – requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I – necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II – necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II – a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

## **Seção II**

### **Da Instrução Criminal**

Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

I – requerer o arquivamento;



II – requisitar as diligências que entender necessárias;

III – oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

§ 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

§ 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Art. 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014)

Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

#### **CAPÍTULO IV** **DA APREENSÃO, ARRECADAÇÃO E DESTINAÇÃO** **DE BENS DO ACUSADO**

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

§ 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.

§ 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 4º A ordem de apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§ 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Feita a apreensão a que se refere o caput deste artigo, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade de polícia judiciária que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.

§ 3º Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo, em caráter cautelar, a conversão do numerário apreendido em moeda nacional, se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito, com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a

União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

§ 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no § 4º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

§ 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

§ 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença denexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

§ 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

§ 9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao Funad, juntamente com os valores de que trata o § 3º deste artigo.

§ 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4º deste artigo, recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, sequestrado ou declarado indisponível.

§ 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.

§ 2º Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

§ 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.

§ 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.

Art. 64. A União, por intermédio da Senad, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários ou dependentes e a atuação na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, com vistas na liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas relacionados à questão das drogas.

## **TÍTULO V**

### **DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL**

Art. 65. De conformidade com os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

I – intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II – intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos;

III – intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos.

## **TÍTULO VI**

### **DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS**

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.

Art. 67. A liberação dos recursos previstos na Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, em favor de Estados e do Distrito Federal, dependerá de sua adesão e respeito às diretrizes básicas contidas nos convênios firmados e do fornecimento de dados necessários à atualização do sistema previsto no art. 17 desta Lei, pelas respectivas polícias judiciárias.

Art. 68. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas e jurídicas que colaborem na prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes e na repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Art. 69. No caso de falência ou liquidação extrajudicial de empresas ou estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços de saúde que produzirem, venderem, adquirirem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas ou de qualquer outro em que existam essas substâncias ou produtos, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito:

I – determinar, imediatamente à ciência da falência ou liquidação, sejam lacradas suas instalações;

II – ordenar à autoridade sanitária competente a urgente adoção das medidas necessárias ao recebimento e guarda, em depósito, das drogas arrecadadas;

III – dar ciência ao órgão do Ministério Público, para acompanhar o feito.

§ 1º Da licitação para alienação de substâncias ou produtos não proscritos referidos no inciso II do caput deste artigo, só podem participar pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado.

§ 2º Ressalvada a hipótese de que trata o § 3º deste artigo, o produto não arrematado será, ato contínuo à hasta pública, destruído pela autoridade sanitária, na presença dos Conselhos Estaduais sobre Drogas e do Ministério Público.

§ 3º Figurando entre o praceado e não arrematadas especialidades farmacêuticas em condições de emprego terapêutico, ficarão elas depositadas sob a guarda do Ministério da Saúde, que as destinará à rede pública de saúde.

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

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

Art. 71. (VETADO)

Art. 72. Encerrado o processo penal ou arquivado o inquérito policial, o juiz, de ofício, mediante representação do delegado de polícia ou a requerimento do Ministério Público, determinará a destruição das amostras guardadas para contraprova, certificando isso nos autos. (Redação dada pela Lei nº 12.961, de 2014)

Art. 73. A União poderá estabelecer convênios com os Estados e o com o Distrito Federal, visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas, e com os Municípios, com o objetivo de prevenir o uso indevido delas e de possibilitar a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. (Redação dada pela Lei nº 12.219, de 2010)

Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

Brasília, 23 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Guido Mantega

Jorge Armando Felix

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24/8/2006



## **Anexo II**

### **Mensagem nº 724, de 23 de agosto de 2006**

(Traz a íntegra dos dispositivos vetados na Lei de Drogas e as razões dos vetos)

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 115, de 2002 (nº 7.134/02 na Câmara dos Deputados), que “Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências”.

Ouvidos, os Ministérios da Fazenda e da Justiça manifestaram-se pelos seguintes vetos:

#### **Arts. 6º e 8º a 15**

“Art. 6º Integram o Sisnad o conjunto de órgãos e entidades do Poder Executivo da União, do Distrito Federal, dos Estados e Municípios que exercem as atividades de que tratam os incisos I e II do art. 3º desta Lei.”

“Art. 8º Compete ao Conad exercer a atribuição de órgão superior do Sisnad.

