

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

TANNER LUCAS LAGO DIAS

**A SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL E A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES
DE MACONHA EM PEQUENAS QUANTIDADES**

São Luís
2018

TANNER LUCAS LAGO DIAS

**A SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL E A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES
DE MACONHA EM PEQUENAS QUANTIDADES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Paulo César Aguiar Martins
Vidigal.

São Luís
2018

Dias, Tanner Lucas Lago.

A subsidiariedade do Direito Penal e a importação de sementes de maconha em pequenas quantidades / Tanner Lucas Lago Dias. - 2018.

54 f.

Orientador (a): Paulo César Aguiar Martins Vidigal. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

1. Direito Penal. 2. Importação. 3. Pequenas Quantidades. 4. Princípio da Subsidiariedade. 5. Sementes de Maconha. I. Vidigal, Paulo César Aguiar Martins. II. Título.

TANNER LUCAS LAGO DIAS

**A SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL E A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES
DE MACONHA EM PEQUENAS QUANTIDADES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____, às ____:____ horas.

Nota: _____ (.....)

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Paulo César Aguiar Martins Vidigal
(Orientador)

1º Examinador(a)

2º Examinador(a)

À minha família, pelo incentivo
empreendido ao longo da
graduação.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe Maria do Perpétuo Socorro Melo Lago, *in memorian*, professora da vida e por profissão, que sempre desempenhou irretocavelmente suas árduas atribuições maternas com serenidade enquanto esteve neste plano material, apoiando e incentivando incondicionalmente as escolhas feitas por mim. Desde 2015, nossa conexão dá-se pelo amor que transcende a presença física e que me fez, contrariando a dor do luto e da ausência, continuar firme na presente graduação, cujo grau de bacharel em direito será, ainda que minimamente, um alento a todo o amor por ela demonstrado em vida.

Ao meu pai Itâner Cunha Dias, companheiro de todas as horas e que nunca mediu esforços para prover meu crescimento intelectual, estando constantemente presente desde os anos iniciais da escola até os derradeiros dias da faculdade que ora se encerra, ressaltando-se que a realização e o sucesso dos filhos são apenas reflexo do apoio dado pelos pais.

À minha avó materna Maria da Graça Abreu Melo, pela presença fundamental na minha vida, especialmente nos últimos anos, realizando com todo amor e disposição a difícil tarefa de ajudar na criação e na educação de seus netos.

Ao meu irmão Leandro Lago Santos, que tanto se mostrou confiante no meu sucesso antes e durante a graduação, sendo uma prova viva de que a dedicação, o comprometimento e o amor à profissão são essenciais para o crescimento humano e profissional.

À minha tia Assunção de Maria Melo do Lago Silva, incansável incentivadora do progresso profissional, social e humano de quem lhe cerca sem medir esforços, sendo, também, um grande exemplo de realização profissional com superação de adversidades.

Aos meus avós paternos, Erlindo Dias e Maria Dulcineia Cunha Dias, que, com a vida simples e a sabedoria dos muitos anos já vividos, demonstram que o conhecimento efetivamente válido é aquele socialmente útil.

Ao professor Paulo César Aguiar Martins Vidigal, por ter aceito o desafio de me orientar nesta produção e por partilhar seu vasto conhecimento, sempre acessível e receptivo às ideias surgidas. Faço menção especial e agradeço aos avaliadores presentes em banca e aos também professores Cláudia Maria da Costa Gonçalves, José Humberto Gomes de Oliveira, Maria da Conceição Meirelles Mendes, Maria Tereza Cabral Costa Oliveira e Valéria Maria Pinheiro Montenegro, por realizarem de modo tão proveitoso o nobre ofício do magistério.

Aos amigos de sala e às demais amizades surgidas durante a graduação, seja em sala de aula, seja nos corredores ou nos estúdios, as quais possuo enorme admiração e que serão sempre lembradas, destacando-se Gabriella Fragoso, Karl Albert, Paulo Vítor Duarte, Gabrielle Tavares, João Gabriel Froz e João Vítor Kagueyama.

À Defensoria Pública do Estado do Maranhão, em especial, à Defensora Pública Kamila Barbosa e Silva Damasceno, que me propiciou a primeira vivência com a prática jurídica na instituição que desempenha uma das mais nobres funções na sociedade, que é a defesa dos direitos e das garantias fundamentais dos socialmente inferiorizados.

Ao 10º Ofício da Procuradoria da República no Estado do Maranhão, em especial, ao Procurador da República Thiago Ferreira de Oliveira, por ter me proporcionado a experiência de compartilhar, ao longo de um ano e meio, do cotidiano de um dos órgãos mais proativos e efetivos no combate à improbidade administrativa e na reprimenda aos afrontes éticos e morais perpetrados contra o Estado Democrático de Direito.

A todos os que cativei e foram cativados, aqui nomeados ou não, meu muito obrigado, serei sempre responsável pelo amor que foi a mim dedicado.

“Negar ao povo os seus direitos humanos é pôr em causa a sua humanidade. Impor-lhes uma vida miserável de fome e privação é desumanizá-lo”.

Nelson Mandela

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso debruça-se sobre a aplicabilidade do princípio da subsidiariedade penal enquanto meio legal de afastar do campo de atuação do direito penal os casos de importação de sementes da planta *Cannabis sativa* Linneu (maconha) adquiridas em pequenas quantidades via internet, especialmente no que concerne aos aspectos legais da tipificação penal, da fase inquisitiva e da instrução processual. Analisou-se o histórico das disposições internacionais e nacionais sobre a política de drogas, bem como as previsões constantes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e seu aspecto programático sobre o tema. Tratou-se das disposições referentes às sementes de droga na legislação atualmente vigente (Lei nº 11.343/2006) e sua classificação enquanto norma penal em branco, destacando-se suas peculiaridades, além de versar sobre o conceito legal, doutrinário e jurisprudencial do princípio da subsidiariedade penal, sua relação com outros princípios e os requisitos de aplicação no caso vertente. Por fim, analisou-se, em conjunto, a jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores e o entendimento emanado pelo Ministério Público Federal quando da análise dos casos, abordando-se a repercussão social e os reflexos no sistema punitivo estatal promovidos pelas decisões.

Palavras-chave: Princípio da Subsidiariedade. Direito Penal. Sementes de Maconha. Importação. Pequenas Quantidades.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course is focused on the applicability of the principle of criminal subsidiarity as a legal means to exclude from the field of action of the Criminal Law the cases of importation of seeds of the plant *Cannabis sativa Linneu* (marijuana) acquired in small quantities via internet, especially with regard to the legal aspects of criminal classification, the inquisitorial phase and procedural instruction. It analyzed the history of international and national provisions on drug policy, as well as the predictions contained in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and its programmatic aspect on the subject. The provisions on drug seeds in current legislation (Law No. 11.343 / 2006) and their classification as a blank criminal law were discussed, highlighting their peculiarities, as well as dealing with the legal, doctrinal and jurisprudential concept of the principle of subsidiarity, its relationship with other principles and the application requirements in the present case. Finally, we analyzed jointly the jurisprudence prevalent in the Superior Courts and the understanding emitted by the Federal Public Ministry when analyzing the cases, addressing the social repercussion and the reflexes in the punitive state system promoted by the decisions.

Keywords: Principle of Subsidiarity. Criminal Law. Seeds of Marijuana. Import. Small quantities.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ASPECTOS DA POLÍTICA NACIONAL E INTERNACIONAL DE DROGA	12
2.1	Histórico das disposições legais sobre drogas	12
2.2	A Constituição Federal de 1988 e a política antidrogas	17
2.3	Equiparação aos crimes hediondos e demais disposições constitucionais	19
2.4	Caráter dirigente da CRFB/88 e a Lei nº 11.343/2006	21
3	SEMENTES DE DROGA E DEMAIS ASPECTOS DA LEI Nº 11.343/2006	25
3.1	Norma penal em branco, legalidade e a importância da ANVISA	27
3.2	Sementes de droga e a tipificação penal: presença de tetraidrocanabinol	31
3.3	Prova pericial e a necessidade de perícia toxicológica	32
4	PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PENAL	36
4.1	Correlação com o princípio da lesividade	41
4.2	Aplicação na Lei nº 11.343/2006 e a jurisprudência dos Tribunais Superiores	42
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O tema foi proposto a partir da análise de Inquérito da Polícia Federal no Maranhão instaurado no intuito de apurar a conduta de dois jovens de São Luís/MA que importaram 20 (vinte) sementes de maconha da Holanda através da *internet*, o que configuraria, em tese, o crime previsto no art. 33, § 1º, I da Lei nº 11.343/2006¹ (Lei de Drogas).

Entretanto, o objeto da monografia não é apenas a análise do referido caso, haja vista que em pesquisa para fundamentar a posição do 10º Ofício de Combate ao Crime e à Improbidade da Procuradoria da República no Estado do Maranhão sobre o caso vertente, constatou-se outros semelhantes nos sistemas do Ministério Público Federal. Assim, a justificativa da presente produção pauta-se na análise dos fundamentos jurídicos que culminaram na posição adotada pelos Procuradores da República ao afastarem a tipicidade da conduta, deixando de enquadrá-la entre os crimes previstos na Lei de Drogas.

Destacar-se-á o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os quais até pouco tempo discordavam sobre o que deveria ser feito diante de tais casos, haja vista que o STF entende que a importação de pequenas quantidades de sementes de maconha sem a presença de tetraidrocannabinol e desde que evidenciado nos autos que seriam utilizadas para plantio com finalidade de consumo próprio, não seria crime.

Por outro lado, o STJ defendia que qualquer importação de sementes de maconha, com ou sem a substância descrita, seria enquadrada no crime do art. 33 da Lei de Drogas. Contudo, em recentes decisões de agosto de 2017 proferidas pela 6ª Turma nos Agravos em Recurso Especial nº 1064273/SP e nº 1077512/SP, a Corte passou, assim como o STF, a afastar a tipicidade da conduta, desde que nos termos defendidos até então pelo Supremo.

Entre as teses contidas nos pareceres do Ministério Público Federal, destaca-se a de que o direito penal deve ser sempre a última *ratio* a tutelar os problemas sociais, o que, em outras palavras, significa dizer que a ciência penal deve ser a última a ser aplicada para resolver problemas sociais que deveriam ser resolvidos pelo Estado por intermédio de políticas públicas, caracterizando assim, o princípio da subsidiariedade penal.

1 Lei nº 11.343/2006. Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

Ademais, a fundamentação baseou-se no fato da aquisição ter ocorrido para plantio com finalidade de consumo pessoal (Art. 28 da Lei nº 11.343/2006); além de ponderar a inadequação típica do crime de tráfico internacional ao caso em análise e, nesse ponto, discutiu-se sobre a semente ser ou não uma droga, ou ser matéria-prima/insumo (art. 33, §1º, I, c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006). Ao final, as teses ministeriais afirmam que ocorreu, em verdade, crimes de contrabando (art. 334-A, CPB) e, nesse aspecto, considerando-se a pequena quantidade, excepcionalmente se aplicaria o princípio da insignificância.

Nesse contexto, estabeleceu-se uma série de requisitos legais para que tal conduta não se amolde ao crime de tráfico internacional, os quais envolvem a quantidade de sementes; a presença ou não da substância entorpecente; a correlação entre o depoimento do agente e as demais provas dos autos; seus antecedentes; etc.

Necessário ressaltar que não se trata de aplicação do princípio da insignificância nos crimes previstos na Lei de Drogas, mormente, inclusive, a jurisprudência ser assente no sentido de que este não se aplica. Trata-se, na verdade, da tentativa de se evitar que as pessoas que evidentemente agiram sem o dolo de importar para traficar no território nacional, sejam responsabilizadas por tráfico de drogas, que é um crime equiparado aos hediondos.

2 ASPECTOS DA POLÍTICA NACIONAL E INTERNACIONAL DE DROGAS

De início, cumpre observar que o sistema jurídico adotado pelo Brasil, desde a pioneira Constituição Federal de 1824, ainda no Império, foi aquele caracterizado por conferir à União a competência exclusiva para legislar sobre a maior parcela das matérias abrangidas por lei, inclusive as de interesse nacional, a exemplo da seara penal. Contudo, tal característica jurídica não impediu que leis locais dispusessem sobre matéria criminal atinente às drogas ao longo dos anos, conforme se demonstrará adiante.

Abordar-se-á, também, as Convenções e Acordos internacionais sobre o combate ao uso e ao tráfico de drogas, bem como o impacto da celebração no ordenamento jurídico das nações. Entre as principais reuniões, destacam-se a Conferência Internacional do Ópio de 1912, a Convenção de Genebra de 1925, o Protocolo de Paris de 1948, a Convenção Única Sobre Entorpecentes de Nova Iorque de 1961, a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971, o Protocolo de Genebra de 1972 e a Convenção de Viena de 1988.

