Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.10, 2023
ISSN 2178-6925

# ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA APLICABILIDADE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

## *JURISPRUDENTIAL ANALYSIS ON THE APPLICABILITY OF PRIVILEGED TRAFFIC*

**Matheus Queiroz Delgado**
Graduando em Direito, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: matheusqd.vasco@gmail.com
**Alexandre Jacob**
Mestre, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com

## Resumo

Trata de análise sobre a figura do tráfico privilegiado na Lei de Drogas no sistema penal brasileiro, com ênfase na interpretação e aplicação dos critérios para sua concessão. Investiga como os tribunais têm interpretado os requisitos e avalia seu impacto nos benefícios penais. Por meio de abordagem qualitativa descritiva, inclui levantamento bibliográfico e análise de leis, precedentes judiciais e fontes primárias. Os critérios da minorante - primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e não integração em organização criminosa - têm sido interpretados de forma divergente, gerando insegurança jurídica e limitando a diferenciação efetiva entre traficantes eventuais e de carreira. Constata que a ausência de definições objetivas prejudica a aplicação consistente da medida penal. Conclui que a técnica legislativa e a falta de critérios objetivos compromete a aplicação eficaz do tráfico privilegiado.

**Palavras-chave**: Direito penal; lei de drogas; política criminal; causa de diminuição de pena; hermenêutica.

## Abstract

*It deals with an analysis of the figure of privileged trafficking in the Drug Law in the Brazilian penal system, with emphasis on the interpretation and application of the criteria for its concession. It investigates how courts have interpreted the requirements and assesses their impact on criminal benefits. Through a descriptive qualitative approach, it includes a bibliographic survey and analysis of laws, judicial precedents and primary sources. Minority criteria - priority, good background, lack of dedication to criminal activities and non-integration in a criminal organization - have interpreted in different ways, generating legal uncertainty and limiting the effective differentiation between occasional and career traffickers. It notes that the absence of objective definitions hinders the*

*consistent application of the penal measure. It concludes that the legislative technique and the lack of objective criteria compromise the effective application of privileged trafficking.*

***Keywords**: Criminal law; drug law; criminal policy; cause of reduction of sentence; hermeneutics.*

## 1. Introdução

Sabe-se que tráfico de drogas integra uma realidade que impacta não somente a segurança pública, mas também implicações sociais e de saúde. Consequentemente, a análise em comento do fenômeno possibilita uma reflexão acerca da efetividade das políticas públicas e das medidas penais adotadas, em vista das circunstâncias, que podem ser das mais diversas quando analisados casos concretos. Ademais, os reflexos práticos dessa técnica legislativa podem apresentar vantagens ou não em relação ao propósito de ressocialização dos criminosos condenados, considerando-se a possibilidade de estabelecer uma efetiva distinção entre o traficante de narcóticos de alto escalão, ou, "traficante de carreira", e aquele indivíduo que, em decorrência dos imbróglios da vida, se envolveu em missão temerária eventual de armazenar drogas a fim de obter recursos para, por exemplo, conseguir pagar dívidas.

Há divergência entre tribunais no que tange à análise dos critérios definidos no art. 33, §4º da Lei de Drogas, tendo em vista que o artigo descreve parâmetros, que em parte são genéricos, a serem considerados, e que podem ser interpretados de formas diferentes pelos julgadores ao longo do tempo. Tal conflito de interpretações influencia diretamente no tratamento das penas dos acusados, que podem ser criminosos habituados a empreender o tráfico de drogas, ou meros indivíduos que só se sujeitaram ao serviço criminoso pois se encontraram em eventual ou permanente situação de vulnerabilidade econômica, encontrando no crime, espécie de solução a ser considerada.

A pesquisa, no que toca à aplicação do artigo em tela, reveste-se de um caráter inovador, dado que, embora sejam encontrados estudos e julgados relativos ao tema do tráfico de entorpecentes, observa-se dúvida quando se trata de uma análise detida e uniforme da interpretação dos critérios trazidos pelo texto normativo para a aplicação da mencionada figura jurídica.

