

Módulo 2 - APLICAÇÃO DAS PENAS EM TRAFICO ILÍCITO DE DROGAS

- João Portela
 - ▶ “Por que advogados discutem tanto sobre precedentes? Por que leem as decisões passadas e tentam aplicá-las a problemas presentes? Por que Juízes pensam poder justificar decisões mostrando que elas são compatíveis com precedentes, ou pensam não poder justificar uma decisão porque ela contradiz um precedente firmado?” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191).

NOVIDADES LEGISLATIVAS

Lei 13.840/2019: a principal novidade trazida foi a possibilidade de internação de dependente de drogas em unidades de saúde ou hospitais, com equipe multidisciplinar e autorização de médico com registro no CRM – art. 23-A, §2º da Lei 11.343/06.

Lei 13.886/2019: para acelerar a destinação de bens apreendidos ou sequestrados que tenham vinculação com o tráfico ilícito de drogas.

Art. 63-F. Na hipótese de condenação por infrações às quais esta Lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito. § 1º A decretação da perda prevista no caput deste artigo fica **CONDICIONADA** à existência de elementos probatórios que indiquem

conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa. § 2º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, **ENTENDE-SE POR PATRIMÔNIO DO CONDENADO** todos os bens: I – de sua titularidade, ou sobre os quais tenha domínio e benefício direto ou indireto, na data da infração penal, ou recebidos posteriormente; e II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal. § 3º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.”

Lei 13.964/2019:

Art. 33. (...) IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, **A AGENTE POLICIAL DISFARÇADO**, quando **presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente**.

**ENUNCIADOS – I JORNADA – DIREITO E PROCESSO PENAL – 10 a
14.08.2020**

- ▶ **ENUNCIADO 02 - ID 2335** - Para a aplicação do artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, é necessária a prova de que a criança ou adolescente atua ou é utilizada, de qualquer forma, para a prática do crime, ou figura como vítima, não sendo a mera presença da criança ou adolescente no contexto delitivo causa suficiente para a incidência da majorante.

- ▶ **ENUNCIADO Nº 07 - ID 3396** - Não fica caracterizado o crime do inciso IV do § 1º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, incluído pela Lei Anticrime, quando o policial disfarçado provoca, induz, estimula ou incita alguém a vender ou a entregar drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à sua preparação (flagrante preparado), sob pena de violação do art. 17 do Código Penal e da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.

ENUNCIADOS DO TJMT

3 - A condição de usuário de drogas não elide a responsabilização do agente pelo delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

4 - A incidência da causa de aumento de pena contida no inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 prescinde da efetiva transposição de divisas interestaduais, bastando a comprovação de que a substância entorpecente tinha por destino outro Estado ou o Distrito Federal.

5 - Para a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas, impõe-se a comprovação inequívoca da estabilidade e perenidade do ânimo associativo, sendo prescindível, contudo, a efetiva prática da traficância.

7 - O delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é classificado como de ação múltipla ou misto alternativo e, portanto, consuma-se com a prática de qualquer das condutas nele descritas.

24 - O desemprego ou dependência química não podem ser utilizadas negativamente para dosimetria da pena.

25 - A expressiva quantidade e/ou variedade de drogas ensejam garantia da ordem pública para decretação ou manutenção de prisão preventiva.

30 - A quantidade, a forma de acondicionamento da droga apreendida, como também a existência de apetrechos utilizados para comercialização de substância entorpecentes, são fundamentos idôneos a evidenciar dedicação à atividade criminosa, de modo a afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. (Redação alterada pelo Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 100269/2017, disponibilizado no DJE nº 10257, em 16/05/2018).

Tema sobre o qual pairou/paira divergência:

- ⇒ **STF/HC 130981 – Primeira Turma** – grande quantidade de droga – caso concreto eram mais de 500kg de maconha – indica que o agente está, de algum modo, integrado a organização criminosa.
- ⇒ **STF/RHC 138715 – Segunda Turma** – a grande quantidade de droga não constitui fundamento para, isoladamente, afastar o §4º do art. 33 da LD.

“...3. O fundamento utilizado pela Corte local para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que a expressiva quantidade de entorpecentes seria indicativo de que o paciente não era traficante eventual, sem, contudo, haver a demonstração, por meio de elementos concretos extraídos dos autos, de que ele se dedicava a atividades criminosas ou mesmo que integrasse organização criminosa. 4. Embora a quantidade dos entorpecentes apreendidos seja parâmetro idôneo para modular a fração da redutora do tráfico privilegiado, esta Corte vem decidindo que tal circunstância, isoladamente, não legitima o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, se dissociada de outros elementos de prova para atestar a dedicação do apenado a atividades criminosas ou o fato de que ele integraria organização criminosa. 5. No mesmo sentido, são os precedentes do Supremo Tribunal Federal, que firmam a possibilidade, em tese, de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de mula do tráfico. 6. Em verdade, o STF vem entendendo que a atuação no transporte de entorpecente,

ainda que em grande quantidade, não patenteia, de modo automático, a adesão estável e permanente do apenado à estrutura de organização criminosa ou a sua dedicação à atividade delitiva.

(AgRg no HC 537.763/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 18/06/2020)

“A orientação jurisprudencial desta Suprema Corte é no sentido de que deve ser idônea a fundamentação para justificar o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo INSUFICIENTE, para tanto, simples referência à quantidade de entorpecente apreendida ou ilações no sentido da dedicação do réu à prática de atividades criminosas.” (RHC 178844 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 11-03-2020 PUBLIC 12-03-2020)

33 - A fixação da pena de multa deve observar duas etapas, sendo definida na primeira a quantidade de dias-multa, em patamar proporcional à pena privativa de liberdade e, na segunda, o montante do dia-multa, de acordo com a capacidade econômica do apenado.

47 - A valoração negativa da quantidade e natureza do entorpecente constitui fundamento idôneo para a determinação de regime mais gravoso para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

48 - As circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas só podem ser usadas na primeira ou na terceira fase da dosimetria de forma não cumulativa, sob pena de indevido *bis in idem*.

52 - É possível considerar inquéritos policiais e ações penais não transitadas em julgado para afastar o tráfico privilegiado (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º).

⇒ A 5ª Turma do STJ entendeu – HC 453.224/SP – pela possibilidade de elevar a pena base a vista da natureza e quantidade, bem assim por vetar a causa de diminuição pelo mesmo – natureza e quantidade. **Trata-se de entendimento que não vingou.**

REPETITIVOS – STJ

- ▶ 190 – TEMA: Questão referente à fixação da pena **abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria**, bem como a determinação de que o percentual de redução previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, incida sobre o caput do mesmo artigo, caso seja mais benéfico ao paciente – **RESP 1117068 e 1117073**.
- ▶ **TESE FIRMADA** - O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.
- ▶ **SUMULA 231/STJ** - A incidência de circunstancia atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

- ▶ **TEMA 191** - Questão referente à fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, bem como a determinação de que o percentual de redução previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, incida sobre o caput do mesmo artigo, caso seja mais benéfico ao paciente – **REsp 1117068 e 1102468**.
- ▶ **TESE FIRMADA/SUMULA 501** - 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 utilização da Lei 6.368/76, sendo vedada a combinação de leis.
- ▶ **TEMA 583** - Questiona-se a possibilidade de concessão de liberdade provisória a preso, em flagrante, pela suposta prática do crime de **tráfico** ilícito de **drogas** (art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006), haja visto a vedação expressa do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 – REsp 1114150.
- ▶ **CANCELADO**
- ▶ **Tema 959/STF** - Concessão de liberdade provisória a preso em flagrante pela prática dos crimes descritos nos arts. 33, caput e § 1º e 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006. Conclui pela impossibilidade de vedação *ope legis*.
- ▶ **TESE 600 - Natureza hedionda ou não do tráfico privilegiado de drogas.**
- ▶ Tese ANTERIOR firmada pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.329.088/RS, acórdão publicado no DJe de 26/04/2013:

"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".
- ▶ **TESE FIRMADA** - O **tráfico** ilícito de **drogas** na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo. CANCELADA A SUMULA 512.

