

# UMA ABORDAGEM DOGMÁTICA SOBRE O ART. 33, *CAPUT*, LEI N. 11.343/2006

Beatriz Candeias<sup>1</sup>  
Kaique Marcel<sup>2</sup>  
Lucas Bonfim<sup>3</sup>  
Monique Polman<sup>4</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional (Depen), divulgou no ano de 2017 um Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), no qual constata que, em junho de 2016 o número exato de presos no sistema penitenciário brasileiro é de 726.712 pessoas. Dentre essas infrações penais, 30% tange o tráfico de drogas, das quais comporta 62% de todas as prisões do gênero feminino, em contraste com os homens presos, que é de 26%.

Com isso, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma abordagem da dogmática penal brasileira acerca a criminalidade no âmbito do tráfico de drogas, bem como a adequação penal típica sobre às ações expressamente previstas, além de trazer a aplicação da lei criminal.

## 2 CONTEXTO HISTÓRICO INTERNACIONAL

Em 1920 entrou em vigor a Emenda n. 18 à Constituição Americana, conhecida como “Lei Seca”. A Emenda se tratava da proibição do transporte, da produção e da comercialização de qualquer bebida alcoólica em todo o território americano. Entretanto, ainda que tenha entrado em vigor em 1920, seu projeto foi apresentado à Câmara dos Representantes ainda em 1917.

Tendo suas raízes ainda no século anterior, a Lei Seca foi motivada principalmente por grupos religiosos conservadores, visto que consideravam as bebidas alcoólicas uma ameaça a lei e a ordem, devendo ser combatidas pelo governo. Em 1873 já surgia a União de Temperança Cristã da mulher, tendo como pedido principal acabar com toda a fabricação e

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS – e em Economia, pela Universidade Federal da Bahia – UFBA.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS.

<sup>3</sup> Graduando em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS.

<sup>4</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS.

venda de bebidas intoxicantes, já que consideravam o álcool o responsável pelos maiores problemas sociais.

Em 1914, ocorreu a Primeira Guerra Mundial, sendo um dos acontecimentos que mais contribuíram para esta proibição, de forma que os custos gerados pela guerra, exigiam o racionamento de comida. Assim, os gastos do trigo para a fabricação da cerveja passaram a ser evitados. Aaron Cowan, professor de história da Universidade Slippery Rock, afirma que “criou-se uma ideia de sacrifício pessoal, em que deixar de beber contribuiria com grãos para alimentar os soldados”.

Apesar de ter obtido êxito no declínio do consumo das bebidas alcólicas, essa proibição não impediu o consumo total do produto, na medida em que favoreceu o contrabando, se tornando um grande negócio para gangs que promoviam o crime organizado, como “Big John Torrio” e “Al Capone”, que se uniram para traficar bebidas clandestinas.

A crise econômica de 1929, conhecida como “Grande Depressão”, trouxe além do déficit na economia, uma alta taxa de desemprego. Dessa forma, em 1933 o então presidente Franklin Roosevelt, aprovou a 21ª Emenda, que repeliu todos os conteúdos trazidos pela Emenda 18, dando fim à proibição, gerando empregos e impostos, sendo também uma tentativa de combater as máfias que tanto lucravam com a venda proibida.

Outro marco importante no que tange ao combate ao tráfico de drogas, ocorreu em 1971, quando o ex-presidente norte-americano Richard Nixon declarou “Guerra às Drogas”, afirmando que o inimigo público número um dos EUA é o abuso das drogas. Em seu discurso, Nixon também declarou a distinção entre países produtores e países consumidores, eximindo a culpa dos consumidores e a direcionando para os produtores, e assim, exteriorizava para a América Latina e outras regiões, toda a responsabilidade da produção e distribuição.

Ao longo dos anos, os Estados Unidos ainda pensavam em formas de promover o combate ao comércio ilícito de drogas. Dessa forma, seguiu materializando projetos como o “Plano Colômbia”, elaborado pelo próprio governo colombiano, que contava com uma ajuda financeira de quase US\$7 bilhões fornecidos pelos Estados Unidos. Entretanto, a maior parte da verba arrecadada não serviu a este propósito, mas sim para impulsionar o aspecto militar.

De acordo com o Jornal BBC, dois anos após a implementação do Plano Colômbia, o Departamento de Defesa Americano afirmou que apesar dos altos investimentos americanos, não conseguiram interromper o tráfico de narcóticos para os Estados Unidos. Todavia, na Colômbia ocorreu a redução de quase 50% da área plantada de coca no país e grandes carteis foram desmantelados e seus líderes foram presos ou mortos.

Em 2010, o Presidente Barack Obama anunciava um novo plano para o combate as drogas, de forma que procurava seguir uma estratégia que tentava desviar o foco da justiça criminal para a justiça pública, priorizando o tratamento dos viciados e prevenção, colocando a condenação e prisão em segundo plano.

