



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

MARIA LUIZA DE SOUZA CAMÉLO

REFLEXOS DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NA APLICAÇÃO DO  
TRÁFICO PRIVILEGIADO: UM ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS  
SUPERIORES

JOÃO PESSOA  
2024

**MARIA LUIZA DE SOUZA CAMÉLO**

**REFLEXOS DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NA APLICAÇÃO DO  
TRÁFICO PRIVILEGIADO: UM ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS  
SUPERIORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Eduardo De Araújo Cavalcanti

**JOÃO PESSOA  
2024**

**Catalogação na publicação  
Seção de Catalogação e Classificação**

C181r Camelo, Maria Luiza de Souza.

Reflexos da quantidade e natureza da droga na aplicação do tráfico privilegiado: um estudo da jurisprudência dos tribunais superiores / Maria Luiza de Souza Camelo. - João Pessoa, 2024.  
61 f.

Orientação: Eduardo de Araújo Cavalcanti.  
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Tráfico privilegiado. 2. Dosimetria da pena. 3. Quantidade e natureza da droga. 4. Análise jurisprudencial. 5. Revisão legislativa. I. Cavalcanti, Eduardo de Araújo. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 343.575

MARIA LUIZA DE SOUZA CAMÉLO

**REFLEXOS DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NA APLICAÇÃO DO  
TRÁFICO PRIVILEGIADO: UM ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS  
SUPERIORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Eduardo De Araújo Cavalcanti

**DATA DA APROVAÇÃO: 16 de outubro de 2024.**

**BANCA EXAMINADORA:**

  
**Prof. Ms. EDUARDO DE ARAUJO CAVALCANTI  
(ORIENTADOR)**



**Prof.<sup>a</sup> Dra. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES  
(AVALIADORA)**

  
**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA  
(AVALIADOR)**

Dedico este trabalho à minha avó, Luciene, que deixou de viver sua vida para cuidar da minha, que chorou de felicidade em todas as minhas conquistas e que sempre me incentivou a ser melhor. Sem a senhora, eu não teria chegado até aqui. Que Deus me permita realizar todos os sonhos que a senhora tem para mim, assim como os que eu tenho para nós.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por me guiar ao longo de toda a graduação, mostrando que os caminhos certos aparecem no momento certo. Por me ensinar a ter paciência, resiliência e confiança em seus planos. E, sobretudo, por ser a luz no fim do túnel nos momentos mais difíceis, ajudando a superar os obstáculos e a seguir em frente.

Um agradecimento especial aos meus pais, Luciano e Hellen, que cumpriram seu papel com excelência, me guiando pela fé, perseverança e, principalmente, pelos estudos, sempre com amor incondicional. Sou muito grata pelos pais que tenho, que abdicaram de muito para que eu pudesse me formar e me tornar uma boa profissional. E, pai, obrigada por me lembrar todos os dias que eu conquistaria meu futuro através dos estudos.

Agradeço ao meu padrasto e minha madrasta, Michael e Ayala, que sempre cuidaram de mim como se eu fosse filha e me apoiaram durante toda a graduação. Agradeço a minha irmã, Alice (Lili), que é uma luz na minha vida e traz tanta felicidade, mesmo sendo tão nova.

Agradeço a minha avó Luciene e a minha tia Helga, que abriram mão de muito para me cuidar e garantir uma boa educação desde a infância. Agradeço aos meus padrinhos, Márcio e Lúcia, que assumiram a responsabilidade de acompanhar e auxiliar o meu crescimento e o fizeram de maneira excepcional.

Agradeço à Bárbara, minha melhor amiga, namorada e parceira de vida, que compartilhou comigo os cinco anos de graduação, sendo minha companheira e confidente em todos os momentos.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos que compartilharam essa jornada comigo, fazendo de cada momento uma lembrança especial.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os impactos da quantidade e natureza da droga apreendida na aplicação do tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, considerando a jurisprudência dos tribunais superiores. Para a elaboração da pesquisa, utilizou-se uma abordagem qualitativa, com método de abordagem indutivo, predominando os métodos bibliográfico e documental. A revisão sistemática da jurisprudência se concentra nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, analisando casos concretos para identificar as teses que estabelecem os parâmetros de aplicação e fixação de pena no tráfico privilegiado. A Lei de Drogas de 2006 trouxe uma abordagem mais rigorosa ao tráfico, mas também inovou ao prever o redutor de pena para aqueles que, embora envolvidos no tráfico, possuíssem envolvimento mínimo com atividades criminosas, caracterizando o tráfico privilegiado. No entanto, a flexibilidade legislativa, evidenciada pela ausência de parâmetros legais objetivos para a dosimetria da pena e pela graduação do redutor entre 1/6 a 2/3, trouxe inúmeros desafios. Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se que a quantidade e natureza da droga são utilizadas frequentemente como critérios para modular ou afastar o redutor, embora esses fatores sejam adequados à primeira fase da dosimetria da pena, evidenciando, portanto, uma sobreposição de fundamentos que resulta na violação do princípio do *ne bis in idem*, quando analisados de maneira cumulativa. A utilização desses de maneira alternativa, por sua vez, também deve ser evitada, visto que interfere na ordem do método trifásico de fixação da pena, afastando-se do princípio da legalidade estrita. Com isso, a interpretação atual amplia do redutor do tráfico privilegiado, sem respaldo em parâmetros legais claros, o poder de disposição do magistrado. Conclui-se, portanto, que a superação da problemática da modulação da fração redutora em razão da quantidade e natureza da droga requer a revisão legislativa do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, eliminando a graduação e estabelecendo um patamar fixo para a redução da pena, diminuindo o poder de disposição na atividade jurisdicional.