REPERCUSSÃO GERAL

- ▶ TEMA 183 - Aplicação do princípio da insignificância a crime de posse de **substância entorpecente** para uso próprio – **AI 747522**.
- ▶ CONCLUSÃO - A questão da aplicação do princípio da insignificância a crime de posse de **substância entorpecente** para uso próprio tem natureza infraconstitucional e a ela são atribuídos os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie

- ▶ DADOS – PACOTE – ENVIO – ABERTURA – SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – PROVA – LICITUDE DECLARADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ARTIGO 5º, INCISO XXII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral controversa alusiva à admissibilidade, no âmbito do processo penal, de prova obtida por meio de abertura de encomenda postada nos Correios, ante a inviolabilidade do sigilo das correspondências. RE 1116949
- ▶ TESE: É ilícita prova obtida por abertura de pacote postado nos Correios sem ordem judicial.

- ▶ TEMA 0506/RE 635659 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Norma parâmetro é o art. 5º, X da CRFB/88.
- ▶ PENDENTE DE JULGAMENTO – último voto do Min. Edson Fachin em 10/setembro/2015.

- ▶ TEMA 0647 – RE 638491 - [Possibilidade da decretação de perdimento de bem apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, quando não comprovada sua utilização habitual ou sua adulteração para o cometimento do crime.](#) ENTENDEU-SE PELA DESNECESSIDADE.

- ▶ TEMA 712/ARE 666334 - [Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.](#)
- ▶ CONCLUSÃO PELA IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO AO BIS IN IDEM.
- ▶ ARE 663261 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1038925 - Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de **drogas**. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.
- ▶ VIDE ADI 3112-1 – inconstitucionalidade do art. 21 da Lei 10.826/03
- ▶ RE 600817 - Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à

condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade. IV - Recurso parcialmente provido.

- ▶ **ARE 1052700** - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE **DROGAS**. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal. 2. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido.

- ▶ **RE 635336** - Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Administrativo. Cultivo ilegal de plantas psicotrópicas. Expropriação. Art. 243 da CF/88. Regime de responsabilidade. 3. Emenda Constitucional 81/2014. Inexistência de mudança substancial na responsabilidade do proprietário. 4. Expropriação de caráter sancionatório. Confisco constitucional. Responsabilidade subjetiva, com inversão de ônus da prova. 5. Fixada a tese: **“A expropriação prevista no art. 243 da CF pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que in vigilando ou in eligendo”**. 6. Responsabilidade subjetiva dos proprietários assentada pelo Tribunal Regional. 7. Negado provimento ao recurso extraordinário.

- ▶ **ARE 959620** - A adoção de práticas e regras vexatórias com a revista íntima para o ingresso em estabelecimento prisional é tema

constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral.

- ▶ **PENDENTE DE JULGAMENTO.**
- ▶ **BOLETIM DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**
- ▶ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI7REVI STANTIMArevisado.pdf>

- ▶ **RE 453000** - Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. **Questionava-se a dupla valoração por um mesmo comportamento desviado.**

- ▶ **Ementa:** Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. **Importação de medicamentos sem registro sanitário.** Exame de proporcionalidade da pena. **Presença de repercussão geral.** 1. A decisão recorrida declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, cuja pena cominada é 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para aqueles que importam medicamento sem registro na ANVISA (art. 273, § 1º-B, do CP). 2. O Tribunal de origem afirmou que **viola o princípio da proporcionalidade a cominação de pena elevada e idêntica para uma conduta completamente diversa daquela praticada por quem falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput, do CP). Em razão disso, indicou que a conduta do § 1º-B, I, do art. 273, do Código Penal, deve ser sancionada com base no preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.** 3. Constituem questões constitucionais relevantes **definir (i) se a cominação da pena em abstrato prevista para importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, viola os princípios da proporcionalidade e da ofensividade; e (ii) se é possível utilizar preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena pela importação de medicamento sem registro.** (RE 979962 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 03/08/2018,

QUESTÕES ESPECIAIS DA LEI DE DROGAS – VISÃO DO STJ

ACESSO A DADOS MÓVEIS DE APARELHOS CELULARES

Na ocorrência de autuação de crime em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, por meio de sistemas de informática e telemática.

[RHC 67.379-RN](#), Rel. Min. Ribeiro Dantas, por unanimidade, julgado em 20/10/2016, DJe 9/11/2016.

1) Com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização. - AgRg no HC 475304/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019.

“Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n.

11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolitio criminis”

Matéria está com repercussão geral no STF – RE 635659 – Tema 506 – julgamento iniciado em 19/agosto/2015

Informativo 795

O Ministro Gilmar Mendes (relator) proveu o recurso, para: a) **declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do referido dispositivo, de forma a afastar todo e qualquer efeito de natureza penal.** Todavia, manteve, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa; b) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 do diploma, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo; c) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 50, “caput”, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, na prisão em flagrante por tráfico de droga, o preso deve, como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ser imediatamente apresentado ao juiz; e d) absolver o acusado, no caso, tendo em vista a atipicidade da conduta. Ademais, determinou ao CNJ as seguintes providências: a) diligenciar, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, por meio de articulação com tribunais de justiça, CNMP,

Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, sem prejuízo de outros órgãos, os encaminhamentos necessários à aplicação, no que couber, das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar; b) articulação, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e da rede de atenção a usuários e dependentes, por meio de projetos pedagógicos em campanhas institucionais, entre outras medidas, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas; c) regulamentar, no prazo de seis meses, a audiência de apresentação do preso ao juiz determinada nesta decisão, com respectivo monitoramento; e d) apresentar ao STF, a cada seis meses, relatório das providências determinadas nesta decisão e resultados obtidos, até ulterior deliberação.

Informativo 798

Ministro Edson Fachin deu parcial provimento ao recurso para: a) **declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, sem redução de texto, especificamente para situação que, como no caso concreto, apresentasse conduta que, descrita no tipo legal, tivesse exclusivamente como objeto material a maconha;** b) **manter, nos termos da atual legislação e seu regulamento, a proibição, inclusive do uso e do porte para consumo pessoal, de todas as demais drogas ilícitas;** c) **manter a tipificação criminal das condutas**

relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do recurso e, concomitantemente, declarar a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação, ou seja, das condutas relacionadas à produção e à comercialização de maconha, até que sobreviesse a devida regulamentação legislativa, permanecendo, nesse ínterim, hígidas as tipificações constantes do Título IV, especialmente criminais, do art. 33, e dispositivos conexos da lei em questão; d) declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que servissem de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo — Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas - SENAD e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP —, aos quais incumbe a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exercessem suas competências e, até que sobreviesse a legislação específica, emitissem, no prazo máximo de 90 dias, a contar da data do julgamento em comento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados, “iuris tantum”, na situação dos autos; e) absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do CPP; e, por fim, f) propor ao Plenário, nos termos do inciso V do art. 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do STF, para o fim de, à luz do inciso III do art. 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação do Tribunal nesse caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos

governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização. O Ministro ressaltou que o recurso extraordinário sob enfoque desafiaria acórdão que tratara de hipótese específica, a de porte de maconha para uso pessoal.