§ 1º O Conad é composto por órgãos da Administração Pública Federal, representações da sociedade civil e pela Secretaria Nacional Antidrogas – Senad, na qualidade de sua secretaria executiva, nos termos da legislação vigente.

§ 2º A composição e o funcionamento do Conad são regulamentados pelo Poder Executivo.”

### **“CAPÍTULO III**

#### **DAS ATRIBUIÇÕES ESPECÍFICAS DOS ÓRGÃOS**

#### **QUE COMPÕEM O SISNAD**

Art. 9º No que se refere ao cumprimento desta Lei, são atribuições específicas do Ministério da Saúde e de suas entidades vinculadas, na forma da legislação vigente:

I – publicar listas atualizadas periodicamente das substâncias ou produtos de que trata o parágrafo único do art. 1º desta Lei;

II – baixar instruções de caráter geral ou específico sobre limitação, fiscalização e controle da produção, do comércio e do uso das drogas referidas nesta Lei;

III – adotar as providências estabelecidas no parágrafo único do art. 2º desta Lei;

IV – assegurar a emissão de licença prévia prevista no art. 31 desta Lei pela autoridade sanitária competente;

V – regulamentar a política de atenção aos usuários e dependentes de drogas, bem como aos seus familiares, junto à rede do Sistema Único de Saúde – SUS;

VI – regulamentar as atividades que visem à redução de danos e riscos sociais e à saúde;

VII – regulamentar serviços públicos e privados que desenvolvam ações de atenção às pessoas que façam uso ou sejam dependentes de drogas e seus familiares;

VIII – gerir, em articulação com a Senad, o banco de dados das instituições de atenção à saúde e de assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas de que trata o parágrafo único do art. 15 desta Lei.

Art. 10. No que se refere ao cumprimento desta Lei, são atribuições específicas do Ministério da Educação e de suas entidades vinculadas, na forma da legislação vigente:

I – propor e implementar, em articulação com o Ministério da Saúde, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e a Senad, políticas de formação continuada para os profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino que abordem a prevenção ao uso indevido de drogas;

II – apoiar os dirigentes das instituições de ensino público e privado na elaboração de projetos pedagógicos alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos princípios de prevenção do uso indevido de drogas, de atenção e reinserção social de usuários e dependentes, bem como seus familiares, contidos nesta Lei.

Art. 11. No que se refere ao cumprimento desta Lei, são atribuições específicas do Ministério da Justiça e de suas entidades vinculadas, na forma da legislação vigente:

I – exercer a coordenação das atividades previstas no inciso II do art. 3º desta Lei;

II – instituir e gerenciar o sistema nacional de dados estatísticos de represão ao tráfico ilícito de drogas de que trata o art. 17 desta Lei;

III – manter a Senad informada acerca dos dados relativos a bens móveis e imóveis, valores apreendidos e direitos constrictos em decorrência dos crimes capitulados nesta Lei, visando à implementação do disposto nos arts. 60 a 64 desta Lei.

Art. 12. No que se refere ao cumprimento desta Lei, são atribuições específicas do Gabinete de Segurança Institucional e de suas entidades vinculadas, na forma da legislação vigente:

I – exercer a coordenação das atividades previstas no inciso I do art. 3º desta Lei;

II – gerir o Fundo Nacional Antidrogas – Funad.

Art. 13. No que se refere ao cumprimento desta Lei, são atribuições dos órgãos formuladores de políticas sociais e de suas entidades vinculadas, na forma da legislação vigente, identificar e regulamentar rede nacional das instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, que atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares.

Art. 14. No âmbito de suas competências, os órgãos e entidades do Poder Executivo que integram o Sisnad, previstos no art. 6º desta Lei, atentarão para:

I – o alinhamento das suas respectivas políticas públicas setoriais ao disposto nos arts. 4º e 5º desta Lei;

II – as orientações e normas emanadas do Conad;

III – a colaboração nas atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas, observado o disposto nesta Lei.”

“Art. 15. O Sisnad disporá de Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas – Obid gerido pela secretaria executiva de seu órgão superior, que reunirá e centralizará informações e conhecimentos atualizados sobre drogas, incluindo dados de estudos, pesquisas e levantamentos nacionais, produzindo e divulgando informações, fundamentadas cientificamente, que contribuam para o desenvolvimento de novos conhecimentos aplicados às atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de

drogas e para a criação de modelos de intervenção baseados nas necessidades específicas das diferentes populações-alvo, respeitando suas características socioculturais.