### **3 DAS LEIS DE DROGAS NO BRASIL**

A Lei nº 11.343/2006, conhecida como lei de drogas tem vigência no Brasil desde o ano de 2006, e tem suas especificidades, principalmente em relação a outras leis já vigentes no país. No cenário jurídico brasileiro, foram vigoradas três leis específicas sobre o tráfico de drogas e as drogas em si, a Lei nº 6.638/76 vigorada até o ano de 2002, e a Lei nº 10.409/02 vigorada até o ano de 2006.

Ao analisar as duas leis anteriores é notório que o legislador para estas, tinha um arcabouço sociológico reduzido, visto que, para ambas, a lei nº 6.638/76, e a lei nº 10.409/02, contemplavam uma visão estritamente penal em seus textos materiais e processuais. A lei posterior, vigorada na contemporaneidade, posta em vigência no ano de 2006, em seu conteúdo material e processual contém uma visão considerada sociológica do crime em questão, o do tráfico de drogas, no mínimo, em relação as anteriores de maneira mais clara, mesmo que ainda contenha divergências sociais não alcançadas.

A lei de drogas de 2006, trouxe em seu texto inovações, complementações, e retirada de alguns pontos, na busca de um combate mais efetivo ao tráfico. A referida lei trouxe inovações importantes como a proporcionalidade, ou seja, tipos penais diferentes proporcionais ao ato praticado, em relação as leis anteriores que, por sua vez não faziam a distinção de tipos, considerando em sua maioria os atos tipificados como tráfico de drogas, utilizando a mesma penalização.

O principal aspecto desta inovação é vista no tratamento diferenciado ao usuário de drogas, anteriormente, tratado e punido pelo crime de tráfico, já em seu texto, a lei de drogas retira deste a penalização de retirada de liberdade por cárcere por considerar que no cenário brasileiro, e considerando o sistema carcerário do Brasil, é desfavorável a política de ressocialização, que o usuário seja exposto a realidade prisional, já que os malefícios serão maioria em detrimento dos benefícios, se é que existem. Neste caso, a nova penalidade vista é: aplicação de medidas educativas, ou multa, como disposto em seu artigo 28. Ademais é visto também crimes como o auxílio ou instigação ao tráfico, artigo 33, §2, sendo retirados da modalidade trafico, e trazido para esta modalidade com a pena mais severa que a do crime do

tráfico de drogas, além de trazer mais severidade nas penas relacionadas ao tipo do tráfico de drogas, e também passou a considerar o porte como crime, não só do produto final como droga, mas sua matéria prima que visa a fabricação da droga final.

Contudo, existem divergências trazidas sobre a lei nº 11.343/06. A doutrina discute a descriminalização do artigo 28, o que versa sobre o usuário, já que a lei de drogas de 2006 retira a pena de restrição de liberdade por meio de cárcere, ademais a questão suscitada de que o ato de consumo de drogas não fere, não traz dano, a sociedade como um todo, apenas traz danos pessoais e individuais ao agente que é caracterizado como usuário, indo de encontro a regra, premissa, da lesividade, pois neste caso é visto apenas lesão individual, e considerando assim que o suicídio, assim como a automutilação, não são considerados crimes. É verossímil que o STF firmou entendimento que considera crime, mesmo não havendo restrição de liberdade, o disposto no artigo 28, porém atualmente, o STF reconheceu repercussão geral sobre o tema, suspendendo os processos sobre esta questão, para a discussão da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas.

#### **4 LEI PENAL NO TEMPO**

A lei penal no tempo, trata da questão temporal da aplicação de leis penais que vigoram atualmente em detrimento de leis que deixaram de vigorar, e as consequências sobrecaídas nas partes, que no momento anterior foram alcançadas por decisões jurídicas. No direito penal vige o princípio do *tempus regit actum*, que tem por significado o conceito que a lei rege os fatos praticados durante sua vigência, ou seja, não pode alcançar fatos anteriores a sua vigência. Porém esta regra tem sua exceção descrita no artigo 2º do Código Penal Brasileiro, que trata da retração da lei para favorecer o réu, neste caso observado, a lei de drogas se encaixa em alguns princípios trazidos para o artigo 2º do Código Penal.

Deste artigo citado, o segundo, é trazido alguns princípios basilares: a princípio temos a *novatio legis incriminadora*, que por sua vez se traduz na nova lei que torna fato que anteriormente não era crime, em crime, neste caso, não haverá a retroatividade, já que não é visto a prejudicialidade ao réu, que praticara ato que em sua época não era considerado reprovável; por seguinte temos a *abolitio criminis*, que ao contrário a primeira traz a descriminalização de um ato que antes era reprovável, porem se torna legal, neste caso é vista a retroatividade para réus condenados de acordo com a antiga vigência, já que é visto o favorecimento ao réu; seguindo temos a *novatio legis in melius*, que ocorre quando o tipo na

vigência anterior é mais severo, que na nova vigência, neste caso, a lei irá retroagir em favor do réu condenado na antiga vigência, considerando que houve um atenuante na lei.