O Ministro Roberto Barroso proveu o recurso extraordinário para **declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, relativamente ao porte de maconha para consumo próprio, e absolveu o recorrente, sem analisar a controvérsia a respeito das demais drogas.** Afirmou que o fracasso da política atual criara um imenso mercado negro de drogas controlado pelo crime organizado e, nas últimas décadas, sobretudo depois edição da Lei 11343/06, o consumo de drogas aumentara, ao passo que, no mesmo período de tempo, o de cigarro diminuía. Observou que a contrapropaganda, o debate público, a informação e a advertência produziram melhores resultados do que a criminalização. Notou que a política de criminalização e de repressão ao consumo de drogas em geral e de maconha, em particular, geraria um alto custo para a sociedade, especialmente pelo aumento exponencial da população carcerária. Além disso, o custo financeiro de cada vaga no sistema penitenciário seria muito caro. Salientou que os presos entrariam primários e sairiam cooptados por facções. Dessa forma, tornar-se-iam criminosos perigosos que voltariam para as ruas e retroalimentariam a violência. Ressaltou que, a despeito de a defesa da criminalização invocar a saúde pública como bem jurídico protegido, essa política consumiria cada vez mais recursos que, evidentemente, não iriam para tratamento, educação e saúde

preventiva. Ademais, o usuário não procuraria o sistema de saúde pública, porque isso significaria assumir a condição de criminoso. Portanto, a criminalização não protegeria, mas antes comprometeria a saúde pública. Destacou que o direito à privacidade identificaria uma esfera na vida das pessoas que deveria ser imune à interferência do Estado, sobretudo quando o que se fizesse na intimidade não afetasse a esfera jurídica de terceiros. Por essa razão, o Estado não poderia invadir a esfera da autonomia individual. Assim, um indivíduo que fumasse um cigarro de maconha dentro do seu domicílio ou num espaço puramente privado não violaria direitos de terceiros, nem qualquer valor social, ou mesmo a saúde pública. Mas, se fumar maconha pudesse ser criminalizado em nome da saúde pública, então, se deveria criminalizar antes o álcool e o próprio cigarro convencional.

2) A condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 gera reincidência e maus antecedentes, sendo fundamento legal idôneo para majorar a pena.

STJ - HC 453437

“4. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram

reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade. 5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.”

3) O princípio da insignificância não se aplica aos delitos de tráfico de drogas e porte de substância entorpecente para consumo próprio, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido. - HC 461377/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018.

4) 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. (Súmula n. 512/ STJ) – Entendimento superado.

“1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.” (STF - HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)”

5) Reconhecida a inconstitucionalidade da vedação prevista na parte final do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. - AgRg no HC 485746/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019.

6) A utilização da reincidência como agravante genérica e circunstância que afasta a causa especial de diminuição da pena do crime de tráfico não caracteriza *bis in idem*. - AgRg nos EDcl no AREsp 1024639/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018.

7) Reconhecida a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, é possível a fixação de regime prisional diferente do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas, devendo o magistrado observar as regras previstas nos arts. 33 e 59 do Código Penal. - HC 515261/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019.

8) É possível a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes. - HC 502126/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 28/06/2019.

Quais as circunstancias que se tem autorizado a preventiva?

- a) ORCrim;
- b) Grande quantidade;
- c) Reiteração criminosa.

9) O requisito objetivo necessário para a progressão de regime prisional dos crimes hediondos e equiparados, praticados antes do advento da Lei n. 11.464/07, deve ser o previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal, qual seja, 1/6; posteriormente, passou-se a exigir o cumprimento de 2/5 da pena pelo réu primário e 3/5 pelo

reincidente. - AgRg no RHC 41936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017.

OBS: art. 112, I da LEP com redação dada pela Lei 13.964/2019 – fração de 16% - tornou benéfico à pessoa condenada.

NOVA DISCEPÇÃO À LUZ DA LEI 13.964/2019

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for PRIMÁRIO e o CRIME TIVER SIDO COMETIDO SEM VIOLÊNCIA À PESSOA OU GRAVE AMEAÇA;

OBS: fração mais benéfica do que o anterior 1/6 (um sexto) – equivale a 16,66666%.

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for REINCENTE em crime cometido SEM VIOLÊNCIA À PESSOA OU GRAVE AMEAÇA;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for PRIMÁRIO e o crime tiver sido COMETIDO COM VIOLÊNCIA À PESSOA OU GRAVE AMEAÇA;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for

REINCIDENTE em crime cometido COM VIOLÊNCIA À PESSOA OU GRAVE AMEAÇA;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO, SE FOR PRIMÁRIO;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de CRIME HEDIONDO ou EQUIPARADO, com RESULTADO MORTE, se for PRIMÁRIO, vedado o livramento condicional;

b) condenado por EXERCER O COMANDO, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada PARA A PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO;

c) condenado pela prática do crime de CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o APENADO FOR REINCIDENTE NA PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for REINCIDENTE em CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO COM RESULTADO MORTE, vedado o livramento condicional.

IRDR/Agravo em execução - 0013565-26.2018.8.11.0064 – Deivid Wilian Delgado Rodrigues

10) 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. (Súmula 501/STJ) - AgRg no AREsp 954614/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019

11) Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência. AgRg no HC 509521/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 25/06/2019.

12) O delito de associação para o tráfico de drogas não possui natureza hedionda. - AgRg no HC 499706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 27/06/2019.

OBS: Apesar de não se tratar de crime hediondo, a fração do requisito objetivo do livramento condicional é de 2/3 (dois terços). Esta conclusão não decorre das diretrizes do art. 83 do CPB, mas da regra especial constante do art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06.

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.

13) O parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 exige o cumprimento de 2/3 da pena para a obtenção do livramento condicional nos casos de condenação por associação para o tráfico (art. 35), ainda que este não seja hediondo, sendo vedado o benefício ao reincidente específico - [AgRg no HC 499706/SP](#), Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 27/06/2019.

14) O § 3º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 traz tipo específico para aquele que fornece gratuitamente substância entorpecente a pessoa de seu relacionamento para juntos a consumirem e, por se tratar de norma penal mais benéfica, deve ser aplicado retroativamente. REsp 859339/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2008, DJe 12/08/2008.

15) Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional. (**Súmula n. 528/STJ**)

16) A natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas simultaneamente para justificar o aumento da pena-base e afastar a redução prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sob pena de caracterizar *bis in idem*. AgRg no AREsp 1484629/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 02/08/2019.

Pode ser utilizada para graduar o quantitativo de diminuição?

17) A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes. HC 510077/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019

18) O tráfico de drogas é crime de ação múltipla e a prática de um dos verbos contidos no art. 33, *caput*, é suficiente para a consumação da infração, sendo prescindível a realização de atos de venda do entorpecente. HC 437114/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018.

19) A condenação simultânea nos crimes de tráfico e associação

para o tráfico afasta a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 por estar evidenciada dedicação a atividades criminosas ou participação em organização criminosa. [AgRg no AREsp 1465052/SP](#), Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 02/08/2019

20) O agente que transporta entorpecente no exercício da função de "mula" integra organização criminosa, o que afasta a aplicação da minorante estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. ENTENDIMENTO SUPERADO - [AgRg no AREsp 1425587/SP](#), Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019

21) É possível que a causa de diminuição estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 seja fixada em patamar diverso do máximo de 2/3, em razão da qualidade e da quantidade de droga apreendida. HC 495838/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019 - AgRg no HC 503725/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019

22) O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga. AgRg no HC 513455/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em

25/06/2019, DJe 05/08/2019

23) A Lei n. 11.343/06 aboliu a majorante da associação eventual para o tráfico prevista no artigo 18, III, primeira parte, da Lei n. 6.368/76. REsp 1133981/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018

24) A incidência de mais de uma causa de aumento prevista no art. 40 da Lei n. 11.343/06 não implica a automática majoração da pena acima do mínimo (2/3) na terceira fase, pois a sua exasperação exige fundamentação concreta. HC 526.535/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 05/08/2020.