**Palavras-chave:** tráfico privilegiado; dosimetria da pena; quantidade e natureza da droga; análise jurisprudencial; revisão legislativa.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the impact of the quantity and nature of drugs seized on the application of privileged drug trafficking provision, as set forth in article 33, § 4, of Law 11.343/2006, considering the jurisprudence of higher courts. For this research, a qualitative approach was used, with an inductive method, primarily employing bibliographic and documentary methods. The systematic review of case law focuses on decisions by the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice, analyzing concrete cases to identify the theses that establish the parameters for applying and setting penalties in privileged drug trafficking. The 2006 Drug Law introduced a stricter approach to drug trafficking but also innovated by establishing a penalty reduction for those minimally involved in criminal activities, characterizing privileged drug trafficking. However, the legislative flexibility, evidenced by the lack of objective legal parameters for sentencing and the scaling of the reduction between 1/6 and 2/3, has introduced significant challenges. Through an analysis of the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, it was found that the quantity and nature of the drugs are frequently used as criteria to modulate or deny the reduction, although these factors are suited to the first phase of sentencing, thereby indicating an overlap of grounds that results in the violation of the *ne bis in idem* principle when considered cumulatively. The alternative use of these criteria, in turn, should also be avoided, as it disrupts the order of the trifurcated sentencing process, deviating from the principle of strict legality. Consequently, the current interpretation expands the magistrate's discretionary power in applying the reduction for privileged drug trafficking without clear legal parameters. It is concluded, therefore, that overcoming the issue of modulating the reduction fraction based on the quantity and nature of the drug requires a legislative revision of Article 33, § 4, of the Drug Law, eliminating the scaling and establishing a fixed standard for sentence reduction, thereby limiting judicial discretion.

**Key-words:** privileged drug trafficking; sentence assessment; quantity and nature of drugs; jurisprudential analysis; statutory revision.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AGR - AGR - AGRAVO REGIMENTAL

ARESP - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

ARESP - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

ART. - ARTIGO

CF - CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CP - CÓDIGO PENAL

CPP - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

DJE - DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO

ERESP - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

ES - ESPÍRITO SANTO

GO - GOIÁS

HC - HABEAS CORPUS

MG - MINAS GERAIS

MIN. - MINISTRO

ORCRIM - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

PR - PARANÁ

RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

REL. - RELATOR

RESP - RECURSO ESPECIAL

RHC - RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

RJ - RIO DE JANEIRO

SP - SÃO PAULO

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SV - SÚMULA VINCULANTE

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>9</b>  |
| <b>2 O DELITO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, §4º DA LEI 11.343/06).....</b>  | <b>12</b> |
| 2.1 CONCEITUAÇÃO JURÍDICA.....  | 12        |
| 2.2 DOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO.....   | 18        |
| 2.2.1 PRIMARIEDADE.....   | 19        |
| 2.2.2 BONS ANTECEDENTES.....  | 21        |
| 2.2.3 NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.....   | 24        |
| 2.2.4 NÃO INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....  | 27        |
| 2.3 DA NÃO HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.....   | 28        |
| <b>3 REFLEXOS DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NA APLICAÇÃO DO TRÁFICO<br/>PRIVILEGIADO.....</b>                       | <b>32</b> |
| 3.1 DOSIMETRIA DE PENA NO TRÁFICO PRIVILEGIADO.....   | 34        |
| 3.2 DO AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA<br>DA DROGA APREENDIDA.....                | 35        |
| 3.3 DA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA<br>DROGA APREENDIDA.....                       | 42        |
| 3.4 DO PRINCÍPIO DO “NE BIS IN IDEM” E DAS DIFICULDADES EM APLICAÇÃO DA FRAÇÃO<br>REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO..... | 46        |
| <b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>  | <b>56</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 11.343, promulgada em agosto de 2006 e conhecida como "Lei de Drogas", trouxe mudanças significativas no enfrentamento ao uso e tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, partindo da premissa de que as alterações legislativas anteriores não foram suficientes para conter o aumento do narcotráfico no país<sup>1</sup>.

Nesse contexto, a nova legislação majorou a pena mínima prevista para o crime de tráfico de drogas, estabelecido no artigo 33, que, anteriormente fixada entre 3 e 15 anos de reclusão, passou a ser de 5 a 15 anos. Em contrapartida, a lei trouxe um tratamento mais favorável ao usuário de drogas, despenalizando a conduta de posse para consumo pessoal, que anteriormente era punida com detenção.

Além disso, a lei inovou o ordenamento jurídico ao prever uma causa especial de diminuição de pena, de 1/6 a 2/3, aplicável aos indivíduos que, embora praticassem o tráfico de drogas, fossem primários, de bons antecedentes, não se dedicassem a atividades criminosas nem integrassem organização criminosa, denominada de tráfico privilegiado, objeto de estudo deste trabalho. Assim, nota-se que o legislador impôs maior rigor aqueles envolvidos no tráfico organizado, enquanto reservou um tratamento mais brando aqueles que dispõem de um envolvimento ocasional e de menor gravidade com o crime.

Porém, em que pese o tráfico privilegiado se tratar de uma inovação legislativa que visa trazer um tratamento proporcional ao indivíduo que se insere no contexto de tráfico de maneira eventual, a sua aplicação enfrenta diversas dificuldades técnicas, haja vista que o art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 trouxe consigo requisitos com contornos vagos e indeterminados, aliados ainda a uma fração redutora flexível e sem critérios objetivos para sua fixação.

Em razão dessa ausência de parâmetros legais bem definidos, a jurisprudência dos tribunais superiores têm recorrido ao critério da quantidade e da natureza da droga apreendida para fixar a pena e aplicar o tráfico privilegiado. Contudo, a aplicação desse critério revela-se problemática, visto que resulta em decisões que incidem em bis in idem ou que infringem normas de garantia da dosimetria da pena.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos da Lei n.º 11.343/06**. Diário do Senado Federal, 07 de maio de 2002, página 7389. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>>. Acesso em: 09/08/2024.

Nesse sentido, é pertinente mencionar que, entre 1º de janeiro a 22 de julho deste ano, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem em Habeas Corpus e recursos em 996 vezes apenas para aplicar jurisprudência pacífica em casos envolvendo o redutor de pena conhecido como tráfico privilegiado. Dos 996 julgados concessivos mencionados, 672 versavam sobre a não aplicação do tráfico privilegiado em decorrência da quantidade e a natureza da droga apreendida, evidenciando, portanto, a relevância da temática<sup>2</sup>.

Diante desse cenário, o presente trabalho tem como objetivo analisar o impacto da quantidade e da natureza da droga na aplicação do tráfico privilegiado, com base na jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Pretende-se discutir se há adequação na utilização desses critérios na terceira fase da dosimetria da pena, isto é, na fixação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Para tanto, o primeiro capítulo deste trabalho busca abordar o conceito e os critérios de aplicação do tráfico privilegiado. Nesse viés, será realizada uma análise dos requisitos legais, como a primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e não integração em organização criminosa.

Além disso, serão exploradas as discussões jurisprudenciais e doutrinárias em torno da aplicação desse dispositivo, com ênfase nas interpretações do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Também será examinada a evolução do entendimento quanto à não hediondez do tráfico privilegiado, à possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, e à fixação do regime inicial aberto.