A lei de drogas de 2006 trouxe a questão da lei penal no tempo, versada no artigo 2º do código penal, em relação a retroatividade e ultratividade da lei penal. Tendo sido revogada a lei nº 10.409/02, a nova lei de drogas trouxe novos tipos, tipos atenuados, e tipos majorados. A questão do usuário por sua vez, antes tratado com pena de reclusão que retire a liberdade, na nova lei de drogas é visto uma maior severidade na pena, neste caso é visto o *novation legis in melius*, que visando a pena menos prejudicial ao réu, retroage para casos sentenciados sob a vigência da antiga lei de drogas, visto que, nesta, a tipificação de usuário trazia pena igual ao do crime de tráfico de drogas.

Enfim, é possível vislumbrar, no crime de tráfico de drogas, que sua pena foi majorada, neste caso, em relação as sentenças anteriores a vigência da nova lei de drogas, não é possível utilizar-se da retroatividade, visto que essa seria prejudicial ao réu já condenado com a vigência anterior com pena menos severa.

## **5 TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL NO TRÁFICO DE DROGAS**

Edwin Sutherland, nascido em 1883, propôs a teoria da associação diferencial como uma forma de questionamento à Escola Penal Positivista, composta por Cesare Lombroso, Rafael Garofalo e Enrico Ferri. A teoria da associação diferencial, ou teoria do aprendizado, repercute em torno da possibilidade de que o que resulta no crime é, na verdade, um reflexo de tudo aquilo que foi aprendido pelo indivíduo, por sua vez, nessa teoria, o crime é tratado como um reflexo das atitudes que foram aprendidas e reproduzidas pelo indivíduo.

A ela foi dado esse nome, pois, os princípios pelos quais são desenvolvidos os comportamentos legais são os mesmos utilizados para a reprodução do comportamento criminoso, ou seja, a conduta criminal é vista como algo que é aprendido. Na época, Sutherland afirmou que o crime seria o sintoma de uma desorganização social e a solução seria fazer uma reforma social, sabendo que o indivíduo desenvolve seu comportamento baseado nas influências que possui.

Assim, o crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, da lei 11.343/2006, no Brasil, pode ser enquadrado exatamente como propõe essa teoria. Veja-se, para a entrada do indivíduo no comércio ilícito de entorpecentes, é preciso que se haja um aprendizado de como manter a conduta em determinada região na qual se pratica o tipo, além disso, a organização do tráfico, sobretudo nos guetos, é disposta de um modo diferente: fogueiteiro, o qual fica

responsável por alarmar a entrada de indivíduos de condutas suspeitas e ofensivas ao local que é praticado o tipo, solado, aquele que é responsável pela “segurança” do local, e gerente, que administra toda entrada e saída de produtos.

Porém, o tráfico não pode ser limitado à população periférica, tendo em vista que pode ser praticado em qualquer lugar, a qualquer tempo e seu tipo penal não privilegia o sujeito ativo do tráfico com alguma característica em específico. Para além disso, é possível, sobretudo, que ocorra a mesma “segurança” para a prática do ilícito em qualquer lugar, haja vista que há a possibilidade de alertas, tais quais os praticados nas comunidades, por meios de comunicação mais discretos. Logo, diante da tipificação penal, é possível afirmar que condutas desse tipo não nascem com o indivíduo, portanto, elas são aprendidas de acordo com a convivência e a observação de determinadas atitudes que vão desencadear no cidadão ao ponto de achar que a conduta criminosa, para ele, é mais vantajosa que a conduta na qual está submetida à lei.

## **6 CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS**

É possível perceber que o *caput* do artigo 33 da denominada “Lei de Drogas”, prevista no TÍTULO IV – “Da Repressão à Produção não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas” – e no CAPÍTULO II – “Dos Crimes” – aborda sobre o tipo fundamental do tráfico de drogas, no qual, outros delitos previstos, como o art. 33, § 1º, art. 34 e art. 36, Lei 11.343/2006, são considerados pela doutrina como modalidades do tráfico de drogas, haja vista sua equiparação e similares consequências.

O bem jurídico tutelado nessa infração penal é, principalmente, a saúde pública, e secundariamente, é a vida, a integridade física e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (SILVA, 2016). Entretanto, de acordo com David Metzker, o bem jurídico protegido são a segurança, a saúde pública e a paz social.

Não obstante, o objeto material desse crime são as drogas. Ou seja: as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência física ou psíquica. Segundo César Dario Mariano da Silva, essa infração penal tange a “norma penal em branco”, na qual, conforme o parágrafo único do artigo 1º dessa Lei ora tratada, cabe ao Poder Executivo da União especificar em lei ou relacionar em listas atualizadas periodicamente.

Dessa forma, assim como previsto no artigo 66 da 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<sup>5</sup>”. Sendo assim, no art. 1º do Capítulo I – “Das Definições” – aborda: “Para os efeitos deste Regulamento Técnico e para a sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições:

Droga – Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária;

Entorpecente – Substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico; (...)

Psicotrópico – Substância que pode determinar dependência física ou psíquica e relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico.

