

JOSÉ PAULO **BALTAZAR JUNIOR**

CRIMES FEDERAIS

16ª edição

Revista, ampliada
e atualizada

2027

Tráfico Transnacional de Drogas

(Lei 11.343/06)

1. NOÇÃO

Até 1976, os crimes relativos a drogas estavam previstos no art. 281 do CP. Em 1976 foi publicada a primeira lei específica (Lei 6.368), substituída em 2002 pela Lei 10.409.

Atualmente a matéria é objeto da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, que entrou em vigor 45 dias após a sua publicação, como disposto em seu art. 74, e revogou expressamente, por seu art. 75, tanto a Lei 6.368/76, que a antecedeu, como a morta-viva Lei 10.409/02, que já veio ao mundo mutilada por extensos vetos. Assim como as antecedentes, não é uma lei exclusivamente penal, o que resulta claro da leitura da ementa e de seu art. 1º, assim redigido: “Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes”. O SISNAD, que deverá atuar em conjunto com o SUS e o Sistema Único de Assistência Social, é o: “conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios” (Lei 11.343/06, art. 1º, §§ 1º e 2º).

A nova lei está dividida em seis títulos, que tratam, respectivamente: das disposições preliminares; do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD); das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes; dos crimes e das penas; da cooperação internacional e das disposições finais.

O Brasil tem posição estratégica importante no controle do tráfico ilícito de drogas, consideradas suas grandes dimensões, as extensas fronteiras com países produtores de cocaína (Bolívia, Colômbia, Peru) e maconha (Paraguai) em larga escala, bem como a existência de transportes fluviais, marítimos e aéreos organizados tanto com centros produtores quanto consumidores. Além de passagem para os grandes centros consumidores e fornecedor de produtos químicos para o refino, o Brasil também é considerado um grande mercado consumidor. Por todos esses motivos, há uma grande massa de casos judiciais sobre o tema, que é da maior importância prática.

1.1. Nomenclatura

A lei atual adotou a expressão “*drogas*” para definir o objeto material dos delitos em questão, sendo assim consideradas: “as substâncias ou os produtos capazes de causar

dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (art. 1º, parágrafo único). Resta abandonada, então, a distinção feita pela lei revogada entre *entorpecentes* e outras drogas, de resto pouco relevante do ponto de vista jurídico.

Outra modificação introduzida pela Lei 11.343/06 foi a designação *transnacional* para o tráfico que ultrapassa as fronteiras de mais de um país, enquanto a lei anterior o qualificava de *internacional*. A inspiração para a alteração proveio da distinção apontada pela doutrina entre *crimes internacionais*, assim entendidos aqueles previstos em tratados internacionais ou aceitos pelo costume internacional, tais como genocídio, crimes contra a humanidade, escravidão ou terrorismo, e *crimes transnacionais*, definidos como aqueles crimes comuns que apresentam um elemento transnacional, que atravessa fronteiras, embora não estejam previstos ou sejam reconhecidos como crimes pelo direito internacional, sem embargo da utilização de normas de direito internacional para definição da competência ou cooperação internacional (Paust: 18).

1.2. Combinação de Leis

O STJ sumulou, no verbete 501, o seguinte entendimento sobre o tema:

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.

No mesmo sentido: STF, RE 600817, Lewandowski, Pl., m., 7.11.13; STJ, REsp 1117068, Vaz, 3ª. S., 26.10.11, Temas 190 e 191).

1.3. Extraterritorialidade

Ao tráfico transnacional aplica-se a lei brasileira (TFR, AC 7689, C. Scartezzini, 3ª T., u., DJ 5.3.87). O mesmo vale para aquele cometido no exterior, sendo caso de extraterritorialidade da lei penal nacional, nos termos do art. 7º, II, *a*, do CP.

Não há impedimento, porém, à extradição do estrangeiro que tenha praticado atos de tráfico no Brasil e na Suíça, sem que tenha sido iniciada, aqui, a persecução penal (STF, Ext. 571, Mello, Pl., u., 16.6.93).

Mais que isso, o caso é de *competência internacional concorrente* (Convenção Única de Nova Iorque [D. 54.216/64, art. 36, II, *a*], de modo que é possível o deferimento de extradição, quando o resultado deveria ocorrer no território do Estado requerente (STF, Ext. 330, Leitão de Abreu, Pl., m., 20.3.75; STF, Ext. 375, Mayer, Pl., u., 19.12.79), mesmo que o acusado tenha sido condenado no Brasil pelos mesmos fatos, ficando o cumprimento da extradição sujeito às regras dos arts. 89 e 67 do EE (STF, Ext. 1127, Direito, Pl., u., 23.10.08).

Não assim, porém, quando os atos não se deram, nem sequer em parte, no território estrangeiro, mas integralmente no Brasil (STF, Ext. 442, Mayer, Pl., u., 28.5.96).

2. BEM JURÍDICO

O bem jurídico protegido é a saúde pública (STF, HC 74.287-4, Corrêa, 2ª T., u., DJ 10.12.99; Greco Fº: 83), tratando-se, em sua maioria, de crimes de perigo abstrato. Bem por isso, critica-se a incriminação das condutas praticadas pelo usuário, que são objeto do art. 28 da lei atual, ao argumento de que, sendo o bem jurídico protegido a saúde pública, não restaria ofendido pelo usuário, que somente prejudica a si mesmo. O contra-argumento é que a saúde de cada cidadão integra a saúde pública.

A questão é complexa e merece, evidentemente, muita discussão. No entanto, sem a pretensão de apontar solução, apenas destaco que, se é verdade que a drogadição pesada pode levar à perda dos laços sociais e familiares, à violência e ao abandono de qualquer atividade produtiva, transformando-se em verdadeira tragédia pessoal e para aqueles que estão próximos, também é certo que há casos de usuários de drogas leves que não chegam a tal ponto, em relação aos quais talvez seja exagerado o tratamento penal proposto. Nota-se, atualmente, um discurso de satanização das drogas ilícitas, que não alcança, no mesmo grau, o alcoolismo e o tabagismo, práticas danosas à saúde, mas aceitas socialmente. No entanto, o alcoolismo é fator presente em muitos casos de violência doméstica, de homicídios, de acidentes do trânsito e de trabalho, e, assim como o tabagismo, é responsável por grande volume de gastos públicos em decorrência das complicações de saúde, acarretados pelo uso continuado. Para uma visão crítica sobre o tema: Reghelinn: 2002; Karam: 1996; Karam-b: 2006.

