**A IMPRECISÃO E A SUBJETIVIDADE NA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS DE ACORDO COM A LEI 11.343/2006. [[1]](#footnote-1)\*/**

**THE IMPRECISION AND SUBJECTIVITY IN THE TYPIFICATION OF THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING UNDER LAW 11.343/2006.**

*Giuliana da Silva*[[2]](#footnote-2)\*\*

**SUMÁRIO:** *1 Introdução. 2 O proibicionismo de drogas na história. 2.1 A política proibicionista de drogas no Brasil. 3* *A imprecisão nos critérios de caracterização típica do tráfico de drogas 3.1 Tráfico comum e tráfico privilegiado – a imprecisão conceitual na demonstração de não envolvimento em atividades criminosas. 3.2 O tráfico comum de drogas e o porte para consumo pessoal. 4 O entendimento do julgador nas decisões desclassificatórias de tráfico de drogas comum para o tráfico privilegiado e para o consumo pessoal nas varas criminais de Campo Mourão. 5 Considerações Finais. 6 Referências.*

**RESUMO:** Com a Lei 11.343/2006 adveio a dificuldade de entender os critérios de diferenciação do tráfico de drogas comum para o tráfico de drogas privilegiado e o porte e posse de substâncias ilícitas para o consumo próprio. O presente artigo tem por objetivo principal entender os critérios presentes nos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006, que diferenciam o tráfico de drogas comum, do tráfico privilegiado e do consumo pessoal, utilizando-se, para tanto, do método de pesquisa bibliográfica, através de doutrinas, jurisprudências e legislação brasileira pertinente ao tema. Ao final, será utilizada a pesquisa empírica através de sentenças proferidas pelos magistrados nas Varas Criminais de Campo Mourão, a fim de analisar está sendo feita a tipificação do tráfico comum, do tráfico privilegiado, bem como do consumo próprio de acordo com a Lei 11.343/2006 e com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Com a presente pesquisa, é possível observar a imprecisão nos critérios de tipificação dos crimes de tráfico de drogas comum, do tráfico privilegiado e consumo pessoal, ainda não elucidada pelos Tribunais Superiores e divergentes, ainda, perante os doutrinadores. Conclui-se, portanto, que a subjetividade constante nos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006, traz para o julgador dificuldades acerca da tipificação da conduta do Réu, o que, por consequência, causam prejuízos, com eventual cerceamento indevido da liberdade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei 11.343/2006. Tráfico de drogas. Tráfico privilegiado. Consumo pessoal. Desclassificação.

**ABSTRACT:** With the introduction of Law 11.343/2006 came the difficulty in understanding the criteria for differentiating common drug trafficking from privileged drug trafficking and the possession of illicit substances for personal consumption. The main objective of this article is to approach the criteria present in articles 28 and 33 of Law 11.343/2006, that differentiate common drug trafficking from privileged drug trafficking and personal consumption, using the bibliographical research method, through doctrine, jurisprudence and pertinent Brazilian legislation. At the end, empirical research will be used through sentences handed down by the judges of the Criminal Courts of Campo Mourão, in order to analyze how they are deciding the requests for declassification from the criminal type of common drug trafficking to privileged drug trafficking, as well as for personal consumption in accordance with Law 11.343/2006 and the doctrinal and jurisprudential understandings. With the present research, it is possible to observe the imprecision in the declassification criteria of the crimes of drug trafficking, privileged trafficking and personal consumption, still not elucidated by the Superior Courts and still divergent among scholars. It is concluded, therefore, that the subjectivity contained in Articles 28 and 33 of Law 11.343/2006 brings difficulties to the judge about the typification of the conduct of the Defendant, which, consequently, causes losses to the latter, with possible undue curtailment of freedom.

**KEYWORD:** Law 11,343/2006. Drug trafficking. Privileged traffic. Personal consumption. downgrading.

**1 INTRODUÇÃO**

Com a publicação da Lei 11.343/2006, que trata da prevenção do uso de substâncias ilícitas, do tráfico de drogas, e que retirou a aplicação de penas privativas de liberdade para aqueles que mantinham substância ilícita para consumo próprio, bem como tornou possível a redução de pena para pequenos e eventuais traficantes, surgiu a problemática de como fazer a tipificação penal com base nas circunstâncias de cada caso.

Para entender a problemática do tema, será tratado como transcorreu a proibição de substâncias psicotrópicas no decorrer da história global.

Iniciando o primeiro marco registrado na história mundial, quando a China proibiu o uso do tabaco, passando pela Convenção de Haia e chegando, por fim, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas do ano de 1988. Ainda, será abordada a história do proibicionismo no Brasil, desde o período inicial do pós-abolição até a publicação da atual Lei de Drogas nº11.343/2006, que trouxe consigo a adversidade de tipificação do tráfico de drogas.

A problemática do tema consiste na subjetividade dos artigos 28, que trata da criminalização do consumo próprio de drogas, e do 33 *caput* e parágrafo 4º, todos da Lei 11.343/2006. O artigo 28 dispõe que consumo próprio de drogas, apesar de ainda ser tipificado como crime, não é punível com penas restritivas de liberdade, mas sim com medidas alternativas que visam conscientizar o usuário para que cesse com o uso das substâncias ilícitas.

Já o artigo 33, *caput,* aplica as penas restritivas de liberdade pelo crime de tráfico comum, enquanto o parágrafo 4º do mesmo dispositivo legal traz a minorante de pena para os pequenos e eventuais traficantes, chamado de tráfico privilegiado.

Entre o tráfico comum de drogas, disposto no *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/2006 e o tráfico privilegiado, constante no parágrafo 4º do referido dispositivo consta a imprecisão conceitual de “atividades criminosas”, e o que englobaria o termo, se atos infracionais, ações penais e inquéritos policiais ainda em trânsito são considerados dedicação às atividades criminosas que afastariam a aplicação da minorante de tráfico privilegiado.

No tocante ao tráfico comum de drogas, presente no *caput* do artigo 33 e o consumo próprio disposto no artigo 28, ambos da Lei 11.343/2006, a controvérsia que forma é a falta de parâmetros objetivos que distinguem o tráfico comum do consumo próprio. A distinção é feita num primeiro momento durante o inquérito policial e, posteriormente, na ação penal. Em ambos os casos o entendimento da destinação da droga, se era para traficância ou para uso, é realizada com a subjetividade do policial e do juiz.

Em face das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, bem como na subjetividade do texto legal, fez-se necessário buscar compreender como as Varas Criminais da Comarca de Campo Mourão estão fazendo a adequação típica dos fatos entre tráfico comum de drogas, tráfico privilegiado e do consumo próprio.

**2 O PROIBICIONISMO DE DROGAS NA HISTÓRIA**

Um dos primeiros marcos na história mundial referente às substâncias psicoativas ocorreu na China, no século XVII, quando foi proibido o uso do tabaco. Com a proibição, os chineses aumentaram o consumo do ópio, passando a utilizar na forma de fumo. Em decorrência do aumento expressivo do uso, no século XVIII a China proibiu, também, o uso do ópio (VALOIS, 2017).