2.1 Histórico das disposições legais sobre drogas

A disposição legal pioneira em relação às drogas na história brasileira deu-se com as Ordenações Filipinas, datadas de 1630, as quais remetiam-se apenas a determinadas substâncias ou produtos descritos no próprio texto legal, notadamente, rosalgar (óxido de arsênio); escamônea (planta utilizada atualmente na medicina fitoterápica); e ópio. As penas cominadas a quem fizesse uso das citadas substâncias em desacordo com as determinações legais variavam entre o confisco de bens até a deportação, a depender do grau de lesividade.²

Tais determinações perduraram até o ano de 1830, quando entrou em vigor o Código Criminal do Império, o qual, por sua vez, não versou taxativamente sobre o assunto, o que fez com que inúmeras disposições legais fossem criadas no âmbito local das cidades brasileiras. Somente com o Código Penal de 1890 é que novamente estabeleceu-se norma de âmbito nacional sobre o tema, a teor do art. 159 deste diploma legal, o qual previa pena de multa aos agentes que expunham a venda ou ministrassem substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários.

2 SILVA, Alexandre Fernando de Lima Moreira da. Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais. **Jus Navigandi**, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

Em seguida, o país alinhou-se aos termos da Conferência Internacional do Ópio de 1912, na qual deliberou-se que os membros envidarão os seus melhores esforços para controlar, ou para fazer com que sejam controladas, todos os tipos de fabricação, importação, venda, distribuição e exportação de morfina, cocaína e de seus respectivos sais.³ A partir de então, a política adotada pelo Brasil e pela maioria dos países foi a que denominou-se de “sanitária”, por enquadrar os usuários de drogas como doentes, passando o Governo valer-se de internações compulsórias.

Posteriormente, aprimorou-se as previsões legais sobre o tema com a promulgação dos Decretos nº 4.294/1921 e nº 14.969/1921, os quais versavam sobre o controle das substâncias tidas até então como entorpecentes em regiões de fronteira do Brasil e também nas farmácias, prevendo, por consequência, a responsabilização de profissionais e de particulares que prescreviam ou vendiam as substâncias, sendo, portanto, um crime comum.

Cumprido ressaltar que o ano de edição dos mencionados decretos compreende o período entre as Duas Grandes Guerras, o que remete ao contexto internacional das suas disposições, ou seja, o foco de ambos os decretos foi a proteção das fronteiras do país, de forma a evitar que o tráfico ganhasse caráter internacional. Ademais, convenções foram celebradas no intuito de transnacionalizar o controle das drogas, impelindo aos países o dever de fiscalizar e combater o tráfico, a exemplo da Convenção de Genebra de 1925.

Sobreveio, também, o Decreto nº 20.930/1932, que ratificou o uso de substâncias entorpecentes enquanto doença, cuja internação seria compulsória, além de ter determinado a atualização periódica da lista das substâncias tóxicas. No mais, compilou-se uma variedade de condutas criminosas relacionadas ao tema no Decreto nº 22.213/1932.

Nesse contexto, pela primeira vez na história da legislação atinente as drogas no ordenamento jurídico pátrio, observou-se uma ampla gama de condutas, as quais configuravam atos ilícitos, tais como, ceder, ministrar, vender, trocar, dar, proporcionar, etc; criminalizou-se a conduta de posse ilícita no art. 26 do referido Decreto; e as sanções criminais e extrapenais tornaram-se mais gravosas, a saber:

[...] Art. 33. As infrações dos arts. 25 e 30 deste decreto são inafiançáveis; nas demais o infrator só será solto prestando fiança.

Art. 34. Em todos os casos deste decreto, se o infrator exercer função pública, será suspenso por tempo indeterminado, com perda de todos os vencimentos, logo que

3 BRASIL. Senado Federal. **História do combate às drogas no Brasil**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

denunciado; se definitivamente condenado, perderá a função aludida, e, se esta for em serviço ou repartição sanitária, a pena será majorada de uma sexta parte.

Art. 35. Nos crimes previstos neste decreto não terá lugar a suspensão da execução da pena nem o livramento condicional.

Art. 36. A procura da satisfação de prazeres sexuais, nos crimes de que trata este decreto, constituirá circunstância agravante.

Art. 37. Será excluído e terá a matrícula trancada pelo tempo da pena em que incorrer, e por mais um ano, o aluno de estabelecimento de ensino de qualquer grau, público ou particular, condenado por crime previsto neste decreto. [...] ⁴

Da análise cronológica dos atos legais, em seguida editou-se o Decreto-Lei nº 891/1938, o qual impôs a criação da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes para elaborar um novo compêndio das disposições criminais até então promulgadas sobre o tema, com vigência até o surgimento do Código Penal de 1940 e destacando-se por punir também o plantio, o cultivo e a colheita, além de conferir mais severidade à internação compulsória, a ser declarada por conveniência da ordem pública, por tempo indeterminado e não poderia se dar na casa do indivíduo.

Com o Código Penal de 1940, os delitos de drogas foram dispostos no capítulo de crimes contra a saúde pública, no seu art. 281, cujo *caput* versava sobre comércio, posse e uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica. Ademais, tráfico e porte para uso próprio foram equiparados no §1º, inciso III e reduziu-se o número de tipos penais, prevalecendo as demais disposições do Decreto-Lei nº 891/1938.

Promulgou-se, em seguida, o Decreto-Lei nº 4.720/1942, o qual estabeleceu as primeiras normas relativas ao cultivo legal de plantas consideradas entorpecentes; além de versar sobre a extração, transformação e purificação dos seus princípios ativos terapêuticos. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 8.646/1946 fixou em uma única repartição pública a atribuição de autorizar a importação e a exportação de substâncias entorpecentes a estabelecimentos do ramo de drogarias, de sorte que o Decreto nº 20.397/1946 regulou, por sua vez, a fabricação de especialidades com entorpecentes pela indústria farmacêutica.

Como anteriormente citado, o combate às drogas ganhou caráter internacional após a Primeira Guerra Mundial, o que deu azo à realização de diversas convenções, nas quais os países signatários eram incumbidos de erradicar o tráfico e proteger a saúde de seus cidadãos por meio de políticas sanitárias, inclusive com a internação compulsória dos dependentes

4 BRASIL. Decreto nº 20.930, de 11 de Janeiro de 1932. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

químicos. Nesse viés, firmou-se o Protocolo de Paris de 1948, no qual estabeleceu-se fiscalização internacional de determinadas substâncias entorpecentes, além do Protocolo para Regulamentar o Cultivo de Papoula e o Comércio de Ópio de 1953.

A necessidade de firmar parâmetros internacionais de combate às drogas fez com que diversos países unificassem e fortalecessem os tratados anteriores na Convenção Única Sobre Entorpecentes de Nova Iorque de 1961, quando firmou-se formas de fiscalização, controle e regras de atualização das substâncias enquadradas como entorpecentes; além de determinar a competência da ONU na fiscalização internacional de entorpecentes.

Estabeleceu-se, ainda, meios pelos quais os Estados nacionais deveriam agir reciprocamente com fulcro em impedir efetivamente o tráfico ilícito, priorizando, sobretudo, a cooperação internacional entre as nações. Quanto à matéria criminal, a Convenção previu, entre outros, a severa punição de todas as formas dolosas de tráfico, assim como consignou ser prioritário o tratamento médico aos dependentes.

A partir de então, o panorama brasileiro de combate às drogas passou a ser o que denominou-se modelo bélico⁵, tendo em vista o modelo opressor de controle social e político implantado com o a ditadura militar instaurada em 1964. Editou-se, em sequência, o Decreto nº 54.216/1964, que referendou a Convenção Única sobre Entorpecentes; e a Lei nº 4.451/1964, a qual acrescentou à redação do art. 281 do Código Penal o “crime de plantio”.

Com o advento do regime ditatorial de 1964, o qual suprimiu veementemente direitos e garantias fundamentais, a postura adotada pelo Governo em relação às drogas foi a de combate extremo, aproximando-se de um estado de guerra permanente contra as drogas, dissociando-se, por consequência, da visão sanitária vigente até então.

O Decreto-Lei nº 159/1967 estipulou a aplicação das disposições criminais a quaisquer substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, ainda que não tenha caráter entorpecente, estabelecendo, ainda, que a elaboração e a atualização da lista das substâncias ilícitas ficariam a cargo do Diretor Nacional do Serviço de Fiscalização da Medicina e Farmácia.

Em seguida, promulgou-se a Lei nº 5.726/1971, cujo conteúdo equiparava os crimes praticados por usuários e traficantes, prevendo-lhes pena entre 01 e 06 anos de reclusão. Esta lei, editada no auge do período ditatorial, encarregou-se de inculcar na sociedade que o

5 BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 5, n.º 20, p. 129, outubro-dezembro de 1997.

combate às drogas é dever universal, incumbindo a todos a obrigação de manterem-se distantes das drogas, assim como de extirpar usuários e traficantes do convívio social.

Nesse contexto, diversos setores da sociedade ficaram obrigados a denunciar quaisquer condutas relacionadas ao tráfico e ao uso de drogas dentro de suas dependências, a exemplo de diretores de escolas, os quais, quando o faziam, eram reconhecidos como prestadores de relevante serviço social. No mais, o referido diploma legal voltou a prever a expulsão de estudantes usuários de substância enquadrada como droga; e incluiu no rol dos tipos penais, o crime de associação de duas ou mais pessoas no tráfico de drogas.

A referida Lei, regulamentada pelo Decreto nº 69.845/1971, previu rito processual penal célere para o julgamento dos crimes nela previstos; bem como inaugurou uma visão humanitária em relação aos usuários em estado avançado de dependência química, de modo a evitar que os mesmos fossem recolhidos em prisões sem qualquer assistência à sua condição⁶.

No âmbito internacional, a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971 preocupou-se com o controle sobre as novas drogas, notadamente as sintéticas que, até então, não eram objeto de estudo mais aprofundado pelos cientistas, a exemplo do LSD. Determinou-se aos Estados Nacionais que elaborassem planos de combate a este tipo de droga, bem como se impôs que a pesquisa científica versasse sobre tais substâncias.

Ademais, o Protocolo de Genebra de 1972 aumentou a exigência quanto a quantidade de informações que deveriam ser fornecidas pelos países para controle da produção de entorpecentes naturais e sintéticos e reafirmou a indispensabilidade de tratamento ao usuário de drogas, sobretudo àqueles em graus mais avançados.

Posteriormente, promulgou-se a Lei nº 6.368/1976, a qual contemplou uma gama de crimes relacionados às drogas, tornando-se legislação específica do tema, revogando, por consequência, as disposições constantes do art. 281 do Código Penal. Esta lei foi elaborada em consonância com a tendência internacional de controle, acompanhamento e orientação à população sobre o assunto, atendo-se a uma visão preventiva e repressiva, com aumento de penas e ratificação da inimizabilidade dos usuários em graus avançados de dependência.

6 Quanto à celeridade, o art. 16 da Lei 5.726/714 dispunha que “Presentes o indiciado e seu defensor, o Juiz iniciará a audiência, dando a palavra ao órgão do Ministério Público para, em 15 (quinze) minutos, formular, oralmente, a acusação, que será reduzida a termo. Recebida a acusação, o Juiz, na mesma audiência, interrogará o réu e inquirirá as testemunhas do flagrante”. Por outro lado, o art. 10 da Lei asseverava que “Quando o Juiz absolver o agente, reconhecendo que, em razão do vício, não possui este a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ordenará sua internação em estabelecimento hospitalar para tratamento psiquiátrico pelo tempo necessário à sua recuperação”.

Internacionalmente, as nações assinaram a Convenção de Viena de 1988, cujos termos versaram sobre a ampliação das ações de prevenção e controle do tráfico de drogas e, pela primeira vez, discutiu-se sobre outros crimes que poderiam ser originados a partir deste, a exemplo de lavagem de dinheiro, utilizada em larga escala para conferir aspecto de legalidade à renda auferida pelo tráfico de drogas, de sorte que a Convenção previu, entre outros, em nome da cooperação internacional, a extradição de traficantes.

No âmbito interno, a promulgação da atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) foi a última mudança legislativa referente ao tema. Nesta, a preocupação das autoridades com a prevenção ficou ainda mais evidente, tendo em vista que instituiu-se o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD); previu-se medidas de prevenção do uso indevido das substâncias; bem como disposições acerca da atenção e da reinserção social de usuários.

Quanto ao aspecto criminal da Lei, estabeleceu-se regras de repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas e definiu-se os crimes correspondentes com penas bastante severas, sobretudo aos crimes de aspecto internacional. Tal legislação positivou, por outro lado, a preocupação médica com os usuários, ao aplicar-lhes modelos de descriminalização, assim como penas de cunho educativo no intuito de evitar a perpetuação do uso.

2.2 A Constituição Federal de 1988 e a política antidrogas

As disposições da Convenção de Viena de 1988 nortearam o Poder Constituinte Originário⁷ Brasileiro em 1988, ano de promulgação da vigente Constituição Federal, no que diz respeito ao tráfico de drogas, isso porque instituiu-se, entre outros, no rol dos direitos fundamentais, a impossibilidade de fiança, graça e anistia, conforme a dicção do art. 5º, XLIII, da CRFB/88, imperando, pois, discorrer sobre tais institutos na presente obra.