O segundo capítulo, por sua vez, analisa os reflexos da quantidade e natureza da droga na aplicação do tráfico privilegiado, realizando uma avaliação do critério trifásico da dosimetria da pena. Discute-se a legalidade da utilização desses fatores para afastamento ou modulação da fração redutora, bem como as dificuldades geradas pela falta de critérios objetivos e pela ocorrência do bis in idem, que surgem quando a quantidade e a natureza das drogas são consideradas

---

<sup>2</sup> VITAL, D. STJ concedeu 996 HCs para aplicar precedente de tráfico privilegiado em 2024.

Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2024-jul-24/stj-concedeu-996-hcs-para-aplicar-jurisprudencia-de-trafico-privegiado-em-2024/>>. Acesso em: 06/08/2024.

cumulativamente em diferentes fases da dosimetria, a partir da análise da jurisprudência do STJ e do STF.

Para a elaboração da pesquisa, foi utilizada uma abordagem qualitativa, com o método de abordagem indutivo, sendo a pesquisa bibliográfica e documental os métodos predominantes. A revisão sistemática da jurisprudência se concentrará nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, analisando casos concretos para identificar as teses que estabelecem os parâmetros de aplicação e fixação de pena no tráfico privilegiado.

Sendo assim, o trabalho se propõe a evidenciar a complexidade e os desafios da aplicação do tráfico privilegiado, especialmente em relação aos critérios de quantidade e natureza da droga, analisando os impactos desses fatores na dosimetria da pena e na modulação da fração redutora prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006.

## 2 O DELITO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, §4º DA LEI 11.343/06)

A Lei nº 11.343/2006, que entrou em vigor em 08 de outubro de 2006, revogou duas leis de drogas vigentes anteriormente, a Lei nº 6.368/78, que estabelecia medidas de prevenção e repressão ao uso e ao tráfico de drogas, definindo crimes e cominando penas; e a Lei nº 10.409/02, que determinava medidas de prevenção, tratamento e controle ao uso e ao tráfico de entorpecentes.

A nova Lei de Drogas no que diz respeito ao delito de tráfico de drogas, previsto em seu artigo 33, majorou a reprimenda mínima do delito, que era de 3 a 15 anos de reclusão na vigência da lei anterior, passando a ser de 5 a 15 anos de reclusão.

Porém, ao mesmo passo que a Lei de Drogas majorou a conduta prevista no caput do artigo 33, ela também trouxe uma nova previsão no seu parágrafo quarto, uma causa especial de diminuição de pena de um sexto a dois terços para o agente que, em que pese realizar a conduta da traficância, tem bons antecedentes e não se dedica a atividades criminosas, denominada de “tráfico privilegiado”.

A Exposição de Motivos da Lei 11.343/2006<sup>3</sup>, publicada em 07 de maio de 2002, esclareceu que o legislador, ao prever a causa de diminuição de pena do §4º do artigo 33, procurou diferenciar os traficantes profissionais dos ocasionais. O traficante ocasional ou “pequeno traficante” seria o agente que “de regra dependente, embora imputável” não apresentaria, com sua ação, um risco tão elevado para a saúde pública e segurança da sociedade, em que pese cometer uma ou mais condutas das 18 figuras dolosas previstas no artigo 33 da Lei de Drogas.

Sendo assim, o pequeno traficante demandaria um tratamento mais benigno, motivo pelo qual a Lei de Drogas “prestigiou” os agentes com a possibilidade de redução das penas, ao mesmo tempo em que se determinou que fossem submetidos, nos estabelecimentos em que recolhidos, ao necessário tratamento.

### 2.1 CONCEITUAÇÃO JURÍDICA

---

<sup>3</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos da Lei n.º 11.343/06**. Diário do Senado Federal, 07 de maio de 2002, página 7389. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>>. Acesso em: 09/08/2024.

O crime de Tráfico Privilegiado possui previsão no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, sendo traduzido como uma causa de diminuição de pena, de um sexto a dois terços, no cometimento de ilícito de tráfico de drogas por agentes primários, de bons antecedentes, que não se dediquem às atividades criminosas, nem integrem organização criminosa.

Apesar da adoção do termo “tráfico privilegiado” pela doutrina e pela jurisprudência, sua figura não representa um tipo penal autônomo, como nos casos de crimes privilegiados ou qualificados, mas sim uma causa especial de diminuição de pena, incidente na terceira fase da dosimetria, aos agentes que praticam o delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Dessa forma, o agente que cumprir os quatro requisitos previstos no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006; quais sejam: primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e não integração em organização criminosa; terá reduzida sua pena de um sexto a dois terços pela prática delituosa do tráfico de drogas, com previsão no artigo 33 da mesma lei.

Cumpre ressaltar que os requisitos necessários para o deferimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas são cumulativos<sup>4</sup> e taxativos, sendo assim, é imprescindível que estejam presentes todos os requisitos para fins de sua concessão.

Por outro lado, atendidos os requisitos legais, é mister a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, visto se tratar de um direito subjetivo do réu, “devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei 11.343/06 serem utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vitoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso”<sup>5</sup>.

Outro aspecto a ser mencionado na conceituação jurídica do delito de tráfico privilegiado é que na redação original do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 havia vedação expressa da conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direito. Porém, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS<sup>6</sup> sob a relatoria do Ministro Ayres Brito, em 01 de setembro de 2010,

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 106.393**. Relatora: Ministra Cármel Lúcia. DJe 03/03/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 06/06/2024.

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.667.364**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJe 26/06/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06/06/2024.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 97.256**. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe 16/12/2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 06/06/2024.

decidiu pela inconstitucionalidade incidental, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos previstas na parte final do art. 44 e do §4º do artigo 33, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Para o STF, a vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos constitui uma ofensa ao princípio da individualização da pena, bem como ao princípio da proporcionalidade. Isto porque as circunstâncias do caso concreto nos delitos de tráfico de drogas são peculiares em cada situação, devendo o condenado responder de maneira proporcional à gravidade do delito cometido. Ademais, a própria natureza da causa de diminuição de pena no tráfico privilegiado evidencia a necessidade de diferenciar o fato típico cometido pelo traficante eventual em contraposição ao traficante profissional.

Além disso, nas palavras do relator, “a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação”<sup>7</sup>, principalmente, pois, na própria Carta Magna de 1988 não há vedação da conversão da pena, independente da gravidade do delito cometido.