Todavia, a proibição do cultivo da Papoula (planta que é extraído o ópio) na China, apenas causou significativo desequilíbrio nas relações comerciais, prejudicando o próprio país, visto que, ainda que vedado o cultivo na nação, os comerciantes de ópio passaram a importar de outros países, que, por conseguinte, tornou a substância moeda de troca. Em 1836, travou-se a Guerra do Ópio entre China e Grã-Bretanha, movidas pelo objetivo de conquistar o poder econômico da substância (VALOIS, 2017).

No ano de 1906, observou-se que cerca de ¼ (um quarto) da população chinesa eram dependentes do ópio. Frente a esta situação, e pelos danos à saúde que a substância estava causando, países reuniram-se na conferência em Xangai, no ano de 1909, a fim de limitar a produção e comercialização do ópio. Nesta conferência, alguns países, como os Estados Unidos, manifestaram-se favoravelmente ao controle na produção do ópio, em contrapartida, alguns países da Europa, foram contra a limitação debatida, sob a justificativa de eventuais prejuízos à indústria farmacêutica (UNODC, 2022).

Em 1912, na Convenção de Haia, foi celebrado o primeiro tratado internacional registrado na Liga das Nações. Neste tratado, os países reconheceram a importância de limitação do ópio e seus derivados apenas para fins médicos e científicos, bem como, a necessidade de impedir o uso recreativo, a fim de evitar que as pessoas se tornassem dependentes. Assim, cada país signatário deveria aplicar políticas de licenciamento do uso dessas substâncias (UNODC, 2022).

Visando cumprir as imposições do tratado de 1912, o Congresso dos Estados Unidos da América aprovou em 1914 o Harrison Act, que consistia em lei que regulamentava a produção e comercialização do ópio e seus derivados, bem como da cocaína, apenas para fins medicinais e científicos.

No ano de 1961 foi realizada a Conferência Única sobre Entorpecentes, emendada, posteriormente em 1972, que possuía como objetivo o combate ao abuso de drogas através da limitação da posse e das atividades coordenadas dos países signatários a fim de desestimular e deter traficantes internacionais (UNODC, 2022).

Em 1971, na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, restou estabelecido um controle internacional acerca das substâncias que seriam suscetíveis a causar dependência (UNODC, 2022).

Em 1988, foi realizada a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que estipulou medidas contra o tráfico de drogas e, ainda, informações sobre a extradição de traficantes (UNODC, 2022).

2.1 A POLÍTICA PROIBICIONISTA DE DROGAS NO BRASIL

No Brasil, a maconha (*cannabis sativa*)*,* esteve presente no cenário social desde o período escravocrata, por ser utilizada por pessoas pretas escravizadas, com a finalidade recreativa, medicinal e religiosa/ritualística.

O primeiro registro que se tem acerca da penalização do comércio e uso da maconha é datado de 1830, no Rio de Janeiro, quando a Câmara proibiu a venda, o uso e a conservação do “pito do pango”, aplicando aos contraventores a pena de multa e três dias de cadeia (CARDOSO, 1951).

Quando surgiu a possibilidade de os negros alcançarem a sociedade e adquirirem direitos, os brancos que ainda saudavam a escravidão, começaram a se preocupar com o progresso e a manutenção da ordem. Em síntese, acreditavam que os costumes e tradições dos povos africanos e de seus descendentes eram empecilhos para atingir o objetivo de uma sociedade civilizada (SAAD, 2018). E dentro do contexto cultural e religioso dos negros, estava a maconha.

Visando controlar e cercear os costumes e tradições dos povos recém-libertos, sob a justificativa de alcançar o progresso e manter a ordem social, evitar a difusão da maconha entre os brancos e, ainda, pelos supostos perigos que a *cannabis* ocasionava, tal como a infantilização e enlouquecimento (SAAD, 2018), a maconha passou a ser difundida como um risco à sociedade.

Apenas em 1932 (100 anos após o primeiro registro proibicionista) é que foi promulgado o Decreto nº 20.930/1932, que tornou a maconha, dentre outras substâncias, proscrita. No primeiro artigo do referido texto, consta o rol de substâncias consideradas tóxicas.

Em 1938, o então Presidente da República Getúlio Vargas, promulgou o Decreto-Lei nº 891/38, que proibiu a produção, colheita, exploração, em todo o território nacional, de substâncias psicoativas constantes no rol do artigo 1º, bem como os seus derivados.

Em 1961 o Brasil participou e aderiu à Convenção Única sobre Entorpecentes, que instituiu um controle internacional das substâncias entorpecentes, sendo o Decreto nº 54.216 promulgado no ano de 1964, limitando a utilização e produção das substâncias entorpecentes para fins de uso medicinais e científicos.

Em 1971, novamente o Brasil foi signatário da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, promulgando o Decreto nº 79.388 em 1977. No texto legislativo, dispunha que o país signatário que possuísse informação acerca de uma substância potencialmente psicotrópica que não estivesse inscrita no controle internacional, deveria informar ao Secretário-Geral (BRASIL, 1977).

Novamente, em 1988, o Brasil assinou o tratado da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, sendo promulgado mediante Decreto nº 154 de 1991, que possuía o objetivo de:

promover a cooperação entre as Partes a fim de que se possa fazer frente, com maior eficiência, aos diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas que tenham dimensão internacional. No cumprimento das obrigações que tenham sido contraídas em virtude desta Convenção, as Partes adotarão as medidas necessárias, compreendidas as de ordem legislativa e administrativa, de acordo com as disposições fundamentais de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos (BRASIL, 1991, artigo 2, alínea 1).

No ano de 1976, foi promulgada a Lei nº 6.368/76, antiga Lei de drogas. No artigo 16 do texto legislativo, dispunha que o consumo próprio de drogas era passível de pena de detenção de 6 meses a 2 anos, além do pagamento de multa.

Em 1988, a Constituição Federal dispôs em seu artigo 5º, inciso XLIII, que o tráfico de entorpecentes e drogas constituía crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Em 2006 foi sancionada e publicada a Lei 11.343, que revogou a Lei 6.368/1976, instituindo o SISNAD e adotando medidas de prevenção ao uso de drogas, reinserção do usuário, bem como a tipificação sobre os crimes de tráfico de drogas.

**3 A IMPRECISÃO NOS CRITÉRIOS DE CARACTERIZAÇÃO TÍPICA DO TRÁFICO DE DROGAS**

A antiga Lei de Drogas (Lei nº 6.368/1976), no seu artigo 16, determinava que adquirir, guardar ou trazer consigo, ainda que para uso próprio, era punível com pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Com o advento da Lei 11.343/2006, a conduta de adquirir, guardar ou trazer consigo para uso próprio passou a ser penalizada com medidas educativas, de advertências e de serviços à comunidade, conforme disposto no artigo 28, da Lei 11.343/2006, excluindo as penas privativas de liberdade aos usuários.

Todavia, o crime de tráfico de drogas permaneceu, e com ele, a imprecisão nos critérios de diferenciação entre o crime de tráfico, previsto no artigo 33, e o uso próprio – artigo 28, ambos da Lei 11.343/2006.

O parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas vigente, elenca os critérios de diferenciação entre tráfico e uso. O dispositivo determina que o juiz, para diferenciar o uso pessoal do crime de tráfico de drogas deve atentar-se à natureza e quantidade da droga, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias pessoais e sociais, bem como às condutas e antecedentes do agente.