Mediante a problematização abordada, o intento consiste em contribuir para a ilustração dos critérios utilizados pela jurisprudência na subsunção do tráfico privilegiado, almejando uma avaliação sobre conceitos definidos pelo julgador e interpretações materializadas em precedentes, as quais, vale destacar, podem ter sofrido modificações ao longo do tempo, haja vista que a lei de drogas entrou em vigor há mais de uma década.

A pergunta sobre como a jurisprudência entendeu a escolha do legislador de incluir no diploma legal o instituto jurídico também se faz necessária, tendo em vista, por mais que não haja uma resposta direta nos precedentes dos tribunais superiores, há possibilidade de observar inferências, que também tem cabimento ao propósito do presente trabalho.

A relevância do tema para o curso de Direito e para a sociedade também se faz notória, uma vez que o tráfico de drogas integra uma realidade que impacta não somente a segurança pública, mas também implicações sociais e de saúde. Consequentemente, a análise dos critérios para a aplicação da figura jurídica mencionada resultará em uma compreensão mais aprofundada do fenômeno, possibilitando uma reflexão acerca da efetividade das políticas públicas e das medidas penais adotadas, em vista das circunstâncias, que podem ser das mais diversas quando analisados casos concretos.

A promulgação da Lei nº. 11.343/2006, diploma que ficou conhecido como Lei de Drogas, teve como principal objetivo atender à exigência constitucional de criminalização explícita no contexto das drogas e tutelar como bem jurídico a saúde pública. Essa lei revogou expressamente as leis anteriores que disciplinavam sobre o tema, quais sejam, Lei nº. 6.368/1976 e Lei nº. 10.409/2002. Numa conjectura geral, nota-se que dentre as inúmeras novidades percebidas à época da promulgação da referida lei, talvez uma das mais emblemática seja a figura elencada no §4º do artigo 33, que ficou conhecida como “tráfico privilegiado”.

Nesse contexto, destacou-se como problema de pesquisa a seguinte indagação: como os critérios para a aplicação da figura do tráfico privilegiado têm sido interpretados e aplicados pela jurisprudência, e de que forma essa aplicação influencia a concessão de benefícios penais?

A hipótese para o problema é de que há divergência entre os tribunais no que tange à análise dos requisitos definidos no art. 33, §4º, que podem estar sendo interpretados de formas variadas pelos julgadores ao longo do tempo, e que tal conflito de interpretações influencia diretamente na concessão de benefícios para os acusados.

O presente artigo científico tem como objetivo primordial analisar os critérios para a aplicação do instituto chamado "tráfico privilegiado". Para tanto, é preciso estudar a legislação aplicada ao tema, em especial acerca das drogas e das condutas de tráfico; examinar os fundamentos teóricos e conceituais do tráfico privilegiado, investigando sua origem legislativa, evolução doutrinária e jurisprudencial; elencar os critérios para a aplicação da figura do tráfico privilegiado; verificar o posicionamento dos tribunais sobre o tema; e prospectar como essa aplicação influencia a concessão de benefícios penais.

Por fim, o estudo se configura como uma pesquisa de natureza descritiva e exploratória, utilizando uma abordagem qualitativa. A fim de alcançar os objetivos foi realizado levantamento bibliográfico minucioso e uma análise criteriosa dos diplomas legais e precedentes do judiciário. São fontes primárias da pesquisa a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e a Lei de Drogas (2006), e secundárias as obras de Cleber Masson e Vinícius Marçal (2019) e Louise Vilela Leite Filgueiras Borer (2021), dentre outras, além dos resultados de pesquisas sobre o tema e consultas a dados em sítios eletrônicos oficiais.

## 2. A Guerra às Drogas

O combate ao tráfico de tóxicos é um problema que perdura há séculos e gerações. Traçando breve relato histórico, e sem a pretensão de exaurir a historicidade do problema, a abordagem de proibição tem sido aplicada por dilemas políticos tanto em âmbito nacional quanto internacional.