Pelo contrário, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, XLVI, que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda dos bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”. Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 elencou as possibilidades alternativas da pena de privação de liberdade, sendo responsabilidade do juiz natural, na individualização da pena, determinar-se conforme a alternatividade das sanções penais, observando os requisitos objetivos e subjetivos dispostos no Código Penal, especificamente em seu artigo 44<sup>8</sup>, que prevê as condições para substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos.

Posteriormente a decisão de inconstitucionalidade incidental no julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS, o Senado Federal na Resolução nº 5/2012,

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

suspendeu, nos termos do art. 52, inciso X<sup>9</sup> da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que continha a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, dando eficácia erga omnes à decisão do STF.

Nesse sentido, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade incidental do trecho que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, esclareceu que o delito em comento deveria seguir as regras comuns do Código Penal, assegurando à instância julgadora a possibilidade de aplicar a alternatividade sancionatória com base nos preceitos gerais de dosimetria previstos nos artigos 33, 44 e 59 do Código Penal.

Portanto, em razão da fixação da dosimetria nos parâmetros da legislação penal comum, além da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no tráfico privilegiado, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passaram a analisar também a possibilidade de fixação de regime inicial diverso do fechado. Isto porque, sendo a pena fixada em patamar igual ou inferior a 4 anos, seria cabível a fixação de regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c do Código Penal<sup>10</sup>.

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES<sup>11</sup>, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, publicado em 17 de dezembro de 2013, havia decidido pela constitucionalidade do §1º, artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990)<sup>12</sup>, ficando superada a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados.

Posteriormente, em junho de 2016, no julgamento do Habeas Corpus n. 118.533, sob a relatoria da Ministra Cármem Lúcia, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a figura do tráfico privilegiado não deveria ser considerada crime de natureza hedionda ou equiparada, tema que será abordado no subtítulo 2.3 deste trabalho.

<sup>9</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>10</sup> c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 111840**. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe 16/12/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 06/06/2024.

<sup>12</sup> §1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007).

Depreende-se, portanto, que, mesmo no delito de tráfico de drogas, previsto no caput do artigo 33 da Lei de Drogas, não haveria obrigatoriedade de cumprimento da pena inicialmente em regime fechado, ainda que equiparado a crime hediondo, pois tal imposição afrontaria o princípio da individualização da pena. Com maior razão, essa obrigatoriedade também não se aplicaria ao tráfico privilegiado, cuja natureza não se harmoniza com a hediondez do tráfico de drogas.

Inclusive, cumpre salientar que, nos termos da Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal: “a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” Desta forma, caberia a análise da fixação do regime inicial de cumprimento de pena na aplicação da figura do tráfico privilegiado apenas à observância das disposições legais do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Entretanto, mesmo com a consolidação destes precedentes, a falta de motivação concreta para imposição de regime prisional gravoso foi um dos principais motivos para a concessão de habeas corpus no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2018 e 2019<sup>13</sup>. Sendo assim, era evidente a necessidade de unificação jurisprudencial sobre o tema, especialmente para fins de aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Por esta razão, em 19 de outubro de 2023, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em 19 de outubro de 2023, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, aprovou a Súmula Vinculante nº 59, que dispõe o seguinte:

É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c e do art. 44, ambos do Código Penal.

Nas palavras do relator, a edição da súmula vinculante foi necessária para “para otimizar os efeitos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez

---

<sup>13</sup> PEDRINA, Gustavo et al. 6.2. **Habeas Corpus Concedidos Pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: Pesquisa Empírica e Dados Estatísticos** In: PEDRINA, Gustavo et al. Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/habeas-corpus-no-supremo-tribunal-federal/1394836043>. Acesso em: 11/09/2024.

que ela vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e promoverá a segurança jurídica, coarctando, ademais, a multiplicação de processos”<sup>14</sup>.

Logo, reconhecida a figura do tráfico privilegiado e sendo preenchido os preceitos gerais de dosimetria previstos nos artigos 33, 44 e 59 do Código Penal, será cabível a fixação de regime inicial aberto, bem como a substituição de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos,

Por fim, antes de analisar os requisitos para a aplicação do tráfico privilegiado, é pertinente mencionar acerca da possibilidade de aplicação retroativa da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Pois, como já exposto, a Lei nº 11.343/2006 aumentou a pena mínima para o delito de tráfico de drogas, previsto em seu artigo 33, ao mesmo tempo em que trouxe a previsão do tráfico privilegiado, uma causa de diminuição de pena ausente nas legislações anteriores.

Dessa forma, o preceito legal do art. 33 e seus parágrafos foi, em parte, favorável ao réu, ao prever a causa de diminuição contida no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, configurando uma *novatio legis in mellius*. Contudo, foi também prejudicial, em razão da majoração da pena mínima para o delito de tráfico de drogas, prevista em seu caput. A alteração legislativa gerou diversas dúvidas quanto à sua aplicação retroativa, sobretudo porque a causa de diminuição de pena estava diretamente relacionada a esse aumento da pena mínima, pois, ao agravar a reprovabilidade da conduta de tráfico de drogas, a nova reprimenda tornou-se desproporcional quando aplicada ao traficante eventual.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.128/MG, de 16 de outubro de 2009, sob a Relatoria do Ministro Cesar Peluso, decidiu pela possibilidade da retroatividade isolada do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006.

Nas palavras do relator, o “propósito claro da lei foi punir de maneira menos severa pessoas nas condições nela disciplinadas, sem nenhuma correlação, por si, com as penas aplicáveis ou aplicadas”<sup>15</sup>. Portanto, não se trataria de uma conjugação indireta de leis, mas apenas de aplicação de um dispositivo penal mais

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Proposta de Súmula Vinculante 139**. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJe 01/02/2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 01/07/2024.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 97128**. Relator: Ministro Cesar Peluso. DJe 16/10/2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 06/06/2024.

favorável ao acusado, que deve retroagir conforme os ditames do artigo 5º, XL da Constituição Federal de 1988<sup>16</sup>.

Da mesma forma, o STF prolatou decisão similar no julgamento do HC 101511/MG, em 09 de fevereiro de 2010, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, consolidada no Informativo nº 574<sup>17</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao analisar a matéria em comento, seguiu posicionamento similar ao do Supremo Tribunal Federal, editando a Súmula 501, dispondendo que “é cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”<sup>18</sup>.