Contudo, com exceção aos antecedentes do agente, que ficam devidamente registrados para consulta em sistemas institucionais, os demais critérios de diferenciação são obtidos principalmente a partir dos depoimentos dos policiais envolvidos na abordagem, que se valem de um juízo de valoração.

O juízo de valoração consubstancia-se no julgamento que temos de determinada conduta ou objeto, com base nas crenças, cultura, religião e sentimentos que o ser humano possui, sem necessariamente significar que o *dever ser* de fato é *ser* (juízo de fato)*.* Ou seja, juízo de valor é uma percepção pessoal e individual do humano, daquilo que é bom ou mau, enquanto o juízo de fato é aquilo que é, a realidade. (REALE, 1994).

Os critérios constantes no artigo 28, parágrafo 2º, da Lei 11.343/2006 são as circunstâncias sociais, pessoais e a conduta do agente, a localidade, condições da abordagem.

As circunstâncias sociais e pessoais do agente são aquelas inerentes às características do indivíduo, a exemplo, a vestimenta, se parecia nervoso, o comportamento, se trabalha, se tem residência fixa, se parecia uma pessoa de boa índole ou não. A conduta do agente pode ser exemplificada se o indivíduo fugiu, se no momento da abordagem estava entregando, recebendo ou se livrando de algo, em ambas as situações, o juízo de valor é altamente utilizado. (SEMER, 2019).

A localidade é analisada se o indivíduo foi encontrado perto de escolas, presídios, em locais conhecidos pela traficância. As condições da abordagem policial são exemplificadas se houve violência, resistência, se a abordagem foi realizada mediante denúncia ou apenas por ronda rotineira (SEMER, 2019).

Portanto, alguns dos requisitos caracterizadores da posse para consumo próprio, em especial, as circunstâncias sociais e pessoais do indivíduo, são dotadas do juízo de valor.

Ainda, é importante destacar que os policiais envolvidos na abordagem, e posteriormente ouvidos como testemunhas na audiência de instrução e julgamento, possuem o depoimento dotado de fé-pública, contando com maior valoração das provas produzidas na ação penal.

Marcelo Semer afirma que a valoração atribuída ao testemunho policial infere diretamente nas condenações, visto ser praticamente impossível que o réu consiga contrariar o depoimento policial:

O vigor probatório dos relatos dos policiais, a suspeita inerente aos interesses de réu e suas testemunhas próximas, as regras que permitem o aproveitamento dos elementos de inquérito e que provocam a inversão do ônus da prova, tudo converge para um padrão elevado de condenações. (SEMER, 2019, p. 237)

Assim, utilizar apenas do juízo de valor para definir se a situação era de traficância ou apenas uso, pode ser arriscado, visto que a percepção humana do que é certo ou errado, bom ou mau, está amparada em bases muito subjetivas.

3.1 TRÁFICO COMUM E TRÁFICO PRIVILEGIADO: A IMPRECISÃO CONCEITUAL NA DEMONSTRAÇÃO DE NÃO ENVOLVIMENTO EM ATIVIDADE CRIMINOSA.

O parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, traz em seu texto a causa de diminuição de pena de um sexto a dois terços para os indivíduos que sejam primários, possuam bons antecedentes, e não se dediquem às atividades e organizações criminosas.

Entretanto, ainda há a discussão na demonstração do não envolvimento em atividade criminosa. Isso porque é um termo vago. A atividade criminosa que refere-se o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas abarcaria os atos infracionais e os inquéritos ou ações penais em curso?

Não há uma definição doutrinária de atividade criminosa, para entender o conceito recorre-se à etimologia das palavras. No dicionário de língua portuguesa o termo atividade é definido como ocupação de alguém; capacidade de agir; desenvolvimento normal de alguma coisa. Já a palavra criminosa possui o significado de: Bandido; aquele que infringe as leis, o código penal, cometendo infrações ou crimes; Aquele que tem uma ação socialmente reprovável: era um criminoso nato; Que contém crime ou intenção criminosa; que se relaciona com crime (DICIO, 2022)

Assim, atividade criminosa é a prática de crimes, de atos que violam o Código Penal. Todavia, a dúvida consiste se os atos infracionais, inquéritos policiais e ações penais ainda em trâmite configurariam atividade criminosa, já que tais situações não resultam necessariamente em crime, a exemplo do ato infracional, e até mesmo, a não incidência do réu em atividades delitivas, nos casos dos Inquéritos Policiais e Ações Penais sem o trânsito em julgado.

A discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que os atos infracionais podem sim ser caracterizados como atividade criminosa, afastando a hipótese de redução da pena:

A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006[[3]](#footnote-3)

Entretanto, o afastamento da causa de diminuição de pena só poderá ser aplicado desde que haja um lapso temporal próximo entre os atos infracionais e o crime em julgamento:

Ademais, quanto à existência de histórico de atos infracionais, o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração (EREsp n. 1.916.596/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe de 4/10/2021.). No caso, os atos infracionais ocorreram há mais de 10 anos, não havendo proximidade temporal com os fatos, assim, não podem ser utilizados como fundamento de que o paciente se dedica às atividades criminosas.[[4]](#footnote-4)

Já acerca dos inquéritos policiais e ações penais em curso, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus nº 664.284 – ES, citou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, também adotado pela Corte Superior:

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que “A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior.[[5]](#footnote-5)

Na decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a adoção de inquéritos policiais e de ações penais em curso, ainda que em fase recursal, como configurante às atividades criminosas, violaria o princípio constitucional da não culpabilidade, assim, o tráfico privilegiado não pode ser afastado sob tais circunstâncias.

Ainda, há a discussão doutrinária e jurisprudencial consistente se a quantidade expressiva de drogas apreendidas com o agente seria, apesar de não constar no rol do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, circunstância de afastamento do tráfico privilegiado.

Por um lado, há a corrente doutrinária que possui o entendimento de que a quantidade expressiva de droga apreendida configura sim um indicativo de que o indivíduo é integrante de organização criminosa, além de potencializar a lesividade do bem jurídico tutelado pelo Estado, qual seja, a saúde, no caso da Lei de Drogas. (MARCÃO, 2015).

Na jurisprudência, todavia, o Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade expressiva de drogas não é, por si só, indício de que o indivíduo integra organização criminosa, o que afastaria a aplicação do tráfico privilegiado, sendo necessário demais indicativos que fundamentem a integração desse agente em organização criminosa:

4. A quantidade de droga apreendida, isoladamente considerada, é insuficiente ao afastamento da causa de diminuição de pena, sendo necessária a indicação de outras circunstâncias fáticas idôneas a evidenciar que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, o que não ocorreu no caso dos autos.[[6]](#footnote-6)

E ainda:

5. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

6. Consideram-se como outros elementos para afastar a minorante o modus operandi, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, por exemplo, balança de precisão, embalagens, armas e munições, especialmente quando o tráfico foi praticado no contexto de delito de armas ou quando ficar evidenciado, de modo fundamentado, o envolvimento do agente com organização criminosa[[7]](#footnote-7).

Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem de habeas corpus nº 774.000 – MS a fim de aplicar a minorante prevista no parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/2006, visto que em instâncias anteriores, os julgadores negaram o benefício ao réu, sob a fundamentação de que quantidade exacerbada de drogas apreendidas, 200kg (duzentos quilos), implicaria na integração do agente em organização ou atividades criminosas:

Extrai-se das transcrições supra que, embora as instâncias ordinárias tenham concluído que o paciente é primário e possui bons antecedentes, o benefício lhe foi negado com base em circunstância inidônea. Com efeito, a mera menção à quantidade dos entorpecentes não se mostra suficiente para, de forma isolada, concluir que o agente integra organização criminosa ou se dedica ao tráfico de forma habitual, sobretudo na hipótese, em que as instâncias ordinárias afirmam que a sua conduta possa ter sido pontual.[[8]](#footnote-8)

Para melhor elucidar, o artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei 12.850/2013, traz em seu texto a definição taxativa de organização criminosa:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Assim, do entendimento jurisprudencial da Corte Superior de Justiça e do conceito de organização criminosa constante em texto legislativo, é possível inferir que apenas a apreensão de quantidade expressiva de drogas não justifica, fundamentadamente, a integração do agente a este tipo de associação, visto que não significa que há uma estruturação na divisão de tarefas.

Todavia, importante ressaltar que, apesar de não ocorrer o afastamento da minorante pelo tráfico privilegiado, nos termos do artigo 42, da Lei 11.343/2006, a quantidade de droga, bem como a natureza e demais critérios, devem ser utilizados, necessariamente, pelo julgador no momento da dosimetria da pena.

3.2 TRÁFICO DE DROGAS E PORTE/POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.

Com o advento da Lei de Drogas, o legislador preocupou-se em diferenciar o tráfico comum de drogas do porte/posse para consumo pessoal. Tal preocupação foi motivada em decorrência da violação de princípios constitucionais e penais ao criminalizar a conduta do usuário.

De início, é possível observar que, ao criminalizar as condutas constantes no artigo 28 da Lei de Drogas, justificadas pelo uso pessoal, o legislador violaria o Princípio da Alteridade, que consiste na proibição de criminalizar uma conduta que prejudica apenas o próprio agente, a exemplo, uma tentativa de suicídio (MASSON, 2019).

No caso do consumo de drogas, os prejuízos causados pelo uso são suportados apenas pela saúde do próprio usuário, que pode dispor dela na forma como bem entender, desde que não ultrapasse o âmbito de sua própria individualidade, sem coautores (MASSON, 2019).

Nesta linha de raciocínio apesar de ser uma conduta que não agrega benefícios à saúde do usuário, é ele quem sabe o que é melhor para ele próprio. Ele é dono de sua saúde, não sendo obrigado a zelá-la seja em relação à alimentação, exercícios físicos, consumo de álcool e drogas, desde que permaneça no âmbito individual, sem externar prejuízos à sociedade.

Todavia, há o entendimento doutrinário de que criminalizar o consumo de drogas não violaria princípios constitucionais, visto que aquele que com o porte ou com a posse para o consumo próprio coloca em risco a saúde pública, além de estar mais sujeito à traficância para sustentar os gastos com as substâncias ilícitas, conforme explicação de Masson:

a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional. A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio “é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a 1.3. 1.4. 1.5. droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.” 7 Da conduta do usuário emana, pois, “um evidente perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, de natureza difusa, ou seja, titularizado por toda a sociedade, que é a saúde pública. Afirmar-se o contrário é esquecer que o ser humano não é uma ilha, como já se disse, e, assim, relaciona-se com os demais indivíduos em sociedade (MASSON, 2019, págs. 32 e 33).

A discussão acerca da (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, foi levada ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, inclusive, transformada no Tema 506 do STF, que discute-se a compatibilidade da tipificação do artigo 28 da Lei 11.343/2006 com os princípios da intimidade e da vida privada, constantes no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Entretanto, o julgamento permanece suspenso e, por consequência, a controvérsia se mantém.

No caso do tráfico comum de drogas, o legislador entendeu que as condutas constantes no artigo 33 da Lei 11.343/2006, causa relevante perigo social, visto que ofenderia o bem jurídico, qual seja, a saúde pública, de forma a externalizar a individualização do dano, e, portanto, deveria permanecer criminalizada com penas privativas de liberdade:

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.

Já o artigo 28 da Lei 11.343/2006, excluiu as penas privativas de liberdade para usuário de drogas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Comparando os artigos 28 e 33 da Lei 22.343/2006, é possível observar que 5 verbos coincidem no *caput* de cada dispositivo: adquirir, guardar, tiver, transportar e trouxer, diferenciando-se apenas quanto à destinação, enquanto no artigo 28 é para uso próprio, no artigo 33 a destinação é para terceiros.

Ainda, nota-se que as penas aplicadas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, ao usuário tratam-se medidas alternativas que visam educar e coibir o indivíduo a permanecer utilizando as substâncias ilícitas, visando diminuir a incidência e prejuízos à saúde do usuário, bem como, em tese, reduzir o encarceramento de usuários.

Todavia, mesmo com a diferenciação, permaneceu a problemática: alguns traficantes também são usuários. Como diferenciar se no momento da abordagem o indivíduo estava em traficância ou portando para uso?

É no momento da abordagem policial que é feita a primeira identificação se o agente estava em traficância ou não. Entretanto, tal identificação é feita com base no juízo de valor dos policiais, que está firmado na subjetividade do próprio policial.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça:

1.Entende esta Corte que “os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie. [[9]](#footnote-9)

Durante a ação penal, um dos critérios que o juízo deve atentar-se para avaliar se o indivíduo estava em traficância ou apenas na posse para uso, está presente no parágrafo 2º, do artigo 28, da Lei 11.343/2006:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...) § 2º 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.

Sobre a variabilidade das substâncias apreendidas, eventualmente o julgador pode entender que o réu necessitaria dessa diversidade de drogas a fim de ofertar à terceiros na forma que quisessem.

5. No caso dos autos, verifico que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a gravidade concreta da conduta e a maior periculosidade da paciente, evidenciadas pela variedade, natureza e quantidade de drogas apreendidas – 92,2 g de cocaína e 18,1 g de maconha – o que, somado à forma de acondicionamento dos entorpecentes – em porções individuais, prontas para venda – bem como, ao fato de a ré ostentar diversos registros criminais, sendo, inclusive, reincidente específica e possui também, outras condenações, revelam a necessidade da custódia cautelar para garantia da ordem pública.[[10]](#footnote-10)

Todavia, tal tese detém certa fragilidade. Em pesquisa realizada pela Fiocruz, sobre o perfil de usuários de substâncias lícitas e ilícitas, restou demonstrado que, apesar de raro, parte dos usuários fazem uso de mais de uma substância ilícita, a exemplo da maconha com cocaína, ou maconha com crack (FIOCRUZ/ICICT, 2017).Assim, a variabilidade das substâncias encontradas com o indivíduo não significaria, necessariamente, que ele portava para fins de traficância.