De acordo com a pesquisa de Luciana Boiteux (2006b), quando se fala no contexto do cenário internacional, o marco inaugural é representado pela Primeira Convenção Internacional do Ópio, realizada em 1912, cuja formulação foi influenciada pela abordagem de proibição adotada pelos Estados Unidos. Esse

evento conduziu à adoção de medida que objetivava restringir tanto a comercialização quanto a produção de alguns entorpecentes, permitindo o uso de drogas exclusivamente com propósitos terapêuticos. Na década subsequente, em 1925, a Segunda Convenção Internacional do Ópio introduziu um sistema pioneiro de monitoramento internacional de substâncias entorpecentes. Isso levou os países a se responsabilizarem pelo fornecimento anual de dados estatísticos relativos ao consumo e à produção de drogas.

A partir de 1931, nas primeiras e segundas Convenções de Genebra, foram estabelecidas restrições mais rigorosas na produção de drogas para usos medicinais e científicos, incluindo a regulação da fabricação de narcóticos e a supervisão de sua distribuição. No ano de 1961, a Organização das Nações Unidas (ONU) deu origem à Convenção Única sobre Entorpecentes, impondo a adoção das medidas estipuladas nesse tratado às legislações dos Estados-membros.

Em 1972, um Protocolo emendou essa Convenção, destacando a importância de fornecer tratamento para a reabilitação de viciados, assim como a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade. Além disso, ampliou a lista de substâncias controladas para incluir substâncias psicotrópicas, visto que até então somente narcóticos, cocaína e cannabis estavam sob controle internacional.

O ápice do sistema global de controle foi alcançado em 1988, com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, ainda em vigor. Nesse tratado, as partes comprometem-se a incorporar em suas legislações internas a tipificação das condutas consideradas crimes pela convenção, resultando de tal forma na uniformização das definições de tráfico de drogas (Boiteux, 2006b).

Não obstante a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) tenha mencionado em seu texto por diversas vezes a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, apontando, inclusive, em seu art. 5°, inciso XLIII, a conduta como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (Brasil, 1988), nada especificou sobre quais verbos o agente deveria praticar para que ficasse configurado o delito em tema, cabendo ao legislador infraconstitucional tal tarefa.

As normas espelham o compromisso de salvaguarda delineado pelo Poder Constituinte, manifestando autênticas ordens explícitas de criminalização, que

devem ser, por excelência, seguidas. Sendo assim, objetivando cumprir com tal ônus, o Congresso Nacional aprovou lei que confere eficácia ao mandamento da carta magna, a saber, a Lei nº. 11.343/2006, que ficou conhecida como “lei de drogas”.

Percebe-se no referido diploma legal que a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” trazida pela CRFB/1988 não foi utilizada para a definição jurídica de nenhum crime específico. De igual modo, na Lei nº. 8.072/1990 o legislador se restringiu a fixar o tráfico ilícito de entorpecentes como delito equiparado a crime hediondo.

Não obstante a observação de aparente obscuridade, a partir de uma análise do entendimento jurisprudencial e doutrinário, restou o entendimento de que são crimes hediondos por equiparação: o artigo 33, *caput* (tráfico de entorpecentes propriamente dito) e §1º (tráfico por equiparação), o artigo 34 (tráfico de maquinário), o artigo 36 (financiamento do tráfico) e o artigo 37 (crime do informante/colaborador do tráfico). Por sua vez, há divergência sobre se o artigo 35 pode ou não ser rotulado como “tráfico de drogas e afins”, e, por conseguinte, listado como equiparado a hediondo (Masson; Marçal, 2019).