O art. 2º da lei atual, ao proibir as drogas, bem como o plantio, cultura e colheita de vegetais e substratos que permitam sua produção, ressalva expressamente as plantas de uso estritamente ritualístico-religioso, bem como a produção com fins medicinais ou científicos, desde que expressamente autorizada pela autoridade sanitária. O mencionado art. 2º faz remissão ao art. 32 da Convenção de Viena sobre Psicotrópicos, de 1971, do seguinte teor:

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

É o caso do “ayahuasca”, fruto do cozimento de plantas amazônicas e utilizado, originalmente, por indígenas (Facundes: 186). Registro, à propósito, que a Suprema Corte dos EUA já admitiu a legalidade da utilização da substância em rituais religiosos (Gonzales vs. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, 546 U.S. (2006).

Quanto à utilização para fins medicinais ou científicos, há duas posições.

Para a primeira não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à autoridade sanitária AN-VISA, a quem cabe regulamentar o procedimento de avaliação técnica e os requisitos para utilização (STJ, AgRg-RHC 155610, Noronha, 5ª. T., 10.5.22).

Para a segunda a omissão da administração em regulamentar tal conduta abre espaço à autorização pelo Poder Judiciário, quando houver indicativo médico da necessidade da medida, ainda que atestado por médico particular, de modo a permitir, por exemplo, a importação de sementes de maconha ou o cultivo doméstico (STJ, AgRg-RHC 153768, Vaz, 6ª. T., 28.6.22; STJ, RHC 123402, Fonseca, 5ª. T., 23.3.21; STJ, REsp 1972092, Schietti, 6ª. T., 14.6.22).

Sobre o tema, o STJ veio a decidir IAC nos seguintes termos:

(I) Nos termos dos arts. 1º, parágrafo único, e 2º, caput, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), não pode ser considerado proscrito o cânhamo industrial (Hemp), variedade da Cannabis com teor de Tetrahydrocannabinol (THC) inferior a 0,3%, porquanto inapto à produção de drogas, assim entendidas substâncias psicotrópicas capazes de causar dependência; (II) De acordo com a Convenção Única sobre Entorpecentes (Decreto n. 54.216/1964) e a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), compete ao Estado brasileiro estabelecer a política pública atinente ao manejo e ao controle de todas as variedades da Cannabis, inclusive o cânhamo industrial (Hemp), não havendo, atualmente, previsão legal e regulamentar que autorize seu

emprego para fins industriais distintos dos medicinais e/ou farmacêuticos, circunstância que impede a atuação do Poder Judiciário; (III) À vista da disciplina normativa para os usos médicos e/ou farmacêuticos da Cannabis, as normas expedidas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (Portaria SVS/MS n. 344/1998 e RDC n. 327/2019) proibindo a importação de sementes e o manejo doméstico da planta devem ser interpretadas de acordo com as disposições da Lei n. 11.343/2006, não alcançando, em consequência, a variedade descrita no item I (cânhamo industrial - Hemp), cujo teor de THC é inferior a 0,3%; (IV) É lícita a concessão de autorização sanitária para plantio, cultivo, industrialização e comercialização do cânhamo industrial (Hemp) por pessoas jurídicas, para fins exclusivamente medicinais e/ou farmacêuticos atrelados à proteção do direito à saúde, observada a regulamentação a ser editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e pela União, no âmbito de suas respectivas atribuições, no prazo de 06 (seis) meses, contados da publicação deste acórdão; e (V) Incumbe à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e à União, no exercício da discricionariedade administrativa, avaliar a adoção de diretrizes destinadas a obstar o desvio ou a destinação indevida das sementes e das plantas (e.g. rastreabilidade genética, restrição do cultivo a determinadas áreas, eventual necessidade de plantio indoor ou limitação quantitativa de produção nacional), bem como para garantir a idoneidade das pessoas jurídicas habilitadas a exercerem tais atividades (e.g. cadastramento prévio, regularidade fiscal/trabalhista, ausência de anotações criminais dos responsáveis técnicos/administrativos e demais empregados), sem prejuízo de outras medidas para preservar a segurança na respectiva cadeia produtiva e/ou comercial. (REsp 2024250, Regina Costa, 1ª. S., 13.11.24, IAC 16)

3. SUJEITO ATIVO

Os crimes da Lei 11.343/06 são comuns, com exceção daquele do art. 38, que é próprio de médico ou odontólogo, embora a redação atual, ao contrário daquela do art. 15 da lei anterior, não seja expressa ao enumerar os sujeitos ativos.

4. SUJEITO PASSIVO

É a coletividade (Greco Fº: 85). Ou seja, o sujeito passivo do crime de tráfico não é aquele para quem se vende ou o usuário, mas sim a coletividade como um todo, até porque o bem jurídico protegido é a saúde pública, como já dito.

5. CONSUMO PESSOAL (ART. 28)

5.1. Noção

A lei atual modificou radicalmente o tratamento dispensado ao usuário e ao dependente de drogas, como revela a própria ubicação do delito que a eles se refere, inserido em um capítulo (III) do Título III, que trata das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, enquanto a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas é objeto do Título IV. Tenho, porém, que não houve descriminalização das condutas praticadas para consumo pessoal, como revela o título do capítulo III, bem como a possibilidade de imposição de penas (art. 28, *caput*), ainda que não tenham essas naturezas de privação da liberdade, até porque tais medidas são aplicadas em procedimento penal, por um juiz criminal (Sampaio: 2). Nesse sentido, afirmando ter ocorrido mera *despenalização*, mas não *descriminação*, e negando, ainda, a natureza de infração penal “*sui generis*”, para o crime ora comentado: STF, RE 430105, Pertence, 1ª T., u., 13.2.07; STJ, REsp 872153, Vaz, 5ª T., u., 26.6.07; STJ, HC 447338, Dantas, 5ª. T., 21.8.18; STJ, HC 465535, Paciornik, 5ª. T., 26.2.19.

O STF reconheceu em 2011 a repercussão geral da questão da constitucionalidade da incriminação pelo art. 28, tendo sido fixadas as seguintes teses no julgamento de mérito:

1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário. (RE 635.659, Mendes, Pl., 26.6.04, Tema 506).

No mesmo sentido: STJ, HC 478757, Fischer, 5ª. T., 5.2.19; STJ, AgRg-HC 475304, Fonseca, 5ª. T., 12.3.19.

5.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa, sendo admitido o concurso de agentes, sob as formas de coautoria e participação (STJ, REsp. 168.298, Carvalhido, 6ª T., u., DJ 24.9.01).

Sobre a possibilidade de responder o usuário ou dependente pelos crimes do Tít. IV, ver o item Sujeito Ativo nos comentários ao art. 33.