Já o requisito de quantidade de drogas, tal qual explanado no tópico 3.1, também possui divergência no que refere-se a classificação do tipo de tráfico comum ou consumo pessoal. Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça desclassificou a conduta de tráfico de drogas comum imputada ao agente para o consumo pessoal, visto ser ausentes demais circunstâncias que indicariam a traficância do indivíduo:

3. Mantido o quadro fático reconhecido pelas instâncias ordinárias, é cabível nova interpretação jurídica por esta Corte para reconhecer a ausência de mínima prova de vinculação do paciente em relação à prática do tráfico de drogas. Os fundamentos adotados pelo Tribunal para reconhecer que o paciente praticara tal ilícito, mostram-se meramente dedutivos. 4. Considerada a quantidade de droga apreendida (8,691g de crack), a ausência de apreensão de petrechos comuns a essa prática (balança de precisão, calculadora, recipientes para embalar a droga etc), a negativa do tráfico pelo acusado na fase inquisitorial e o fato de o mesmo não ter sido ouvido perante à autoridade judicial, bem como os depoimentos dos agentes policiais, que nada afirmaram nesse sentido, é forçoso que a conduta seja desclassificada para o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, tal como posto na sentença.[[11]](#footnote-11)

Nessas situações, quando ausentes indicativos que corroborem que o indivíduo estava em traficância, o Superior Tribunal de Justiça entende ser mais razoável a desclassificação para o crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006, em respeito ao Princípio da Presunção de Inocência.

2. Quanto ao material encontrado na posse no acusado, que afirmou ser usado na sua profissão de tatuador, também não restou categoricamente comprovado que fosse usado para o tráfico e não para a sua profissão. A quantidade de droga apreendida não é expressiva, tratando-se de 11g de cocaína e 9g de maconha o que caracteriza mais o consumo do que a traficância. 3. Considerando a apreensão de quantidade não expressiva de droga e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente, afigura-se mais razoável, considerando-se o princípio da presunção de inocência, adotar-se a interpretação mais favorável ao imputado.[[12]](#footnote-12)

Assim, frente a subjetividade dos requisitos de quantidade e natureza da substância ilícita, constantes no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, as decisões judiciais passam por problemas, que afetam diretamente o Réu, no tocante a identificação do tráfico comum de drogas e o consumo pessoal.

**4 O ENTENDIMENTO DO JULGADOR NAS DECISÕES DESCLASSIFICATÓRIAS DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O TRÁFICO PRIVILEGIADO E PARA O USO PESSOAL NAS VARAS CRIMINAIS DE CAMPO MOURÃO.**

Em decorrência das divergências de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como na subjetividade dos tipos penais apontadas nos tópicos anteriores, fez-se necessário demonstrar como os juízes das Varas Criminais da Comarca de Campo Mourão/PR estão aplicando a Lei 11.343/2006, em especial os artigos 28 e 33 *caput* e parágrafo 4º da Lei de Drogas.

Para que seja determinada a destinação da droga encontrada, o juiz deve observar o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, no qual estabelece que a destinação será orientada através da quantidade e natureza da droga 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.

Destes requisitos, o local e às condições que desenvolveu a ação e as circunstâncias e conduta do agente são obtidas através dos policiais que efetuaram a operação.

Neste tocante, é possível observar que os juízes atribuem significativo valor probatório nos depoimentos dos policiais envolvidos, sob os depoimentos das demais testemunhas e interrogatórios dos réus.

Os depoimentos dos policiais, que participaram das diligências, são coerentes e uniformes, esclarecendo o ocorrido. Relataram em Juízo que receberam informações que na casa do denunciado ocorria o tráfico de drogas, inclusive o veículo Corsa, era usado para o transporte das substâncias entorpecentes; que foram até o endereço indicado, efetuaram revista no veículo, mas nada de ilícito foi encontrado; que pediram autorização para adentrar na casa o réu e a irmã dele autorizaram a entrada; que localizaram em um cesto de roupas sujas a maconha e uma certa quantia em dinheiro (notas diversas e de pequenos valores); que no quarto do cunhado do denunciado localizaram uma balança de precisão que estava embaixo de uma coberta e de algumas roupas sujas.(...)

Procurou o acusado se eximir da responsabilização penal pelo ilícito de tráfico de substância entorpecente que lhe foi imputado, alegando que a droga destinava-se ao exclusivo uso próprio, todavia, tal versão não merece acolhida, uma vez que não provada a destinação exclusiva para uso próprio, ônus do acusado. É bem possível que seja usuário como afirmou, entretanto, tal circunstância não impede que também atue no tráfico, até mesmo para manter o vício.[[13]](#footnote-13)

E bem evidenciado abaixo:

Diante dos depoimentos acima mencionados, tenho que as provas produzidas são firmes e seguras apontando o réu como tendo praticado o crime de tráfico a ele imputado. O depoimento dos policiais que realizaram a prisão em flagrante e participaram das diligências tem tanto valor probante quanto a de qualquer outra testemunha idônea, não havendo razão para desmerece-los e, aliados aos demais elementos de provas produzidos, verifica-se que a situação apresentada no início da presente fundamentação restou configurada estreme de dúvidas, ou seja, **Réu** (**utiliza-se o termo Réu a fim de preservar a identidade do indivíduo**) (**grifei**), de forma livre e consciente, cometeu o crime de tráfico de drogas.[[14]](#footnote-14)

A dificuldade em refutar os depoimentos dos policiais através das testemunhas de defesa e do interrogatório do réu, conforme explicado anteriormente e corroborado por Marcelo Semer na obra Sentenciado o Tráfico, fica bem destacado no caso abaixo:

Em breve síntese dos fatos, foi encontrado na casa dos réus (casal) 128g de maconha, uma faca com resquícios da substância, bem como balança de precisão. Durante a instrução processual, foram ouvidos os policiais que participaram da abordagem, bem como os vizinhos dos réus, como testemunhas de defesa, além dos próprios réus em interrogatório.

Os policiais afirmaram que estavam cumprindo mandado de busca no endereço dos réus por operação policial que averiguava a receptação de objetos furtados realizados na cidade e que o endereço dos réus seria um dos locais de receptação, bem como que tomaram conhecimento da suposta traficância no endereço dos réus mediante denúncia no telefone 181. Já os Réus e as testemunhas de defesa foram uníssonas ao afirmarem que um dos réus era usuário, enquanto a outra ré utilizava-se da balança de precisão, encontrada na residência, para a confecção de bolos.

Entretanto, ainda que inexistente alguma divergência nos depoimentos das testemunhas de defesa e dos réus, o juiz condenou os réus como incursos no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Após a análise dos elementos de provas carreados nos autos, verifica-se que o cenário em que foi encontrada a substância toxicológica, aliado aos depoimentos dos policiais e demais elementos de prova, conduzem à comprovação da responsabilidade criminal dos acusados, com relação ao crime previsto pelo artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, conforme passo a expor.(...). No entanto, embora os réus tenham dado versões semelhantes, e que testemunhas tenham confirmado que **Réu** (**utiliza-se o termo Réu a fim de preservar a identidade do indivíduo**) (**grifei**) fazia bolos para vender e que **Réu** (**utiliza-se o termo Réu a fim de preservar a identidade do indivíduo**) (**grifei**), possivelmente, seria usuário de entorpecentes, tais fatos, por si só, não são capazes de descaracterizar a traficância, comprovada por outros elementos de prova robustos.[[15]](#footnote-15)

Outro ponto a ser considerado na tipificação entre tráfico comum e consumo próprio, é a quantidade e natureza da substância apreendida.