Parágrafo único. Respeitado o caráter sigiloso, fará parte do banco de dados central de que trata o caput deste artigo base de dados atualizada das instituições de atenção à saúde ou de assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas, bem como das de ensino e pesquisa.”

### ***Razões dos vetos***

“Cumpre, inicialmente, assinalar que o art. 6º do presente projeto de lei, ao pretender criar obrigações aos entes federados viola, frontalmente, o princípio federativo inserto no art. 1º, caput, da Constituição da República, restringindo, assim, a consagrada autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assegurada, por sua vez, no art. 18, caput, da Carta Magna.

Não se pode admitir que o projeto de lei determine, por meio de norma jurídica imperativa, a presença de órgãos e entidades do Distrito Federal, dos Estados Federados e dos Municípios na composição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, sob pena de violação à autonomia constitucional dos entes federativos (art. 18 da Constituição da República).

Outrossim, a proposta legislativa, ao dispor sobre a organização e funcionamento da Administração Pública federal, viola, de forma cristalina, o disposto no art. 84, VI, a, da Constituição da República, bem como o princípio da separação entre os Poderes (art. 2º da Constituição), já que compete, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo dispor, mediante decreto, sobre a matéria.

Ademais, mesmo que assim não fosse, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, juntamente com a mais qualificada doutrina constitucionalista, assevera não ser possível suprir o vício de iniciativa em projeto de lei com a sanção presidencial, desde o julgamento da Representação nº 890-GB (Rp nº 890/GB, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgamento em 27/03/1974, RTJ 69/629), em 1974, pois, como adverte o professor Marcelo Caetano, ‘um projeto resultante de iniciativa inconstitucional sofre de um pecado original, que a sanção não tem a virtude de apagar, até porque, a par das razões jurídicas, militam os fortes motivos políticos que determinassem a exclusividade da iniciativa presidencial, cujo afastamento poderia conduzir a situações de intolerável pressão sobre o Executivo’ (CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional* – v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1987, página 34).

Nada obstante, a previsão no projeto legislativo da criação de órgãos públicos, arts. 8º e 15, que determina ser da iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre criação de órgãos da administração pública.

Segundo o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ‘O desrespeito à cláusula de iniciativa reservada das leis, em qualquer das hipóteses taxativamente previstas no texto da Carta Política, traduz situação configuradora de inconstitucionalidade formal, insuscetível de produzir qualquer consequência válida de ordem jurídica. A usurpação da prerrogativa de iniciar o processo legislativo qualifica-se como ato destituído de qualquer eficácia jurídica, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da lei que dele resulte’ (Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.364-1/AL, rel. Min. Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ de 14/12/2001).

Colhe-se do mesmo julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

‘O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais’ (Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.364-1/AL, rel. Min. Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ de 14/12/2001).

Em decisões recentes, observa-se a mesma conclusão:

‘É indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto) na elaboração de normas que de alguma forma remodelam as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação’ (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.254/ES, rel. Min. Ellen Gracie, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ de 02/12/2005).”

Os Ministérios da Justiça e da Fazenda e o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República manifestaram-se pelo veto ao seguinte dispositivo:

**Art. 71**

“Art. 71. Nas comarcas em que haja vara especializada para julgamento de crimes que envolvam drogas, esta acumulará as atribuições de juizado especial criminal sobre drogas, para efeitos desta Lei.”

**Razões do veto**

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

A ideia fundamental do novo tratamento legislativo e judicial exige, para sua efetividade, um tratamento diferenciado entre o usuário/dependente e o traficante, objetos de tutela judicial diversos. Consolida este modelo não só a separação processual, mas é essencial que os destinatários de cada modelo sejam processados em unidades jurisdicionais diferentes, como previsto no sistema geral da nova lei: Juizado Especial para usuários/dependentes e justiça comum para traficantes.

As varas especializadas para o julgamento de crimes que envolvam drogas certamente serão fundamentais para a repressão, no contexto do modelo retributivo, porém representarão sensível retrocesso se passarem a acumular em um mesmo ambiente jurisdicional, atividades preventivas de cunho terapêutico, baseadas no modelo sistêmico restaurativo que é voltado ao acolhimento, à prevenção da reincidência, à atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas.

O veto ao dispositivo manterá a essência e a coerência do projeto restaurando a ideia inicial de atribuir tratamento distinto ao traficante e ao usuário.