Desta feita, encerrada a análise sobre a aplicação retroativa do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, com parecer positivo do Supremo Tribunal Federal, bem como da súmula 501 do Superior Tribunal de Justiça, passa-se à análise pormenorizada dos requisitos para a aplicação do tráfico privilegiado.

## 2.2 DOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

Os critérios de aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado, conforme já mencionado, são quatro: primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e não integração em organização criminosa, todos previstos no § 4º, art. 33 da Lei de Drogas. Ressalta-se que esses requisitos são cumulativos<sup>19</sup> e taxativos e, uma vez cumpridos todos os critérios, a aplicação da causa redutora torna-se um direito subjetivo do réu<sup>20</sup>.

Porém, em que pese estarem objetivamente evidenciados na legislação de drogas, os requisitos de aplicação do redutor do tráfico privilegiado ensejam uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial, especialmente no tocante à dedicação a atividades criminosas, dispositivo ambíguo e de difícil determinação.

<sup>16</sup> XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 101511**. Relator: Ministro Eros Grau. Dje 21/05/2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 06/06/2024.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 501**. Dje 28/10/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06/06/2024.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 106.393**. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. Dje 03/03/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 06/06/2024.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.667.364**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Dje 26/06/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06/06/2024.

Deste modo, por não ser a temática principal deste trabalho, embora de extrema relevância para fins de análise da dosimetria da pena, buscarei adentrá-lo de forma sucinta, abordando as principais nuances de cada requisito.

### **2.2.1 PRIMARIEDADE**

Conforme o artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006, o primeiro requisito para aplicação do redutor do tráfico privilegiado é a primariedade do agente. O critério da primariedade é alcançado de maneira residual, por exclusão, visto que o Código Penal prevê apenas o conceito de reincidência, em seu artigo 63, que dispõe o seguinte: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Desta feita, é considerado primário o agente que, no momento da prática do novo crime, não tiver uma sentença transitada em julgado por crime anterior.

No que diz respeito à definição de primariedade, a doutrina ainda diferencia o sujeito dotado de “primariedade pura”, do sujeito “teoricamente primário”. Segundo a lição de Cleber Masson<sup>21</sup>, o indivíduo com primariedade pura é aquele que jamais sofreu qualquer condenação. Já o tecnicamente primário, embora possua uma sentença condenatória transitada em julgado, não se enquadra no conceito de reincidente. Nesse sentido, o autor esclarece que a segunda situação pode ocorrer em dois casos:

- a) o sujeito possui uma ou diversas condenações definitivas, mas não praticou nenhum dos crimes depois da primeira sentença condenatória transitada em julgado;
- 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 cinco anos<sup>22</sup>.

Desta feita, conforme preconizado no artigo 64, I do Código Penal<sup>23</sup>, é tecnicamente primário, visto não prevalecer a condenação anterior, o sujeito que,

---

<sup>21</sup> MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas**: Aspectos Penais e Processuais. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645602. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645602/>. Acesso em: 13/08/2024.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

entre a data do cumprimento ou extinção da pena e da prática do crime posterior, tiver decorrido o prazo de 5 anos.

No entanto, cumpre salientar que, para o preenchimento do requisito da primariedade para fins de aplicação do redutor do tráfico privilegiado, basta que o agente seja primário, seja uma primariedade técnica ou primariedade pura.

Nesse mesmo contexto, é irrelevante se o agente possui reincidência genérica ou específica, sendo esta definida como o cometimento de novo crime sob violação do mesmo preceito legal ou ofensa do mesmo bem jurídico tutelado em relação ao crime anterior; e aquela como o cometimento de qualquer crime, independente de sua natureza ou bem tutelado.

Na temática, ainda cumpre abordar que a sentença condenatória transitada em julgado por contravenção penal (anterior ao cometimento do novo delito) não gera reincidência, visto que o artigo 63 do Código Penal faz menção exclusivamente à condenação por crime, não sendo possível a aplicação de analogia *malam partem*.

De forma similar, também não serve para fins de reincidência condenação anterior por porte de drogas para consumo próprio, delito previsto no artigo 28 da Lei Lei 11.343/2006, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>24</sup> e do Supremo Tribunal Federal<sup>25</sup>. Isto porque, não havendo reincidência quando da prática de contravenção penal, que pode ser punível com prisão simples de até 05 (cinco) anos, não seria proporcional a constatação de reincidência no delito de posse de drogas para consumo próprio, que, após a promulgação da Lei nº 11.343/2006 sofreu uma despenalização, sendo descriminalizado em junho de 2024 pelo Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP, submetido à sistemática de Repercussão Geral (Tema 506/STF)<sup>26</sup>.

Sendo assim, para o preenchimento do requisito da primariedade para fins de aplicação da causa de diminuição de pena para o tráfico privilegiado, basta que o agente seja primário, não reincidente.

---

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.710.674**. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. DJe 01/03/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06/06/2024.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 178.512**. Relator: Ministro Edson Fachin. DJe 16/12/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 06/06/2024.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 635.659. Tema 506**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 28/06/2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 01/08/2024.

## 2.2.2 BONS ANTECEDENTES

O segundo requisito para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 é a presença de bons antecedentes.

Em primeira análise, poderia se presumir que o conceito de bons antecedentes se refere à ausência de qualquer registro formal de prática delituosa, independentemente do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, uma vez que, como explicado anteriormente, este é o critério que define a reincidência.

Porém, a utilização de registros formais de práticas delituosas, como nos casos dos inquéritos e ações penais em andamento, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, violaria o princípio constitucional da não culpabilidade, que, nos termos do artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, dispõe que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 28 de abril de 2010, fixou a Súmula 444, que vedava a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base<sup>27</sup>. No entanto, a aplicação da Súmula 444 para a concessão da minorante do tráfico privilegiado gerava grande divergência, uma vez que a súmula tratava exclusivamente da vedação de sua utilização para agravar a pena-base, sem fazer menção aos critérios aplicáveis à terceira fase da dosimetria, como no caso do tráfico privilegiado.

Inclusive, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp nº 1431091/SP, em 14 de dezembro de 2016, decidiu pela não concessão do redutor do tráfico privilegiado pela inaplicabilidade da Súmula 444/STJ para a causa de diminuição de pena, senão vejamos:

(...) Não bastasse, entendo que não se aplica, na espécie, a súmula 444/STJ, senão vejamos. A orientação firmada no âmbito dos Tribunais para dosagem de pena preconiza que a pena-base deve sempre partir do mínimo, sendo elevada quando existirem fundamentos. Desse modo, consolidou-se a impossibilidade de utilização de inquéritos e ações penais em andamento para agravar as condições do Réu na circunstância judicial de maus antecedentes prevista no artigo 59 do Código Penal. **Situação diversa consiste em concessão de benefício, que não agrava a situação do Réu, por isso, sua interpretação deve ser mais restritiva, de modo que uma benesse legal somente seja aplicável a quem efetivamente mereça, interpretando-se de forma teleológica o**

---

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 444**. DJe 13/05/2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06/06/2024.