25) Não acarreta *bis in idem* a incidência simultânea das majorantes previstas no art. 40 aos crimes de tráfico de drogas e de associação para fins de tráfico, porquanto são delitos autônomos, cujas penas devem ser calculadas e fixadas separadamente. HC 250455/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016 AgRg no REsp 1412950/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014

26) Configura-se a transnacionalidade do tráfico de drogas com a comprovação de que a substância tinha como destino ou origem outro país, independentemente da efetiva transposição de fronteiras. AgRg no REsp 1839326/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020

27) Para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/06 é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados , sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual. AgRg no AREsp 1463715/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019

28) A inobservância do rito procedimental que prevê a apresentação de defesa prévia antes do recebimento da denúncia gera nulidade relativa desde que demonstrados eventuais prejuízos suportados pela defesa. AgRg no AREsp 1341923/PB, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 17/12/2018

29) É dispensável a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar quando se trata de flagrante de crime permanente, como

é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes na modalidade guardar ou ter em depósito.

Entendimento *modulado*.

TOME NOTA: “Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado

judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.” (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

30) A posse de substância entorpecente para uso próprio configura crime doloso e, quando cometido no interior do estabelecimento prisional constitui falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal LEP (Lei n. 7.210/84). [HC 462612/MG](#), Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 03/10/2018

31) A comprovação da materialidade do delito de posse de drogas para uso próprio (artigo 28 da Lei n.11.343/06) exige a elaboração de laudo de constatação da substância entorpecente que evidencie a natureza e a quantidade da substância apreendida. HC 394872/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017

32) O laudo pericial definitivo atestando a ilicitude da droga afasta eventuais irregularidades do laudo preliminar realizado na fase de

investigação. [AgRg no REsp 1653604/SP](#), Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 09/08/2017

OBSERVAÇÃO: LAUDO DEFINITIVO

STJ - 1) "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". Tal situação é análoga a do crime de tráfico de drogas, no qual a Terceira Seção já firmou compreensão no sentido de que a falta de laudo toxicológico definitivo conduz à ausência de materialidade da conduta, impondo-se a absolvição" - AgRg no RHC 117.540/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020.

STF – “1. Não obstante a importância da juntada do Laudo Toxicológico definitivo para comprovação da materialidade nos delitos previstos na Lei de Drogas, a ausência desse documento não tem o condão, por si só, de obstaculizar a comprovação da materialidade do crime, quando presentes outros elementos idôneos de prova.” (HC 174954 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 04/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 15-10-2019 PUBLIC 16-10-2019)

2) O entendimento adotado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, segundo a qual conquanto o laudo toxicológico definitivo, via de

regra, seja imprescindível para provar a materialidade do delito de tráfico de drogas, a ausência da mencionada prova técnica não afasta a possibilidade de que em casos excepcionais, essa comprovação se dê "[...] **pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes.** Isso porque, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo." (EREsp 1.544.057/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 09/11/2016 - AgRg no REsp 1710211/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 28/10/2019)

33) O laudo de constatação preliminar da substância entorpecente constitui condição de procedibilidade para apuração do crime de tráfico de drogas. HC 388361/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 12/05/2017 HC 303511/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 28/11/2014

34) Para a incidência da majorante prevista do inciso III do art. 40 do Diploma Antidrogas, é imprescindível a demonstração da efetiva prática da comercialização do entorpecente no interior do veículo, não sendo suficiente para a exasperação da reprimenda a

mera utilização do transporte público como meio de locomoção. HC 455652/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018

35) A razão de ser da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais a que se refere o dispositivo, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas, justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares. HC 451.260/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 21/08/2018

36) A conduta de transportar folhas de coca melhor se amolda, em tese e para a definição de competência, ao tipo descrito no § 1º, I, do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que criminaliza o transporte de matéria-prima destinada à preparação de drogas – STJ CC 172.464-MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 10/06/2020, DJe 16/06/2020.

37) **Compete à Justiça Estadual o pedido de habeas corpus preventivo para viabilizar, para fins medicinais, o cultivo, uso, porte**

e produção artesanal da Cannabis (maconha), bem como porte em outra unidade da federação, quando não demonstrada a internacionalidade da conduta - CC 171.206-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 10/06/2020, DJe 16/06/2020

38) "Para ensejar a aplicação de causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 ou a condenação pela prática do crime previsto no art. 244-B da Lei n. 8.069/1990, a qualificação do menor, constante do boletim de ocorrência, deve trazer dados indicativos de consulta a documento hábil - como o número do documento de identidade, do CPF ou de outro registro formal, tal como a certidão de nascimento." (ProAfR no REsp 1619265/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 07/04/2020, DJe 18/05/2020 – TEMA 1052).

39) Por ausência de base normativa expressa, não incide a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 em caso de tráfico de drogas cometido nas dependências ou nas imediações de igreja - [HC 528.851-SP](#), Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 05/05/2020, DJe 12/05/2020

40) A existência de denúncia anônima da prática de tráfico

de drogas somada à fuga do acusado ao avistar a polícia, por si só, não configuram fundadas razões a autorizar o ingresso policial no domicílio do acusado sem o seu consentimento ou sem determinação judicial - [RHC 89.853-SP](#), Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020

41) Não é necessário que a droga passe por dentro do presídio para que incida a majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. [HC 440.888-MS](#), Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019.

⇒ Para incidir a causa de aumento não é necessário que o comprador ou destinatário seja pessoa presa – STF/HC 138944/SC.

⇒ O fato de o tráfico ser cometido nas imediações de unidade prisional não pode ser utilizado para determinar o quantitativo de diminuição pelo §4º. Seria hipótese de dupla valoração em desfavor do acusado. STJ – 5ª Turma – HC 313.677/RS.

42) É ilícita a prova obtida mediante conduta da autoridade policial que atende, sem autorização, o telefone móvel do acusado e se passa pela pessoa sob investigação - [HC 511.484-RS](#), Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 15/08/2019, DJe 29/08/2019

43) Condenações anteriores pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não são aptas a gerar reincidência. AgRg no REsp 1778346/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019 AgRg no HC 475304/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019

Inicialmente cumpre salientar que consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE 430.105/RJ, sabe-se que a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve *abolitio criminis*. Contudo, ainda que a conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 tenha sido despenalizada e não descriminalizada, essa conduta é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo". Além disso, não existe a possibilidade de converter essas penas em privativas de liberdade em caso de descumprimento. Cabe ressaltar que as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade. Ademais, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado nesse mesmo sentido. [HC 453.437-SP](#), Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, julgado em 04/10/2018, DJe 15/10/2018

43.1) É desproporcional o reconhecimento da reincidência no delito de tráfico de drogas que tenha por fundamento a existência de condenação com trânsito em julgado por crime anterior de posse de droga para uso próprio. [REsp 1.672.654-SP](#), Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018.

44) É inviável o reconhecimento de reincidência com base em único processo anterior em desfavor do réu, no qual – após desclassificar o delito de tráfico para porte de substância entorpecente para consumo próprio – o juízo extinguiu a punibilidade por considerar que o tempo da prisão provisória seria mais que suficiente para compensar eventual condenação. HC 390.038-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018. Trata-se de situação que recebe a denominação de **DETRAÇÃO ANALÓGICA VIRTUAL** – vide HC 390.038 – STJ/6ª Turma.

=> A questão da bagatela imprópria ou irrelevância penal do fato – CP, 59.