5.3. Tipo Objetivo

Foram mantidos os verbos nucleares da antiga redação, que eram *adquirir*, *guardar* e *trazer consigo*, e acrescidas as condutas de *ter em depósito* e *transportar*, previstas na redação anterior apenas para o tráfico, no revogado art. 12. A nova lei substituiu ainda a expressão *uso próprio* por *consumo pessoal* o que, todavia, não parece ter maiores consequências.

A conduta de *consumir segue atípica*, como na disciplina anterior, muito embora quem consumiu tenha, antes muito provavelmente, praticado alguma das condutas incriminadas.

É atípica a conduta da importação de pequena quantidade de sementes, seja por falta de previsão legal da conduta importar, seja porque as sementes não contêm o princípio ativo

da droga (STF, HC 142987, Mendes, 2ª. T., 11.9.18; STF, HC 144161, Mendes, 2ª. T., 11.9.18; STJ, AgRg-REsp 1658928, Moura, 6ª. T., 5.12.17; STJ, EREsp 1624564, Vaz, 3ª. S., 14.10.20; STJ, RHC 115605, Dantas, 3ª. S., 14.10.20; STJ, RHC 123402, Fonseca, 5ª. T., 23.3.21).

5.3.1. Semeadura, Cultivo ou Colheita para Uso Pessoal

A Lei 11.343/06 introduziu, no regime do delito do usuário (art. 28, § 1º), as condutas daquele que *semeia*, *cultiva*, ou *colhe*, para uso pessoal. Foi resolvido assim o problema daquele usuário que plantava pequena quantidade de maconha em vasos ou no quintal da residência, sem finalidade de venda, que não encontrava previsão expressa no art. 16 da lei revogada.

5.3.2. Princípio da Insignificância

À luz do texto anterior, era consolidada a posição do STF no sentido de que a pequena quantidade de droga não descaracterizava o crime do art. 16 da Lei 6.368/76; (HC 82.324-6, M. Alves, 1ª T., u., DJ 22.11.02; RHCs 51.235 e 45.973; HCs 68.516, 69.806, 71.638 e 74.661; HC 81.734, Sanches, 1ª T.; HC 81.641-0, Sanches, 1ª T., u., 4.4.03).

No mesmo sentido vem decidindo o STJ, com base nos seguintes argumentos: a) o delito é de perigo presumido ou abstrato; b) a aplicação do princípio da insignificância não pode ter por efeito a descriminação de uma conduta, de forma genérica, o que aconteceria no caso, pois ninguém adquire, guarda ou traz consigo drogas em grande quantidade, para consumo pessoal; c) a resposta penal é proporcional, pois o delito era apenado com detenção e apenas em casos excepcionais, e por regressão, poderia ser aplicada PPL em regime fechado (AREsp 56002, Vaz, 5ª T., u., DJ 1º.3.12; EDcl-AgRg-HC 676320, Paciornik, 5ª. T., 26.10.21; AgRg no RHC 160581, Dantas, 5ª. T., 15.3.22; AgRg-HC 672659, Noronha, 5ª T., 24.5.22; AgRg-RHC 165570, Vaz, 6ª. T., 14.6.22).

Não há razão para modificação do entendimento majoritariamente adotado no quadro atual, em que, aliás, o argumento da proporcionalidade se vê reforçado pela impossibilidade absoluta de aplicação de pena privativa de liberdade. Já foi, aliás, aplicado referido entendimento na vigência da Lei 11.343/06 (STF, HC 91759, Direito, 1ª T., u., 9.10.07).

Mais recentemente, o STF vem admitindo a aplicação do princípio da insignificância (STF, HC 92961, 2ª T., u., 11.12.07), como no caso em que assim se decidiu a fim de limitar a sanção do usuário militar à mera exclusão das fileiras das Forças Armadas (STF, HC 94524, Grau, 2ª T., m., 24.6.08). Registro que foi reconhecida repercussão geral na matéria, com a seguinte descrição: “Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada” (RE 635659).

5.4. Tipo Subjetivo

O traço distintivo entre os arts. 28 e 33 reside, principalmente, no elemento subjetivo do tipo, exigido naquele, e revelado pela expressão *para consumo pessoal*, enquanto para este é suficiente o dolo, desacompanhado de qualquer fim específico (STJ, REsp. 282.728, Fischer, 5ª T., u., DJ 16.12.02), o que não foi alterado com o advento da Lei 11.343/06 (STJ, REsp. 846481, Fischer, 5ª T., u. 6.3.07).

A finalidade de *consumo pessoal* deve ser verificada no caso concreto. Na disciplina da nova lei a autoridade deverá justificar a classificação do delito por ocasião do relatório do inquérito (art. 52, I), ou seja, somente quando entender que o crime não é do art. 28, caso em que não haverá inquérito, mas apenas termo circunstanciado (art. 48, § 2º).

O § 2º do art. 28, dispõe que: “Para determinar se a droga se destinava 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”. Elogiável o texto, que determina sejam levadas em conta não só as circunstâncias da prisão, mas também as circunstâncias sociais e pessoais do agente. De registrar que o dispositivo não impede que o juiz leve em conta outros dados relevantes para a correta classificação do delito.

Como se vê, o texto atual estabelece que a classificação incumbe ao *juiz*, enquanto o texto anterior mencionava, genericamente, a *autoridade*, e não o juiz, como responsável pela classificação. A atual redação deve ser lida em conjunto com o § 2º do art. 48, que veda a prisão em flagrante do usuário, o qual deverá ser apresentado ao juiz, ou deverá assumir o compromisso de apresentar-se. Se a autoridade policial não deverá lavrar o auto de prisão em flagrante, mas, ao contrário, apresentar o preso imediatamente à autoridade policial, caberá ao juiz definir se o caso é o do crime do art. 28 ou do art. 33. O objetivo da apresentação imediata e da inexistência de flagrante devem ser compreendidos dentro da linha, que informa a nova lei, de evitar a estigmatização do usuário, ao qual não pode ser imposta, em nenhuma hipótese, medida de privação da liberdade, de modo que também não cabe prisão em flagrante (STF, HC 92961, Grau, 2ª T., u., 11.12.07). Pretende-se, também, evitar a concussão por parte de policiais, que não é fato raro, em especial quando o usuário surpreendido é de classe média ou alta. De todo jeito, caberá à autoridade policial fazer uma primeira apreciação e classificação do caso, atendendo aos mesmos critérios, a qual será, posteriormente, objeto de reapreciação judicial, por ocasião da apresentação ou da comunicação do flagrante, conforme o caso.