**dispositivo, observada, inclusive, as exposições dos motivos do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, supramencionado<sup>28</sup>** (grifo nosso).

Desse modo, em razão do julgamento do EREsp n. 1.431.091/SP, foi fixada a tese de que seria “possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06”, consolidada no Informativo nº 596.

Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal, em 2014, no julgamento do RE 591.054<sup>29</sup>, com repercussão geral, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou a tese de que “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”, sendo assim, não poderiam ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria de pena.

A tese em comento foi identificada em diversos julgados do STF, nos quais se discutia a aplicação da minorante da causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. A título de exemplo, cumpre citar o julgamento do HC 151.431, sob relatoria de Gilmar Mendes, que definiu o seguinte:

(...) Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. **3. Causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.** 4. Não aplicação da minorante em razão de sentença sem trânsito em julgado. 5. Paciente primário. 6. Ausência de provas de que integra organização criminosa ou se dedique à prática de crimes. **7. Decisão contrária à jurisprudência desta Corte. Constrangimento ilegal configurado.** 7.1. O Pleno do STF, ao julgar o RE 591.054, com repercussão geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou orientação no sentido de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. **7.2. Para efeito de aumento da pena, somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, sendo impossível considerar para tanto investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do texto constitucional.** 8. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Superação. 9. Ordem concedida parcialmente para que o Juízo proceda à nova dosimetria<sup>30</sup>. (grifo nosso)

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.431.091**. Relator: Ministro Felix Fischer. DJe 01/02/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/06/2024.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 591054**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe 23/10/2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06/06/2024.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 151.431**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 08/05/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/06/2024.

Sob essa ótica, cita-se, ainda, o julgamento do HC 144.309, sob relatoria de Ricardo Lewandowski, julgado em 19 de novembro de 2018, que definiu que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado não poderia ser afastada em virtude de inquéritos ou ações penais em andamento, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência<sup>31</sup>.

Somente em 10 de agosto de 2022, no julgamento do Tema Repetitivo nº 1139<sup>32</sup>, que o Superior Tribunal de Justiça decidiu uniformizar sua jurisprudência sobre a questão, alinhando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, pelo qual se firmou a tese de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, ficando expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP.

De acordo com a Relatora Ministra Laurita Vaz, o redutor do tráfico privilegiado constitui um direito subjetivo do acusado, não sendo possível impedir sua aplicação por considerações subjetivas do juiz, sendo vedada a instituição de requisitos para além daqueles expressamente previstos em lei, sob pena de violação ao princípio constitucional da não culpabilidade.

Desta feita, conclui-se que, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado só pode ser afastada, sob a fundamentação de maus antecedentes, em virtude de existência de sentença condenatória transitada em julgado.

Nesse aspecto, relembra-se a distinção realizada na análise do critério da primariedade, no tópico anterior, pela qual foram diferenciados os conceitos de "primariedade pura" e "teoricamente primário". Isto porque, embora a "primariedade técnica" não possa ser utilizada para fins de constatação de reincidência, conforme dispõe o artigo 64, inciso I, do Código Penal, é admissível sua utilização para o reconhecimento de maus antecedentes.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 144.309**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 27/11/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/06/2024.

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial 1.977.027**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJe 18/8/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/06/2024; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial 1.977.180**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJe 18/8/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/06/2024;

Sendo assim, a condenação definitiva que supera o prazo de 5 anos entre o seu cumprimento e o cometimento da infração posterior, pode ser utilizada para fins de inaplicabilidade da causa redutora do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, com fundamento na existência de maus antecedentes.

### **2.2.3 NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS**

Conforme o artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, o terceiro requisito para aplicação do redutor do tráfico privilegiado é a não dedicação do agente às atividades criminosas. A não dedicação do agente às atividades criminosas é o requisito mais complexo e ambíguo para a fixação do tráfico privilegiado, visto que a doutrina e a jurisprudência são parcialmente divergentes quanto aos seus critérios de aplicação, especialmente porque não há definição objetiva do que seria essa dedicação.

Para parte da doutrina, a dedicação às atividades ilícitas seria objetivamente evidenciada apenas pela análise dos critérios da reincidência ou maus antecedentes. Porém, os requisitos mencionados já se encontram previstos no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido, menciona a autora Louise Borer:

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<sup>33</sup>.

Assim sendo, a não dedicação do agente a atividades criminosas pode ser compreendida como uma lógica cumulativa dos dois requisitos anteriores, a saber: primariamente e bons antecedentes, e a utilização de qualquer presunção além desses critérios, sem uma análise definitiva das acusações imputadas, configuraria uma violação ao princípio da presunção de inocência, posição defendida neste trabalho.

Sob essa mesma ótica, Nucci<sup>34</sup> aponta que se o agente é reincidente ou/é tem maus antecedentes, de fato, é possível supor que há dedicação às atividades

<sup>33</sup> BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e Discretionalidade**: a fixação da pena no tráfico privilegiado. E-book. EPUB ISBN 978-65-5877-978-0. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

<sup>34</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1, iBooks, Capítulo "Drogas".

criminosas. No entanto, se tratando de um agente primário e de bons antecedentes, não haveria cabimento em pressupor sua dedicação às atividades ilícitas.

Por outro lado, parte da doutrina adota entendimento diverso, sustentando que a ausência de dedicação a atividades criminosas estaria caracterizada pela inexistência de outros inquéritos ou ações penais em desfavor do autor<sup>35</sup>, ou ainda pelo fato de este exercer uma atividade laborativa lícita e habitual<sup>36</sup>. Nesse mesmo sentido, também há divergências quanto à constatação de dedicação a atividades ilícitas nos casos em que o agente é acusado do crime de associação para o tráfico ou quando se verifica a apreensão de grande quantidade e variedade de drogas.

No que se refere ao entendimento jurisprudencial sobre a utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento para a constatação de dedicação a atividades ilícitas, a jurisprudência dos tribunais superiores é unânime em reconhecer sua impossibilidade.