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a fiança consiste no fato jurídico de caucionar obrigação alheia, importando, pois, em abonação ou responsabilidade. Teria conotação fidejussória, sendo a expressão da confiança em alguém, que se obrigaria por outrem, suprimindo a sua falta, no intuito de garantir a presença do agente a todos os atos do processo penal, sobrepondo-se à prisão cautelar. Nesse sentido, aduzem o seguinte:

7 “**O poder constituinte originário** (também denominado **inicial, inaugural**, genuíno ou de **1.º grau**) é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente. O objetivo fundamental do poder constituinte originário, portanto, é **criar um novo Estado**, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente”. In: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

[...] O tratamento legal torna a fiança, por sua vez, como uma garantia **real** de cumprimento das obrigações do beneficiário. Não existe mais fiança fidejussória no processo penal comum. A confiança na palavra cedeu espaço à prestação financeira. A fiança é uma caução, uma prestação de valor, para acautelar o cumprimento das obrigações do afiançado.⁸

A proibição constitucional de concessão de fiança em tráfico de drogas visa, sobretudo, impedir que indivíduos que se encontrem nesta situação utilizem-se de dinheiro proveniente de crime para livrarem-se dos ergástulos cautelares.

No mesmo contexto, tem-se que tal proibição também resguarda a saúde pública, uma vez que, ciente da alta taxa de reincidência no tráfico de drogas, o Legislador Constituinte priorizou a segurança da coletividade em detrimento da liberdade individual do acusado durante a persecução penal, sem abster-se, contudo, do devido processo legal.

Noutro norte, a Constituição da República de 1988, no seu art. 5º, XLIII, também previu a impossibilidade de graça aos condenados por tráfico de drogas, assim como a todos os presos definitivos por prática de quaisquer dos crimes hediondos. A doutrina de Rogério Greco apresenta tal instituto jurídico da seguinte forma:

[...] A graça e o indulto são da competência do Presidente da República, embora o art. 84, XII, da Constituição Federal somente faça menção a este último, subentendendo-se ser graça o indulto individual. A diferença entre os dois institutos é que a graça é concedida individualmente a uma pessoa específica, sendo que o indulto é concedido de maneira coletiva a fatos determinados pelo Chefe do Poder Executivo. Nos termos do art. 188 da Lei de Execução Penal, a graça, modernamente conhecida como indulto individual, poderá ser provocada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, sendo que a petição, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário para elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça (art. 189 da LEP).⁹

De modo semelhante ao que ocorrera com a proibição da concessão de fiança no crime de tráfico de drogas, a proibição do indulto individual da graça neste mesmo crime considerou o alto grau de reprovação social da conduta e a consequente lesão à saúde pública, que é o bem jurídico tutelado no tema sob análise. Partiu-se do entendimento de que o condenado por tráfico de drogas, por melhor que seja o seu comportamento na prisão e ainda que atenda aos demais requisitos para a concessão da graça, não deve ser beneficiado pela

8 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.010.

9 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 716.

mesma, haja vista o prejuízo generalizado causado à sociedade por sua conduta criminosa, tornando-se insuscetível de clemência pelo Chefe do Poder Executivo Federal.

Por fim, ainda pautando-se na doutrina de Rogério Greco, a anistia, por sua vez, caracteriza-se como uma renúncia do Estado ao seu poder de punir, concedendo perdão a crimes que, em regra, têm caráter político, sendo este o tipo de delito a que o instituto normalmente se aplica, sem, entretanto, haver óbice à concessão em crimes comuns, desde que atendidos todos os requisitos. No mais, o doutrinador destaca o que segue:

A concessão da anistia é de competência da União, conforme preceitua o art. 21, XVII, da Constituição Federal, e se encontra no rol das atribuições do Congresso Nacional, sendo prevista pelo art. 48, VIII, de nossa Lei Maior. Pode ser concedida antes ou depois da sentença penal condenatória, sempre retroagindo a fim de beneficiar os agentes. Segundo Aloysio de Carvalho Filho, 'a anistia pode ser concedida em termos gerais ou restritos. Quando a anistia restrita exclui determinados fatos, ou determinados indivíduos, ou grupos, ou classes de indivíduos, diz-se parcial; quando estabelece cláusulas para a fruição do benefício, diz-se condicional. A anistia geral ou absoluta não conhece exceção de crimes ou de pessoas, nem se subordina a limitações de qualquer espécie'. De acordo com o art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90, os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia.¹⁰

Da análise do entendimento *supra*, observa-se que a anistia é concedida, em regra, a crimes com algum aspecto político, afigurando-se um perdão legal à determinadas condutas criminosas que possuem viés político, a exemplo do que ocorrera com os crimes cometidos durante a ditadura militar, período de exceção à democracia e eivado de arbitrariedades.

Não obstante, inequívoco que o tráfico de drogas, na forma da legislação atual, inclusive pela proibição constitucional, não é abrangido pelo instituto jurídico da anistia, haja vista, mais uma vez, a lesividade causada a toda sociedade quando do cometimento deste crime, além de não possuir nenhum aspecto político, de forma que exsurge desarrazoada a hipótese de concessão do instituto ao referido delito.

2.3 Equiparação aos crimes hediondos e demais disposições constitucionais

Outra inovação importante trazida pela Constituição de 1988 foi a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos, os quais, por sua vez, foram incluídos no ordenamento pátrio pela Lei nº 8072/90¹¹. A orientação do Legislador Originário, neste

10 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 715-716.

11 BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em:

particular, foi conferir um regime jurídico mais gravoso ao sujeito ativo do crime, isso porque a Lei de Crimes Hediondos prevê, para os crimes nela compreendidos, prazos e requisitos mais severos para concessão de benefícios durante instrução e a execução penal, a saber:

[...] Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança. §1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. §2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. §3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. §4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.690, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Cumpra ressaltar, porém, que algumas condutas constantes na atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), embora configurem crime, não são, contudo, juridicamente hediondas, vez que não são legalmente tráfico de entorpecentes, drogas ou afins. Nesse sentido, salutar transcrever trecho da lição de Renato Brasileiro de Lima:

[...] Interpretando-se a contrario sensu o art. 44 da Lei nº 11.343/06, não podem ser rotulados como ‘tráfico de drogas’ e, portanto, equiparados a hediondos, os crimes previstos nos arts. 28 (porte ou cultivo de drogas para consumo próprio), 33, § 2º (auxílio ao uso), 33, § 3º (uso compartilhado), 38 (prescrição ou ministração culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave após o uso de drogas). Por mais que a Lei nº 11.343/06 não defina expressamente quais seriam os crimes de tráfico de drogas, não se pode perder de vista que a palavra tráfico está vinculada à ideia de comércio, mercancia, trato mercantil, negócio fraudulento, etc. Assim, não se pode querer atribuir a natureza de tráfico de drogas à conduta daquele que divide com outrem um cigarro de maconha (Lei nº 11.343/06, art. 33, § 3º), sob pena de rotularmos como equiparado a hediondo um crime cuja pena cominada é de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.¹²

Impera destacar que a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) proibia a concessão de liberdade provisória, bem como a progressão de regime e indulto, contudo, tais previsões foram excluídas do texto legal pela Lei Alteradora nº 11.464/2007, notadamente por contrariarem uma das funções da pena no sistema punitivo brasileiro, que é a de ressocialização e reintegração ao convívio social.

Ainda em relação às drogas, a Constituição de 1988 previu, no seu art. 5º, LI, a extradição do brasileiro naturalizado se comprovado envolvimento com tráfico ilícito de

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

12 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 59.

entorpecentes e drogas afins. Tal dispositivo teve como base a Convenção de Viena de 1988 e visa, sobretudo, fazer com que o país de origem do traficante o julgue no intuito de descobrir a origem, fornecedores da droga e demais informações que ajudem a combater o tráfico.

A Polícia Federal adquiriu papel preponderante no combate ao tráfico, vez que o art. 144, § 1º, II da CRFB/88 incumbiu-lhe da prevenção e da repressão, contudo, tal atribuição não retira das polícias militares, civis e do Ministério Público dos Estados a responsabilidade concorrente de prevenir e reprimir o tráfico, bem como não isenta os Tribunais de Justiça de julgarem os crimes de sua competência, conforme assentado na Jurisprudência:

[...] CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL X JUSTIÇA FEDERAL. INQUÉRITO POLICIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS APTOS A INDICAR A INTERNACIONALIDADE DO DELITO. APREENSÃO DE RÁDIO COMUNICADOR AMADOR NA CENA DO FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIAS QUE PERMITAM ENQUADRAR A POSSE DO APARELHO NO ART. 70 DA LEI 4117/1962 OU QUE POSSAM ASSOCIÁ-LA AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES POR CONEXÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Situação em que os indiciados foram flagrados conduzindo veículo em rodovia próxima a Ponta Porã/MS (cidade que faz fronteira com o Paraguai), no qual foram encontrados mais de 450 Kg de maconha e um rádio comunicador amador (modelo FT-1900R). 2. Caracterizada a transnacionalidade dos delitos previstos nos artigos 33 a 37 da Lei de Drogas, serão eles de competência da Justiça Federal, conforme preveem os arts. 70 da Lei 11.343/06 e 109, V, da CF/88. Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se orientado no sentido de que, se não for demonstrado de forma concreta e com sólidos elementos, e não com base em probabilidades, que a droga tenha procedência do exterior, a competência é da Justiça Estadual. 3. Nem a quantidade nem o mero fato de a droga ser apreendida em uma região de fronteira geram "presunção lógica" de sua proveniência estrangeira. Se assim fosse, qualquer grande quantidade de droga apreendida, não apenas na região de fronteira, implicaria a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito, já que o Brasil não possui, efetivamente, grandes áreas de produção de entorpecentes (principalmente cocaína e drogas sintéticas) que sabidamente provêm do exterior. [...] 9. Conflito conhecido, para declarar competente para a condução do presente inquérito policial o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Ponta Porã/MS, o suscitante [...]¹³

2.4 Caráter dirigente da CRFB/88 e a Lei nº 11.343/2006

Gilmar Mendes e Paulo Branco, ao discorrerem sobre a classificação das constituições quanto à estrutura, aduzem que as mesmas podem ser classificadas em “Constituição-garantia” ou “Constituição programática”. Aquela trata unicamente sobre a estrutura do poder, atendo-se às condições necessárias para o correto desempenho das atividades políticas;

13 STJ. Conflito de Competência: CC 151391 PR. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Publicação: DJe 02/03/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/531262747/conflito-de-competencia-cc-151391-pr-2017-0055292-7?ref=topic_feed>. Acesso em: 02 mai. 2018.

enquanto que esta dispõe, também, sobre metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico. Os autores assim asseveram:

Essa disjunção de modelos de Constituição para efeitos taxinômicos não deve levar o observador a perder de vista que todas as constituições fazem opções ideológicas sobre o papel do Estado nos planos social e econômico. Até quando não o expressam, assumem, nesse silêncio mesmo, uma opção política, vinculada a uma dada ideia sobre o que deve incumbir aos poderes públicos. De toda sorte, associa-se a constituição0garantia a uma concepção liberal da política, enquanto a constituição programática remete-se ao ideário do Estado social de direito. A Constituição brasileira de 1988 tem essa inuidosa proporção dirigente.¹⁴

Neste mesmo sentido é a doutrina constitucional de Marcelo Novelino, a qual confere à Constituição Federal da República de 1988, além do caráter dirigente, as características de escrita, codificada, democrática, dogmática, rígida ou super rígida, formal, prolixa, eclética, autoconstituição e definitiva¹⁵.

Quanto ao aspecto dirigente, o autor trata das normas de princípio programático, as quais vinculam-se às normas constitucionais de eficácia limitada; e que referem-se à opção do legislador constitucional em estabelecer apenas princípios indicativos dos fins e objetivos do Estado, de modo a impor ao ente público uma determinada finalidade a ser cumprida, sem, contudo, especificar meios e formas para tanto, o que se denominou “obrigação de resultado”. O autor, de forma coerente, assim expõe:

Vinculadas à disciplina das relações econômico-sociais, as normas de princípio programático estão localizadas, sobretudo, nos Títulos VII e VIII, apresentando-se no texto constitucional consubstanciadas em esquemas genéricos, diretrizes e programas de ação. Segundo José Afonso da Silva (2004), são normas de eficácia limitada que envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social.¹⁶

Feitos os esclarecimentos necessários, passa-se, neste momento, a discorrer sobre o caráter dirigente ou programático da Constituição Federal de 1988 em relação às drogas. Tal aspecto evidencia-se pela Carta Magna não dispor expressamente sobre o conceito de droga, tampouco elencar as condutas criminosas derivadas do uso ou do tráfico dessas substâncias.

Entretanto, conforme acima delineado, as atuais disposições constitucionais sobre drogas, ainda que dependentes de regulamentação por legislação ordinária, impõem sua

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 63.

15 NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 116-118.

16 _____. p. 124.

devida observância por todo o ordenamento jurídico nacional, inclusive do Poder Legislativo quando da criação ou edição das normas relacionadas.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 estabeleceu que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins são inafiançáveis, insuscetíveis de graça e anistia (art. 5º, XLIII); além de ter autorizado a extradição de brasileiros naturalizados, caso comprovado o envolvimento com o tráfico (art. 5º, LI), prevendo, inclusive, que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.¹⁷

Portanto, presentes tais disposições no texto da CRFB/88, o legislador infraconstitucional deve, em decorrência do caráter constitucional dirigente, elaborar e editar as leis em consonância com o que determina a própria Constituição Federal, de forma a aprimorá-la. Assim, tem-se que a alteração legislativa mais significativa sobre drogas após a CRFB/88 foi a promulgação da Lei nº 11.343/2006, atualmente em vigor.