Sendo assim, o fato de ser pequena a quantidade não impede, necessariamente, a configuração do delito de tráfico, se assim indicarem outras circunstâncias (STF, HC 71.073-5, Rezek, 2ª T., 4.8.95). Esse último entendimento me parece acertado, pois o transporte de pequenas quantidades pode ser utilizado justamente como estratégia para tentar descaracterizar o tráfico. Além disso, se a pequena quantidade, por si só, fosse suficiente para tal fim, o pequeno vendedor varejista ou *vapor* ficaria imune às penas do art. 33.

No entanto, não foi reconhecida a condição de usuário, atualmente prevista no art. 28, quando “os réus-recorridos foram detidos com 1,840 Kg de cocaína” (STJ, REsp. 282.728, Fischer, 5ª T., u., DJ 16.12.02).

Foi afastada também a tese da desclassificação para o delito do usuário nos precedentes assim descritos, nos quais levam-se em conta outros fatores, além da quantidade:

a) do réu “flagrado com 109 porções de crack, além de valores em espécie, em local notoriamente conhecido como ponto de comercialização de entorpecentes” (STJ, AgRg-HC 971483, Schietti, 6ª. T., 25.11.25);

b) droga fracionada e acompanhada de instrumentos típicos da traficância (STJ, AgRg-RHC 221710, Brandão, 6ª. T., 17.12.25);

c) droga encontrada oculta em veículo (STJ, AgRg-AREsp 3144372, Azulay, 5ª. T., 5.5.26).

5.5. Penas

No novo regime, não há possibilidade de imposição de PPL ao usuário de drogas, sendo a regra mais favorável e, portanto, aplicável mesmo aos fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor (STJ, HC 93807, Maia, 5ª T., u., 11.3.08). Em primeira linha, o agente resta

submetido às seguintes penas, nos termos do art. 28: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Em caso de recusa injustificada ou recalcitrância, poderá o juiz submeter o agente, de forma sucessiva, à admoestação verbal ou multa, como previsto no § 6º do mesmo artigo. Inovação de relevo, ainda, é a possibilidade de cominação isolada ou cumulativa das referidas penas (art. 27), conforme decisão judicial.

Embora a imposição indiscriminada de pena privativa de liberdade não represente, evidentemente, solução para o usuário ou drogadito, é criticável, na nova lei, a impossibilidade total de imposição de medida coercitiva, ainda que como último recurso. Isso porque, em muitos casos, a admoestação não surtirá qualquer efeito e a multa, a ser executada como dívida de valor, nos termos do art. 51 do CP, não representa muito caso o usuário não tenha bens executáveis, o que não será nenhuma raridade. Com isso, foi colocado o magistrado no risível papel de admoestar, sem ter meios para garantir a autoridade de sua decisão e, sucessivamente (Oldoni: 114), impor uma multa de difícil execução. Em suma, a decisão sobre o cumprimento ou não das medidas resulta nas mãos do próprio apenado, o que é contraditório com a ideia de pena e do próprio direito como ordem de coerção. Nesse sentido: Guimarães: 121-125; Silva: 8.

O efeito prático da nova lei é, então, de descriminalização da conduta, pela falta de apenamento, pois somente os usuários mal defendidos ou que tenham patrimônio para responder pela multa cumprirão alguma penalidade. Aquilo que não se logrou aprovar, de modo claro, no Congresso Nacional, virá como efeito da inexistência de coercitividade das penas.

Outra inovação da Lei 11.343/06 em matéria de pena é a inexistência de um mínimo legal para os usuários e dependentes, estando previsto apenas um limite máximo de cinco meses (art. 28, § 3º), que é dobrado em caso de reincidência (art. 28, § 4º). Como a lei não refere reincidência no mesmo crime, parece que fica aumentado o limite máximo em caso de reincidência pura e simples, utilizando-se, para tanto, o conceito do CP, art. 63. Sendo assim, a pena poderá limitar-se à advertência enquanto a PSC, e o comparecimento a programa ou curso educativo poderá durar desde uma hora ou um dia até cinco meses. Em outras palavras, a pena poderá ser o comparecimento a uma palestra, para o usuário eventual de droga leve, e a participação em curso, para um usuário contumaz de drogas pesadas.

A PSC poderá ser fixada em número de horas, em dias, semanas ou meses, obedecendo, em qualquer caso, a regra de que não deverá prejudicar a jornada normal de trabalho (CP, art. 46, § 2º). A outra particularidade é o local da prestação dos serviços, já que a pena, de acordo com o § 5º do art. 28: “será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas”.

Por fim, também a pena de multa é consideravelmente menor em relação aos demais crimes, variando de 40 a 100 dias-multa, no valor de um trinta avos até 3 salários mínimos (art. 29).

5.6. Ação Penal

5.6.1. Competência

A competência para o julgamento dos crimes de drogas para consumo próprio já era do JEC, em razão da publicação da Lei 11.313/06, que modificou a redação do art. 61 da Lei 9.099/95, a qual passou a considerar “infrações penais de menor potencial ofensivo, para os

efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”, independentemente de a infração possuir rito especial (STJ, HC 866.341, Fischer, 5ª T., u., 10.10.06).

Qualquer dúvida que pudesse haver na matéria foi dirimida com o advento da Lei 11.343/06, cujo art. 48, §§ 1º a 5º, estabelece expressamente a aplicabilidade da competência e do rito da Lei 9.099/95 ao delito do art. 28 da nova Lei Antidrogas, ressalvadas as hipóteses de concurso de crimes (STJ, REsp. 882502, Dipp, 5ª T., u., 5.12.06).

A competência será, igualmente, do JEC, no caso do delito de fornecimento gratuito para consumo em conjunto (Lei 11.343/06, art. 33, § 3º), pois a pena é inferior ao limite dado pelo art. 61 da Lei 9.099/95, embora a lei não o diga expressamente.

Como a competência do JEC tem sede constitucional, eventual conexão não determinará unidade de processo e julgamento (STJ, REsp. 883863, Dipp, 5ª T., u., 19.4.07), de modo que acaba por ser inaplicável a determinação, contida no § 1º do art. 48 da Lei 11.343/06, que ressalva a aplicação da Lei 9.099/95 para os casos em que haja “concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei”. Quer parecer, ainda, que a previsão legal somente poderia se referir a casos em que haja concurso de crimes, e não mero concurso de agentes, pois não é possível o concurso, pelo mesmo agente, em razão dos crimes dos arts. 28 e 33, que são logicamente incompatíveis, ainda que o traficante seja, também, usuário, caso em que o delito do art. 28 restará absorvido.