Então, é possível que uma determinada substância cause dependência, porém, se não estiver previsto em uma das listas da portaria, não se pode ser considerada droga para fins penais, tendo em vista, por exemplo, o caso das 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, ou melhor, que qualquer espécie de droga ensejará a adequação típica, independentemente da quantidade (SILVA, 2016).

Assim, “substancia” é a matéria prima *in natura*, que, por via de regra, é uma planta ou erva, enquanto “produto” já é a substância necessariamente manipulada pelo ser humano. No que tange a dependência, César Dario Mariano da Silva alega poder ser tanto física como psíquica. Com isso, a física é a aclamação do corpo pela droga, e já a psíquica é a vontade intensa do uso da droga.

Para além disso, é cabível salientar que, para a caracterização do delito, é indiferente a quantidade de espécies de drogas apreendidas, já que, de qualquer forma, o crime será único (Silva, 2016). Isso ocorre porque, a conduta é apenas uma e a vítima, o sujeito passivo nesse tipo penal, é atingida apenas uma vez, não ocorrendo, portanto, concurso de crimes. Então, a quantidade e diversidade de material apreendido tange apenas na fase da aplicação da pena, levando em conta o art. 42, Lei n. 11.343/2006<sup>6</sup>, e o art. 59, CP<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Como exemplo: LISTA A3 – LISTA DAS SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS: ANFETAMINA; CATINA; (...) FENETILINA; (...) METANFETAMINA.

<sup>6</sup> Art. 42, Lei n. 11.343/2006 – 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.

<sup>7</sup> Art. 59, CP – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Vale ressaltar também sobre os Sujeitos do Tipo Penal. Em regra, o Sujeito Ativo, segundo Bittencourt “não exige qualidade ou condição especial”, tratando de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, exceto na conduta de “prescrever”, consistindo em crime próprio, uma vez que apenas pode ser praticado por médico ou dentista. E, portanto, o Sujeito Passivo, é, principalmente, a coletividade, resultando em crime vago (SILVA, 2016), e, ocorre o Sujeito Passivo Secundário, caso o Sujeito Ativo, por meio da 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” – art. 40, VI, Lei 11.343/2006. Entretanto, cabe mencionar que Bittencourt, defende o Estado ser sempre o sujeito passivo primário de todos os crimes – tendo em vista que o Estado evocou para si o monopólio do *Ius Puniendi* (direito de punir).

## **7 ADEQUAÇÃO TÍPICA E *ITER CRIMINIS***

A 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 – art. 33, *caput*, Lei 11.343/2006.

Assim sendo, à luz de César Dario Mariano da Silva, “importar” consiste em entrar no território nacional o objeto material. A consumação ocorre com o ingresso do objeto material no território nacional – admitindo-se tentativa, uma vez que, iniciada a execução, não há a entrada da droga no território nacional por circunstâncias alheias à vontade do agente.

“Exportar” significa fazer sair do território nacional o objeto material, no qual se consuma com a saída do objeto material do território nacional. Admite-se tentativa na hipótese que, iniciada a execução, a droga não sai do território nacional por circunstâncias alheias à vontade do agente (SILVA, 2016).

“Remeter” visa mandar ou enviar o objeto material de um local para outro sem a presença física do remetente – como a remessa do objeto material pelo correio – já ali se consumando, no qual não há a necessidade de o objeto chegar ou não ao seu destino, basta que efetivamente tenha ficado em trânsito. Dessa forma, há a tentativa, conforme César Dario

---

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Mariano da Silva, quando não é iniciada a remessa – o objeto material não fica em trânsito – apesar de ter iniciado a sua execução.

Já “preparar” consiste em misturar substancias ou produtos para a elaboração de uma espécie de droga, sendo a reunião dos elementos para a elaboração da droga. Estará consumado o delito com a efetiva preparação da droga, cabendo então a tentativa, quando, por circunstancias alheias a vontade do agente, a droga não acaba sendo preparada (SILVA, 2016).

“Produzir” tange a elaborar uma nova espécie de droga – divergente de “preparar”, que já é uma droga conhecida – na qual se consuma com a efetiva produção da nova droga, sendo possível a tentativa no caso de, apesar de iniciada a execução, não houve a devida produção da droga graças a circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo (SILVA, 2016).

“Fabricar” tem o sentido de preparar ou produzir a droga em larga escala (SILVA, 2016). Sendo assim, ocorre a sua consumação por meio da efetiva elaboração da droga, sendo também admitido a tentativa, já que, é possível iniciar a execução, mas não haver a fabricação da droga, tendo em vista circunstancias alheias à vontade do agente.

Outrossim, César da Silva aborda que “adquirir” tange na obtenção do objeto material – de forma onerosa ou gratuita – podendo inclusive ser permuta de objeto lícito pela droga, ou seja, ocorre a consumação do crime com a tradição da droga, sendo tentativa possível quando, ao começar a execução, não resulta na sua tradição por causa de circunstâncias alheias a vontade do infrator.

“Vender” consiste na alienação onerosa da droga. A tentativa ocorre quando, apesar de iniciada a fase de execução prevista no *Iter Criminis*, acaba não ocorrendo a alienação por circunstâncias alheias à vontade do agente, mas a sua consumação está na alienação onerosa do objeto material, não sendo necessário o recebimento do preço – de acordo com Dario Mariano, trata-se apenas de exaurimento do delito.