Nesta, considerou-se enquanto drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, conforme a dicção do art. 1º, parágrafo único. Ainda, previu-se, em todo território nacional, a proibição das drogas, do plantio, cultura, colheita e exploração vegetal da qual podem ser extraídas ou produzidas drogas, contudo, ressalvou-se as hipóteses de autorização legal ou regulamentar para fins médicos e terapêuticos; e aquelas substâncias utilizadas em rituais religiosos (art. 2º).

No que concerne a reprimenda ao tráfico, a Lei nº 11.343/2006 tratou, inicialmente, de diferenciar usuários e traficantes, vez que, embora permaneça como crime, o uso passou a ser punido com sanções de cunho médico-educativo, notadamente, advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, aplicadas em um prazo máximo de cinco meses, se o réu é primário; e dez meses, se reincidente¹⁸. Neste ponto, eis a doutrina de Renato Marcão:

Conforme Sérgio de Oliveira Médici, dependente é ‘aquele que está subordinado às substâncias entorpecentes, sujeito às drogas, sob o poder dos tóxicos’, entendendo-

17 Art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

18 Art. 28, incisos I, II e III, §§ 3º e 4º da Lei de Drogas. Ainda, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo, tem-se que “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

se por dependência 'o estado de quem está sujeito, sob o domínio, subordinado aos entorpecentes'. Usuário, por sua vez, deve ser considerado todo aquele que faz uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causem dependência física ou psíquica, sem estar subordinado às mesmas, possuindo, ainda, o completo domínio de suas vontades e atos¹⁹

Por outro lado, em se tratando de tráfico de drogas, a Legislação adotou postura bastante rígida, elencando ampla variedade de condutas típicas dotadas de duras penas, como a reclusão de até 20 (vinte) anos para quem financia ou custeia o tráfico de drogas, à teor do art. 36 da Lei nº 11.343/2006. Importante ressaltar, também, a existência de causas de aumento de pena dispostas no art. 40 da Lei, nos seguintes termos:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

- I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
- II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
- III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;
- IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;
- V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;
- VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;
- VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.²⁰

Em relação ao caráter programático das normas presentes na Constituição Federal de 1988, a Lei nº 11.343/2006 repetiu o teor da proibição de fiança, graça e anistia; e acrescentou vedação à concessão de *sursis*, indulto, liberdade provisória²¹ e conversão das penas em

19 MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 02-03.

20 BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018.

21 Em que pese constar na Lei até a presente data, o Supremo Tribunal Federal, na análise do Recurso Extraordinário 1038925, considerou inconstitucional o trecho do art. 44 da Lei 11.343/06 que veda a concessão de liberdade provisória aos presos por tráfico de droga. Diante disso, a Corte passou a admitir prisão cautelar por tráfico apenas se verificado, no caso concreto, a presença de algum dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que trata da prisão preventiva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354431>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

restritivas de direitos²², todos previstos no art. 44 da Lei, além de outros pontos que serão abordados no capítulo seguinte deste trabalho monográfico.

3 SEMENTES DE DROGA E DEMAIS ASPECTOS DA LEI Nº 11.343/2006

Aprofundando-se o presente estudo, passa-se, neste momento, a discorrer unicamente sobre a Lei nº 11.343/2006, abordando-se os seus aspectos processuais e as implicações da condenação criminal, bem como sobre a característica de norma penal em branco conferida pelo Legislador Ordinário quando de sua elaboração, destacando-se a importância da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e, ainda, sobre a imprescindibilidade de perícia toxicológica no intuito de identificar a presença de tetraidrocanabinol.

No âmbito processual, a Lei nº 11.343/2006 estabeleceu notória diferença entre o julgamento de usuários e de traficantes. Para o julgamento daqueles, previu-se o rito dos Juizados Especiais da Lei nº 9.099/95 no art. 48, § 1º da Lei, admitindo-se, entre outros, o benefício da transação penal, inadmitindo-se, porém, a prisão em flagrante nos crimes do art. 28, devendo o indivíduo ser apresentado imediatamente ao juiz competente e, na falta deste, o réu deve apresentar-se posteriormente tão logo requisitado pela autoridade policial ou judicial.

Para o julgamento dos casos de tráfico de drogas, a Lei nº 11.343/2006 previu rito próprio, com aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, determinando a proteção de testemunhas nos termos da Lei nº 9.807/1997; bem como consignou-se que o preso em flagrante deve ser imediatamente apresentado ao juiz competente, o qual, no prazo de até 10 (dez) dias analisará a regularidade da prisão e determinará a destruição do material.

No mais, diferenciou-se o prazo de conclusão dos inquéritos policiais, vez que na Lei sob comento, estabeleceu-se trinta dias para réus presos e noventa para réus soltos, podendo tais prazos, serem duplicados pelo juízo competente, ouvido o Ministério Público.

Na fase investigatória, previu-se a possibilidade de infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; e a não-atuação policial sobre os portadores de drogas que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível, ou seja, autorizou-se o desempenho de ações controladas pela polícia.

22 A Resolução nº 05 do Senado Federal suspendeu a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o qual proíbe a conversão das penas em restritivas de direitos.

Consoante emana a Constituição Federal, no seu art. 243, parágrafo único, todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. Em relação à Lei nº 11.343/2006, esta aprimorou a dicção do dispositivo, vez que deliberou sobre apreensão, arrecadação e destinação dos bens do acusado entre os artigos 60 e 64 da Legislação.

Observa-se que o juízo poderá decretar, na fase de inquérito ou durante a persecução penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias dispostas em leis específicas, como o arresto e o sequestro de bens, caso estes sejam provenientes ou relacionadas ao tráfico de drogas. Ainda, se evidenciado que os bens apreendidos não se mostram indispensáveis para a instrução do processo, os mesmos podem ser disponibilizados a determinadas entidades que atuem na prevenção ou na repressão às drogas; ou mesmo pela polícia judiciária. Ainda, a legislação impôs ao juízo a decisão sobre o perdimento do produto, bem ou valor, a saber:

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.

§ 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.

§ 2º Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

§ 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.

§ 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.

Art. 64. A União, por intermédio da Senad, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários ou dependentes e a atuação na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, com vistas na liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas relacionados à questão das drogas.

Gilberto Thums e Vilmar Pacheco explicam que a previsão de perda dos bens na Lei de Drogas não é tão semelhante aos efeitos da sentença penal condenatória dispostos no art. 91, II, do Código Penal, haja vista que a Lei nº 11.343/2006 amplia o elenco de bens que podem ser expropriados ou confiscados, enquanto que o dispositivo do Código Penal apenas autoriza tais procedimentos somente em relação aos bens relacionados nas alíneas *a* e *b* do art. 91, II, quais sejam, os instrumentos do crime que consistam em coisas cujo fabrico, alienação,

uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; e produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.²³

Nesse ponto, a Lei de Drogas passou a inexigir que o produto seja destinado especificamente à traficância, bastando, porém, que seja utilizado para a prática de quaisquer dos crimes dispostos na Lei no que se refere a ao tráfico de drogas, a exemplo do financiamento, fabricação e associação para o tráfico, diferenciando-se do entendimento da anterior Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76), a qual previa especial destinação do produto, atrelando-se o seu confisco à utilização específica no tráfico de drogas.

Nota-se, portanto, que o Legislador pautou sua atuação, quando da elaboração da atual Lei de Drogas, na preservação da saúde pública e na segurança da sociedade, prevendo pena e rito processual diferenciados e mais gravosos aos crimes da Lei nº 11.343/2006, sem, contudo, deixar de conferir aos réus o direito fundamental do devido processo legal.

3.1 Norma penal em branco, legalidade e a importância da ANVISA

Apesar de sua extensa redação, a Lei nº 11.343/2006 não apresenta disposições expressas sobre as substâncias legalmente enquadradas como droga, prevendo tão somente que são consideradas como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, consoante se extrai do parágrafo único do art. 1º, observando-se que a atribuição de listar as substâncias ficou a cargo de lei ou ato normativo subsequente.

Contudo, o art. 66 da Lei em comento previu que até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998. Nesse contexto, exsurge cristalino tratar-se de uma norma penal em branco, cujo conceito é dado pela doutrina de Rogério Greco nos seguintes termos:

Normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de um outro diploma – leis, decretos, regulamentos, etc. - para que possam,

23 THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 361.

efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível sua aplicação.²⁴

Ainda em relação à característica de norma penal em branco presente na Lei nº 11.343/2006, a conceituada doutrina de Luiz Flávio Gomes contribui para o entendimento até aqui firmado, no sentido de que a complementação da Lei Federal por outra lei ou ato normativo torna-se estritamente necessária para atender ao princípio da legalidade insculpido no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, com a redação “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”. O doutrinador assim assevera:

A nova lei passa a adotar uma terminologia diversa da usada pelas Leis 6.368/76 e 10.409/2002. No lugar de ‘substância entorpecente’, utiliza o vocábulo ‘droga’. Drogas, de acordo com o conceito legal, são substâncias ou produtos capazes de causar dependência, e que estejam especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas, de forma periódica, pelo Poder Executivo da União (parágrafo único do art. 1.º). Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco [...]. Assim, mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 e 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (art. 28). Estamos diante da denominada lei penal em branco ou norma penal em branco, que exige um complemento normativo. Não existindo esse complemento, a figura típica não se completa (ou seja: não há que se falar em tipicidade penal).²⁵

Quanto às particularidades do princípio da legalidade, Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, o classifica em *formal* ou *material*, sendo o primeiro referente a tipificação penal dos crimes propriamente dita, de modo que somente há crime se uma lei anterior lhe definir nos termos da conduta praticada pelo agente, corrente única atualmente aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, vez que disposto no corpo do art. 5º da Constituição Federal.

A legalidade material, segundo o doutrinador, liga-se ao conceito material de crime, sendo a conduta lesiva a interesse juridicamente protegido, desde que a sociedade entenda merecer pena, de forma que esta corrente poderia autorizar magistrados a utilizarem-se de outras fontes do direito em matéria penal, em detrimento da lei formal, tais como analogia e costume, visando atender a pressão social de punir o agente. E assim complementa:

Quanto ao momento criativo, pode o legislador optar por fórmulas de descrição típica fechadas ou abertas. As fechadas são as que contêm somente elementos descritivos do tipo, possíveis de verificação sensorial, consistentes em juízos de realidade. Matar alguém (art. 121, caput, CP) é um tipo integralmente fechado.

24 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 22.

25 GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 26.

Inexiste qualquer valoração subjetiva na interpretação dos elementos matar (eliminar a vida) e alguém (ser humano). Por outro lado, a elaboração de tipos abertos, passíveis de verificação subjetiva, consistentes em juízos de valor, traz os elementos normativos e subjetivos. Os normativos são os dependentes de valoração cultural (conceito de ato obsceno, art. 233, CP) ou jurídica (conceito de fatura, duplicata ou nota de venda, art. 172, CP). Os subjetivos dizem respeito à vontade específica do agente (para ocultar desonra própria, art. 134, CP). De toda forma, os normativos e subjetivos necessitam da valoração e particular modo de interpretação do operador do Direito. Haverá, sempre, variações nas análises desses elementos, pois cada ser humano irá colocar seus próprios valores em jogo, sua experiência de vida e seu contexto social, no momento de interpretar o sentido da terminologia típica. A aplicação do tipo penal ao caso concreto dependerá, basicamente, do sentido encontrado para esses termos.[...] O relevo maior, na fiel observância da legalidade, consiste em preservar sua meta de garantia individual contra abusos estatais, seja na esfera legislativa (redação do tipo penal incriminador), seja na judiciária (aplicação de tipos penais extremamente abertos ao caso concreto).²⁶

Tomando por base os esclarecimentos *supra*, no que concerne à Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, a doutrina de Gilberto Thums e Vilmar Pacheco²⁷, quando da análise do referido ato normativo, sustenta que este subdivide-se em diversas listas organizadas conforme a características de cada grupo de substâncias, de modo que as listas A1, A2, A3, B1 e B2 referem-se às substâncias entorpecentes ou psicotrópicas; as listas C1, C2, C3, C4 e C5 versam sobre substâncias sujeitas a controle especial, retinoicas, imunossupressoras, antirretrovirais e anabolizantes.

As listas D1 e D2 versam, respectivamente, sobre as substâncias precursoras de entorpecentes ou psicotrópicos; e os insumos químicos utilizados para a fabricação das substâncias, de sorte que a tipificação penal para esta última dá-se nos termos do art. 33, § 1º, da Lei nº 11.343/2006, vez que não se trata de droga propriamente dita. A lista E, por sua vez, dispõe sobre as plantas que podem originar as substâncias entorpecentes ou psicotrópicas.

Finalmente, a lista F refere-se às substâncias de uso proibido no país e subdivide-se nas listas F1, F2 e F3, que tratam, nessa ordem, das substâncias entorpecentes, psicotrópicas e outras substâncias, sendo a lista F2 a de maior importância para esta produção acadêmica, haja vista contemplar o tetraidrocanabinol (THC), substância psicotrópica da maconha.