Em sentença definitiva, o juízo da Vara Criminal de Campo Mourão condenou por tráfico de drogas privilegiado o Réu que guardava em sua residência 5g de maconha.

Diante dos depoimentos acima mencionados, tenho que as provas produzidas são firmes e seguras apontando o réu como tendo praticado o crime de tráfico a ele imputado. Verifica-se que a situação apresentada no início da presente fundamentação restou configurada estreme de dúvidas, ou seja, **Réu** (**utiliza-se o termo Réu a fim de preservar a identidade do indivíduo**) (**grifei**), de forma livre e consciente, cometeu o crime de tráfico de drogas ao manter em depósito em sua residência, para fins de tráfico, cerca de 5g (cinco gramas) de maconha.(...) Também reconheço a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06, conforme requerido pela agente ministerial, porque o dispositivo visa beneficiar o pequeno e eventual traficante, que seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas e nem seja integrante de alguma organização criminosa. O réu é tecnicamente primário, conforme relatório de movimento 122.1, não havendo indicativos suficientes que se dedique a atividades criminosas ou faça parte de organização criminosa, possibilitando a aplicação da minorante, em seu máximo legal.[[16]](#footnote-16)

Todavia, posteriormente em julgamento do Recurso de Apelação interposto pelo Réu, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu pela desclassificação do tráfico privilegiado para o consumo próprio, visto que as provas colacionadas nos autos não foram suficientes para trazer a certeza necessária numa sentença condenatória, além da quantidade de droga encontrada ser pequena:

De todas as provas dos autos, não se afasta totalmente a possibilidade de o apelante praticar o tráfico de drogas, seja na modalidade de comércio ou de depósito. Entretanto, essas provas são insuficientes para fornecer a certeza necessária para a condenação por tráfico de drogas. Tanto é que o acusado foi condenado pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06 por incidir no verbo “guardar” substância ilícita, pois a única prova material concreta contra o acusado é a pequena quantidade de maconha encontrada em sua residência. Embora a operação tenha envolvido outras residências e outras pessoas, como afirmam os policiais, também não houve qualquer indício de envolvimento do acusado em associação criminosa, e por isso sequer foi denunciado. A imputação de tráfico ao apelante se baseia exclusivamente nas denúncias anônimas, tanto pelo disque-denúncia quanto pelo usuário que alega ter trocado um carro furtado por droga no local, e nos atos infracionais de **Réu** (**utiliza-se o termo Réu a fim de preservar a identidade do indivíduo**) (**grifei**). Não foi encontrado em poder do apelante balança de precisão, produtos para embalar a droga, anotações, instrumentos ou qualquer outro artefato típico da atividade de traficância. A quantidade de droga apreendida é pequena e foi apreendida apenas um tipo, a maconha, sendo que parte da droga já estava embalada para fumar (baseado) e foi apreendida juntamente com folhas de seda destinadas à confecção de cigarros de maconha. Os elementos de aferição da destinação da droga previstos no artigo 28, §2º, da Lei nº 11.343/06, apontam para a destinação da substância para consumo próprio. (...)Por todos os fundamentos já expostos, entendo pela desclassificação do delito do artigo 33 da Lei nº 11/343/06 para o delito do artigo 28 do mesmo diploma legal.[[17]](#footnote-17)

Em face da subjetividade do tipo penal, ficam evidenciadas as divergências nas decisões entre os juízos de primeiro e segundo grau e os entendimentos das Cortes Superiores sobre a tipificação do tráfico de drogas comum e do consumo próprio.

Acerca da desclassificação do tráfico comum de drogas para o tráfico privilegiado, o parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, dispõe que para fazer jus à minorante, o réu deve ser primário, com bons antecedentes e sem dedicar-se às atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

Nas sentenças proferidas pelas Varas Criminais de Campo Mourão, nas quais houveram os pedidos de aplicação da minorante do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, nota-se concordância entre as decisões e o dispositivo legal:

Por fim, reconheço a causa especial de diminuição, prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, porque o dispositivo visa beneficiar o pequeno e eventual traficante, que seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas e nem seja integrante de alguma organização criminosa. A ré é primária e não possui antecedentes criminais, conforme relatório de movimento 106.1, não havendo indicativos concretos que se dedique a atividades criminosas ou faça parte de organização criminosa, possibilitando a aplicação da minorante(...).[[18]](#footnote-18)

Na decisão acima, houve a aplicação da minorante disposta no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, pois foram cumpridos todos os requisitos constantes no dispositivo legal. Já na decisão abaixo, não houve a aplicação do tráfico privilegiado, visto que o Réu possuía diversas ações penais com trânsito em julgado:

O acusado possui diversas condenações transitadas em julgado (autos nº 2007065-00.0000.0.00.0092, transitada em julgado em 12.02.2007, autos nº 2011156-00.0000.0.00.0082, transitada em julgado em 15.08.2011, autos nº 0000199-27.2000.8.16.0058, transitada em julgado em 02.05.2008 e autos nº 0001987-61.2009.8.16.0058 transitado em julgado em 16.12.2013 – Oráculo de seq. 167.1), logo, é reincidente e possuidor de maus antecedentes. Com efeito, afasto a causa especial de diminuição de pena prevista pelo artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.[[19]](#footnote-19)

Todavia, ainda que exista certa harmonia entre as decisões judiciais de primeiro grau e o dispositivo legal, é de conhecimento a existência de imprecisão conceitual do envolvimento em atividades criminosas quando o réu tivesse ação penal em curso ou inquérito policial instaurado.

Naquele momento, foi mencionado o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que afastar a aplicação da minorante, quando o réu tiver ação penal sem o trânsito em julgado ou inquérito policial aberto, violaria o princípio constitucional da não culpabilidade.

Em entendimento contrário ao da Corte Suprema, o juiz da Vara Criminal de Campo Mourão, afastou a aplicação do tráfico privilegiado pois o Réu estaria respondendo a outro processo-crime também de tráfico de drogas, não se atentando ao princípio constitucional da não culpabilidade.

Deixo de aplicar a causa especial de diminuição da pena, prevista no § 4º, artigo 33, da Lei nº 11.343/06, porque o dispositivo visa beneficiar o pequeno e eventual traficante, que seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas e nem seja integrante de alguma organização criminosa. *In casu*, apesar do réu ser tecnicamente primário (relatório extraído do sistema Oráculo de movimento 97.1), constam notícias da prática de tráfico pelo acusado, inclusive respondendo a outro processo pelo crime de tráfico de drogas, com mandado de prisão expedido em seu desfavor, indicativos de que o acusado se dedica à traficância, impossibilitando a aplicação da mencionada minorante[[20]](#footnote-20)

É possível observar que a divergência nos entendimentos dos critérios de (des)classificação entre tráfico comum de drogas, o tráfico privilegiado e consumo próprio tem causado certa heterogeneidade nas decisões, podendo acontecer de eventualmente casos semelhantes serem tipificados de formas diferentes, causando prejuízos ao réu com ocasionais prisões indevidas.