Na ação nuclear “expor à venda”, tendo em vista a visão de César Dario Mariano da Silva, trata sobre deixar exposto para que assim, possibilite a compra e venda, na qual admite tentativa e a consumação dessa infração ocorre com a mera exposição.

“Oferecer” consiste em sugerir a aquisição, podendo a ação ser realizada por qualquer modo – verbal, por gestos, por escrito – podendo também ser pessoalmente ou não. Assim, a conduta se consuma com o mero oferecimento, não sendo preciso a venda ou o fornecimento. Para tentativa, ela é admitida quando esse oferecimento foi feito de forma escrita – tendo em vista que é crime plurissubistente. Entretanto, nas hipóteses de

oferecimento verbal ou por gestos, não é admitida a tentativa – trata-se de crime unissubsistente – (SILVA, 2016).

Ainda, “ter em depósito” significa na retenção ou manutenção do objeto material para sua disponibilidade – venda ou fornecimento – sendo possível a tentativa, esse crime se consuma com a retenção do objeto material. Apesar de admissível a sua tentativa, César da Silva defende que o crime se consuma com a retenção do objeto material.

“Transportar” é levar de um local para o outro, contanto que não seja por meio pessoal, caso contrário, consiste em “trazer consigo”. Ocorre a consumação com o deslocamento do objeto material, constituindo em tentativa quando, o deslocamento – uma vez iniciada a execução – não se inicia por circunstâncias alheias a vontade do sujeito ativo (SILVA, 2016).

“Trazer consigo”, que, diferentemente, é no porte do objeto material consigo ou ao seu alcance, para sua disponibilidade – venda ou fornecimento – podendo ser na mochila, pasta, entre outros (SILVA, 2016). Assim, o crime se consuma com o início do porte da droga, apesar de ser defendido a admissão de tentativa.

Para além disso, Mariano da Silva ainda classifica o termo “guardar”, sendo a retenção do objeto material consigo em nome de terceiro – nessa hipótese, o sujeito não é o proprietário nem o possuidor do objeto material, mas sim quem guarda para o seu proprietário, possuidor ou detentor por algum motivo. Consumação prevê o recebimento do objeto material pelo sujeito para ser guardado para terceira pessoa, enquanto a tentativa é admitida.

Ademais, “prescrever” tange o único crime próprio dessa infração penal, uma vez que apenas pode ser praticada por médico ou dentista, em que a sua consumação é realizada por meio aviamento da receita, da qual se faz possível ocorre na modalidade tentada (SILVA, 2016).

“Ministrar” consiste na introdução do objeto material no organismo de uma terceira pessoa – podendo ser realizado, como exemplo, por meio da ingestão, aplicação, inalação – consumando-se com a efetiva inoculação ou qualquer outra forma de ingestão da droga pelo usuário. César Dario Mariano da Silva defende ser admitido a tentativa.

A “entregar a consumo” significa a “formula genérica” que implica qualquer outra forma de disseminação da droga que não tenha sido expressamente prevista pelo Legislador, que pode ser concretizado com a chegada da droga ao consumidor, existindo a possibilidade da tentativa (SILVA, 2016).

Por fim, tem a ação nuclear de “fornecer, ainda que gratuitamente” que é a entrega do objeto material, tendo sua consumação justamente com o fornecimento, tanto oneroso como gratuito. E, portanto, é admissível a tentativa na interrupção do fornecimento por circunstâncias alheias a vontade do sujeito ativo após o início da execução (SILVA, 2016).

A consumação ocorre com a prática de qualquer das condutas previstas no tipo penal. No que tange à tentativa, ela é admitida devido ao tipo penal ser classificado doutrinariamente como crime plurissubsistente, e assim, há a possibilidade de a execução ser fracionada, por via de regra. Contudo, tendo em vista a diversidade de condutas previstas nesse dispositivo abordado, a modalidade tentada não se é muito palpável na realidade fática, devido a sua difícil configuração.

Já o tipo subjetivo, tem a presença do dolo, constituído pela vontade de praticar qualquer uma das ações nucleares, apesar de não se exigir uma finalidade especial. Ou seja, o dolo deve abranger todos os elementos da figura típica, sejam seus elementares ou suas circunstâncias (SILVA, 2016). Para além disso, não existe previsão de modalidade culposa, não incidindo a infração penal ora tratada na exceção do Princípio da Excepcionalidade do Crime Culposos, previsto no parágrafo único do art. 18, CP “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” e que, segundo Carrara, a “imprudência humana deve ser freada e reprimida pela lei somente quando seja causa de um dano não reintegrável” não sendo algo portanto, que o Poder Legislativo achou ser um dano “não reintegrável”.

Vale ressaltar que, no que tange aos elementos normativos do tipo, para ocorrer a adequação típica, o sujeito deve praticar qualquer uma das condutas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Com isso, uma vez faltando a autorização competente, ou havendo a conduta em desconformidade com a lei ou alguma outra norma regulamentar da matéria, é possível inferir a tipicidade legal ora tratada.