Cumprе assinalar que o art. 71 do projeto de lei, agride severamente os arts. 96, II, d, e 125, § 1º, ambos da Constituição da República, ao estabelecer normas reguladoras da competência material da jurisdição, interferindo, indevidamente, na organização e divisão judiciárias, tema reservado à iniciativa exclusiva do Poder Judiciário, em atenção ao princípio da separação de poderes (art. 2º da Carta Magna).”

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 23 de agosto de 2006.

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24/8/2006

### **Anexo III**

## **Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006**

Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006,

DECRETA:

#### **CAPÍTULO I**

#### **DA FINALIDADE E DA ORGANIZAÇÃO DO SISNAD**

Art. 1º O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, instituído pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, tem por finalidade articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

- I – a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; e
- II – a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Art. 2º Integram o SISNAD:

I – o Conselho Nacional Antidrogas – CONAD, órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça; (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

II – a Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD, na qualidade de secretaria-executiva do colegiado;

III – o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de que tratam os incisos I e II do art. 1º:

- a) do Poder Executivo federal;
- b) dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, mediante ajustes específicos; e

IV – as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.

Art. 3º A organização do SISNAD assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal e, mediante ajustes específicos, estadual, municipal e do Distrito Federal, dispondo para tanto do Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas, unidade administrativa da Estrutura Regimental aprovada pelo Decreto nº 5.772, de 8 de maio de 2006.

## **CAPÍTULO II**

### **DA COMPETÊNCIA E DA COMPOSIÇÃO DO CONAD**

Art. 4º Compete ao CONAD, na qualidade de órgão superior do SISNAD:

I – acompanhar e atualizar a política nacional sobre drogas, consolidada pela SENAD;

II – exercer orientação normativa sobre as atividades previstas no art. 1º;

III – acompanhar e avaliar a gestão dos recursos do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD) e o desempenho dos planos e programas da política nacional sobre drogas;

IV – propor alterações em seu Regimento Interno; e

V – promover a integração ao SISNAD dos órgãos e entidades congêneres dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Art. 5º São membros do CONAD, com direito a voto:

I – o Ministro de Estado da Justiça, que o presidirá; (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

II – o Secretário Nacional de Política sobre Drogas; (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

III – um representante da área técnica da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, indicado pelo Secretário; (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

IV – representantes dos seguintes órgãos, indicados pelos seus respectivos titulares:



a) um da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República;

b) um do Ministério da Educação;

c) um do Ministério da Defesa;

d) um do Ministério das Relações Exteriores;

e) um do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome;

f) dois do Ministério da Saúde, sendo um da Agência Nacional de Vigilância Sanitária;

g) dois do Ministério da Justiça, sendo um do Departamento de Polícia Federal e um da Secretaria Nacional de Segurança Pública;

h) dois do Ministério da Fazenda, sendo um da Secretaria da Receita Federal e um do Conselho de Controle de Atividades Financeiras;

V – um representante dos Conselhos Estaduais de Entorpecentes ou Antidrogas, indicado pelo Presidente do CONAD;

VI – representantes de organizações, instituições ou entidades nacionais da sociedade civil:

a) um jurista, de comprovada experiência em assuntos de drogas, indicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB-Federal;

b) um médico, de comprovada experiência e atuação na área de drogas, indicado pelo Conselho Federal de Medicina – CFM;

c) um psicólogo, de comprovada experiência voltada para a questão de drogas, indicado pelo Conselho Federal de Psicologia – CFP;

d) um assistente social, de comprovada experiência voltada para a questão de drogas, indicado pelo Conselho Federal de Serviço Social – CFESS;

e) um enfermeiro, de comprovada experiência e atuação na área de drogas, indicado pelo Conselho Federal de Enfermagem – COFEN;

f) um educador, com comprovada experiência na prevenção do uso de drogas na escola, indicado pelo Conselho Federal de Educação – CFE;

g) um cientista, com comprovada produção científica na área de drogas, indicado pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC;

h) um estudante indicado pela União Nacional dos Estudantes – UNE;

VII – profissionais ou especialistas, de manifesta sensibilidade na questão das drogas, indicados pelo Presidente do CONAD:

a) um de imprensa, de projeção nacional;

b) um antropólogo;

c) um do meio artístico, de projeção nacional; e

d) dois de organizações do Terceiro Setor, de abrangência nacional, de comprovada atuação na área de redução da demanda de drogas.