Com efeito, a concepção jurídica de tráfico não está necessariamente atrelada à execução de atos lucrativos ou de transações comerciais, revelando-se inconsequente a efetiva transação da substância ou mesmo a mera presença da intenção de revenda da droga para a configuração do ilícito (Masson; Marçal, 2019). Sob tal prima, a simples conduta, por exemplo, de transportar um cigarro de maconha com a finalidade de entregar a outrem de sua convivência já configuraria a traficância, haja vista que o *caput* do artigo 33 da referida lei faz lista de diversidade considerável de verbos, e, em seguida, colaciona que tais verbos podem ser praticados “ainda que gratuitamente”, configurando de igual modo a ocorrência do delito (Brasil, 2006).

Na visão de Luciana Boiteux (2006a), percebe-se clara a preeminência do paradigma de proibição norte-americano exercendo influência no direito brasileiro. O poder legislativo, em virtude disso, tem manifestado contumaz aversão a busca por demais alternativas normativas suscetíveis de mitigar a problemática da

traficância de drogas, privilegiando, ao invés, o encarceramento para punir os que se enveredam no comércio dos ilícitos.

> Nesse sentido, a singela flexibilização do porte de substâncias entorpecentes – tipo penal encontrado no artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, ainda que traga consigo benefícios e novos parâmetros para a preposição de novas políticas, apresenta-se como uma abordagem conservadora, devido à sua persistente inclinação em manter o domínio do sistema punitivo sobre o uso das drogas (Boiteux, 2006a).

Nesse aspecto, uma imposição de penas de prisão, com duração mínima de cinco anos (pena mínima do tipo previsto no artigo 33 *caput*), para os pequenos traficantes traz prejuízos que podem tornar a ser irreparáveis se a política é a de ressocialização, pois a prisão do "traficante eventual", por exemplo, não apenas separa esses indivíduos de seus círculos familiares e prejudica na política de ressocialização, mas também faz com que as portas para organizações criminosas que mantém rede organizada do comércio de ilícitos sejam abertas (Boiteux, 2006a).

## 3. O Tráfico Privilegiado

O artigo 33, §4º, da Lei de Drogas não tipificou delito autônomo, tendo, em verdade, catalogado instituto com objetivo de diferenciar o grande do pequeno traficante, e, por esta razão, convencionou-se chamar a figura de "tráfico de drogas privilegiado", denominação que recebe severas críticas por parte de alguns juristas.

Tal instituto trouxe causa especial de diminuição de pena no momento da dosimetria feita pela autoridade judiciária, se atendidos certos requisitos por parte do agente. Assim está previsto na lei o referido instituto:

> Art. 33 [...]
> §4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa" (Brasil, 2006).

Sobre o benefício, durante muito tempo preponderou nos Tribunais Superiores ideia de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas (cf. Súmula 512-STJ). Essa posição, no entanto, em 2016, foi abandonada pelo STF ao firmar entendimento no sentido de que o instituto não se harmoniza

com a hediondez do tráfico de entorpecentes, cancelando a referida súmula (Aguiar *et. al.*, 2018).

Em síntese, Cléber Masson e Vinícius Marçal (2019) entendem que os requisitos para a configuração da figura do tráfico privilegiado são cumulativos, pois não há que falar na benesse em favor do indivíduo se ele não cumpre com apenas uma das exigências disciplinadas no §4º do artigo 33, e subjetivos, pois se relacionam com a figura do próprio agente.

> O primeiro critério para concessão do benefício a ser analisado é a condição de que o agente seja réu primário, que é um conceito residual, uma vez que o Código Penal traz definição tão somente ao conceito de reincidência, instituto visualizado quando o indivíduo comete novo crime após trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Masson; Marçal, 2019).

Ademais, é discutido e aplicado na jurisprudência o conceito de agente tecnicamente primário, que seria o sujeito que não mais comete crime após prazo de cinco anos. Por essa lógica:

> Em nosso sistema penal, o tecnicamente primário poderia ser visualizado em duas hipóteses: (a) o sujeito possui uma ou diversas condenações definitivas, mas não praticou nenhum dos crimes depois da primeira sentença condenatória transitada em julgado; e (b) o indivíduo ostenta uma condenação definitiva, e depois dela praticou um novo crime. Entretanto, entre a extinção da punibilidade do crime anterior e o novo delito decorreu período superior a 5 (cinco) anos (CP, art. 64, I) (Masson; Marçal, 2019).