## **8 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA**

A infração penal do denominado “tráfico de drogas”, conforme César Dario Mariano da Silva, na obra “Lei de Drogas Comentada”, é classificado doutrinariamente como um crime doloso, não se admitindo modalidade culposa; comum, com exceção na ação nuclear de “prescrever” na qual consiste em crime próprio, uma vez que apenas pode ser feito na qualidade de médico ou dentista; de mera conduta. Além de ser crime de perigo abstrato.

Podendo ser tanto permanente – “expor a venda”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo e guardar” – como instantâneo, nas demais condutas; sendo, em regra, crime plurissubsistente, podendo ser constituído por mais de um ato e assim, ser admitido o fracionamento da sua execução, exceto na hipótese de “oferecer” por meio de gestos ou verbalmente, tendo em vista que é crime unissubsistente – não se admitindo tentativa.

Não obstante, essa infração penal é considerada equiparado a hediondo. Isso porque, apesar de não ser crime hediondo, o art. 2º, Lei n. 8.072/1990<sup>8</sup>, equiparou o delito de tráfico de drogas, resultando em diversas implicações processuais e penais, muito mais severas.

## **9 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA LEI DE DROGAS**

O Princípio da Insignificância, apesar de não expressamente previsto no Código Penal Brasileiro de 1940, consiste na ideia de que, para que haja crime, exige-se efetiva lesão a bem juridicamente protegido pela norma penal, já que, há determinadas circunstâncias fáticas em que a lesão é insignificante a ponto de não produzir interesse ao Direito Penal, com um mínimo grau de ofensividade, chamados assim de “crime de bagatela” (SILVA, 2016).

Desse modo, pouco importa, para o crime de tráfico de drogas, assim como aborda César Dario Mariano da Silva, a quantidade do objeto material, na qual, mesmo sendo pouca quantidade, não deixa de afetar o bem jurídico tutelado pela Lei n. 11.343/2006, e assim, doutrina e jurisprudência majoritária entende não ser possível o reconhecimento do crime de bagatela no tráfico de drogas.

Outrossim, para melhor instrumentalizar o tema discutido, há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “A alegação de que a quantidade de drogas apreendidas é ínfima não resulta, 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).

---

<sup>8</sup> Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança.

§ 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 3º - Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

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

Entretanto, ainda não há estabilidade jurisprudencial acerca da aplicação do princípio ora tratado no que tange a Lei de Drogas, n. 11.343/2006. Sendo possível inferir uma divergência entre julgados, já que, a 2ª Turma do STF, no julgamento do HC 127.573, em 2019, entendeu ser possível a aplicação do Princípio da Insignificância, uma vez que o indivíduo processado estava portando 0,2 gramas de crack.

## **10 PROVA DA TRAFICÂNCIA**

Em conformidade com a visão de César da Silva, a prova da traficância é um mister problema a ser enfrentado pelos agentes do direito, uma vez que essa infração penal é comumente praticada na clandestinidade, para além, também não se é comum a confissão da prática do tráfico.

Art. 28, §2º, Lei n. 11.343/2006 – 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. Essa previsão não é taxativa, mas meramente exemplificativas (Silva, 2016). Ademais, a jurisprudência tem tomado por referencial a quantidade de droga apreendida, sua variedade, anterior envolvimento com o comércio ilícito e antecedentes criminais do acusado, no qual, se faz a divergência se o objeto material tem como destino o tráfico – art. 33, *caput*, Lei n. 11.343/2006 – ou o consumo pessoal – art. 28, *caput*, Lei n. 11.343/2006.

Decorrente da jurisprudência brasileira, é mister fazer algumas ressalvas acerca desse tema. Para caracterização do tráfico, não se faz necessário que o sujeito seja preso no momento em que fornece o objeto material para terceiro, bastando somente circunstâncias seguras de que a droga tinha como fim o comércio ilegal (TJSP: Apelação Criminal nº 990.08.073079-7, 9ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Galvão Bruno, v.u., j. 29/01/2009). Contudo, em Apelação Criminal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já entendeu que a variedade e quantidade de droga apreendida, assim como a denúncia anterior sobre o tráfico no local constituem elementos suficientes para ter como conclusivo o comércio ilícito (Apelação Criminal nº 990.09.297118-2, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Pedro Menin, v.u., j. 23/03/2010).

Porém, de acordo com César da Silva, em caso de dúvida acerca da adequação do fato ao tipo penal, o delito deve ser adequado como consumo pessoal – art. 28, *caput*, Lei n. 11.343/2006 – sendo isso uma aplicação favorável e, desse modo, ocorrendo a sua

desclassificação como o previsto no art. 33, caput, Lei n. 11.343/2006, já que, caso contrário, “implica o risco de condenar o acusado por delito que não cometeu”, assim como decidiu o Poder Judiciário (Apelação Criminal nº 0018214- 26.2012.8.26.0032, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Diniz Fernando, v.u., j. 10/08/2015).