O juizado especial competente é o estadual e não o federal (STJ, RHC 15232, Dipp, 5ª T., 18.3.04).

É constitucional o § 3º do art. 48 da Lei de Drogas, que atribui à autoridade judiciária a lavratura de termo circunstanciado, bem como a requisição de perícias (STF, ADI 3.807, C. Lúcia, Pl., DJ 13.8.20).

Em caso de desclassificação do crime de tráfico para o delito cometido com finalidade de consumo pessoal, a competência deve ser declinada para a JE (STJ, CC 144910, Fonseca, 3ª S., 13.4.16).

5.6.2. Medidas Despenalizadoras

A transação penal é possível, em função da Lei 11.313/06, que modificou a redação do art. 61 da Lei 9.099/95 (STJ, HC 866.341, Fischer, 5ª T., u., 10.10.06). Também o é a suspensão condicional do processo (STJ, HC 162807, Vaz, 5ª T., 8.5.12).

6. ART. 33

6.1. Sujeito Ativo

O delito admite *coautoria* ou *participação*, respondendo o agente que de outra forma contribuiu para o fato, ainda que não tenha praticado a conduta descrita no verbo nuclear do tipo, como o transporte da droga, não sendo exigida a posse direta para o reconhecimento do delito (STJ, AgRg-HC 955885, Teixeira, 5ª T., 26.2.25; STJ, AgRg-AREsp 2637390, Reis, 6ª T., 13.5.25).

Assim, em relação ao transportador, é irrelevante o questionamento sobre a propriedade da droga apreendida ou sobre o fato de ter mantido o objeto do crime em depósito. Mais que isso, embora deva ser apenado mais severamente o proprietário e empreendedor, o transportador, ou *mula*, não tem direito subjetivo à fixação da pena no mínimo legal, devendo essa ser fixada conforme as circunstâncias do caso concreto

Nessa linha, é típica a conduta:

a) daquele que tem em depósito sob a vigilância de terceiro ou exerce a *posse indireta* da droga, ainda que não esteja no local no momento da prisão em flagrante do coautor que tinha a posse direta (TRF3, AC 20016102007237-0, Ramza, 5ª T., u., 19.6.06; TRF4, AC 95.04.40590-8, Darós, 2ª T., u., DJ 24.4.96);

b) de quem *remete* a droga pelos correios, transportador ou *courier*, embora transporte ou traga consigo a droga pessoalmente (TRF4, AC 20037003002126-4, Hirose, 27.4.04);

c) dos tripulantes do veículo *batedor* de um outro em que a droga era transportada (STJ, AgRg-HC 851073, Paciornik, 5ª. T., 4.3.24);

d) do preso “fundada no transporte de entorpecente por visitante que pretendia ingressar em unidade prisional” que “não decorre de responsabilidade objetiva pelo simples vínculo parental com a visitante, mas da comprovação de sua coautoria e da posse indireta da substância, pois detinha domínio do fato e poder de decisão sobre a ocorrência e o modo de execução da conduta típica” (STJ, HC 1084122, Caldas, 5ª. T., 24.6.26).

No mesmo sentido, destacando fundamentadamente a perspectiva de gênero: STJ, HC 1015412, Schietti, 6ª. T., 19.5.26.

A *mera ciência* não equivale à participação, nem tem o particular o dever de comunicar fato ilícito, de modo que a mulher do autor não responde pelo crime, embora tivesse ciência da atividade de tráfico praticada pelo marido (TRF1, AC 9601037381, Tourinho, 3ª T., u., DJ 9.9.96).

Não implica absolvição por falta de prova de autoria o mero fato de não terem sido encontrados com o agente os tíquetes de bagagem, em especial quando se pode chegar à conclusão sobre a propriedade das malas que continham a droga por outros elementos, como a anotação, contida no verso do cartão de embarque, com os números de despacho das malas que continham as drogas (TRF3, AC 95030134340, Gilberto Jordan, 1ª T., u., 25.3.97).

6.1.1. Usuário ou Dependente

O fato de ser o agente usuário ou dependente não impede que responda pelo crime de tráfico, previsto atualmente no art. 33 da Lei Antidrogas, quando a quantidade e outras circunstâncias indicarem que a droga não era destinada ao consumo próprio (STF, HC 69.806, Mello; STF, HC 73.197-0, Corrêa, 2ª T., 2.4.96; STF, HC 74.420-6, Mello, 1ª T., 29.10.96; STJ, AgRg-HC 869890, Fonseca, 5ª. T., 30.11.23; STJ, AgRg-AgRg-AREsp 2612974, Paciornik, 5ª. T., 27.11.24).

6.2. Tipo Objetivo

O art. 33 da lei atual corresponde ao antigo art. 12 da Lei 6.368/76. Há duas alterações de relevo na atual redação. A primeira é o aumento da pena mínima, que me parece excessiva para o pequeno traficante, o que é, no entanto, relativizado pelo disposto no § 4º. A segunda é a criação de um dispositivo autônomo para o fornecimento gratuito (art. 33, § 3º), a ser comentado adiante.

6.2.1. Condutas

Importar é trazer droga do exterior para dentro do Brasil. Não se exige, para a configuração da modalidade, que o agente tenha trazido a droga pessoalmente (TRF3, AC 20046000007940-0, Ramza, 5ª T., u., 21.8.06).

Exportar é levar a substância para o exterior.

Remeter é enviar, seja por via postal (STJ, REsp. 162009, 6ª T., u., 18.5.00, por serviço de encomenda de empresa de transporte, ou por terceiro contratado para o transporte, conhecido por “mula” (TRF4, AC 20037003002126-4, Hirose, 27.4.04). Característica dessa conduta é que o agente não traz consigo ou transporta a droga, o que deixa claro que o tipo não exige posse direta.

Preparar consiste em deixar a droga pronta para consumo, por composição ou decomposição química, diluindo a cocaína para injetar, por exemplo.

Produzir e fabricar são verbos assemelhados, consistindo em dar existência, criar, diferenciando-se apenas porque no segundo há um processo mecânico ou industrializado (Menna Barreto: 70), enquanto no primeiro os componentes já existem. Na verdade, ambas as condutas poderiam ser tipificadas como preparar, mas o legislador elaborou um tipo abrangente, que não deixa margem a dúvidas (Greco Fº: 87). Não se caracteriza o fabrico quando o equipamento apreendido se limita a possibilitar a separação e venda parcelada da droga (TRF1, AC 199901000162979, Ribeiro, 4ª T., u., 20.2.01).