O requisito relativo à necessidade de o sujeito processado ostentar bons antecedentes está alinhado com o primeiro critério já destrinchado, uma vez que se o sujeito já teve sentença penal condenatória transitada em julgado em seu desfavor sempre haverá em seu histórico o registro de maus antecedentes.

Em suma, é essencial que haja trânsito em julgado de sentença penal condenatório para a perda da condição de agente com bons antecedentes, em respeito ao princípio da não culpabilidade, ou presunção de inocência. Nesse sentido, não há que falar registro de maus antecedentes se em desfavor do sujeito só há inquéritos policiais ou ações penais em curso. O STJ, inclusive, já se pronunciou sobre o tema, ratificando o até então mencionado (Masson; Marçal, 2019).

Restam ainda dois requisitos a serem considerados, quais sejam, o agente não se dedicar a atividades ilícitas penalmente tuteladas e não fazer parte de organização criminosa. Contudo tais exigências guardam certo grau de subjetividade. De acordo com César Dario Mariano Silva:

> Se dedicar a atividade criminosa acarreta supor uma constante repetição de comportamentos enquadrados como ilícitos, ou seja, a manifestação de um padrão habitual na perpetração de infrações penais. Tal circunstância poderá ser elucidada mediante a apresentação de registros pretéritos de atividades delituosas, cópias de outros processos criminais que pesam em desfavor do agente, testemunhas, entre outros meios. Sob tal aspecto, não poderiam estar incluídos nessa linha de raciocínio os delitos culposos, tendo em vista o elemento subjetivo culpa pressupõe ausência de intenção, e, portanto, dedicação (Silva, 2016).

O impedimento de se beneficiar do privilégio no que tange ao sujeito se dedicar ao exercício do crime é analisado pela doutrina por dois aspectos. Parte dos juristas entende que se o agente responde inquéritos policiais ou ações penais não pode ser beneficiado. Por sua vez, outra parte da doutrina entende simplesmente que se o indivíduo não é reincidente ou não ostenta maus antecedentes, pode ser beneficiado pelo instituto em tema, mesmo que responda a inquéritos e processos no âmbito criminal (Masson; Marçal, 2019).

Nesse prisma, a necessidade de se verificar se o agente estava envolvido em atividades ilegais e se dedicava a isso levou a uma nova questão sobre a aplicação do art. 33, §4º, trazendo à tona uma categoria diversa da reincidência e maus antecedentes, que são critérios objetivos e mais fáceis de serem detectados, com os quais o sistema penal já estava acostumado. A natureza aberta desse critério possibilitou interpretações que o tornaram ineficaz, especialmente quando se considerou que a simples participação no tráfico de drogas já configurava um envolvimento em atividade criminosa (Semer, 2019).

Como sugestão de alteração legislativa, Louise Vilela Borer aduz:

> Retiramos propositalmente o “que não se dedique a atividades criminosas”, pois essa cláusula indeterminada e aberta ou significa primário e de bons antecedentes, e já existe no dispositivo, ou significa uma possibilidade de se negar a diminuição sem a certeza necessária sobre a ação criminosa prévia do réu, o que seria contrário ao princípio da presunção de inocência (Borer, 2021).

O último requisito para incidência do tráfico privilegiado é o de o agente não integrar organização criminosa. Sobre o tema, destaca-se que o conceito de organização criminosa se encontra catalogado na Lei nº. 12.850/2013, em seu artigo 1º, §1º, sendo necessário para caracterizar o tipo penal a associação de quatro ou mais pessoas constituindo grupo verdadeiramente organizado, com divisão de tarefas bem definida, com escopo de obter direta ou indiretamente, vantagem mediante a prática de delitos cuja penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou de que sejam de caráter transnacional (Brasil, 2013).