- ▶ A decisão de extinção da punibilidade, na hipótese, aproxima-se muito mais do exaurimento do direito de exercício da pretensão punitiva como forma de reconhecimento, pelo Estado, da prática de coerção cautelar desproporcional no curso do processo - que culminou com a condenação por porte de substância entorpecente para consumo próprio - do

que com o esgotamento de processo executivo pelo cumprimento de pena. (HC 390.038/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018)

44.1) Não é cabível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o crime é praticado na própria residência da agente, onde convive com filhos menores de 12 anos. [HC 441.781-SC](#), Rel. Min. Nefi Cordeiro, por unanimidade, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018

45) Não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, se a prática de narcotraficância ocorrer em dia e horário em que não facilite a prática criminosa e a disseminação de drogas em área de maior aglomeração de pessoas. [REsp 1.719.792-MG](#), Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018

46) Os procedimentos regidos por leis especiais devem observar, a partir da publicação da ata de julgamento do HC 127.900/AM do STF (11.03.2016), a regra disposta no art. 400 do CPP, cujo conteúdo determina ser o interrogatório o último ato da instrução criminal. [HC 397.382-SC](#), Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, julgado em 3/8/2017, DJe 14/8/2017.

47) **ATITUDE SUSPEITA** - Não configura justa causa apta a autorizar invasão domiciliar a mera intuição da autoridade policial

de eventual traficância praticada por indivíduo, fundada unicamente em sua fuga de local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas ante iminente abordagem policial. [REsp 1.574.681-RS](#), Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, por unanimidade, julgado em 20/4/2017, DJe 30/5/2017.

48) Sem consentimento do réu ou prévia autorização judicial, é ilícita a prova, colhida de forma coercitiva pela polícia, de **conversa travada pelo investigado com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso "viva-voz", que conduziu ao flagrante do crime de tráfico ilícito de entorpecentes**. REsp 1.630.097-RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, por unanimidade, julgado em 18/4/2017, DJe 28/4/2017.

49) É possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas, na qualidade de "mula", uma vez que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que ele seja integrante de organização criminosa. HC 387.077-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, por unanimidade, julgado em 6/4/2017, DJe 17/4/2017.

50) É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto

no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, por maioria, julgado em 14/12/2016, DJe 1/2/2017.

INFORMATIVO 967/STF - A Primeira Turma deferiu habeas corpus para determinar a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (1), a paciente condenada pelo crime de tráfico de drogas, não obstante a existência de outra ação penal, pela prática do mesmo delito, ainda não transitada em julgado.

O colegiado entendeu, com base no decidido no julgamento do [RE 591.054](#), submetido à sistemática de repercussão geral ([Tema 129](#)), que a existência de inquéritos policiais e processos criminais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena, de modo que o fato de a paciente ser ré em outra ação penal, ainda em curso, não constitui fundamento idôneo para afastar a aplicação da causa de diminuição da pena. [HC 173806/MG, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 18.2.2020. \(HC-173806\)](#)

51) O tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo e, por conseguinte, deve ser cancelado o Enunciado 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Pet 11.796-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016. **Vide STF/HC 118.533.**

LEP, 112, §5º - Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no [§ 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.](#) [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

52) Na hipótese de o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não estar previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu poderá ser condenado pelo crime de corrupção de menores, porém, se a conduta estiver tipificada em um desses artigos (33 a 37), não será possível a condenação por aquele delito, mas apenas a majoração da sua pena com base no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. [REsp 1.622.781-MT](#), Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016.

O debate consistiu no enquadramento da conduta de adulto que pratica tráfico em concurso eventual com criança ou adolescente. Para configuração do crime previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), basta a participação de menor de 18 anos no cometimento do delito, pois, de acordo com a jurisprudência do STJ, o crime é formal e, por isso, independe da prova da efetiva corrupção do menor (Súmula 500/STJ). Por sua vez, para incidir a majorante do art. 40, VI, da Lei de Drogas, faz-se necessário que, ao praticar os delitos previstos nos arts. 33 a 37, o réu envolva ou vise atingir criança, adolescente ou quem tenha capacidade de entendimento e determinação diminuída. Não se compartilha do entendimento no sentido de que, se a criança ou adolescente já estiverem corrompidos, não há falar em corrupção de menores e de que responde o agente apenas pelo crime de tráfico majorado, pois, de acordo com o entendimento do STJ, é irrelevante a prova da efetiva corrupção do menor para que o acusado seja condenado pelo crime do ECA. A

solução deve ser encontrada no princípio da especialidade. Assim, se a hipótese versar sobre concurso de agentes envolvendo menor de dezoito anos com a prática de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, afigura-se juridicamente correta a imputação do delito em questão, com a causa de aumento do art. 40, VI. Para os demais casos, aplica-se o art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme entendimento doutrinário.

TOME NOTA:

A participação do menor pode ser considerada para configurar o crime de associação para o tráfico (art. 35) e, ao mesmo tempo, para agravar a pena como causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. Assim, é cabível a aplicação da majorante se o crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente em delito de associação para o tráfico de drogas configurado pela associação do agente com menor de idade. Precedentes citados: HC 237.782-SP, Quinta Turma, DJe 21/8/2014; e REsp 1.027.109-SC, Quinta Turma, DJe 16/2/2009. [HC 250.455-RJ](#), Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17/12/2015, DJe 5/2/2016.

O fato de o agente ter envolvido um menor na prática do tráfico e, ainda, tê-lo retribuído com drogas, para incentivá-lo à traficância ou ao consumo e dependência, justifica a aplicação, em patamar superior ao mínimo, da causa de aumento de pena do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, ainda que haja fixação de pena-base no mínimo legal. Isso porque a jurisprudência do STJ posiciona-se no sentido de que a aplicação da causa de aumento em patamar acima do mínimo é plenamente válida desde que fundamentada na gravidade

concreta do delito. [HC 250.455-RJ](#), Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17/12/2015, DJe 5/2/2016.

A causa de aumento de pena do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada tanto para agravar o crime de tráfico de drogas (art. 33) quanto para agravar o de associação para o tráfico (art. 35) praticados no mesmo contexto. Isso porque a causa especial de aumento de pena incidiu sobre delitos diversos e totalmente autônomos, com motivação e finalidades distintas. Precedentes citados: HC 183.441-RJ, Quinta Turma, DJe 2/9/2011; e AgRg no REsp 1.412.950-MG, Sexta Turma, DJe 3/11/2014. [HC 250.455-RJ](#), Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17/12/2015, DJe 5/2/2016.

53) Ainda que alguns dos medicamentos e substâncias ilegais manipulados, prescritos, alterados ou comercializados contenham substâncias psicotrópicas capazes de causar dependência elencadas na Portaria n. 344/1998 da SVS/MS - o que, em princípio, caracterizaria o tráfico de drogas -, a conduta criminosa dirigida, desde o início da empreitada, numa sucessão de eventos e sob a fachada de uma farmácia, para a única finalidade de manter em depósito e vender ilegalmente produtos falsificados destinados a fins terapêuticos ou medicinais enseja condenação unicamente pelo crime descrito no art. 273 do CP - e não por este delito em concurso com o tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei de Drogas). [REsp 1.537.773-SC](#), Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 16/8/2016, DJe 19/9/2016.

54) No tráfico ilícito de entorpecentes, é inadmissível a aplicação simultânea das causas especiais de aumento de pena relativas à transnacionalidade e à interestadualidade do delito (art. 40, I e V, da Lei n. 11.343/2006), quando não comprovada a intenção do importador da droga de difundi-la em mais de um estado do território nacional, ainda que, para chegar ao destino final pretendido, imperativos de ordem geográfica façam com que o importador transporte a substância através de estados do país. [HC 214.942-MT](#), Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 16/6/2016, DJe 28/6/2016.