Adquirir é comprar, conduta pela qual responde aquele que, sem transportar ou ter consigo, acerta preço, quantidade e qualidade da droga, a ser trazida por terceiro (TRF4, AC 20027108006032-9, Germano, 7ª T., u., DJ 28.5.03).

Vender é fechar um negócio de compra e venda.

Expor à venda é fazer oferta pública, de modo expresso ou tácito. Diferencia-se da conduta *vender* porque quem expõe à venda não vende necessariamente, de modo que o mero oferecimento já constitui o crime, ainda que não tenha ocorrido venda efetiva.

Ter em depósito é manter, armazenar, conservar ou reter à disposição a substância, por conta própria. Pelos riscos que acarreta o comércio da mercadoria ilícita, é comum que o traficante não tenha a droga consigo, mas a mantenha depositada em local seguro.

A modalidade foi reconhecida no caso do agente “que, no momento dos fatos, se encontrava em local considerado ponto de tráfico, tendo ido buscar a droga após a solicitação de compra” (STF, HC 81970-2, Ellen, 1ª T., u., DJ 30.8.02).

Guardar é armazenar, ter sob vigilância ou cuidado, *em favor de terceiro* (Fragoso, 1988: 262).

No sentido de que são equivalentes as condutas de guardar e ter em depósito: Thums, Pacheco: 70.

Transportar é levar de um lugar para outro, dentro de um veículo, por exemplo (TRF4, AC 9704742770, Rosa, 1ª T., u., 28.4.98), sendo a intenção do legislador alcançar aqueles casos em que a única conduta evidenciada é o transporte, fase intermediária e necessária para o comércio (TRF4, AC 97.04.23076-1, Escobar, 2ª T., u., DJ 10.9.97). A modalidade foi reconhecida no caso de “transporte em ônibus de linha de caixas contendo frascos de lança-perfume” (TRF4, AC 2000040101294-2, Germano, 7ª T., u., DJ 7.11.01).

Trazer consigo é transportar a droga junto ao corpo como, por exemplo:

- a) no bolso ou sob as vestes (TRF3, AC 20046119000530-6, Kolmar, 1ª T., u., 31.7.07);
- b) presa com fita adesiva (TFR, AC 7.874, José Cândido, 2ª T., u., DJ 1.10.87) junto à cintura ou às coxas (TRF3, AC 92030635807, 1ª T., u., 9.5.95);
- c) em cinta elástica (TRF3, AC 20006119024172-0, Nabarrete, 5ª T., u., 6.8.02);
- d) no estômago (TRF2, AC 9702060265, E. Santo, 2ª T., u., 4.11.97; TRF4, AC 19980401091626-2, Darós, 2ª T., u., 25.3.99);

e) no ânus ou na vagina.

Prescrever é receitar.

Ministrar é aplicar, dar para consumir, aplicar, inocular, injetar.

Entregar a consumo é tipo genérico, a funcionar como soldado de reserva, caso a conduta não seja enquadrável nas demais modalidades.

Não faz falta a tipificação da conduta de *arremessar*, que poderia tipificar a conduta de arremesso de substância para dentro de estabelecimento prisional, bem como do arremesso da droga de aeronave em voo em baixa velocidade e altitude, mas sem pousar, a fim de evitar a ação policial no momento do pouso (TRF3, AC 200060020021226, Nabarrete, 5ª T., u., 11.12.06). Tais condutas podem, no entanto, ser enquadradas nos verbos *transportar*, *trazer consigo* ou *entregar de qualquer forma a consumo*.

Fornecer é prover, entregar, gratuitamente ou não, podendo ser aplicada ao fornecedor que entrega a droga em consignação, para recebimento do preço depois da venda a varejo.

6.2.2. Mercancia Efetiva

É tranquilo o entendimento no sentido de que o delito em exame não requer a prática ou intenção de comercialização (STJ, AgRg-REsp 1992544, Fonseca, 5ª T., 16.8.22)

Tal situação não foi alterada pela introdução do delito do § 3º do art. 33, pois o delito do *caput* ainda pode ocorrer sem finalidade lucrativa, como deixa clara a leitura do dispositivo (STJ, REsp 763213, Dipp, 5ª T., u., 27.2.07).

Diga-se, aliás, que a nova lei reforçou a interpretação aqui defendida, ao passar para o final do dispositivo a expressão *ainda que gratuitamente*, que figurava, na redação da Lei 6.368/76, logo depois da modalidade *fornecer*, o que poderia levar à conclusão de que apenas o fornecimento gratuito seria criminoso, mas não a prática gratuita das outras modalidades (Leal: 141).

Nessa linha: “A caracterização do tráfico de drogas pode ser firmada pela quantidade, pela forma de acondicionamento, pelas circunstâncias da apreensão e pelos depoimentos policiais, independentemente de flagrante de venda” (STJ, AgRg-AREsp 3172591, Paciornik, 5ª T., 24.6.26),).

6.2.3. Habitualidade

Não é exigida habitualidade ou reiteração para o reconhecimento do delito (STJ, REsp. 763213, Dipp, 5ª T., u., 27.2.07).

6.2.4. Posse Direta

Não é necessária para o reconhecimento do crime, quando as circunstâncias indicarem a conclusão de que a droga pertencia ao acusado (STF, RHC 103.736, Weber, 1ª T., 26.6.12; STJ, AgRg-HC 557527, Schietti, 6ª T., 11.12.23; STJ, AgRg-AREsp 3005025, Dantas, 5ª T., 9.9.25).

6.2.5. Objeto

O objeto do crime, dado a ser verificado pericialmente, como adiante se verá, são as *drogas*, assim consideradas “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (Lei 11.343/06, art. 1º, parágrafo único). Na elaboração da lista, a administração está vinculada ao requisito de que se trate de substâncias ou produtos que causem

dependência (TRF3, AC 20036119000277-5, Cotrim, 2ª T., u., 14.12.04), bem como aqueles aptos à sua preparação.

Uma vez incluída a substância na lista, presume-se que tenha ela potencial lesivo, não se exigindo exame pericial para comprovação do potencial lesivo (STF, HC 104382, Lewandowski, 1ª T., m., 17.8.10) ou da potencialidade de causar dependência (STJ, HC 139667, Fischer, 5ª T., u., 17.12.09). Não é dado ao juiz, que não detém conhecimentos técnicos na matéria, questionar a inclusão.

Como se vê, cuida-se de norma penal em branco, a ser complementada por ato da administração sanitária (STJ, AgRg-AREsp 2834101, Schietti, 6ª. T., 17.6.25).