Sobre a subjetividade do requisito para configuração da minorante mencionada, Fernando Capez faz a seguinte crítica:

> De qualquer modo, mencionado preceito legal traz um problema de ordem prática. Ora, como é possível ao juiz, no momento de aplicar a lei, verificar se o agente integra ou não organização criminosa? Muitos traficantes integram, de fato, organizações criminosas, sem que a Justiça tenha conhecimento ou controle. Como é plausível fazer tal identificação? Trata-se de uma "perigosa" previsão legal, que, sem uma análise acurada e profunda do aplicador da Lei, poderá proporcionar um imerecido benefício para criminosos de alta periculosidade. Além disso, constitui prova de difícil constatação, até porque ninguém carrega uma "carteirinha" de membro integrante de organização criminosa (Capez, 2021).

A problemática é agravada quando enfrentado o conceito de "mulas" do tráfico, que nada mais é do que o sujeito que é recrutado para tão somente realizar o transporte das drogas de maneira eventual. Tal recrutamento é técnica utilizada pelos grandes traficantes para fracionar o transporte das drogas entre vários agentes e assim obstar a ação repressiva do Estado (Masson; Marçal, 2019).

Sobre o tema, é pacífico no âmbito do Superior Tribunal Federal (STF) entendimento de que a condição de mero transportador de pequena quantidade de droga ("mula") não obsta a aplicação do privilégio.

## 4. Critérios Para o Reconhecimento do Tráfico Privilegiado

Passa-se neste tópico a analisar de forma mais aprofundada os requisitos para o agente ser beneficiado pelo redutor do tráfico privilegiado de não se dedicar a atividade criminosa e não estar integrado em organização criminosa.

O enfoque mencionado se justifica na medida que os dois primeiros requisitos (ser primário e possuir bons antecedentes) são de natureza objetiva e podem ser avaliadas de maneira direta, uma vez que a jurisprudência e a doutrina solidificaram interpretação precisa para cada um deles (Boiteux *et. al.*, 2009).

A Segunda Turma do STF negou provimento ao Agravo Regimental em Habeas Corpus nº. 220.414-PR, manifestando-se, na oportunidade, com voto fundamentado sobre o critério de não dedicação a atividade criminosa para aplicação da minorante. Em sua fundamentação, o Ministro tece parâmetros sobre a não incidência do tráfico privilegiado no caso concreto, citando a decisão do juízo, do STJ em ato recorrido, bem como a jurisprudência do Superior Tribunal Federal.

No caso concreto o acusado, acompanhado de um menor de idade, supostamente portava consigo grande quantidade de drogas (15 tabletes de maconha, pesando 16.402 gramas, 1 porção de haxixe, com peso líquido de 814 gramas, e 223 gramas de cocaína consigo escondida em compartimento) que estavam escondidas em compartimento secreto no banco traseiro de seu automóvel. Feito exame do voto, percebe-se que o ministro ratificou as decisões que afastaram a aplicação da causa de diminuição de pena pela figura privilegiado em razão de entender que o sujeito dedicava-se a atividade criminosa pelos seguintes fatores: o agente escondeu a droga estrategicamente no veículo para tentar impossibilitar a abordagem policial, havendo o indivíduo se organizado por meio de atos previamente planejados para praticar tráfico interestadual (*modus operandi*); o agente transportava quantidade exacerbada de entorpecentes; o agente utilizou-se de filho menor de idade para diminuir as suspeitas sobre o crime que estava praticando (STF, 2023).