Como já abordado, devido a infração penal ora tratada ser praticada na clandestinidade, torna-se quase que intangível a presença de testemunhas para compor a instrução do processo penal. Consecutivamente, a composição das testemunhas nesses delitos é composta por, em regra, policiais. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça: “ 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 (...)” (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).

Ou seja, nessas circunstâncias, a defesa acaba por possuir 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” (Silva, 2016). Isso porque, já houve entendimento que a credibilidade do depoimento de policiais somente pode ser esvaziado caso haja prova em contrário, sendo insuficiente “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).

## **11 PENA, AÇÃO PENAL E CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA**

A pena cominada para esse delito é a reclusão de 5 a 15 anos e o pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. A ação penal é pública incondicionada. Tendo em vista que é uma infração penal equiparada aos crimes hediondos, é, então, insuscetível de anistia, graça, indulto e fiança.

No artigo 33, §4º da Lei de Drogas, prevê: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Ou seja, esse dispositivo visa beneficiar o pequeno e/ou eventual traficante.

Uma vez presente os requisitos previstos no parágrafo, não cabe ao Juiz de Direito facultar quanto a sua redução ou não, é uma hipótese obrigatória. Apesar de estar previsto “as penas poderão ser reduzidas”, é, ainda assim, um direito subjetivo do acusado (Silva, 2016).

Por fim, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a aplicação da causa de diminuição da pena abortada no art. 33, §4º Lei n. 11.343/2006 afasta a hediondez do delito (HC nº 118.533/ MS, Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia, m.v., j. 23.06.2016). Sendo isso, apesar de se tratar de um julgado acerca do controle difuso de constitucionalidade, no qual tange apenas e somente o caso concreto, César Dario Mariano da Silva acredita que, consecutivamente, essa decisão resultará em drástica mudança da posição jurisprudencial amplamente favorável à hediondez do delito. Dessa mesma forma, cabe informar que o Enunciado n. 512 de Súmula do Superior Tribunal de Justiça, na qual constava “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” já se encontra cancelada, a partir de 23 de novembro de 2016.

## **12 CONCLUSÃO**

Segundo Roque Laraia de Barros, na sua obra “Cultura: Um conceito antropológico”, cada cultura opera com uma lógica própria, na qual, no Brasil, ocorre a institucionalização do racismo por meio do encarceramento em massa da população negra do país, na qual, em 2017, constituía cerca de 64% do sistema prisional, sendo algo abordado também por Falquet, na sua criação “Repensar as relações sociais de sexo, classe e ‘raça’ na globalização Neoliberal” sobre o quanto se mostra perverso o discurso da igualdade entre essas divergências, uma vez que cria pobreza e violência para significativa parte dessas minorias. Sendo isso algo que, no que tange a raça, conforme Aníbal Quijano, começou com a relação do dualismo, produzindo “identidades sociais historicamente novas: índios, negros e mestiços”

Levando em consideração que o momento histórico do qual sofre o Globo Terrestre contemporaneamente, cabe salientar que, em tempos de pandemia, a quarentena no Brasil resta por desencadear alguns desdobramentos sobre a prática do tráfico de drogas no país. Segundo a Revista Piauí, da Folha de São Paulo – publicada reportagem em 28 de abril de 2020 – apesar dos aumentos dos casos de covid-19 na América Latina, no qual fez o Brasil “fechar fronteiras” com os países vizinhos, por meio da portaria n. 125 de março de 2020, conforme art. 2º: “A realização de viagens internacionais deve ser evitada e poderá ser realizada somente em caso de necessidade, devendo tal avaliação constar da justificativa para

autorização e também no Sistema de Concessão de Diárias e Passagens – SCDP”, na qual, “fronteira fechada no Acre reduz, mas não interrompe tráfico de drogas”, de acordo com a reportagem, em que alega ser a BR-364 uma rota estratégica para o tráfico internacional de drogas, por onde passa grande parte da cocaína produzida nos laboratórios da selva do Peru.

Ainda segundo a revista Piauí, a Confederação Nacional de Transportes (CNT), apontou que, para empresas de transporte rodoviário e marítimo do Brasil, “57,4% das transportadoras por estradas e 50% das gigantes portuárias, o impacto da *Covid-19* tem sido ‘muito negativo’”. Contudo, no que tange ao mercado paralelo das drogas, as evidências apontam ter “suportado bem as restrições de circulação de pessoas e mercadorias impostas pela pandemia.”. Sendo assim, segundo a Polícia Federal, o tráfico de cocaína em larga escala e a exportação da droga pelos portos brasileiros não foi drasticamente alterado devido o fechamento das fronteiras e as restrições de circulação no Brasil.

Dessa forma, entende-se, portanto, a mister necessidade de respaldo doutrinário, legislativo e jurisprudencial acerca desse tema. Isso porque, em 1990, 1 a cada 1.666 brasileiros estava preso, entretanto, em contrapartida, na contemporaneidade essa proporção está de 1 para cada 292. Ou seja, assim como a Revista Piauí alega, em menos de 30 anos a população carcerária do Brasil – e a terceira maior do mundo – se multiplicou por 8, sendo principalmente impulsionada pelo aumento significativo das prisões devido ao tráfico de drogas, na qual se equiparou ao roubo como o crime mais comum nas cadeias brasileiras.