Prudentemente, a fim de evitar uma alegação de “solução de continuidade” no fenômeno da tipificação, com a revogação das listas vigentes na legislação anterior, foi estabelecida no art. 66 uma regra transitória que mantém em vigor as normas administrativas atuais, até que seja atualizada a sua terminologia, de acordo com a nova lei.

A elaboração da relação por ato administrativo empresta à lei em comento a necessária agilidade em face do surgimento de novas drogas, o que não seria alcançado se a lista constasse da lei e dependesse, para sua alteração, da morosa tramitação legislativa. A sistemática adotada não viola o princípio da legalidade (STJ, EDRHC 10334, Vidigal, 5ª T., u., 14.11.00).

Integram a referida lista:

a) a cocaína, seja na forma de sal cloridrato, “merla” ou “crack” (TRF4, AC 20027104014593-2, Germano, 7ª T., u., DJ 4.2.04);

b) a maconha ou “*cannabis sativa lineu*” (TRF4, AC 19980401028932-2, Darós, 2ª T., m., 17.12.98), incluídas as sementes de cânhamo, quando comprovado pericialmente que contém o princípio ativo do tetrahydrocannabinol ou THC (TRF4, RSE 20057103004510-3, Penteadó, 8ª T., u., 27.8.08);

c) o ácido lisérgico ou LSD;

d) o MDMA ou *ecstasy* (TRF3, AC 200661190035113, Johonsom, 1ª T., u., 19.8.08).

6.2.5.1. Determinação do grau de pureza

Não afasta o crime o fato de a droga ter sido misturada com substâncias cujo uso não é proibido, não sendo exigida demonstração do grau de pureza da substância apreendida (STJ, RHC 53368, Mussi, 5ª. T., 25.11.14).

6.2.5.2. Modificação da Lista de Drogas

Quanto ao complemento da norma penal em branco, em regra, diz-se que a sua aplicação retroativa se dá quando houver uma mudança na concepção jurídica do fato, e não quando essa mudança foi acidental, como no caso da mudança do sentido do tráfico em crime de direção perigosa que consistiu exatamente em ingresso na contramão da via. Porém, a retirada de uma substância da relação que se dê através de uma pesquisa com a consequente descoberta de que a droga é inofensiva ao sistema nervoso central tem efeito retroativo para descriminalizar aquela conduta, que, anteriormente, era punida.

6.2.5.3. Cloreto de Etila (“Lança-perfume”)

A circunstância de o lança-perfume não compartilhar da rejeição social de que são objeto as demais drogas, bem como a sua livre utilização em passado recente, levaram a questionamentos sobre sua incriminação pela lei em comento.

No entanto, de acordo com o STF: “O tráfico ilícito de cloreto de etila, ainda que como componente químico do produto denominado ‘lança-perfume’, uma vez especificado pelo Ministério da Saúde como substância estupefaciente, configura crime punível segundo a Lei 6.368/76” (STF, HC 77.879-7, Corrêa, 2ª T., u., DJ 12.2.99). No mesmo sentido: STJ, RHC 6809, Fischer, 5ª T., u., 16.12.97; STJ, HC 7511, Dantas, 5ª T., m., DJ 9.11.98; STJ, AgRg-REsp 2005417, Vaz, 6ª. T., 16.8.22.

Não determina a descriminalização o fato de a substância ser permitida em outros países e não figurar nas listas anexas às convenções internacionais firmadas pelo Brasil em matéria de tóxicos, como decidido pelo STJ, nos seguintes termos: “As Convenções Internacionais incorporadas ao ordenamento nacional pelos Decretos n. 54.216/64 e 79.388/77 não proíbem o combate a outras substâncias que não estejam nelas expressamente previstas, restringindo-se a estabelecer um conteúdo mínimo que será alvo de cooperação na fiscalização pelos Estados celebrantes. Assim, nada impede que, na órbita interna, em que prevalece a soberania da República Federativa do Brasil, o cloreto de etila tenha o seu consumo irregular ou comércio clandestino proibidos, sendo irrelevante que a mesma substância seja de produção e comercialização permitidos em outro país” (REsp. 875463, Fischer, 5ª T., u., 15.3.07).

O fato de ser a comercialização permitida na Argentina não implica, tampouco, desclassificação para o delito de contrabando, objeto do art. 334 do CP. Aplica-se, na hipótese, o princípio da especialidade para fazer incidir a Lei Antidrogas (STF, HC 77.062-1, Galvão, 1ª T., 30.6.98).

6.2.6. Inexistência de Autorização ou em Desacordo com Determinação Legal ou Regulamentar

A lei traz um elemento normativo para configurar a incidência do crime. Qualquer dessas condutas somente será delituosa quando praticada *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*. Muitas das substâncias que são arroladas como drogas têm usos autorizados para certas finalidades, tais como a morfina, a anfetamina, calmantes ou inibidores de apetite, bem como outras são medicamentos que estão arrolados como drogas, mas podem ser utilizados licitamente. Portanto, o crime é a utilização dessas substâncias arroladas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Cuida-se de elementar normativa, a ser aferida concretamente. Ausente a permissão para uso em lei ou norma infralegal, ou tendo sido a conduta praticada sem autorização ou fora das determinações legais, haverá crime. Do contrário, a conduta será atípica.

Na denúncia, então, deverá constar expressamente a menção ao elemento normativo, sob pena de inépcia (Thums; Pacheco: 43).

6.2.7. Princípio da Insignificância

Não é aplicável (STJ, HC 461377, Dantas, 5ª. T., 13.11.18; STJ, AgRg- AREsp 3013966, Azulay, 5ª. T., 4.8.26).

6.3. Tipo Subjetivo

É o dolo, sendo desnecessário *especial fim de agir*, como o fim de traficar, comercializar ou revender (STJ, AgRg-REsp 2244903, Dantas, 5ª. T., 13.5.26). No mesmo sentido: Greco Fº: 85. Tal entendimento não foi modificado com o advento da Lei 11.343/06 (STJ, REsp.

846481, Fischer, 5ª T., u. 6.3.07). Sobre a distinção entre os crimes dos arts. 28 e 33, ver, acima, comentário sobre o elemento subjetivo no primeiro delito.

6.3.1. Dolo Eventual

É admissível, como no caso de “cigarreiros” que assumem o risco de transportar mercadoria que, possivelmente, é droga (TRF4, AC 20027002005870-5, Penteado, 26.11.03) ou daquele que autoriza o armazenamento de grande quantidade de drogas em sua residência (STJ, AgRg-HC 1043255, Azulay, 5ª. T., 10.2.26; STJ, Edcl-AgRg-AREsp 2808260, Caldas, 5ª. T., 14.4.26).