§ 1º Cada membro titular do CONAD, de que tratam os incisos III a VII, terá seu respectivo suplente, que o substituirá em suas ausências e impedimentos, todos designados pelo Ministro de Estado da Justiça; (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

§ 2º Em suas ausências e impedimentos, o Presidente do CONAD será substituído pelo Secretário Nacional de Políticas sobre Drogas, e este, por um suplente por ele indicado e designado na forma do § 1o. (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

Art. 6º Os membros titulares e suplentes referidos nos incisos III a VII do art. 5º terão mandato de dois anos, permitida uma única recondução.

Art. 7º Os membros referidos nos incisos III a VII do art. 5º perderão o mandato, antes do prazo de dois anos, nos seguintes casos:

I – por renúncia; e

II – pela ausência imotivada em três reuniões consecutivas do Conselho.

Parágrafo único. No caso de perda do mandato, será designado novo Conselheiro para a função.

Art. 8º As reuniões ordinárias do CONAD, ressalvadas as situações de excepcionalidade, deverão ser convocadas com antecedência mínima de cinco dias úteis, com pauta previamente comunicada aos seus integrantes.

Art. 9º O CONAD deliberará por maioria simples de votos, cabendo ao seu Presidente utilizar o voto de qualidade para fins de desempate.

Art. 10. O CONAD formalizará suas deliberações por meio de resoluções, que serão publicadas no Diário Oficial da União.

Parágrafo único. Observado o disposto no art. 3º, as deliberações do CONAD serão cumpridas pelos órgãos e entidades integrantes do SISNAD, sob acompanhamento da SENAD e do Departamento de Polícia Federal, em suas respectivas áreas de competência.

Art. 11. O Presidente do CONAD poderá constituir grupos técnicos com a finalidade de assessorá-lo no exercício de suas atribuições, assim como convidar especialista, sem direito a voto, para prestar informações ou acompanhar as reuniões do colegiado, cujas despesas com viagem serão suportadas na forma do art. 20.

Parágrafo único. Será convidado a participar das reuniões do colegiado um membro do Ministério Público Federal, na qualidade de observador e com direito a voz.

Art. 12. O CONAD definirá em ato próprio, mediante proposta aprovada pela maioria absoluta de seus integrantes e homologada pelo seu Presidente, as normas complementares relativas à sua organização e funcionamento.

### **CAPÍTULO III**

#### **DAS ATRIBUIÇÕES DO PRESIDENTE DO CONAD**

Art. 13. São atribuições do Presidente do CONAD, entre outras previstas no Regimento Interno:

- I – convocar e presidir as reuniões do colegiado; e
- II – solicitar estudos, informações e posicionamento sobre temas de relevante interesse público.

### **CAPÍTULO IV**

#### **DAS COMPETÊNCIAS ESPECÍFICAS DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES QUE COMPÕEM O SISNAD**

Art. 14. Para o cumprimento do disposto neste Decreto, são competências específicas dos órgãos e entidades que compõem o SISNAD:

- I – do Ministério da Saúde:
  - a) publicar listas atualizadas periodicamente das substâncias ou produtos capazes de causar dependência;
  - b) baixar instruções de caráter geral ou específico sobre limitação, fiscalização e controle da produção, do comércio e do uso das drogas;
  - c) autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, exclusivamente para fins medicinais ou

científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, ressalvadas as hipóteses de autorização legal ou regulamentar;

d) assegurar a emissão da indispensável licença-prévia, pela autoridade sanitária competente, para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais;

e) disciplinar a política de atenção aos usuários e dependentes de drogas, bem como aos seus familiares, junto à rede do Sistema Único de Saúde – SUS;

f) disciplinar as atividades que visem à redução de danos e riscos sociais e à saúde;

g) disciplinar serviços públicos e privados que desenvolvam ações de atenção às pessoas que façam uso ou sejam dependentes de drogas e seus familiares;

h) gerir, em articulação com a SENAD, o banco de dados das instituições de atenção à saúde e de assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas;

#### II – do Ministério da Educação:

a) propor e implementar, em articulação com o Ministério da Saúde, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e a SENAD, políticas de formação continuada para os profissionais de educação nos três níveis de ensino que abordem a prevenção ao uso indevido de drogas;

b) apoiar os dirigentes das instituições de ensino público e privado na elaboração de projetos pedagógicos alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos princípios de prevenção do uso indevido de drogas, de atenção e reinserção social de usuários e dependentes, bem como seus familiares;

#### III - do Ministério da Justiça: (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

a) articular e coordenar as atividades de repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas; (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

b) propor a atualização da política nacional sobre drogas na esfera de sua competência; (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

c) instituir e gerenciar o sistema nacional de dados estatísticos de repressão ao tráfico ilícito de drogas; (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

d) (Revogado pelo Decreto nº 7434, de 2011)

e) articular e coordenar as atividades de prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; (Incluída pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

f) (Revogado pelo Decreto nº 7434, de 2011)

g) gerir o FUNAD e o Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas; e (Incluída pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

IV (Revogado pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

a) (Revogado pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

b) (Revogado pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

c) (Revogado pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

V – dos órgãos formuladores de políticas sociais, identificar e regulamentar rede nacional das instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, que atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares.