A Terceira Seção do STJ, ao consolidar esse entendimento em 2022, no julgamento do Tema Repetitivo nº 1139, previamente abordado na análise do requisito de bons antecedentes, inadmitiu a utilização de inquéritos e ações penais em andamento, sob o argumento de que não seria possível presumir que as suspeitas ou acusações em tramitação seriam confirmadas em juízo, sendo incerto o deslinde dos procedimentos<sup>37</sup>. O STF, sob essa mesma ótica, entende que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado não pode ser afastada “com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do texto constitucional”<sup>38</sup>.

Em relação à aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado aos condenados pelo crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/06, a jurisprudência do STJ e do STF converge no entendimento de que a condenação por associação para o tráfico é motivo suficiente para afastar a

<sup>35</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. iBooks, Cap. 3.

<sup>36</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 6ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2018.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial 1.977.027**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJe 18/8/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/06/2024.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 144.309**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 27/11/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/06/2024.

minorante do artigo 33, § 4º, visto que o dolo de se associar com estabilidade e permanência evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa. Exemplos desse posicionamento podem ser encontrados nos julgamentos dos Habeas Corpus nº 251.677/SP<sup>39</sup>, 787.004/SP<sup>40</sup> e 511.370/RJ<sup>41</sup> do STJ; bem como nos Habeas Corpus nº 212.170-AgR<sup>42</sup>, 161.482-AgR<sup>43</sup> e HC 157.258<sup>44</sup> do STF.

Outro ponto de grande relevância que merece análise específica é o afastamento da aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado com base na quantidade e variedade de drogas apreendidas. Isto porque a jurisprudência dos tribunais superiores, em especial o STJ, frequentemente afasta o redutor do tráfico privilegiado sob o fundamento, ou presunção, de que a quantidade e/ou variedade de drogas apreendidas evidenciaria a dedicação do autor às atividades criminosas.

No entanto, por constituir uma questão central para o desenvolvimento deste estudo, ressalto que essa temática será discutida de forma mais detalhada no tópico 3 deste trabalho. Adianto, apenas, que não existem parâmetros objetivos desenvolvidos na jurisprudência que definam o que, de fato, seria uma quantidade e/ou variedade de drogas apta a afastar a minorante do tráfico privilegiado sob tal argumentação, existindo, em razão disso, uma notável discrepância nas decisões, sobretudo no que se refere à avaliação quantitativa e qualitativa das substâncias apreendidas.

A ausência de critérios uniformes gera significativas divergências entre os julgadores, resultando em decisões muitas vezes arbitrárias e desiguais, fundamentadas em presunções abstratas sobre a quantidade de entorpecentes e o suposto envolvimento em atividades criminosas, sem justificativas idôneas.

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 251.677**. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJe 12/11/2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/06/2024.

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 787.004**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 27/04/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/06/2024.

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 511.370**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. DJe 04/06/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 20/06/2024.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 212.170**. Relator: Ministro Nunes Marques. DJe 23/11/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/06/2024.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 161.482**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 19/10/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/06/2024.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 157.258**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 04/10/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20/06/2024.

Ademais, como defende Lenio Streck<sup>45</sup>, as decisões não podem partir de um "grau zero" de sentido; a atividade jurisdicional deve ser integradora, considerando precedentes e criando uniformidade nas decisões, de modo a preservar o sentido da norma, o que veremos não ser o caso dos julgados de aplicação do tráfico privilegiado.

#### **2.2.4 NÃO INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Por fim, o quarto e último requisito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas é a não integração do agente em organizações criminosas. De acordo com o § 1º, artigo 1º da Lei 12.850/2013, a organização criminosa é definida pela associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com o objetivo de obter vantagem mediante práticas de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou de caráter transnacional.

É irrelevante, neste ponto, se o agente está vinculado a uma organização criminosa que comete delitos previstos na legislação de drogas ou infrações tipificadas na legislação comum, visto que o § 4º define o termo "organização criminosa" de forma ampla, visando garantir a inaplicabilidade do redutor do tráfico privilegiado àqueles que praticam infrações penais de forma habitual, sob o amparo de uma ORCRIM.

Cumpre salientar que a Lei 12.850/2013 é nítida ao evidenciar o que se define como organização criminosa, não sendo cabível o afastamento do redutor do tráfico privilegiado sem a demonstração inequívoca de que o agente integra uma ORCRIM, nos termos da legislação retro, isto é, por meras presunções.

Por essa razão, a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no entendimento de que as "mulas" — indivíduos recrutados exclusivamente para o transporte de drogas — podem beneficiar-se da causa redutora prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que o simples recrutamento para essa atividade não comprova, de forma inequívoca, a integração estável e permanente do agente em uma organização criminosa.

---

<sup>45</sup> STRECK, Lenio. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (Coleção O que é isto?), p.68-69.

Nesse sentido, cumpre mencionar o julgamento do HC 134.597/SP<sup>46</sup>, no qual a Segunda Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu pela incidência da causa redutora do tráfico privilegiado à indivíduo que exerceu função de mula, sob o fundamento de que a função de mula, “embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga”.

Sob essa perspectiva, e acompanhando o posicionamento do STF, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça é que a “simples atuação do agente como ‘mula’, por si só, não induz que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso”<sup>47</sup>.

### **2.3 DA NÃO HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO**

Encerrada a análise dos requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, é necessário abordar acerca do reconhecimento da não hediondez do tráfico privilegiado na jurisprudência, e, posteriormente, na legislação de execução penal.

Isto porque, a não hediondez do tráfico privilegiado importou em mudanças significativas na aplicação da pena quando reconhecida a minorante, visto que, ausente a natureza hedionda do delito, os percentuais de progressão de regime e de concessão do livramento condicional são muito mais benéficos.

A questão central do tema resta na análise inicial de que, no contexto histórico de estruturação das disposições legais e constitucionais sobre os delitos concernentes ao consumo de entorpecentes, o constituinte originário da Constituição Federal de 1988 optou por estabelecer um regramento distinto e mais rigoroso para o delito de tráfico ilícito de drogas e afins, pelo qual determinou que este seria

---

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 134.597**. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe 09/08/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20/06/2024.

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.534.326**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 24/09/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 20/06/2024.

equiparado a hediondo, sendo inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, conforme previsto no seu artigo 5, XLIII<sup>48</sup>,

Houve, portanto, uma equiparação do crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos, havendo menção expressa no artigo segundo<sup>49</sup> da Lei 8.072/1990, Lei dos Crimes Hediondos, acerca da insuscetibilidade de anistia, graça e indulto e de sua inafiançabilidade.