Nesse ponto, o Departamento de Psicobiologia da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), ao conceituar e descrever o THC, afirma que a substância produz variados efeitos físicos e psíquicos no corpo humano, cujo grau dá-se conforme o tempo de exposição, quantidade consumida e organismo do agente, a saber:

26 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 92-93.

27 THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 32-33.

[...] O THC (tetraidrocanabinol) é uma substância química fabricada pela própria maconha, sendo o principal responsável pelos efeitos da planta. Assim, dependendo da quantidade de THC presente (o que pode variar de acordo com o solo, clima, estação do ano, época de colheita, tempo decorrido entre a colheita e o uso) a maconha pode ter potência diferente, isto é, produzir mais ou menos efeitos. Esta variação nos efeitos depende também da própria pessoa que fuma a planta: todos nós sabemos que há grande variação entre as pessoas; de fato, ninguém é igual a ninguém! Assim, a dose de maconha que é insuficiente para um pode produzir efeito nítido em outro e até uma forte intoxicação num terceiro. [...]

Os efeitos físicos agudos são muito poucos: os olhos ficam meio avermelhados (o que em linguagem médica chama-se hiperemia das conjuntivas), a boca fica seca (e lá vai outra palavrinha médica antipática: xerostomia – é o nome difícil que o médico dá para boca seca) e o coração dispara, de 60-80 batimentos por minuto pode chegar a 120-140 ou até mesmo mais (é o que o médico chama de taquicardia). Os efeitos psíquicos agudos dependerão da qualidade da maconha fumada e da sensibilidade de quem fuma. Para uma parte das pessoas os efeitos são uma sensação de bem-estar acompanhada de calma e relaxamento, sentir-se menos fatigado, vontade de rir (hilariedade). Para outras pessoas os efeitos são mais para o lado desagradável: sentem angústia, ficam aturdidas, temerosas de perder o controle da cabeça, trêmulas, suando. É o que comumente chamam de “má viagem” ou “bode”. Há ainda evidente perturbação na capacidade da pessoa em calcular tempo e espaço e um prejuízo na memória e atenção. Assim sob a ação da maconha a pessoa erra grosseiramente na discriminação do tempo tendo a sensação que se passaram horas quando na realidade foram alguns minutos; um túnel com 10 metros de comprimento pode parecer ter 50 ou 100 metros.

Quanto aos efeitos na memória eles se manifestam principalmente na chamada memória a curto prazo, ou seja, aquela que nos é importante por alguns instantes. Dois exemplos verídicos auxiliam a entender este efeito: uma telefonista de PABX em um hotel (que ouvia um dado número pelo fone e no instante seguinte fazia a ligação) quando sob ação da maconha não era mais capaz de lembrar-se do número que acabara de ouvir. O outro caso, um bancário que lia numa lista o número de um documento que tinha que retirar de um arquivo; quando sob ação da maconha já havia esquecido do número quando chegava em frente ao arquivo [...].²⁸

Nota-se, portanto, que a presença do tetraidrocanabinol enquanto substância de uso proscrito no Brasil visa, sobretudo, proteger as pessoas da dependência e dos efeitos adversos por ele causados, preservando-se a saúde pública, que é dever do Estado.

Ressalte-se que embora o emprego da substância seja amplo na medicina, principalmente no tratamento de pacientes com Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA), o presente estudo debruça-se sobre a seara penal das condutas que envolvam o THC, de modo que, respeitando-se a importância social e o arcabouço jurídico que permeiam a sua utilização em tratamentos de saúde, o aprofundamento nesta matéria não se mostra pertinente *in casu*.

Feitos os esclarecimentos necessários acerca do caráter psicotrópico ou entorpecente do tetraidrocanabinol e objetivando o aprofundamento deste trabalho monográfico, abordar-

28 BRASIL. Universidade Federal de São Paulo. **Maconha e THC**. Disponível em: <http://www2.unifesp.br/dpsicobio/cebrid/folhetos/maconha_.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

se-á, neste momento da redação, o entendimento doutrinário e jurisprudencial assentes em relação aos requisitos para a tipificação penal das condutas envolvendo sementes de maconha.

3.2 Sementes de droga e a tipificação penal: presença de tetraidrocanabinol

De início, importante destacar o conceito técnico da palavra “semente”, que, consoante ensina o engenheiro agrônomo e doutor em fitotecnia, José Luís da Silva Nunes, é a parte do fruto que contém o embrião no estado de vida latente e que provém do desenvolvimento do óvulo (vegetal) após a fecundação²⁹. Desse modo, a semente dos frutos caracteriza-se por ser o estágio inicial do que venha a se tornar o fruto tal qual é conhecido, propiciando o regular desenvolvimento do vegetal.

Em relação às sementes de plantas destinadas à preparação de drogas, a Lei nº 11.343/2006 trata da matéria no seu art. 33, § 1º, inc. II, haja vista criminalizar as condutas de semear, cultivar e fazer colheita das mencionadas plantas, inexistindo tipificação penal para quem importa, traz consigo, vende, etc., unicamente sementes das plantas.

Entretanto, a doutrina referente ao tema ressalva uma única hipótese em que o agente responderá pelo crime descrito no art. 33, *caput* da Lei ainda que a ação tenha se dado unicamente com sementes de droga, qual seja, quando comprovado que as sementes *per si* estiverem impregnadas de tetraidrocanabinol, a saber:

Assim, quem está transportando sementes de maconha em via pública não pratica conduta típica, salvo uma hipótese: quando as sementes estiverem impregnadas de resíduos de pó com o princípio ativo (THC). Neste caso, está transportando “substância” entorpecente (droga), embora se trate exclusivamente de sementes, respondendo o agente pelo art. 33, *caput*, porque a semente já contém a droga. Fora esta hipótese, as sementes de plantas como maconha, coca, etc., livres do princípio ativo, são condutas atípicas. A ação incriminada é semear, que significa lançar a semente à terra. Assim, a apreensão de sementes de maconha em poder do agente, por exemplo, sem presença do THC, representa uma conduta atípica. No caso de ser encontrado o princípio ativo, então haverá crime, porque se trata de droga [...] ³⁰

• Posse de sementes de maconha

Configura o crime

“Se a perícia toxicológica encontra em sementes de maconha o princípio ativo do vegetal responsável pelo seu poder intoxicante (tetraidrocanabinol), a posse ou guarda de tais sementes podem ser utilizadas através da mastigação, trituração,

29 NUNES, José Luís da Silva. **Tecnologia de sementes:** conceitos. Disponível em: <https://www.agrolink.com.br/sementes/tecnologia-sementes/conceitos_361334.html>. Acesso em: 01 jun 2018.

30 THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas:** crimes, investigação e processo. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 45.

redução a pó e aspiração, por exemplo, como rapé” (TJSP, ApCrim. 168.650-3, 1ª Câ. Crim., rel. Des. Jarbas Mazzoni, j. 6-3-1995, JTJ 171/311).

Não configura o crime

“A simples posse de sementes de maconha não configura o delito de porte. A jurisprudência afirmou-se no sentido de que tais sementes não contêm princípio ativo. Há dúvida, inclusive, quanto à sua potencialidade para causar dependência físico-psíquica, dada a ínfima quantidade de material ativo que conteriam” (TJSP, Ap. 28.123-3, 2ª Câ., j. 28-5-1984, rel. Des. Weiss de Andrade, v.u., RT 597/301).³¹

Observa-se, por conseguinte, estritamente necessário que haja a comprovação da presença da substância por laudo técnico específico que demonstre, inclusive, o grau de dependência que a quantidade constante no material apreendido possa causar ao usuário, consoante estabelece a jurisprudência pátria, objeto do próximo subtítulo.

3.3 Prova pericial e a necessidade de perícia toxicológica

A lei de drogas, por se tratar de uma norma penal em branco, a qual depende de outra lei ou ato normativo que disponha sobre as substâncias enquadradas como psicotrópicas ou entorpecentes, impõe que o processo penal respectivo atenha-se à solidez da materialidade delitiva, haja vista o princípio da estrita legalidade, o qual preleciona que o material apreendido seja, efetivamente, descrito na Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Nesse contexto, a lição de Gilberto Thums e Vilmar Pacheco elenca que a maioria dos crimes previstos na Lei de Drogas exige a prova da materialidade, na medida em que a conduta deixa vestígios, tornando-se obrigatória a apreensão do material e posterior perícia, pois, se ausente, o crime poderia até mesmo existir no mundo fático, mas juridicamente seria impossível comprovar sua existência material. Os autores elucidam:

[...] o crime de tóxicos requer laudo toxicológico conclusivo sobre a droga apreendida, o que representa a rainha das provas no processo penal, porque o juiz não pode condenar o réu sem esta prova. Sabe-se que o juiz não fica adstrito ao laudo pericial: todavia, só o perito pode afirmar se determinada “coisa” é substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica e se consta da lista oficial. O juiz jamais pode rejeitar um laudo toxicológico para sustentar um decreto condenatório, mas poderá fazê-lo para absolver o réu.³²

Em relação à hipótese em que as sementes de maconha possam configurar condutas ilícitas na lei de drogas, que é quando estiverem impregnadas de pó de tetraidrocanabinol, os

31 MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 175.

32 THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas**: crimes, investigação e processo. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 41.

autores afirmam ser estritamente necessária a realização de laudo toxicológico, haja vista que, caso comprovado, configuraria o delito do art. 33, *caput*, da Lei, que é um crime que deixa vestígios, tornando-se aplicável o disposto no art. 158 do Código de Processo Penal: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Rogério Greco e Rosmar Alencar, por sua vez, ao disporem sobre a prova pericial no processo penal, sustentam que esta culmina na elaboração do laudo, que deve ser produzido no prazo de dez dias, comportando prorrogação em casos excepcionais, a requerimento dos peritos e mediante autorização da autoridade.

O laudo concatena tudo o que foi observado pelos peritos, sendo o produto da análise técnica, podendo ser datilografado, e devendo ser subscrito e assinado pelos peritos, e, se presente, pela autoridade. Quanto ao conteúdo, frisam que os laudos devem indicar elementos mínimos que comprovem a materialidade ou a autoria do delito sob investigação, a depender da finalidade da perícia, *in verbis*:

Já os quesitos, que são as perguntas formuladas pela autoridade ou pelas partes para resposta pelos peritos, podem ser formulados até o ato da diligência, e quando a perícia for determinada por carta precatória, os quesitos serão transcritos na carta. As partes poderão requerer ainda a oitiva dos peritos em audiência, no objetivo de responder a quesitos ou esclarecer a prova, sendo que o mandado de intimação e os quesitos ou as questões a serem esclarecidas devem ser remetidos aos peritos com antecedência mínima de dez dias (art. 159, § 5º, inc. I, CPP). Nada impede que os peritos apresentem suas respostas em laudo complementar, o que pode ou não dispensar o seu comparecimento em audiência, a depender da necessidade do caso concreto.³³

Em relação aos crimes que deixam vestígios, entre os quais incluem-se os do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, os autores afirmam ser indispensável o exame de corpo de delito, o qual, segundo o conceituam, é o exame realizado sobre o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, seus elementos sensíveis, a própria materialidade, em suma, aquilo que pode ser examinado através dos sentidos.

Assim, ante a investigação de crimes desta natureza, torna-se obrigatória a realização do mencionado exame, que pode ser direto ou indireto, consoante o art. 158 do CPP, podendo, contudo, em razão da impossibilidade de sua realização, ser suprido pela prova testemunhal, a teor do art. 167 do mesmo diploma legal.

33 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 660.

O exame direto caracteriza-se por ser aquele em que os peritos dispõem do próprio corpo de delito para analisar, ou seja, têm contato direto com o objeto do crime investigado; enquanto que o exame indireto é realizado com a ajuda de meios acessórios, a exemplo de prontuários médicos, porquanto o corpo de delito não mais subsiste para ser objeto do exame.

Os doutrinadores ressaltam que a ausência da perícia implica em nulidade absoluta, nos termos do art. 564, III, *b*, CPP, contudo, no procedimento comum penal, tal ausência não obsta o recebimento da denúncia, haja vista que pode ser realizado no curso do processo. Entretanto, torna-se obrigatória diante das leis penais específicas que a exigem enquanto condição de procedibilidade, a exemplo da Lei nº 11.343/2006, que, no seu art. 150, § 1º, dispõe que “Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea”. Complementam:

Já quanto à admissibilidade da inicial acusatória, nada impede, nas infrações que deixam vestígios, que a denúncia ou a queixa sejam recebidas sem estar acompanhadas pela prova pericial. Isso se deve porque o exame pode ser realizado no curso do processo. Contudo, se a lei exigir como condição de procedibilidade ao início do processo a prévia realização do laudo, a sua presença lastreando a denúncia ou a queixa será obrigatória. Caso contrário, a exordial deve ser rejeitada. É o que ocorre com as infrações contra a propriedade imaterial que deixam vestígios (art. 525, CPP). **O mesmo acontece na Lei nº 11.343/2006 (tóxicos), onde o laudo de constatação é requisito essencial para a lavratura do flagrante e para a oferta da denúncia (art. 50, § 1º).**³⁴ (grifei)

Embora sejam de essencial importância, até mesmo como condição de procedibilidade da ação penal em casos específicos, não há lei ou ato normativo que disponha, *erga omnes*, sobre a formulação dos quesitos a serem respondidos pelos peritos quando da realização do exame pericial, tornando forçoso que as unidades jurisdicionais determinem parâmetros a serem seguidos na elaboração dos laudos.