Segue trecho final do voto do ministro André Mendonça:

> Reitero que a não incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, foi adequadamente fundamentada na dedicação a atividades criminosas, observados, além da grande quantidade de droga apreendida (15 tabletes de maconha, pesando 16.402 gramas, 1 porção de haxixe, com peso líquido de 814 gramas, e 223 gramas de cocaína), o acondicionamento dos entorpecentes em compartimento secreto sob o banco traseiro do automóvel e o envolvimento de menor. 3. Com efeito, ficou demonstrado não se cuidar de atuação delituosa ocasional, surgindo imprópria a benesse. De outro lado, eventual superação do entendimento assentado pelas instâncias antecedentes demandaria revolvimento de fatos e provas, inviável na estreita via do habeas corpus (STF, 2023).

De forma similar, a Primeira Turma do STF, ao julgar o Agravo Regimental em Habeas Corpus nº. 138.117-MS reafirmou jurisprudência no sentido de que a quantidade de entorpecentes apreendidos, por si só, não é fundamento idôneo para afastamento do redutor do tráfico privilegiado, ressaltando que, caso não sejam identificados elementos capazes de afirmar a integração do agente em organização criminosa, somado ao atendimento dos demais requisitos, não seria possível o afastamento do privilégio (STF, 2020).

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha:

> 6. O tráfico privilegiado é instituto criado par a beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual. 7. A utilização concomitante da

> natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712). 8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa (STJ, 2021).

Contudo, o exame da quantidade ou natureza das drogas, aliado a apreensão conjunta de objetos utilizados comumente para o preparo dos narcóticos e manutenção da traficância, pode ser fundamento para o afastamento da minorante, conforme já decidido pela Quinta Turma do STJ no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº. 773.113-SP. No caso concreto analisado o sujeito tinha consigo, além das drogas, balança de precisão, colher, peneira e 66 frasconetes, e em parte dos referidos materiais apreendidos havia resquício de cocaína. A Turma entendeu no caso em comento que o sujeito ao manter os petrechos para manutenção do delito se dedicaria a atividade criminosa, razão pela qual não há que se falar em aplicação do tráfico privilegiado (STJ, 2022).

Outrossim, o STJ já assentou entendimento de que não há que falar em óbice ao concedimento do benefício do tráfico privilegiado ao agente identificado como “mula” (mero transportador de droga) mesmo quando apreendida grande quantidade de droga, se verificado que atende às exigências da benesse, conforme segue:

> 2. O fundamento utilizado pelas instâncias de origem para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que a expressiva quantidade de entorpecentes seria indicativo de que o paciente não era traficante eventual, sem, contudo, haver a demonstração, por meio de elementos concretos extraídos dos autos, de que ele se dedicava a atividades criminosas ou mesmo que integrasse organização criminosa. 3. Precedentes deste Corte e do Supremo Tribunal Federal firmam a possibilidade de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de mula do tráfico. Precedentes. 4. No caso, inexiste óbice à aplicação da referida causa de diminuição, especialmente se considerado que o paciente foi flagrado transportando as drogas em seu veículo, entre duas cidades, o que caracteriza da função de mula do tráfico. Ademais, o acusado efetivamente é primário, possuidor de bons antecedentes, não sendo possível, através dos elementos existentes no feito, assegurar que possui a vida voltada ao ilícito, conforme expressamente ressaltado pela sentença condenatória (STJ, 2021).

É notório que os critérios para aplicação da figura do tráfico privilegiado têm sido por vezes interpretados de forma não convergente no âmbito dos tribunais, uma vez detectado no texto legal margem extensa para interpretações de parâmetros e conceitos genéricos como o de dedicação a atividade criminosa e integração em organização criminosa.

Em levantamento de dados sobre julgados, os pesquisadores Luciana Boiteux, Ela Castilho e outros (2009) chegaram à conclusão de que em diversos casos judiciais, os juízes frequentemente usaram apenas as circunstâncias da sentença ao determinar as penas para negar a aplicação da minorante. Essa abordagem minou o propósito da circunstância atenuante de reduzir penas para traficantes eventuais. Na prática, a falta de diretrizes normativas levou à visão de que todo traficante depende do tráfico como sustento, restringindo a aplicação da figura privilegiada.