55) **Mostrou-se possível a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em relação a réu que, apesar de ser tecnicamente primário ao praticar o crime de tráfico, ostentava duas condenações (a primeira por receptação culposa e a segunda em razão de furto qualificado pelo concurso de pessoas) cujas penas foram aplicadas no mínimo legal para ambos os delitos anteriores (respectivamente, 1 mês em regime fechado e 2 anos em regime aberto, havendo sido concedido *sursis* por 2 anos), os quais foram perpetrados sem violência ou grave ameaça contra pessoa, considerando-se ainda, para afastar os maus antecedentes, o fato de que, até a data da prática do crime de tráfico de drogas, passaram mais de 8 anos da extinção da punibilidade do primeiro crime e da baixa dos autos do segundo crime, sem que tenha havido a notícia de condenação do réu por qualquer outro delito, de que ele se dedicava a atividades**

delituosas ou de que integrava organização criminosa. [REsp 1.160.440-MG](#), Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 17/3/2016, DJe 31/3/2016.

56) O STJ já externou entendimento da possibilidade de condenação, mesmo sem apreensão de drogas. Condicionou ao embasamento em prova documental e testemunhal produzida durante a instrução com a demonstração do envolvimento com organização criminosa – STJ RHC 57.434/SP.

O tráfico de drogas não é crime material? Como certificar a natureza? Como confeccionar laudos?

“Nos termos da jurisprudência pacificada desta Corte Superior, é imprescindível a apreensão da droga para que a materialidade delitiva, quanto ao crime de tráfico de drogas, possa ser aferida, ao menos, por laudo preliminar.” (AgRg no AREsp 1341356/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020).

57) Consumação do tráfico de drogas através da ação nuclear “adquirir”. É suficiente o consenso quanto a coisa e o preço, mostrando-se desnecessária a tradição – STJ-HC 212.528.

58) A presença de canabinóides na substância é suficiente para ser classificado como maconha, ainda que não exista THC –

tetrahydrocannabinol – STJ REsp 1.444.537.

59) O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária a comprovação da efetiva mercancia aos frequentadores dessas localidades. HC 515.516/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020.

⇒ E o traficante vizinho da escola?

⇒ E o tráfico praticado em dia ou horário que a escola está fechada?

“Como, na espécie, não ficou evidenciado nenhum benefício advindo ao paciente com a prática do delito nas proximidades ou nas imediações de estabelecimento de ensino - o ilícito foi perpetrado, tão somente, em um domingo, de madrugada - e se também não houve uma maximização do risco exposto àqueles que frequentam a escola (alunos, pais, professores, funcionários em geral), deve, excepcionalmente, em razão das peculiaridades do caso concreto, ser afastada a incidência da referida majorante.”

(STJ - HC 451.260/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 21/08/2018)

60) A pureza da droga é irrelevante para o fim de dosimetria da pena eis que o art. 42 da LD faz preponderar natureza e quantidade

– STF/2ª Turma – HC 132909/SP.

61) A causa de diminuição de pena pela semi-imputabilidade prevista no art. 46 da LD em seu grau mínimo exige fundamentação concreta – STJ/5ª Turma – HC 167.376.

OBSERVAÇÕES

1) Regime inicial de cumprimento de pena deve seguir as diretrizes do art. 33 do CPB dada a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 – STF HC 111840.

2) Interrogatório é o último ato instrutório na linha do art. 400 do CPP – STF HC 127900/AM e STJ HC 397382/SC.

3) Já se entendeu que a ausência de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia gera nulidade relativa – STJ RHC 94.446/MS.

SÚMULAS-STJ

A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio – STJ/Sumula 630.

A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional

das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras – STJ/Sumula 607.

Para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual - STJ/Sumula 587.

Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional – STJ/Súmula 528.

O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente – STJ/Súmula 492.

Jurisprudência - Supremo Tribunal Federal

I -

A Segunda Turma, por maioria, concedeu a ordem em habeas corpus para trancar a ação penal movida contra a paciente, denunciada pela suposta prática do delito de tráfico de entorpecentes, por produzir e comercializar bolos contendo

maconha. No caso, a investigação foi deflagrada por denúncia anônima, que narrou a venda dos produtos em uma universidade estadual. A Turma registrou que inexistiram investigações complementares depois da denúncia anônima, e que as medidas subsequentes se lastrearam unicamente em seu conteúdo, mesmo que decorridos sete meses entre o boletim de ocorrência e o pedido de busca e apreensão. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que denúncias anônimas não podem embasar, por si sós, medidas invasivas como interceptações telefônicas, buscas e apreensões, e devem ser complementadas por diligências investigativas posteriores. Se há notícia anônima de comércio de drogas ilícitas numa determinada casa, a polícia deve, antes de representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, proceder a diligências veladas no intuito de reunir e documentar outras evidências que confirmem, indiciariamente, a notícia. Se confirmadas, com base nesses novos elementos de informação o juiz deferirá o pedido; se não confirmadas, não será possível violar o domicílio, sendo a expedição do mandado desautorizada pela ausência de justa causa. O mandado expedido exclusivamente com apoio em denúncia anônima será abusivo. Além disso, a decisão judicial que autorizou a busca e apreensão carece de fundamentação. Não houve qualquer análise efetiva sobre a real necessidade da medida ou a consistência das informações contidas na denúncia anônima. Há, apenas, remissão a esses elementos e enquadramento genérico na norma processual. É imperiosa para o juiz a demonstração, na motivação, de que a lei foi validamente aplicada no caso submetido à sua apreciação. A legalidade de uma decisão não resulta da simples referência ao texto legal, mas deve

ser verificada concretamente pelo exame das razões pelas quais o juiz afirma ter aplicado a lei, pois somente tal exame pode propiciar o efetivo controle daquela demonstração. HC 180709/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 5.5.2020. (HC-180709) – Informativo 976.

II

A Primeira Turma deferiu habeas corpus para determinar a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, a paciente condenada pelo crime de tráfico de drogas, não obstante a existência de outra ação penal, pela prática do mesmo delito, ainda não transitada em julgado. O colegiado entendeu, com base no decidido no **julgamento do RE 591.054, submetido à sistemática de repercussão geral (Tema 129), que a existência de inquéritos policiais e processos criminais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena, de modo que o fato de a paciente ser ré em outra ação penal, ainda em curso, não constitui fundamento idôneo para afastar a aplicação da causa de diminuição da pena.** – STF – Informativo 967 - HC 173806/MG, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 18.2.2020. (HC-173806)

III-

O Tribunal, por maioria, indeferiu a ordem de habeas corpus e fixou a seguinte tese: *"Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código*

Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta"– STF – HC 176.473 – 27/04/2020.

IV-

A Segunda Turma, em conclusão e por empate, deu provimento a agravo regimental em habeas corpus e concedeu parcialmente a ordem para determinar ao juízo de origem que: **a) proceda a nova dosimetria da pena, para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (1), em patamar a ser fixado motivadamente; e b) analise a possibilidade de abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.** Ademais, concedeu a ordem, de ofício, para revogar a prisão para execução provisória da pena decretada em desfavor da paciente, e para autorizar o juízo de origem a analisar a eventual necessidade de aplicação de medidas cautelares diversas (Informativo 940). No caso, a paciente foi condenada, em regime inicial fechado, pelos crimes previstos nos arts. 33 (tráfico de drogas) e 35 (associação ao tráfico) da Lei 11.343/2006. Prevaleceu o voto do ministro Gilmar Mendes, que foi acompanhado pelo ministro Ricardo Lewandowski. Anotou que a paciente foi condenada pelos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico juntamente com seu marido, em razão de terem sido encontrados entorpecentes em sua residência. De acordo com a sentença condenatória, testemunhas apontaram que ela somente seguia as ordens do marido, em uma relação de dependência. Ademais, a condenação, na medida em que não contemplou o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, o fez somente em razão do delito de associação para o tráfico, muito embora o cenário fosse de relação doméstica, em que a mulher é influenciada a participar do tráfico. Não há, na hipótese, verdadeira organização criminosa. **A previsão da redução de pena contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 tem como fundamento distinguir o traficante contumaz e profissional daquele iniciante na vida criminosa, bem como do que se aventura na vida da traficância por motivos que, por vezes, confundem-se com a sua própria sobrevivência e/ou de sua família. Assim, para legitimar a não aplicação do redutor é essencial fundamentação corroborada em elementos capazes de afastar um dos requisitos legais, sob pena de desrespeito ao**