Nesse contexto, considerando-se a ausência de norma una sobre o padrão na elaboração dos quesitos referentes às perícias em materiais entorpecentes ou psicotrópicos, exsurge pertinente discorrer sobre as orientações elencadas no âmbito do Poder Executivo Federal e estadual, notadamente pelas regras determinadas pela Polícia Federal e pelas secretarias de segurança estaduais, destacando-se os parâmetros adotados pela Polícia Civil do Estado do Maranhão.

34 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 663.

Ao tratar dos exames de substância em material, o manual de orientação de quesitos da perícia criminal, elaborado pela Diretoria Técnico-científica da Polícia Federal, frisa que tais exames são realizados com o objetivo de determinar a presença de substâncias psicotrópicas e/ou entorpecentes em materiais, cuja elaboração dos quesitos deve-se ater à divisão das respostas em “positivo” ou “negativo”.³⁵

Nesse passo, a produção alerta que os quesitos apresentados não se aplicam a todas as situações, sendo necessário adequar a solicitação ao caso concreto, selecionando os que são realmente pertinentes ao fato. Não obstante, forçoso questionar minimamente se o material apresenta resíduo ou resquícios de substância e, se positivo, nomeá-la; assim como deve-se responder se a substância porventura detectada no material examinado está relacionada na atualização vigente do Anexo I da Portaria nº 344 da ANVISA.

De modo semelhante, a Secretaria de Segurança Pública do Estado de Mato Grosso elaborou um caderno de quesitos oficiais no âmbito da polícia judiciária civil daquele estado, o qual prevê, nas disposições sobre perícias toxicológicas, que os peritos determinem a natureza e característica das substâncias enviadas a exame; se estas podem causar dependência física ou psíquica; e qual o peso das substâncias enviadas a exame³⁶.

No âmbito do Estado do Maranhão, a Secretaria de Segurança Pública elaborou, em 2017, o guia de quesitos da perícia oficial, o qual trata da perícia toxicológica em apreensões de drogas no seu item 4.3.1., apontando-se como quesitos obrigatórios os seguintes:

[...] 1º Qual a quantidade, natureza e características do(s) material(is) encaminhado(s) a exame(s)? 2º O(s) material(is) encaminhado(s) a exame está(ão) inserido(s) nas listas de substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas da PORTARIA 344/98-SVS/MS DA SECRETARIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE e suas atualizações? 3º O(s) material(is) encaminhado(s) a exame está(ao) inserido(s) na LISTA DE INSUMOS QUÍMICOS UTILIZADOS PARA FABRICAÇÃO E SÍNTESE DE ENTORPECENTES E/OU PSICOTRÓPICOS da PORTARIA N.º 344/98 SVS/MS da AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE-SVS/MS e suas atualizações? 4º O(s) material(is) encaminhado(s) a exame está(ao) inserido(s) na LISTA DE PRODUTOS QUÍMICOS CONTROLADOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, através da PORTARIA N.º 1274/MJ, DE 26 DE AGOSTO DE 2003?³⁷

35 BRASIL. Departamento de Polícia Federal. Instituto Nacional de Criminalística. **Manual de orientação de quesitos da perícia criminal**. 1. ed. Brasília: Diretoria Técnico-Científica, 2012. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Manual-de-orienta%C3%A7%C3%A3o-de-quesitos-da-per%C3%Adcia-criminal.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018. p. 57.

36 ESTADO DO MATO GROSSO. **Polícia Judiciária Civil**. 1. ed. Cuiabá: Polícia Judiciária Civil, 2011. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/105/988/Caderno_de_quesitos_oficiais_da_POLITEC.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018. p. 25.

37 ESTADO DO MARANHÃO. **Polícia Civil**. 1. ed. São Luís: Polícia Civil, 2017. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/caop_crim/WORKSHOP/GUIA_DE_REQUISITOS_-_PERICIA.pdf>. Acesos em: 13 jun. 2018. p. 22.

Observa-se, assim, que embora as regras estabelecidas não sejam exatamente as mesmas entre os entes federativos, o objetivo de ambas é atestar, de forma inequívoca, que o material apreendido possui caráter entorpecente ou psicoativo nos termos da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, situação que, se confirmada, autoriza a instauração do inquérito policial respectivo, podendo culminar ação penal.

4 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PENAL

De início, imperioso discorrer sobre a função dos princípios na interpretação das leis, os quais, segundo preleciona Guilherme de Souza Nucci, são causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo, de sorte que, na ciência do direito, afiguram-se uma norma com conteúdo abrangente, sendo instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo. E complementa:

Os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou estreito. Além do mais, parece-nos correta a denominação feita por Robert Alexy, mencionando serem os princípios ‘normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Inegavelmente, o sistema normativo carece de otimização, algo que pode ser realizado pela priorização dos princípios, ainda que em detrimento de normas específicas. Tal assertiva não significa a eleição dos princípios como as únicas normas a serem aplicadas e respeitadas; se seu valor emerge justamente da coexistência com o corpo legislativo existente, regendo e integrando as normas vocacionadas a solucionar determinados assuntos, conferindo consistência ao ordenamento como um todo.³⁸

De seu turno, o princípio da subsidiariedade penal ou da intervenção mínima origina-se da máxima de que o direito penal deve preocupar-se somente com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. A doutrina de Rogério Greco assevera que o legislador deve, ao versar sobre legislação penal, questionar se a controvérsia pode ser dirimida por outros ramos do direito, devendo, em caso de resposta negativa, aplicar a ciência penal com estrita observância dos demais princípios corolários do direito penal.

Significa dizer que o legislador deve elencar uma série de condutas merecedoras da atenção do direito penal em virtude de as demais áreas da ciência terem se mostrado

38 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 27-28.

insuficientes anteriormente, de forma a limitar a área de atuação do Estado-juiz, cabendo-lhe valer-se da ciência penal apenas nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, com prova inequívoca da impossibilidade de resolução por outros meios.

Desse modo, o doutrinador sustenta que o direito penal, por conta do princípio ora em comento, deve ter caráter residual na vida em sociedade, ressaltando, ainda, sua tarefa de descriminalizar condutas conforme a demanda social, a saber:

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mudanças da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal, certos tipos incriminadores.³⁹

De modo exemplificativo, o autor cita a necessidade atual de punir penalmente aquele que emite cheque sem suficiente provisão de fundos, alertando para o crescente debate no meio jurídico sobre a hipótese de aplicar tão somente medidas civis e administrativas como suficiente punição ao agente que incorresse no delito narrado, a exemplo da execução civil e do impedimento por longo prazo de abrir contas em instituições financeiras, não havendo mais necessidade de intervenção do direito penal, tendo em vista que o legislador sopesaria a eficiência de outras medidas para inibir tal conduta.

O autor defende também que as contravenções penais, as quais são dispostas no Decreto-Lei nº 3.688/1941, também não deveriam mais contar com reprimendas penais, haja vista que estas destinam-se à proteção de bens que não possuem a mesma importância que os delitos insculpidos na parte especial do Código Penal e nas demais legislações penais extravagantes, devendo, portanto, ser punidas com sanções de outros ramos do direito.

Ainda de acordo com a obra de Rogério Greco no que concerne ao princípio da subsidiariedade penal, observa-se menção a tipos penais que já foram extirpados do ordenamento jurídico em observância ao que preleciona o mencionado princípio. É o caso do crime de adultério, revogado pela Lei nº 11.106/2005, a qual afastou a intervenção penal no caso vertente, o que não impede, contudo, que o cônjuge traído possa ingressar no juízo cível com ação de indenização por dano moral.

39 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 51.

Em suma, a referida doutrina assegura que o princípio da subsidiariedade possui dupla função: direcionar o legislador a proteger, penalmente, os bens mais importantes e necessários ao convívio em grupo; e também promover a descriminalização de condutas típicas à exata medida em que os valores sociais se modificam no tempo e tornam a reprimenda penal ineficiente para tutelar as controvérsias que podem ser solucionadas em abordagem diversa no campo de atuação do direito. Citando André Copetti, Greco complementa:

Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis.⁴⁰

Guilherme de Souza Nucci⁴¹ sustenta que tal princípio é apenas uma face do devido processo legal insculpido no art. 5º, inc. XXXIX, o qual dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, uma vez que a subsidiariedade penal caracteriza-se exatamente por conferir tipificação criminal somente àquelas condutas que ofendem aos bens mais importantes para o convívio social harmônico, amoldando-se, portanto, ao dispositivo constitucional supramencionado, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. POSTERIOR REJEIÇÃO. ART. 43, I E III, DO CPP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MANUTENÇÃO DA REJEIÇÃO. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. IMPOSSIBILIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INSTRUMENTALIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. LEGITIMAÇÃO DA PENA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 2. O devido processo legal, ainda que instrumento do *ius puniendi*, é garantia constitucional do acusado de observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da não-culpabilidade e da liberdade, uma vez que, ainda que advenha decisão condenatória, será justa, pois assegurado o direito de amplamente se defender. Legítima, portanto, a aplicação da pena pelo Estado. 3. O devido processo legal não pode servir como óbice à aplicação dos princípios que norteiam o direito penal, *ultima ratio*, que deve se ocupar do combate aos comportamentos humanos indesejáveis que gerem relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. 4. O princípio da insignificância, característica do princípio da intervenção mínima, tem incidência na tipicidade material do delito que, quando ausente a lesão ao bem jurídico tutelado, impõe a própria atipicidade da conduta. 5. A aplicação do princípio da insignificância, por importar em atipicidade, não impõe, obrigatoriamente, a instrução processual, podendo ser declarada, com o fim de absolvição, em qualquer fase do processo. 6. A tentativa de subtrair 1 bicicleta avaliada em R\$ 80,00 (oitenta reais), embora se amolde à definição jurídica do crime de furto tentado, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a

40 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 53.

41 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 69.

imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva. 7. Recurso parcialmente provido para afastar a extinção da punibilidade e restaurar os fundamentos da decisão monocrática.⁴²

De modo semelhante entende Fernando Capez em sua obra Curso de Direito Penal: parte geral, ao afirmar que o princípio da subsidiariedade penal ou da intervenção mínima tem base no art. 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual assegura que a lei deve prever as penas estritamente necessárias, devendo ser aplicadas tão somente aos agentes que ofendam aos bens mais importantes para o convívio em sociedade, atrelando-se ao princípio da estrita legalidade, nos seguintes termos:

O autor destaca também que o referido princípio possui dois destinatários imediatos: o legislador, ao qual se incumbe o dever de agir com a devida cautela quando da elaboração das condutas merecedoras de punição penal, priorizando-se o caráter residual desta área do direito, de sorte que somente deverão ser passíveis de enquadramento penal aquelas condutas que, por experiência social anterior, não puderam ser contidas pela aplicação de outros ramos da ciência jurídica.

O outro destinatário do princípio, segundo o doutrinador, é o operador do direito, que deve afastar o enquadramento típico de condutas quando notar que as mesmas podem ser satisfatoriamente resolvidas com a atuação de outros ramos do ordenamento jurídico. Nesse sentido, o autor exemplifica a demissão com justa causa enquanto pacificadora do conflito gerado pelo pequeno furto cometido pelo empregado, de modo que o direito trabalhista torna inoportuno o ingresso do penal neste caso, destacando o seguinte entendimento:

Somente haverá Direito Penal naqueles raros episódios típicos em que a lei descreve um fato como crime; ao contrário, quando ela nada disser, não haverá espaço para a atuação criminal. Nisso, aliás, consiste a principal proteção política do cidadão em face do poder punitivo estatal, qual seja, a de que somente poderá ter invadida sua esfera de liberdade, se realizar uma conduta descrita em um daqueles raros pontos onde a lei definiu a existência de uma infração penal.

Ou o autor recai sobre um dos tipos, ou se perde no vazio infinito da ausência de previsão e refoge à incidência punitiva.

O sistema é, portanto, descontínuo, fragmentado (um tipo aqui, um tipo ali, outro lá e assim por diante).

[...]

Se o furto de um chocolate em um supermercado já foi solucionado com o pagamento do débito e a expulsão do inconveniente freguês, não há necessidade de

42 STJ. Recurso Especial. REsp: 1114157 RS 2000/0078784-0. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data de Julgamento: 18/02/2010, T5 – Quinta Turma. Data de Publicação: DJe 15/03/2010. **JusBrasil, 2010.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8574784/recurso-especial-resp-1114157-rs-2009-0078784-0-stj>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

movimentar a máquina persecutória do Estado, tão assoberbada com a criminalidade violenta, a organizada, o narcotráfico e as dilapidações ao erário.⁴³

Desse modo, observa-se que a intervenção do direito penal no convívio social somente ocorrerá diante da ineficiência das demais áreas do direito que protegem o bem atingido pela conduta perpetrada pelo agente, afigurando-se caso residual e de extrema necessidade, ocasião em que a sanção penal é tida como a *ultima ratio* de proteção do bem juridicamente relevante, tornando forçoso que o Estado-juiz a aplique de forma proporcional à lesão causada pelo indivíduo, observando-se os valores primordiais da convivência humana.