**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

**O presente artigo teve como objetivo geral obter melhor entendimento acerca da aplicação dos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006, nas decisões judiciais, consistentes na tipificação entre tráfico comum de drogas, tráfico privilegiado e o consumo próprio, visto que, em decorrência da subjetividade constante nos dispositivos legais *supra* seria possível ocorrer divergências na caracterização de cada tipo penal, que interfere diretamente na ação penal, no direito à liberdade do réu, bem como no encarceramento.**

**Para tanto, buscou-se compreender, através dos objetivos específicos, as principais controvérsias entre, de um lado, o tráfico comum de drogas e tráfico privilegiado, de outro, o tráfico comum de drogas e o porte para consumo próprio, utilizando de pesquisa bibliográfica e documental e julgados do Superior Tribunal de Justiça. Foi realizada pesquisa empírica a fim de obter informações sobre como as Varas Criminais da Comarca de Campo Mourão estão lidando com as problemáticas envolvendo o tráfico comum de drogas, o tráfico privilegiado e o consumo próprio.**

**Como resultado, notou-se que a subjetividade dos critérios estabelecidos para caracterizar o porte de drogas para consumo próprio, previsto no artigo 28, bem como o tráfico comum de drogas e o tráfico privilegiado, constantes no artigo 33, *caput* e parágrafo 4º, todos da Lei 11.343/2006, afeta as decisões judiciais em todas as instâncias, não sendo feito, até o momento, uma padronização objetiva dos tipos penais constantes na Lei de Drogas.**

**REFERÊNCIAS**

ATIVIDADE. In: DICIO. **Dicionário Online de Português**. Porto: 7graus, 2022a. Disponível em <https://www.dicio.com.br/atividade/>. Acesso em: 29 set.2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 20.930 de 11 de janeiro de 1932**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 08 set.2022.

BRASIL. **Decreto nº 891 de 25 de novembro de 1938**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 54.216 de 27 de agosto de 1962**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 79.388 de 14 de março de 1977.** Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em [s.d].

BRASIL. **Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l6368.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.368%2C%20DE%2021%20DE%20OUTUBRO%20DE%201976.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20medidas%20de%20preven%C3%A7%C3%A3o,ps%C3%ADquica%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm#:~:text=LEI Nº 6.368%2C DE 21 DE OUTUBRO DE 1976.&text=Dispõe sobre medidas de prevenção,psíquica%2C e dá outras providências). Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. **Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: [s.d].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **AgRg no HC 703036 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2021/0347572-5**. Acórdão. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Tráfico de entorpecentes. Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Ilicitude das provas. Atuação investigativa da guarda municipal. Anulação do processo. Ausência de ilegalidade. Desclassificação do crime para uso de drogas. Revolvimento fático-probatório. Impossibilidade. Aplicação da minorante na fração máxima. Atos infracionais. Dedicação a atividades criminosas. Agravo regimental desprovido. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro. Data do Julgamento: 08 mar. 2022. Data de Publicação/Fonte: DJe 14 mar. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 760.298**. Decisão Monocrática. Relator: Min. Data de Publicação/Fonte: DJe 08 ago. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 664.284 – ES**. Acórdão. Processo Penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas. Causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006. Réu que responde outra ação penal em curso. Fundamento inválido. Manifesta ilegalidade verificada. Uniformização de entendimento entre as turmas. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 21 set. 2021. Data de Publicação/Fonte: DJe 27 set. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **AgRg no REsp 1994101 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2022/0091018-5.** Acórdão. Agravo regimental no recurso especial. Associação para o tráfico. Ausência de prova concreta da estabilidade e permanência. Absolvição mantida. Tráfico de drogas. Dosimetria. Minorante do tráfico privilegiado. Dedicação à atividade criminosa afastada pelo tribunal a quo. Revolvimento de provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região). Data do Julgamento: 27 set. 2022. Data de Publicação/Fonte: DJe 30 set. 2022. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **AgRg no AgRg no HC 613653 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2020/0241309-2.** Acórdão. Agravo regimental no habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Dosimetria da pena. Ausa de redução de pena. Art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006. Quantidade e natureza da droga. Outras circunstâncias. Conclusão quanto à dedicação a atividade criminosa ou participação em organização criminosa. Possibilidade de afastamento do tráfico privilegiado. Agravo regimental desprovido. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Data do Julgamento: 27 set. 2022. Data de Publicação/Fonte: DJe 30 set. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 774.000.** Decisão Monocrática. Relator: Min. Reynaldo Soares Fonseca. Data de Publicação/Fonte: DJe 28 set. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **AgRg no AREsp 2014982 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2021/0368747-8.** Acórdão. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de entorpecentes. Absolvição ou desclassificação para uso de drogas. Reexame do acervo fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região). Data do Julgamento: 03 maio 2022. Data de Publicação/Fonte: DJe 06 maio 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **RHC 127623 / SC RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2020/0124450-2.** Acórdão. Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Desclassificação. Inadmissibilidade de análise na via eleita. Exame fático-probatório. Flagrante convertido em prisão preventiva. Fundamentação concreta. Periculosidade da agente. Variedade, natureza e quantidade da droga apreendida. Reiteração delitiva. Risco ao meio social. Garantia da ordem pública. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Medidas cautelares alternativas. Insuficiência. Risco de contaminação pela covid-19. Supressão de instância. Flagrante ilegalidade não evidenciada. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Data do Julgamento: 26 jun. 2020. Data de Publicação/Fonte: DJe 29 jun. 2020. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **AgRg no AREsp 1986910 / PA AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2021/0319995-0.** Acórdão. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Súmula 182/STJ. Afastamento. Tráfico de drogas. Desclassificação para o art. 28 da lei 11.343/2006. Possibilidade. Quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias mantido. Restabelecimento da sentença. Prescrição da pretensão executória. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região). Data do Julgamento: 19 abr. 2022. Data de Publicação/Fonte: DJe 22 abr. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **AgRg no HC 701456 / SC AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2021/0337916-3.** Acórdão. Agravo regimental no habeas corpus. Tráfico de drogas. Ausência de provas inequívocas de comércio de entorpecentes. Desclassificação para o crime previsto no art. 28, caput, da lei n.º 11.343/2006. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região). Data do Julgamento: 29 mar. 2022. Data de Publicação/Fonte: DJe 01 abr. 2022. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 15 set. 2022.

CAMPO MOURÃO. 2ª Vara Criminal de Campo Mourão. **Autos nº. 0000061-88.2022.8.16.0058**. Sentença. Juiz Mario Carlos Carneiro. Data do Julgamento: 26 abr. 2022. Disponível em: <https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/>. Consulta Pública. Número do processo: 0000061-88.2022.8.16.0058. Mov. 134.1. Acesso em: 11 out. 2022.

CAMPO MOURÃO. 2ª Vara Criminal de Campo Mourão. **Autos de processo-crime nº 0000930-95.2015.8.16.0058**. Sentença. Juiz Mario Carlos Carneiro. Data do Julgamento: 21 nov. 2017. Disponível em: <https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/>. Consulta Pública. Número do processo: 0000930-95.2015.8.16.0058. Mov. 133.1. Acesso em: 11 out. 2022.

CAMPO MOURÃO. 2ª Vara Criminal de Campo Mourão. **Autos nº. 0001714-62.2021.8.16.0058**. Sentença. Juiz Substituto Paulo Eduardo Marques Pequito. Data do Julgamento: 05 ago. 2021. Disponível em: <https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/>. Consulta Pública. Número do processo: 0001714-62.2021.8.16.0058.Mov. 197.1. Acesso em: 18 out. 2022.