Ainda, à época da pesquisa, a circunstância atenuante estabelecida pela figura privilegiada não atingiu os objetivos pretendidos, uma vez que em diversos casos, muito embora a maioria dos réus ter um histórico “limpo” e não estarem envolvidos em associação para o tráfico, as instâncias judiciais, incluindo o STJ, hesitaram em aplicar essa redução aos acusados que, em teoria, teriam direito (Boiteux *et. al.*, 2009).

Assumido, com base na coleta de dados, que o desvirtuamento do instituto ainda perdura, e que, portanto, a problemática no que toca à possibilidade de concessão da minorante no caso concreto tem, por corolário, influenciado diretamente na aplicação de benefícios penais para os réus que respondem pelo crime aludido, percebe-se que a figura não tem alcançado seu propósito, qual seja, de diferenciar o “pequeno” e o “grande” traficante de drogas.

Infere-se, portanto, que a falta de conceitos objetivos para parte dos requisitos da causa de diminuição de pena tem resultado sempre numa dependência de exame dos fatos e do caso concreto que, por vezes, indica novidade de circunstância que não fora antes analisada pelos tribunais. É dizer, mesmo que o agente seja traficante eventual, a insegurança jurídica gerada pela subjetividade dos requisitos cria lacunas e obstáculos para aplicabilidade da minorante.

## 5. Conclusão

Com o escopo de analisar os fundamentos teóricos e conceituais do tráfico privilegiado, bem como verificar como os tribunais tem interpretado e aplicado a figura da minorante, percebeu-se que há claros resquícios de inconsistência nas decisões, revelando, por sua vez, como a técnica legislativa neste aspecto não gerou segurança jurídica e frustrou o propósito da figura jurídica criada.

A doutrina, como previamente examinado, tece críticas acerca do texto inserido na lei, o qual, ao inovar, introduziu conceitos de natureza imprecisa à sistemática penal para conferir um benefício que detém o potencial de ocasionar em notável redução da pena imposta ao sujeito processado. Sendo assim, a minorante, embora preserve sua relevância na vertente da distinção entre traficantes eventuais e de carreira, ainda se encontra distante de atingir plenamente os objetivos almejados pelo legislador.

## 6. Referências

AGUIAR, Julio Cesar; ALVES, Tiago Gomide; TABAK, Benjamin Miranda. A não equiparação do tráfico de drogas privilegiado a crime hediondo: uma análise comportamental. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 4, 2018. Disponível em: https://tinyurl.com/3ptzyszd. Acesso em: 18 jul. 2023.

BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, v. 14, n. 167, 2006a. Disponível em: https://tinyurl.com/yckjempx. Acesso em: 07 abr. 2023.

BOITEUX, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006, 276 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006b. Disponível em: https://tinyurl.com/4jhf82ww. Acesso em: 02 ago. 2023.

BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). **Tráfico de drogas e constituição**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: https://tinyurl.com/3c96w34z. Acesso em: 15 ago. 2023.

BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e discricionariedade**: a fixação da pena no tráfico privilegiado. São Paulo: Dialética, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988) ]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1998. Disponível em: https://tinyurl.com/dxh3npru. Acesso em: 07 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [...]. Brasília-DF: Senado, 2006. Disponível em: https://tinyurl.com/bdz5s2hp. Acesso em: 07 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 12.850 de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa [...]. Brasília-DF: Senado, 2013. Disponível em: https://tinyurl.com/5n8dvsux. Acesso em: 07 abr. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas**: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. 2019, 535 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019. Disponível em: https://tinyurl.com/5n8j6hpr. Acesso em: 02 ago. 2023.

SILVA, César Dario Mariano. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 138.117-MS**. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília-DF: DJe, 15 dez. 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 220.414-PR**. Segunda Turma. Relator: Ministro André Mendonça. Brasília-DF: DJe, 17 fev. 2023.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº. 686.647-SP**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília-DF: DJe, 24 ago. 2021.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº. 773.113-SP**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília-DF: DJe, 04 out. 2022.