Parágrafo único. As competências específicas dos Ministérios e órgãos de que trata este artigo se estendem, quando for o caso, aos órgãos e entidades que lhes sejam vinculados.

Art. 15. No âmbito de suas respectivas competências, os órgãos e entidades de que trata o art. 2º atentarão para:

I – o alinhamento das suas respectivas políticas públicas setoriais ao disposto nos princípios e objetivos do SISNAD, de que tratam os arts. 4º e 5º da Lei nº 11.343, de 2006;

II – as orientações e normas emanadas do CONAD; e

III – a colaboração nas atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

## **CAPÍTULO V DA GESTÃO DAS INFORMAÇÕES**

Art. 16. O Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas reunirá e centralizará informações e conhecimentos atualizados sobre drogas, incluindo dados de estudos, pesquisas e levantamentos nacionais, produzindo e divulgando informações, fundamentadas cientificamente, que contribuam para o desenvolvimento de novos conhecimentos aplicados às atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de

drogas e para a criação de modelos de intervenção baseados nas necessidades específicas das diferentes populações-alvo, respeitadas suas características socioculturais.

§ 1º Respeitado o caráter sigiloso das informações, fará parte do banco de dados central de que trata este artigo base de dados atualizada das instituições de atenção à saúde ou de assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas, bem como das de ensino e pesquisa que participem de tais atividades.

§ 2º Os órgãos e entidades da administração pública federal prestam as informações de que necessitar o Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas, obrigando-se a atender tempestivamente às requisições da SENAD.

Art. 17. Será estabelecido mecanismo de intercâmbio de informações com os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, com o objetivo de se evitar duplicidade de ações no apoio às atividades de que trata este Decreto, executadas nas respectivas unidades federadas.

Art. 18. As instituições com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas devem comunicar ao órgão competente do respectivo sistema municipal de saúde os casos atendidos e os óbitos ocorridos, preservando a identidade das pessoas, conforme orientações emanadas do CONAD.

## **CAPÍTULO VI DAS DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 19. Os membros do CONAD não farão jus a nenhuma remuneração, sendo seus serviços considerados de relevante interesse público.

Art. 20. As despesas com viagem de conselheiros poderão correr à conta do FUNAD, em conformidade com o disposto no art. 5º da Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, sem prejuízo da assunção de tais despesas pelos respectivos órgãos e entidades que representem.

Art. 21. Este Decreto entra em vigor em 8 de outubro de 2006, data de início da vigência da Lei nº 11.343, de 2006.

Art. 22. Ficam revogados os Decretos nos 3.696, de 21 de dezembro de 2000, e 4.513, de 13 de dezembro de 2002.

Brasília, 27 de setembro de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Jorge Armando Felix

Este texto não substitui o publicado no DOU de 28/9/2006.





# BIBLIOGRAFIA

---

- BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Comentários penais e processuais penais à Lei de Drogas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.
- BRUNO, Aníbal. Direito penal. Editora Nacional de Direito, 1956. v. 1, tomo 1.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. Tóxicos: reflexões jurídicas. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio et al. Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos. São Paulo: Saraiva, 1992.
- HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1.
- JESUS, Damásio Evangelista. Lei Antidrogas anotada. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. Código Penal Anotado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MACHADO, Antonio Alberto. Curso de processo penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARCÃO, Renato. Tóxicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARIANO DA SILVA, César Dario. Manual de Direito Penal, v. 1, 2 e 3, Curitiba : Juruá Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. Provas ilícitas, 7. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

\_\_\_\_\_. Estatuto do Desarmamento, 7. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

\_\_\_\_\_. Tutela Penal da Intimidade. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas. São Paulo: Método, 2007.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Direito Penal. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas. 7. ed., v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SZNICK, Valdir. Lei Anti-tóxico comentada. São Paulo: Pillares, 2004.