Ao final, a doutrina em análise dispõe que tal princípio decorre da própria dignidade humana, de forma a evitar que o Estado invada indistintamente as liberdades individuais de investigados e de réus, caracterizando-se como uma exigência para a distribuição mais equilibrada da própria justiça, eis que havendo recursos “mais suaves” para a resolução da controvérsia, torna-se abusivo, desnecessário e contrário aos demais princípios, sobretudo à economia processual, aplicar outro ramo mais traumático, no caso, o direito penal.

Analisando-se a obra de Damásio de Jesus sobre o tema em questão, tem-se que o princípio da subsidiariedade penal caracteriza-se por restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, de sorte que a criação de tipos delituosos deva obedecer à imprescindibilidade, obrigando o Estado a intervir, por intermédio do direito penal, somente quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir ou reprimir a conduta ilícita.⁴⁴

De seu turno, Cezar Roberto Bitencourt preleciona que tal princípio é responsável por impor limites ao arbítrio judicial quando da interpretação da legislação, possuindo, não obstante, função de forçar o legislador a ponderar se as sanções por ventura estipuladas à determinadas condutas são proporcionais à lesão causada ao bem jurídico tutelado, de modo que o princípio orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes.

Assim como os demais autores anteriormente estudados neste capítulo, Bitencourt assevera que, havendo outras sanções ou meios de controle social suficientes para a tutela do bem jurídico ao qual se busca proteger com a norma penal, a sua criminalização torna-se

43 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36-38.

44 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 1 vol. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

inadequada e não recomendável, uma vez que aquelas são suficientes para o restabelecimento da ordem jurídica, o que perfaz a característica de *ultima ratio* do direito penal, que somente deverá ser utilizado diante da comprovação da incapacidade de resolução por outros ramos legais. Citando as obras de Maurach, Muñoz Conde e Roxin, o autor complementa:

Como preconizava Maurach, “na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”. Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária, e a sua intervenção se justifica quando — no dizer de Muñoz Conde — “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”. A razão desse princípio — afirma Roxin — “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”. Antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo descontrolado social.⁴⁵

Prosseguindo-se com o tema da presente monografia, abordar-se-á, enquanto subtema deste capítulo, a correlação jurídica do princípio da subsidiariedade penal ou da intervenção mínima com o princípio da lesividade, haja vista que diversas doutrinas os tratam como complemento um do outro, cujo objeto pauta-se na lesão causada a determinado bem jurídico.

4.1 Correlação com o princípio da lesividade

Rogério Greco afirma que o princípio da lesividade caracteriza-se por esclarecer, limitando ainda mais o poder do legislador, as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal, ao passo que afirma que os mencionados princípios são como duas faces de uma mesma moeda, uma vez que, por ocasião da intervenção mínima, somente será permitida a interferência do direito penal diante da ofensa a bens jurídicos realmente importantes.

Especificamente em relação à lesividade, o autor elenca quatro funções principais, quais sejam, proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

45 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

A primeira proibição elencada visa impedir que os indivíduos sejam punidos pelo que pensam ou pelos seus sentimentos pessoais, ressalvando-se, contudo, atos desta natureza que causem lesão a terceiros, ao passo que a segunda proibição refere-se àquelas condutas que não são lesivas a bens de terceiros, vez que não excedem ao âmbito do próprio autor.

Noutro ponto, a terceira proibição caracteriza-se por impedir que o agente seja punido por aquilo que é, e não pelo que fez, evitando-se, entre outros, perseguições político-ideológicas. A última proibição acima listada tem a função de afastar a incidência da aplicação da lei penal àquelas condutas que não afetem bem jurídico de terceiros, ainda que sejam contrárias ao que a sociedade historicamente considera como “imorais” ou reprováveis. A doutrina do citado autor conclui nos seguintes termos:

Concluindo, todas as vertentes acima traduzem, na verdade, a impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. Aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas que, naturalmente, são diferentes.

De acordo com as precisas lições de Mariano Silvestroni, a tolerância é consequência da intangibilidade do ser humano e de sua liberdade. Politicamente significa que as pessoas têm direito de ser, pensar, expressar-se e atuar livremente sem que sejam submetidas a restrições ou sanções que se fundem no mero fato do que se é, se pensa, se expressa ou se faz, salvo, neste dois últimos casos, que com isso se afete o direito de outro.¹⁴⁶

Desse modo, a correlação entre os princípios sob estudo evidencia-se pela constatação de que o direito penal deverá intervir apenas nos casos em que efetivamente houver lesão a bem jurídico de terceiros e, diante dos casos em que tal conduta violar minimamente o direito alheio, deverá o operador jurídico valer-se da subsidiariedade penal, priorizando-se a resolução da controvérsia por outros ramos do direito, aplicando-se a seara penal apenas aos casos em que comprovadamente mostrarem-se irresolvíveis pelas demais áreas.

4.2 Aplicação na Lei nº 11.343/2006 e a jurisprudência dos Tribunais Superiores

O presente subtema debruça-se sobre os pareceres emitidos pelo Ministério Público Federal nos Agravos em Recurso Especial n.º 1064273/SP e n.º 1077512/SP, ambos com tramitação na 6ª Turma do STJ, cujos termos foram integralmente ratificados pela Corte, que uniformizou a sua jurisprudência na forma entendida pelo Supremo Tribunal Federal.

46 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 57.

O parecer no AgREsp nº 1064273/SP foi assinado em maio de 2017 pela Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia e relaciona-se ao recebimento ou não da denúncia na qual se imputava ao réu Guy Garcia Silva a prática do delito de tráfico internacional de drogas (art. 33, § 1º, inciso I, c/c 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006) em razão da importação de dez sementes de *Cannabis sativa* (maconha) oriundas da Holanda.

Na análise de mérito, a Subprocuradora frisou inicialmente que o entendimento predominante até então no Superior Tribunal de Justiça carecia de revisão, haja vista que o caso em tela não configurava o delito de tráfico de drogas propriamente previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, por não ter havido importação da planta *Cannabis sativa* *Linneu*, que é relacionada na lista de plantas que podem produzir substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas, nos termos da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Em seguida, o *parquet* federal relata que ocorreu, em verdade, a importação de 10 sementes da citada planta, os quais, em laudo toxicológico, não apresentaram resquícios da presença de tetraidrocanabinol (THC), que é a substância psicoativa, evidenciando-se, assim, a importância fundamental da perícia criminal estudada no capítulo anterior. A manifestação prossegue ao analisar se a conduta equivale à prática de tráfico por equiparação, constante no art. 33, § 1º, I, da Lei nº 11.343/2006, o qual criminaliza, entre outras condutas, a importação de matéria-prima, insumo ou produto químico que sejam destinados à preparação de drogas.

A Subprocuradora relata que o dispositivo citado não se refere aos atos pretéritos à referida preparação e, citando artigo publicado pelo Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Marco Antônio Ferreira Lima, assim expõe:

Na hipótese de SEMENTE de maconha, seu fim é para a produção da maconha, mas não sua preparação, pois a SEMENTE, assim considerada, como exaustivamente e clinicamente demonstrado, não apresenta o princípio ativo tetraidrocanabinol (THC) em sua composição e não tem qualidades químicas que, mediante adição, mistura, preparação ou transformação química, possam resultar em drogas ilícitas. A simples SEMENTE de maconha não pode ser adicionada com outros elementos para criar uma substância entorpecente, sendo que seu potencial, acaso ela germine, exige seu cultivo. E só assim, há uma possibilidade de gerar muda e daí a planta que contenha o THC. A SEMENTE de maconha não poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à preparação da maconha, a que se refere o inciso I, do § 1º do art. 33, da Lei n. 11.343/06, para que se configure o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06. [...] ⁴⁷

47 BRASIL. Ministério Público Federal. **Ciência nº 1094/2017 – MNG/PGR**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ceocARESP1064273SPtraficosementemaconhaconversoemREsp2.pdf>>. Acesso em 24 jun. 2018.

Ato contínuo, a autoridade conceitua “matéria-prima” como a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes ou drogas que causem dependência física ou psíquica, alertando para o fato de que tanto a matéria-prima quanto o insumo devem ter condições e qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, por exemplo, produzirem a droga ilícita, afastando-se desta hipótese as sementes da planta *Cannabis sativa Linneu*, que não possuem a substância psicoativa THC.

Após listar diversos estudos acadêmicos relacionados à capacidade de germinação das sementes da planta sob estudo, a subscritora do parecer conclui que não são todas as sementes de maconha que se transformarão obrigatoriamente em planta, não havendo como afirmar se a importação das sementes constitui ato preparatório de produção de drogas ilícitas.

Em seguida, faz observação no sentido de que a conduta não se amolda ao crime de contrabando, tendo em vista que o núcleo do tipo é “mercadoria proibida” e, em respeito ao princípio da legalidade, somente seria fato típico se houvesse importação de mudas de plantas, pois estas são previstas na Portaria SVS/MS 344/98/99, a qual é silente sobre sementes propriamente ditas. Registra, ainda, que mesmo se houvesse disposições sobre sementes na referida lista, a ANVISA, por outro lado, já autoriza a importação de derivados da substância tetraidrocanabinol para tratamentos de saúde (Portaria RDC/ANVISA 66/2016).

Ao término de sua manifestação, a subscritora, em alusão aos princípios da subsidiariedade e da insignificância penal dispõe que, caso a Corte entendesse tratar-se de crime de contrabando, ainda assim não deveria ser imposta condenação ao réu, tendo em vista a baixíssima potencialidade de dano causado pela conduta em comento, a qual se deu no intuito de assegurar posterior produção de drogas destinadas ao consumo próprio, o que, caso viesse a se efetivar, amoldar-se-ia ao disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, concluindo, ao final, pela atipicidade da conduta.

De seu turno, a também Subprocuradora-Geral da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, subscritora do parecer do Ministério Público Federal no Agravo em Recurso Especial nº 1077512/SP, no qual se discutia a responsabilidade criminal do réu Luiz Henrique Arantes Boulhosa por ter importado, da Bélgica e sem autorização legal ou regulamentar, 15 sementes de *Cannabis sativa Linneu* (maconha), manifestou-se de forma bastante didática e semelhante ao posicionamento anterior, *in verbis*:

[...] A posição defendida nessa manifestação é que a importação de sementes de maconha não pode ser enquadrada como tráfico de entorpecentes em razão dos argumentos abaixo expostos: Primeiro, porque não é a semente, mas plantas

específicas produzidas a partir dela – adultas e preferencialmente fêmeas – é que constituem, estas sim, matéria-prima para a preparação de droga (flores). Segundo, porque não faria sentido que a lei criminalizasse a preparação da preparação ou o perigo do perigo, antecipando tão extensamente a tutela penal da saúde pública, e, pois, tipificasse a simples aquisição de semente para semeadura, cultivo e colheita da planta. Terceiro, porque, se assim fosse, violar-se-ia o princípio da ofensividade, seja porque a semente não dispõe do princípio ativo, seja porque não é passível de utilização para a efetiva preparação de droga. Quarto, porque a lei só penaliza as condutas que imediatamente, e não apenas mediatamente, estão destinadas à produção de droga. [...] Ofender-se-ia, ainda, o princípio da legalidade, já que é evidente que semente de maconha não se presta, a rigor, à preparação de droga, a não ser muito indireta e remotamente, como ato final, em poucos casos, por meio da semeadura, cultivo, colheita da planta e produção de flores. Tanto é assim que o art. 33, §1º, II, da Lei 11.343/06, pune a conduta de quem “semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”. [...] Sob a perspectiva da Lei de Drogas, a importação de sementes de maconha é, portanto, fato atípico.⁴⁸

De modo diferente do entendimento anterior, a jurista entendeu ter havido crime de contrabando no caso em análise, restando a materialidade delitiva comprovada pelo laudo pericial constante dos autos, o qual indicou que as sementes eram compatíveis com frutos de *Cannabis sativa Linneu* e consignou que sua importação é proibida no Brasil.