princípio da individualização da pena e de fundamentação das decisões judiciais. Nesse sentido, a habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção. Não havendo prova nesse sentido, o condenado fará jus à redução de pena. Em outras palavras, **militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, nesse caso, é do Ministério Público.** Assim, considerou preenchidas as condições da aplicação da redução de pena, por se estar diante de ré primária, com bons antecedentes e sem indicação de pertencimento a organização criminosa. O ministro Ricardo Lewandowski destacou, ainda, que ela é mãe de criança menor de 12 anos, que depende de seus cuidados, o que levaria à aplicação do precedente fixado pela Turma no HC 143.641, por não se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça, tampouco cometido contra seu filho ou dependente. O ministro Edson Fachin (relator) e a ministra Cármen Lúcia votaram pela negativa de provimento ao agravo. HC 154694 AgR/SP, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 4.2.2020. (HC-154694)

V

A Segunda Turma concedeu a ordem em habeas corpus para determinar o trancamento de ação penal movida contra o paciente, denunciado pela suposta prática do crime de lavagem de capitais, em razão de haver transferido dinheiro oriundo de tráfico de drogas da Suíça para o Brasil, utilizando-se de contrato de fachada para dar aparência de licitude aos ativos em solo brasileiro. No caso, o paciente já teria sido processado e julgado na Suíça pelos mesmos fatos, o que culminou em condenação transitada em julgado e cômputo de período de encarceramento de caráter preventivo como execução antecipada da pena naquele Estado. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o fato de o crime também ter sido cometido no Brasil, uma vez que a execução e os efeitos da lavagem de dinheiro ocorreram

em território nacional, permite a persecução penal pela justiça brasileira, independentemente de outra condenação no exterior. Dessa forma, adota-se o princípio da territorialidade, nos termos do art. 5º do Código Penal (CP) (1), segundo o qual aplica-se a lei brasileira a qualquer crime cometido no Brasil. Inicialmente, a Turma reconheceu que os fatos apreciados pela justiça brasileira são coincidentes com os já analisados pelo Estado suíço. Ademais, apontou que a redação do art. 5º do CP contém a ressalva de que devem ser observados convenções, tratados e regras de direito internacional. Desse modo, deve-se cotejar a redação dos arts. 5º, 6º e 8º do CP (2) com o que dispõe a Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), a qual elenca o rol de casos em que o Estado brasileiro não concede extradição, notadamente o disposto no art. 82, V (3). O art. 100, caput, (4) do mesmo diploma legal exige a observância do princípio do ne bis in idem. A proteção ao indivíduo selada por esses dispositivos é muito cara ao direito brasileiro. Revela-se evidente garantia contra nova persecução penal pelos mesmos fatos, de modo a se consagrar a proibição de dupla persecução penal também entre países, no âmbito internacional. Por outro lado, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), assentou-se o status normativo supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, abaixo da Constituição, mas acima das leis infraconstitucionais. Portanto, consagrou-se que o controle de convencionalidade pode ser realizado sobre as leis infraconstitucionais. Assim, o CP deve ser aplicado em conformidade com os direitos assegurados na Convenção Americana de Direitos Humanos e com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Em relação à proibição de dupla

persecução penal, tais diplomas o fazem de forma expressa (CADH, art. 8.4; PIDCP, art. 14.7) (5). O STF já teve a oportunidade de se manifestar a respeito dessas regras, e, ao fazê-lo obistou o prosseguimento de processo penal quanto a fatos já julgados por jurisdição diversa (Ext 1.223). Assim, o exercício do controle de convencionalidade, tendo por paradigmas os dispositivos do art. 14.7, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do art. 8.4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, determina a vedação à dupla persecução penal, ainda que em jurisdições de países distintos. Por sua vez, o art. 8º do CP deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos. Por fim, a vedação à dupla persecução penal em âmbito internacional deve ser ponderada com a soberania dos Estados e com as obrigações processuais positivas impostas pela CIDH. Em casos de violação de tais deveres de investigação e persecução efetiva, o julgamento em país estrangeiro pode ser considerado ilegítimo, como em precedentes em que a própria CIDH determinou a reabertura de investigações em processos de Estados que não verificaram devidamente situações de violações de direitos humanos. Portanto, se houver a devida comprovação de que o julgamento em outro país sobre os mesmos fatos não se realizou de modo justo e legítimo, desrespeitando obrigações processuais positivas, a vedação de dupla persecução pode ser eventualmente ponderada para complementação em persecução interna. Contudo, neste caso concreto, não há qualquer elemento que indique dúvida sobre a legitimidade da persecução penal e da punição imposta em

processo penal na Suíça por idênticos fatos ao agora denunciado no Brasil. Dessa forma, a proibição de dupla persecução deve ser respeitada de modo integral, nos termos constitucionais e convencionais. HC 171118/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12.11.2019. (HC-171118)

VI

A Primeira Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem em habeas corpus impetrado em favor de condenado pela prática do crime de tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, para alterar para aberto o regime inicial de cumprimento da pena. O colegiado aplicou a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido da impossibilidade de fixação de regime de cumprimento de pena fechado para crime de tráfico de drogas sem a devida justificação. Observou que o único fundamento apontado pelo STJ para justificar o regime semiaberto foi o fato de ser crime de tráfico, não obstante se tratar de tráfico privilegiado e ser o réu primário, com bons antecedentes. Ou seja, a justificativa do STJ foi a de que a reprovabilidade se deu pelo delito praticado. Concluiu não se poder cancelar a fixação automática em relação ao regime semiaberto pelo simples fato de ser tráfico privilegiado. Além disso, salientou inexistir, no caso, sequer justificativa maior quanto à quantidade da droga. HC 163231/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 25.6.2019. (HC-163231)

VII

A Primeira Turma, diante de empate na votação, concedeu ordem de habeas corpus de ofício em favor de impetrante preso preventivamente em razão do porte de 887,89 gramas de maconha e R\$ 1.730,00. O ministro Roberto Barroso considerou genéricas as razões da segregação cautelar do réu, que é primário. Além disso, reconheceu como de pouca nocividade a substância entorpecente apreendida (maconha). Reputou que a prisão de jovens pelo tráfico de pequena quantidade de maconha é mais gravosa do que a eventual permanência em liberdade, pois serão fatalmente cooptados ou contaminados por uma criminalidade mais grave ao ingressarem no ambiente carcerário. Informativo 921/STF – HC 140379/RJ.

VIII-

A Segunda Turma, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus para restabelecer decisão do Juízo de primeiro grau que, em razão da ausência de justa causa, rejeitou a denúncia e determinou o trancamento de ação penal proposta contra réu acusado de importar, pela internet, 26 sementes de maconha. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve o entendimento do Tribunal Regional Federal (TRF) que reformou a decisão do juízo a quo e determinou o recebimento da denúncia para que o paciente respondesse pelo crime de tráfico internacional de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33, § 1º, I (1), c/c o art. 40, I – Vide STJ – Resp 1723739). A Turma entendeu que a matéria-prima ou insumo deve ter condições e qualidades químicas que permitam, mediante transformação ou adição, por exemplo, a produção da droga ilícita. Não é esse o caso das sementes da planta cannabis sativa, as quais não possuem a substância psicoativa THC – informativo 915 – HC 4694.