CAMPO MOURÃO. 2ª Vara Criminal de Campo Mourão. **Autos de processo-crime nº: 0003712-70.2018.8.16.0058**. Sentença. Juiz Mario Carlos Carneiro. Data do Julgamento: 19 set. 2018. Disponível em: <https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/>. Consulta Pública. Número do processo: 0003712-70.2018.8.16.0058. Mov. 132.1. Acesso em: 12 out. 2022.

CURITIBA. 3ª Câmara Criminal. **Autos de processo-crime nº: 0003712-70.2018.8.16.0058**. Acórdão. Apelação criminal. Tráfico de drogas (art. 33 da lei nº 11.343/06). Pedido de absolvição por insuficiência de provas. Improcedente. Materialidade e autoria comprovadas pela prova dos autos. Pedido de desclassificação. Procedente. Circunstâncias, natureza e quantidade da droga que apontam para a destinação de uso próprio. Art. 28, §2º, da lei nº 11.343/06. Denúncias anônimas isoladas das provas dos autos que não podem sustentar a condenação. Apelante preso com 5 gramas de maconha e papel seda, droga dividida entre um cigarro de maconha e uma porção. Ausência de outros elementos de tráfico. Determinada a remessa ao juizado especial criminal. Recurso conhecido e parcialmente provido. Relator: Des. João Domingos Küster Puppi. Data do Julgamento: 02 maio 2019. Disponível em: <https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/>. Consulta Pública. Número do processo: 0003712-70.2018.8.16.0058. Mov. 163. Acesso em: 12 out. 2022.

CAMPO MOURÃO. 2ª Vara Criminal de Campo Mourão. **Autos de processo-crime nº: 0000818-87.2019.8.16.0058**. Sentença. Juiz Mario Carlos Carneiro. Data do Julgamento: 05 jul. 2019. Disponível em: <https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/>. Consulta Pública. Número do processo: 0000818-87.2019.8.16.0058. Mov. 115.1. Acesso em: 12 out. 2022.

CAMPO MOURÃO. 2ª Vara Criminal de Campo Mourão. **Autos nº. 0000199-26.2020.8.16.0058**. Sentença. Juiz Substituto Paulo Eduardo Marques Pequito. Data do Julgamento: 27 ago. 2020. Disponível em: <https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/>. Consulta Pública. Número do processo: 0000199-26.2020.8.16.0058. Mov. 183.1. Acesso em: 11 out. 2022

CAMPO MOURÃO. 2ª Vara Criminal de Campo Mourão. **Autos de processo-crime nº: 0007823-63.2019.8.16.0058.** Sentença. Juiz Substituto Paulo Eduardo Marques Pequito. Data do Julgamento: 10 dez. 2019. Disponível em: <https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/>. Consulta Pública. Número do processo: 0007823-63.2019.8.16.0058. Mov. 106.1. Acesso em: 11 out. 2022

CARDOSO, Dr. Eleyson. Diambismo ou Maconhismo, Vício Assassino. In: Serviço Nacional de Educação Sanitária. Ministério da Saúde. **Maconha – coletânea de trabalhos brasileiros.** 2ªed. Rio de Janeiro, 1958, número das páginas 185 e 186.

CRIMINOSA. In: DICIO. **Dicionário Online de Português**. Porto: 7graus, 2022. Disponível em <https://www.dicio.com.br/criminosa/>. Acesso em 29/09/2022.

**CONVENÇÃO ÚNICA SOBRE ENTORPECENTES.** 1961. Emendada em 1972. Disponível em <https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/conventions.html>. Acesso em: [s.d].

**CONVENÇÃO DE 1971 SOBRE AS SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS**. 21 de fevereiro de 1971. https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/conventions.html. Acesso em: [s.d].

**CONVENÇÃO CONTRA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS.** 1988. Disponível em <https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/conventions.html>. Acesso em:[s.d].

ESTADOS UNIDOS. **Lei Fiscal de Narcóticos Harrison**, 1914. Disponível em <https://www.druglibrary.org/schaffer/history/e1910/harrisonact.htm>. Acesso em: 07 set. 2022.

FUNDAÇÃO OSWADO CRUZ; INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA. **III Levantamento Nacional Sobre o Uso de Drogas Pela População Brasileira.** 2017. Disponível em <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34614>. Acesso em: 17 out 2022. Págs. 117 e 118.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11. 343, de 23 ele agosto de 2006: anotada e interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. I.

MASSON, Cleber **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais** / Cleber Masson; Vinícius Marçal. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

REALE. Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo. Saraiva. 27ªed. 2002.

SAAD, Luísa. “**Fumo de Negro”: A criminalização da maconha no pós.** Salvador. EDUFBA,2018.

SEMER. Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento.** São Paulo. Tirant lo Blanch. 1ªed. 2019.

UNODC. United Nations Office on Drug and Crime. **Drogas: Marco Legal.** Disponível em <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em: 05 set. 2022.

VALOIS, Luís Carlos – **O direito penal da guerras às drogas** - 2 ed. - Belo Horizonte. Ed. D’Plácido. 2017.

1. \* \* Trabalho de Conclusão do Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientado pela Professora Bruna Azevedo de Castro. [↑](#footnote-ref-1)
2. \*\* \* Acadêmico do Curso de Direito na Faculdade Integrado de Campo Mourão – PR. E-mail: giulianasilva13.gs@gmail.com [↑](#footnote-ref-2)
3. AgRg no AREsp n. 2.037.067/TO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. HC n. 760.298, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 08/08/2022. [↑](#footnote-ref-4)
5. HC n. 664.284/ES, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 27/9/2021. [↑](#footnote-ref-5)
6. AgRg no REsp n. 1.994.101/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022. [↑](#footnote-ref-6)
7. AgRg no AgRg no HC n. 613.653/MS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022. [↑](#footnote-ref-7)
8. HC n. 774.000, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/09/2022. [↑](#footnote-ref-8)
9. AgRg no AREsp n. 2.014.982/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 6/5/2022 [↑](#footnote-ref-9)
10. RHC n. 127.623/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 29/6/2020. [↑](#footnote-ref-10)
11. AgRg no AREsp n. 1.986.910/PA, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 22/4/2022. [↑](#footnote-ref-11)
12. AgRg no HC n. 701.456/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022. [↑](#footnote-ref-12)
13. **Autos nº. 0000061-88.2022.8.16.0058** [↑](#footnote-ref-13)
14. **Autos de Processo-Crime nº 0000930-95.2015.8.16.0058.** [↑](#footnote-ref-14)
15. Autos nº. 0001714-62.2021.8.16.0058 [↑](#footnote-ref-15)
16. Autos de Processo-Crime nº: 0003712-70.2018.8.16.0058 [↑](#footnote-ref-16)
17. Autos de Processo-Crime nº: 0003712-70.2018.8.16.0058 [↑](#footnote-ref-17)
18. Autos de Processo-Crime nº: 0000818-87.2019.8.16.0058 [↑](#footnote-ref-18)
19. Autos nº. 0000199-26.2020.8.16.0058 [↑](#footnote-ref-19)
20. Autos de Processo-Crime nº: 0007823-63.2019.8.16.0058. [↑](#footnote-ref-20)