Não obstante, a subprocuradora utilizou-se do princípio da insignificância para afastar a tipicidade do crime de contrabando, consignando que o princípio somente pode ser aplicado sem restrição aos crimes não violentos, incluindo o de contrabando, devendo considerar os parâmetros de mínima ofensividade da conduta; ausência de periculosidade do agente; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica, todos presentes no caso em análise. Ante os referidos pareceres e os demais elementos de convicção, o STJ deu provimento aos Agravos e unificou sua jurisprudência, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINEU. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DE DROGA. PEQUENA QUANTIDADE DE MATÉRIA PRIMA DESTINADA À PREPARAÇÃO DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. FATO ATÍPICO. 1. O fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga, cuja importação clandestina amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. 2. Todavia, tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato. 3. Recurso provido.⁴⁹

48 BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer nº 795/2017 – LCFF**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/AREsp1077512_PA_trfco_sementesdemaconha_contrabando_insignificancia_AMA.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.077.512 – SP (2017/0077645-8)
 RELATOR: MINISTRO ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO AGRAVANTE :
 LUIZ HENRIQUE ARANTES BOULHOSA ADVOGADO: DEFENSORIA
 PÚBLICA DA UNIÃO AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 DECISÃO Trata-se de agravo em recurso especial interposto por LUIZ HENRIQUE
 ARANTES BOULHOSA contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região
 que inadmitiu recurso especial. Colhe-se dos autos que o recorrente foi denunciado
 pela suposta prática do crime previsto no art. 33, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n.
 11.343/2006, pelo fato de importar 15 sementes de maconha. O Juízo de primeiro
 grau, a seu turno, rejeitou a exordial acusatória (e-STJ, fls. 86/92). O Parquet
 interpôs recurso em sentido estrito perante o Tribunal de origem, que deu
 provimento à insurgência para que fosse recebida a denúncia proposta contra o
 acusado, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 139): [...] É o relatório. Decido. De
 fato, o recurso merece prosperar. É que, de acordo com a jurisprudência deste
 Tribunal, "tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa
 previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas,
 a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à
 preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato
 (REsp 1675709/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA
 TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/10/2017). [...] Diante do exposto, tendo
 em vista que o entendimento consignado no v. acórdão recorrido diverge da
 orientação firmada nesta Corte Superior, conheço do agravo para dar provimento ao
 recurso especial, restabelecendo a decisão que rejeitou a denúncia (e-STJ fls. 86/92).
 Publique-se. Intimem-se. Brasília/DF, 14 de dezembro de 2017. MINISTRO
 ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Relator.⁵⁰

Observa-se, portanto, que a jurisprudência firmada pelo STJ coaduna-se integralmente com a doutrina estudada neste trabalho monográfico, ao passo que a aplicação do princípio da subsidiariedade penal no caso vertente evidencia-se pela determinação de tornar o direito penal o último interventor nos casos de importação de sementes de maconha, quando comprovado, por intermédio do laudo toxicológico respectivo, que os frutos não contêm resquícios da substância tetraidrocannabinol.

Quanto à repercussão das referidas decisões no seio social e no sistema punitivo estatal, transcrevo trecho do artigo acadêmico da advogada Raquel Giovanini de Moura, no qual se critica o modelo incriminador da atual Lei de Drogas, sobretudo no que concerne o cárcere contumaz dos réus hipossuficientes, a saber:

[...] Tamanha repressão não está direcionada a grandes traficantes e operadores do sistema financeiro. Na verdade, pesquisas demonstram que o preso por tráfico de

49 O Agravo em Recurso Especial nº 1.064.273 foi convertido em Recurso Especial e adquiriu a numeração 1.675.709, adquirindo a identificação STJ. Recurso Especial: REsp 1.675.709 SP 2017/0048222-6. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Publicação: DJ 13/10/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509474108/recurso-especial-resp-1675709-sp-2017-0048222-6/relatorio-e-voto-509474108>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

50 STJ. Agravo em Recurso Especial: AREsp 1077512 SP 2017/0077645-8. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Data de Publicação: DJ 13/04/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566520393/agravo-em-recurso-especial-aresp-1077512-sp-2017-0077645-8/decisao-monocratica-566520421?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

drogas no Brasil é em sua enorme maioria jovem, com ensino fundamental incompleto, foi flagrado desarmado e com pouca quantidade de droga. Ou seja, estamos encarcerando pessoas com alto grau de vulnerabilidade, que, se envolvidos em atividade criminosa, encontram-se certamente às margens da hierarquia do tráfico de drogas, e que serão imediatamente substituídos após a prisão. Assim, o direcionamento da repressão sobre esse perfil não só não ameaça o poderio de organizações criminosas, mas, ao contrário, reforça sua capacidade de mobilização e recrutamento. Destarte, direcionar a repressão àqueles flagrados com pouca quantidade de drogas, por possuírem baixa renda e baixa escolaridade, agrava a crise penitenciária, por contribuir com o superencarceramento, mas não reduz o poderio de organizações criminosas voltadas para o tráfico de drogas.⁵¹

Desse modo, o reconhecimento da atipicidade das condutas caracteriza-se enquanto importante forma de impor ao Estado a resolução das demandas relacionadas às drogas pelos demais ramos do direito e de outras áreas do conhecimento, afigurando-se, também, considerável meio de diminuição da população carcerária, haja vista que a maior parcela dos presos brasileiros responde a processos criminais relacionados à Lei de Drogas.

51 MOURA, Raquel Giovanini de. **Crise no sistema prisional, superencarceramento e tráfico de drogas**. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590500&seo=1>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, constata-se que o entendimento doutrinário e jurisprudencial firmado sobre o tema em discussão encontra arrimo nas convenções internacionais e nas próprias previsões constitucionais relacionadas à legalidade e às garantias fundamentais, sobretudo ao conferir aos cidadãos o direito a não responderem a processos criminais que demonstrem, desde o início, não possuir indícios mínimos de materialidade delitiva, tal como dá-se no caso vertente, protegendo-se, por consequência, o Estado Democrático de Direito.

De início, vê-se que as disposições internacionais sobre drogas evoluíram, ao longo dos anos, no sentido de diferenciar usuários, dependentes e traficantes, separando-os em três grupos distintos, de modo que os primeiros são tidos como os que ainda possuem controle sobre o caráter entorpecente das substâncias; enquanto que os dependentes já não o tem; e os traficantes, por óbvio, são os que lucram com o comércio ilegal das mesmas.

Nesse passo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora não faça menção expressa às substâncias tidas como drogas, instituiu, no rol dos direitos fundamentais, a impossibilidade de fiança, graça e anistia aos indivíduos que incidirem no delito de tráfico, consoante a dicção do art. 5º, XLIII, da CRFB/88. No mais, a Carta Magna delegou à legislação infraconstitucional a função de detalhar os demais crimes e outras determinações atinentes às drogas, o que foi feito por último pela atual Lei nº 11.343/2006.

Nesta, seguiu-se a ordem internacional de diferenciar usuários de traficantes, sem, contudo, descriminalizar o uso, mas estabelecendo penas de cunho socioeducativo aos usuários, enquanto que mostrou-se bastante rígida aos traficantes, prevendo penas altas a diversas condutas relacionadas às drogas, bem como à matéria-prima, insumos, etc. Ademais, a Lei nº 8.072/1990 equiparou o tráfico aos crimes hediondos, tornando-se mais rígidos os requisitos para a fruição dos benefícios da execução penal.

Noutro ponto, pela presente obra foi possível concluir que, em se tratando de frutos aquênios (sementes), a doutrina assente desde o início da vigência da Lei nº 11.343/2006, já expunha que somente haveria o crime do art. 33, *caput*, da Lei se comprovada a presença da substância tetraidrocannabinol nos referidos frutos, haja vista que a semente por si só não configurava substância psicotrópica ou entorpecente como a Lei exige.

Não obstante o posicionamento doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça somente mudou seu entendimento jurisprudencial em 2017, conforme delineado no último capítulo desta obra, de modo que anteriormente todos os casos de importação de sementes de

maconha, independentemente da presença ou não de substância entorpecente ou psicotrópica, se enquadraria no delito do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

O novo entendimento baseou-se, entre outros, nos pareceres do Ministério Público Federal, os quais frisaram de forma bastante coerente a imprescindibilidade da perícia toxicológica para a resolução da controvérsia, bem como afastaram a incidência do inciso I, do art. 33 da Lei de Drogas, por entenderem que as sementes não perfazem matéria-prima ou insumo de droga, tendo em vista a obrigatória presença da substância tetraidrocannabinol para atestar a materialidade delitiva do crime do art. 33, *caput*.

Aprofundando-se o presente estudo, abordou-se as características do princípio da subsidiariedade penal e os requisitos de sua aplicação ao caso em comento, donde foi possível concluir que este se caracteriza por conferir ao direito penal o *status* de última opção do operador do direito para dar respostas a problemas surgidos no convívio social.

No caso presente, o princípio tem proximidade com a legalidade e com a lesividade, mormente pelo fato de os pareceres ministeriais terem afastado a tipicidade da conduta, afirmado, muito embora, ter ocorrido o crime de contrabando e, diante deste novo tipo penal, tais princípios seriam conjuntamente empregados no intuito de fazer incidir o princípio da insignificância penal, aplicável tão somente pela baixa lesividade da conduta.

Nesses termos, o entendimento recém-firmado pelo Superior Tribunal de Justiça parece-nos ajustado ao atual contexto social do país, haja vista que a atipicidade da referida conduta exsurge enquanto meio de conter o pujante encarceramento nacional, o qual é majoritariamente composto de presos por crimes da Lei de Drogas; assim como impõe obrigação ao Estado em conter o avanço do uso e da dependência de drogas por outros ramos do direito e de outras ciências.

Vê-se, assim, que as decisões elencadas afiguram-se notórios ganhos para a garantia dos direitos fundamentais humanos, quer seja por impedir o processamento criminal de demandas de baixíssima lesividade, quer seja para ampliar as formas pelas quais o poder público obriga-se a incrementar sua política antidrogas.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 5, n.º 20, p. 129, outubro-dezembro de 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824**. Manda observar a Constituição Política do imperio, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 159, de 10 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-159-10-fevereiro-1967-373406-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938**. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 4.720, de 21 de setembro de 1942**. Fixa normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para a extração, transformação e purificação dos seus princípios ativo-terapêuticos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4720-21-setembro-1942-414751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 8.646, de 11 de janeiro de 1946**. Da nova redação ao artigo 4º do Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, que aprova a lei de fiscalização de entorpecentes. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.lei:1946-01-11;8646>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921.** Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; cria um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 14.969, de 3 de setembro de 1921.** Aprova o regulamento para a entrada no país das substâncias tóxicas, penalidades impostas aos contraventores e sanatório para toxicomanos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14969-3-setembro-1921-498564-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 20.397, de 14 de janeiro de 1946.** Aprova o Regulamento da indústria farmacêutica no Brasil. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1946-01-14;20397>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 20.930, de 11 de Janeiro de 1932.** Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964.** Promulga a Convenção única sobre Entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 69.845, de 27 de dezembro de 1971.** Regulamenta a Lei nº 5.726 de 29 de outubro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D69845.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. Departamento de Polícia Federal. Instituto Nacional de Criminalística. **Manual de orientação de quesitos da perícia criminal.** 1. ed. Brasília: Diretoria Técnico-Científica, 2012. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Manual-de-orienta%C3%A7%C3%A3o-de-quesitos-da-per%C3%Adcia-criminal.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. **Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964.** Altera a redação do art. 281 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971.** Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência

física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-358075-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 04 mai. 2018.

_____. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19807.htm>. Acesso em: 04 mai. 2018.

_____. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.** Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018.

_____. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.** Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111464.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998.** Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em: 28 mai. 2018.

_____. Ministério Público Federal. **Ciência nº 1094/2017 – MNG/PGR**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ceocARESP1064273SPtraficosementemaconhaconv ersaoemREsp2.pdf>>. Acesso em 24 jun. 2018.

_____. Ministério Público Federal. **Parecer nº 795/2017 – LCFF**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/AREsp1077512_PA_trfico_sementesdemaconha_co ntrabando_insignificancia_AMA.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Senado Federal. **História do combate às drogas no Brasil**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial: AREsp 1077512 SP 2017/0077645-8. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Data de Publicação: DJ 13/04/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566520393/agravo-em-recurso-especial-aresp-1077512-sp-2017-0077645-8/decisao-monocratica-566520421?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

_____. Conflito de Competência: CC 151391 PR. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Publicação: DJe 02/03/2016. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/531262747/conflito-de-competencia-cc-151391-pr-2017-0055292-7?ref=topic_feed>. Acesso em: 02 mai. 2018.

_____. Recurso Especial: REsp 1114157 RS 2000/0078784-0. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data de Julgamento: 18/02/2010, T5 – Quinta Turma. Data de Publicação: DJe 15/03/2010. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8574784/recurso-especial-resp-1114157-rs-2009-0078784-0-stj>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Recurso Especial: REsp 1.675.709 SP 2017/0048222-6. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Publicação: DJ 13/10/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509474108/recurso-especial-resp-1675709-sp-2017-0048222-6/relatorio-e-voto-509474108>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

_____. Universidade Federal de São Paulo. **Maconha e THC**. Disponível em: <http://www2.unifesp.br/dpsicobio/cebrid/folhetos/maconha_.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTADO DE MATO GROSSO. **Polícia Judiciária Civil**. 1. ed. Cuiabá: Polícia Judiciária Civil, 2011. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/105/988/Cade rno_de_quesitos_oficiais_da_POLITEC.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018. p. 25.

ESTADO DO MARANHÃO. **Polícia Civil**. 1. ed. São Luís: Polícia Civil, 2017. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/caop_crim/WORKSHOP/GUIA_DE_REQUISITOS_-_PERICIA.pdf>. Acesos em: 13 jun. 2018. p. 22.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 1 vol. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOURA, Raquel Giovanini de. **Crise no sistema prisional, superencarceramento e tráfico de drogas**. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590500&seo=1>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, José Luís da Silva. **Tecnologia de sementes: conceitos**. Disponível em: <https://www.agrolink.com.br/sementes/tecnologia-sementes/conceitos_361334.html>. Acesso em: 01 jun 2018.

SILVA, Alexandre Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais. Jus Navigandi**, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.