6.3.2. Erro

É da defesa o ônus de provar o erro de tipo (TRF3, AC 97030232280, Steiner, 2ª T., u., 16.9.97), ou de proibição (TRF3, AC 96030298638, Camargo, 5ª T., u., 7.10.96), sendo ambos de difícil ocorrência na matéria.

6.3.3. Erro de Proibição

Irrelevante a alegação de desconhecimento das propriedades toxicológicas da substância, ainda que se trate de lança-perfume, pois o desconhecimento da lei é inescusável (CP, art. 21), e o produto é proibido no Brasil (TRF4, AC 9604185470, Sarti, 1ª T., u., 6.4.99).

A tese foi rejeitada, pois a proibição é de conhecimento geral, não podendo ser invocada por quem trabalha como *laranja* na Ponte da Amizade (TRF4, AC 19997002004138-8, Élcio, 8ª T., u., 17.8.00).

6.3.4. Erro de Tipo

A alegação, bastante comum, no sentido do desconhecimento acerca do conteúdo da coisa transportada, deve ser avaliada no caso concreto, verificando-se a verossimilhança da alegação, feita pelo portador, levando em conta as circunstâncias, o valor recebido, o modo de acondicionamento, a reação do agente no momento da abordagem, a condição pessoal, a motivação apresentada etc. (TRF3, AC 20036119008428-7, Ramza, 5ª T., u., 14.5.07; TRF4, AC 19990401099159-8, Escobar, 2ª T., u., DJ 26.1.00).

A negativa de dolo não foi reconhecida nas seguintes hipóteses:

a) quando a cocaína era trazida em volume fixado ao corpo do réu com fita adesiva (TFR, AC 7.874, José Cândido, 2ª T., u., DJ 1º.10.87), em fundo falso de mala (TRF3, AC 200661190035113, Johonsom, 1ª T., u., 19.8.08; TRF4, AC 9704140517, Camargo, 2ª T., u., 10.9.97) ou em cinta elástica (TRF3, AC 20006119024172-0, Nabarrete, 5ª T., u., 6.8.02);

b) quando a acusada nem sequer soube declinar o local e o nome da pessoa a quem deveria entregar a encomenda que alegara ser de eletrônicos, quando, na verdade, transportava onze quilos de maconha (TRF4, AC 9704283334, Camargo, 2ª T., u., 23.10.97);

c) se os réus estavam vindo “juntos da mesma cidade, localizada em outro Estado e a centenas de quilômetros, comprar aromatizador de ambiente (lança-perfume) no Paraguai, através da Ponte Internacional da Amizade, Foz do Iguaçu, PR, é inverossímil a versão de que um deles de nada sabia, ainda que seja possível aceitar que não soubesse tudo, inclusive os detalhes, da empreitada criminosa” (TRF4, AC 9704478283, Vladimir, 1ª T., u., 18.11.97);

d) quando o acusado trazia a droga no estômago (TRF2, AC 9702060265, E. Santo, 2ª T., u., 4.11.97);

e) quando surpreendidos ambos os “réus na Ponte Internacional da Amizade, transportando maconha do Paraguai para o Brasil, justifica-se a condenação de ambos, sendo inaceitável a acusação que se fazem reciprocamente objetivando a absolvição, pois a prova revela que moram na mesma cidade, juntos fizeram longa viagem de ônibus, hospedaram-se no mesmo local e unidos retornavam ao local de origem, tudo a demonstrar o acordo de vontades e nexos causal entre as suas condutas e a consumação do delito” (TRF4, AC 97.04.50701-1, Vladimir, 1ª T., u., DJ 24.12.97);

f) do réu, que viajou de Foz do Iguaçu a Curitiba com a droga em compartimento adrede preparado para o acondicionamento da droga no tanque de combustível do veículo, não sendo crível que ignorasse a redução na autonomia do automóvel (TRF4, AC 97.04.64985-1, Dipp, 1ª T., u., DJ 24.6.98);

g) quando alegada “a tese defensiva de que o réu fora contratado por terceiro para transportar caixas entre Foz do Iguaçu e Medianeira, ambas cidades no Estado do Paraná, distantes aproximadamente cem quilômetros entre si, em troca de mil reais, sem que soubesse qual o conteúdo das caixas que iria transportar” (TRF4, AC 2000040101294-2, Germano, 7ª T., u., DJ 7.11.01);

h) da droga transportada em quadros, cujo peso era totalmente anormal, além de exalarem as malas forte cheiro quando abertas (TRF3, AC 20026119003298-2, Mello, 2ª T., m., 4.10.05);

i) quando a acusada carregava quase quinze quilogramas de cocaína em sua mala (TRF3, AC 20056119001681-3, Mello, 2ª T., u., 27.2.07);

j) quando alegado que se trata de um empréstimo de valor superior a 500 mil euros, em espécie, para aquisição de máquinas para joalheria e oficina mecânica, entregue em uma lanchonete a uma pessoa de quem somente se conhece o telefone, para fim de repasse a um desconhecido, estando previsto o pagamento, no prazo de um mês, na Colômbia (TRF3, AC 200561810033871, Pereira, 5ª T., u., 15.6.09).

É admissível, se o agente transporta a droga em embalagem de produto eletrônico, restando comprovada, pelas circunstâncias, o desconhecimento do conteúdo verdadeiro do invólucro (TRF4, AC 20017002001147-2, Penteado, 8ª T., m., 3.3.04) ou ainda no caso do caroneiro, tendo fugido o motorista, e não havendo qualquer outro elemento de prova no sentido da ciência da existência da droga no veículo (TRF4, AC 20057002008150-9, Hirose, 7ª T., u., 18.12.06).

6.3.5. Dificuldades Financeiras

A alegação de dificuldade financeira como motivo para o tráfico não é suficiente para a caracterização da inexigibilidade de conduta diversa (TRF5, AC 20048300005054-9/PE, Wildo, 1ª T., u., 9.12.04) ou do estado de necessidade (TRF5, AC 4.750/PE, Nilcéa Maggi, 28.11.06; TRF5, AC 20078100000096-8, Cantarelli, 4ª T., u., 21.8.07), especialmente quando transcorre um significativo lapso temporal entre o deslocamento do país de origem para o Brasil e os preparativos para o embarque com a droga destinada ao exterior, o que afasta o requisito do perigo imediato exigido para o estado de necessidade (TRF3, AC 200461190012270, Ramza, 5ª T., u., 19.6.06).