IX

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria,

indeferiu ordem de “habeas corpus” em que se discutia a ilicitude de provas colhidas mediante interceptação telefônica durante investigação voltada a apurar delito de tráfico internacional de drogas. O Colegiado afirmou que a hipótese dos autos é de **CRIME ACHADO**, ou seja, infração penal desconhecida e não investigada até o momento em que se descobre o delito. **A interceptação telefônica, apesar de investigar tráfico de drogas, acabou por revelar crime de homicídio.** Assentou que, presentes os requisitos constitucionais e legais, a prova deve ser considerada lícita. Ressaltou, ainda, que a interceptação telefônica foi autorizada pela justiça, o crime é apenado com reclusão e inexistiu o desvio de finalidade. No que se refere à JUSTA CAUSA, considerou presente o trinômio que a caracteriza: tipicidade, punibilidade e viabilidade. A **tipicidade** é observada em razão de a conduta ser típica. A **punibilidade**, em face da ausência de prescrição. E a **viabilidade**, ante a materialidade, comprovada com o evento morte, e a autoria, que deve ser apreciada pelo tribunal do júri. HC 129678/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, 13.6.2017. (HC-129678)

Fenômeno da SERENDIPIDADE (anglicismo – próprio dos ingleses - descobertas acidentais) ou ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS - É regular a investigação a partir do encontro fortuito de provas relacionadas a terceiros na interceptação telefônica, sobretudo quando, logo após a ciência do envolvimento de agentes com prerrogativa de foro, procedeu-se à remessa dos autos à autoridade

competente. STJ - AgRg no REsp 1571320/AL, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 03/03/2020

X

O Colegiado assentou que a **GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE**, apesar de não ter sido o único fundamento apontado para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, **foi isoladamente utilizada como elemento para presumir-se a participação da paciente em uma organização criminosa e, assim, negar-lhe o direito à minorante**. Ressaltou que, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a quantidade de drogas **não pode automaticamente levar ao entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminosa**. Ademais, observou que a paciente foi absolvida da acusação do delito de associação para o tráfico, tipificado no art. 35 da Lei 11.343/2006, por ausência de provas. RHC 138715/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23.5.2017. (RHC-138715)

XI

É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243,

parágrafo único, da Constituição Federal (CF). O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 647 da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão que determinou a devolução de veículo de propriedade de acusado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, sob o fundamento de que a perda do bem pelo confisco deve ser reservada aos casos de utilização do objeto de forma efetiva, e não eventual, para a prática do citado delito. Para ele, o confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, garantido pelo art. 5º, “caput” e XXII, da CF. Asseverou que o confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, da mesma forma como as demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por outros requisitos que não os estabelecidos pelo art. 243, parágrafo único, da CF. Consignou que o confisco, no direito comparado, é instituto de grande aplicabilidade aos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que “o crime não deve compensar”. Tal perspectiva foi adotada pelo constituinte brasileiro e pela República Federativa do Brasil, que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. Observou que o tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, por meio de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo poder constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro

incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Segundo o relator, o confisco previsto no art. 243, parágrafo único, da CF deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, ou seja, não se pode ler o direito de propriedade em separado, sem considerar a restrição feita a esse direito. Concluiu que a habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, “in casu”, da droga, não é pressuposto para o confisco de bens nos termos do citado dispositivo constitucional.

Posicionamento vencido: Deve prevalecer a regra constitucional da proibição do confisco, observados, ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No caso, para ser confiscado, seria necessário provar que o **veículo teria sido destinado integralmente para a prática do delito**. Além disso, considerou que o parágrafo único do art. 243 não é um dispositivo independente, mas deve ser lido em harmonia com o seu “caput”, o qual diz respeito apenas a propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei. O ministro Marco Aurélio, de igual modo, emprestou ao parágrafo único do citado artigo a disciplina de simples acessório, a remeter, necessariamente, a bens encontrados na propriedade objeto de expropriação. RE 638491/PR, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 17.5.2017. (RE-638491)

XII

A Turma asseverou que **o condenado não reincidente, cuja pena**

seja superior a 4 anos e não exceda a 8 anos, tem o direito de cumprir a pena corporal em regime semiaberto, segundo o art. 33, § 2º, “b”, do CP, caso as circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo diploma lhe sejam favoráveis. Ademais, pontuou não haver fundamentação idônea necessária para a imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso – Enunciados 718 (4) e 719 (5) da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Por fim, salientou que não cabe ao STJ revolver fatos e provas para, analisando a quantidade e a qualidade de droga, impor ao réu regime prisional mais gravoso. HC 140441/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28.3.2017. (HC-140441).

XIII

A Segunda Turma denegou a ordem de “habeas corpus” em que se pretendia afastar a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006 em condenação por tráfico de drogas realizado nas imediações de estabelecimento prisional. Salientou que a aplicação da referida causa de aumento se justifica quando constatada a comercialização de drogas nas imediações de estabelecimentos prisionais, sendo irrelevante se o agente infrator visa ou não aos frequentadores daquele local. HC 138944/SC, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 21.3.2017. (HC-138944)



O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a autoridade policial pode lavrar Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) e requisitar exames e perícias em caso de flagrante de uso ou posse de entorpecentes para consumo próprio, desde que ausente a autoridade judicial. Por maioria de votos, o colegiado julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3807, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol-Brasil) contra dispositivos da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

Na sessão virtual encerrada em 26/6, a maioria dos ministros acompanhou o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, que explicou que, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 48 da Lei de Drogas, a autoridade policial, em relação a quem adquirir, guardar ou transportar droga para consumo pessoal, pode lavrar o flagrante e tomar as providências previstas na lei "se ausente a autoridade judicial". Segundo a relatora, presume-se que, presente a autoridade judicial, cabe a ela a adoção dos procedimentos, até mesmo quanto à lavratura do termo circunstanciado. Em qualquer dos casos, é vedada a detenção do autor. Essa interpretação, a seu ver, é a que mais se amolda à finalidade dos dispositivos, que é a despenalização do usuário de drogas.

De acordo com o procedimento previsto na norma, o autor do crime deve, de preferência, ser encaminhado diretamente ao juízo competente, se disponível, para que ali seja lavrado o termo circunstanciado de ocorrência e requisitados os exames e perícias necessários. Esse procedimento, segundo a ministra, afasta a possibilidade de que o usuário de drogas seja preso em flagrante ou detido indevidamente pela autoridade policial. "As normas foram editadas em benefício do usuário de drogas, visando afastá-lo do ambiente policial quando possível e evitar que seja indevidamente detido pela autoridade policial", destacou.

A ministra ressaltou ainda que, ao contrário do que alegado pela Adepol, o dispositivo não atribuiu ao órgão judicial competências de polícia judiciária, pois a lavratura de TCO não configura ato de investigação, mas peça informativa, com descrição detalhada do fato e as declarações do condutor do flagrante e do autor do fato.

Ressalva: Os ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes acompanharam a relatora, com a ressalva de que, do ponto de vista constitucional, a lavratura do termo circunstanciado pela autoridade judicial não é medida preferencial em relação à atuação da autoridade policial, mas, na prática, medida excepcional.

Repartição de competências: Único a divergir, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido e pela inconstitucionalidade da norma. Para ele, a lavratura do termo circunstanciado compreende atividade investigatória privativa dos delegados de polícia judiciária, e delegá-la a outra autoridade viola a repartição de competências prevista na Constituição Federal.

SP/AS//CF

Leia mais

13/10/2006 - [Delegados de Polícia pedem inconstitucionalidade do Sisnad](#)

Processos relacionados
[ADI 3807](#)

“Dai-me forças, DEUS TODO PODEROSO, para que saia do cipoal da jurisprudência com o juízo inteiro e sem quebra a crença de que o direito é uma ciência.” (PLINIO BARRETO, Diário de São Paulo, 22/07/44).