## REFERÊNCIAS

ARAÏJO, Luis Felipe. **Principais mudanças introduzidas pela Lei nº 11.343/2006**: uma análise comparativa. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26744/principais-mudancas-introduzidas-pela-lei-n-11-343-2006-uma-analise-comparativa>

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Especial 5**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EICHENBERG, Fernando. **EUA**: Barack Obama enfoca prevenção e tratamento no combate às drogas. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/eua-barack-obama-enfoca-prevencao-tratamento-no-combate-as-drogas-3009724>.

EPIDEMIA DE PRISÕES. Folha de São Paulo: **Revista Piauí**, 10 jun. 2020. Mensal. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/epidemia-de-prisoas/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

FALQUET, Jules. “Repensar as relações sociais de sexo, classe e ‘raça’ na globalização neoliberal”. **Mediações**, v. 13. N. 1-2, Jan/Jul e Jul/Dez 2008. p. 121-142.

FELIPE, Leandra. **Plano Colômbia não interrompeu narcotráfico, mas 'enfraqueceu as Farc'**. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/04/120411\\_plano\\_colombia\\_lf](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/04/120411_plano_colombia_lf)

Há 726.712 pessoas presas no Brasil. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil#:~:text=Em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20distribui%C3%A7%C3%A3o%20dos,e%20os%20homic%C3%ADdios%2C%2016%25.>

HARFORD, Tim. **Por que a Lei Seca, que faz 100 anos, foi um fracasso retumbante nos EUA.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-50402267>

HARI, Johann. **A GUERRA ÀS DROGAS NÃO FUNCIONA. O QUE PODEMOS APRENDER COM O SEU FRACASSO?** Disponível em: <https://theintercept.com/2019/01/17/guerra-as-drogas-fracasso/>

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: Um Conceito Antropológico.** Jorge Zahar Editor, 1996.

MÖDERLER, Catrin. **1917: Apresentado o projeto da Lei Seca nos EUA.** Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1917-apresentado-o-projeto-da-lei-seca-nos-eua/a-319341>

MULA NÃO FAZ QUARENTENA: Em tempos de epidemia, fronteira fechada no Acre reduz, mas não interrompe tráfico de drogas. Folha de São Paulo: **Revista Piauí**, 28 abr. 2020. Mensal. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/mula-nao-faz-quarentena/>.

NEIVA, Leonardo. **Implementada há 100 anos, Lei Seca mudou consumo de álcool e deixou criminalidade como herança.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/01/implementada-ha-100-anos-lei-seca-mudou-consumo-de-alcool-e-deixou-criminalidade-como-heranca.shtml>

PRADO, Rodrigo. **No que consiste a teoria da associação diferencial?** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-associacao-diferencial/>

QUIJANO, Aníbal. "Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina". In.: Lander, Edgardo (org.) **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Bueno Aires: Coleccion Sur Sur CLACSO, 2005, p. 227-278.

RAFAELI, Js. **Como os EUA convenceram o mundo a demonizar as drogas.** Disponível em: [https://www.vice.com/pt\\_br/article/594j8b/eua-convenceu-o-mundo-a-proibir-drogas](https://www.vice.com/pt_br/article/594j8b/eua-convenceu-o-mundo-a-proibir-drogas)

RIBEIRO, Leandro Conceição. **A Lei Penal no tempo: "novatio Legis" incriminadora, "abolitio criminis", "novatio legis in pejus" e a "novatio legis in mellius".** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73567/a-lei-penal-no-tempo-novatio-legis-incriminadora-abolitio-criminis-novatio-legis-in-pejus-e-a-novatio-legis-in-mellius>

SANTOS, Karla Geovanine Silva. **A Lei nº 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-145/a-lei-n-11-343-2006-e-suas-inovacoes-no-ambito-penal-ao-usuario-de-drogas/>

SEM QUARENTENA PARA O TRÁFICO: Em tempos de pandemia, apreensão de cocaína nos portos brasileiros cresce 10% em relação a 2019; Amazônia é principal rota de entrada da droga. Folha de São Paulo: **Revista Piauí**, 08 maio 2020. Mensal. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/sem-quarentena-para-o-trafico/>.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada.** Associação Paulista do Ministério Público, Departamento de Publicações da Apmp, p. 71-109, 2016.

SINOPSE & INFO: BREAKING BAD. **Adoro Cinema.** Disponível em: <http://www.adorocinema.com/series/serie3517/#:~:text=Sinopse%20%26%20Info,ele%20tem%20que%20trabalhar%20duplamente..>

VAZ, Daniel Ribeiro. **A nova Lei de Drogas - Lei 11.343/06.** Disponível em: <https://danielvaz2.jusbrasil.com.br/artigos/169726864/a-nova-lei-de-drogas-lei-11343->