O Congresso Nacional, por sua vez, ao promulgar a Lei 11.343/2006, trouxe os mesmos termos no seu artigo 44<sup>50</sup>, expondo que os crimes previstos nos seus arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 seriam inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, *vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*.

Não obstante a equiparação do delito de tráfico de drogas aos crimes hediondos, muito se discutiu acerca da hediondez da figura do “tráfico privilegiado”, objeto de estudo deste trabalho. Isto porque, como abordado anteriormente, o delito do tráfico privilegiado, em que pese a sua denominação doutrinária, não representa um tipo penal autônomo, como nos casos de crimes privilegiados ou qualificados, mas sim uma causa de diminuição de pena, de um sexto a dois terços, incidente na terceira fase da dosimetria da pena.

Por essa razão, a jurisprudência anteriormente era unânime ao entender que o tráfico privilegiado, em que pese ser uma figura menos gravosa do delito de Tráfico de Drogas, também seria considerado como equiparado ao crime hediondo.

O entendimento em questão era evidenciado pela Súmula nº 512 do Superior Tribunal de Justiça que estabelecia que “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”. Sob essa mesma ótica seguia a jurisprudência das Turmas do Supremo Tribunal Federal, que se manifestaram reiteradamente no mesmo sentido do entendimento do STJ. Exemplos dessa orientação podem ser encontrados nos

<sup>48</sup> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura , o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

<sup>49</sup> Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança.

<sup>50</sup> Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º , e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

julgamentos dos Habeas Corpus nº 121.255/SP<sup>51</sup>, nº 118.351<sup>52</sup> e nº 118.577<sup>53</sup> pelo STF.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, em 23 de junho de 2016, no julgamento do Habeas Corpus n. 118.533<sup>54</sup>, sob relatoria da Ministra Cármem Lúcia, decidiu, por maioria de votos, que o denominado tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não deveria ser considerado como crime de natureza hedionda ou assemelhada, visto que não se harmonizava com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos, superando o antigo entendimento predominante na Corte.

Nos termos da relatora, a decisão se deu porque:

A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignobil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente<sup>55</sup>.

Nesse sentido, foi decidido que o redutor do tráfico privilegiado apresenta contornos diversos do delito de tráfico de drogas na forma do seu caput e equiparados, mais benignos e menos gravosos, uma vez que se refere a um agente primário, sem maus antecedentes e sem vínculos com organizações criminosas.

No mesmo ano, em razão da nova tese jurídica definida pelo STF, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) revisou a tese concernente a hediondez do tráfico de drogas privilegiado, decidindo pelo cancelamento da Súmula nº 512, editada sob o rito de julgamentos repetitivos, alinhando o seu posicionamento com a decisão do Habeas Corpus n. 118.533, proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em consonância ao que foi decidido pelo STF, a Lei 13.964/2019, denominada de pacote anticrime, tratou de prever expressamente, no parágrafo 5º do artigo 112, que “não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 121.255**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe 01/08/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20/06/2024.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 118.351**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 16/06/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20/06/2024.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 118.577**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 21/11/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20/06/2024.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 118.533**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJe 19/09/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20/06/2024.

<sup>55</sup> Ibidem.

artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006”.

Dessa forma, conforme a interpretação atual sobre o tema, tanto a legislação de execução penal quanto a jurisprudência dos tribunais superiores determinam que o tráfico privilegiado, para todos os efeitos legais, não é considerado como hediondo nem equiparado a tal.

### 3 REFLEXOS DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NA APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

A partir das considerações realizadas acerca da causa redutora do tráfico privilegiado e seus critérios de aplicação, percebe-se que a temática foi reiteradamente revisitada pela jurisprudência dos tribunais superiores, evidenciando que os elementos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 careciam de critérios precisos e determinados para a sua adequada aplicação.

Nesse sentido, foi necessário compreender o que de fato seriam os requisitos de bons antecedentes e não dedicação às atividades criminosas, sendo este último ponto, embora com contornos mais definidos pela jurisprudência, ainda carente de uma uniformização consolidada entre os tribunais.

Quanto aos requisitos da primariedade e da não integração à organização criminosa, não coube maior detalhamento, visto que ambos já dispõem de conceitos previstos na legislação, ainda que, no caso da primariedade, de forma residual. Contudo, mesmo com conceituação jurídica bem definida, no caso da integração à organização criminosa, foi possível verificar o afastamento da benesse com base em meras presunções, notadamente nas situações que envolvem as chamadas “mulas” do tráfico. Isso evidencia que, mesmo com preceitos legais bem estabelecidos, ainda ocorreram distorções na aplicação dos parâmetros do tráfico privilegiado.

Sob essa mesma perspectiva, foi necessário a uniformização dos entendimentos acerca da fixação e aplicação da causa redutora do tráfico privilegiado, incluindo questões relativas à sua não equiparação ao crime hediondo, à fixação do regime inicial de cumprimento de pena e à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, que culminaram, inclusive, na fixação da Súmula Vinculante nº 59, em 19 de outubro de 2023<sup>56</sup>, previamente abordada neste trabalho.

Por esta razão, filio-me ao entendimento da autora Louise Borer<sup>57</sup>, ao afirmar que “o legislador não avaliou corretamente as dificuldades técnicas de aplicação que

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 59** - É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c e do art. 44, ambos do Código Penal.

<sup>57</sup> BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e Discretionalidade**: a fixação da pena no tráfico privilegiado. E-book. EPUB ISBN 978-65-5877-978-0. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

seriam geradas" quando inovou o ordenamento com a previsão do tráfico privilegiado, utilizando-se de requisitos com contornos vagos e indeterminados, aliados a uma fração redutora flexível e sem critérios objetivos para sua fixação.

Ainda assim, não se pode ignorar que a jurisprudência dos tribunais superiores vem consolidando diversos entendimentos acerca da temática do tráfico privilegiado, especialmente no que diz respeito aos seus critérios de aplicação e de cumprimento de pena.

Todavia, o redutor do tráfico privilegiado ainda enfrenta um grave entrave prático em sua aplicação, relacionado ao impacto da quantidade e natureza das drogas apreendidas, problemática apresentada neste trabalho. Esse entrave se reflete no afastamento da causa redutora ou na aplicação da fração mínima de redução, sustentada pela quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos.

Nesse ponto, a problemática central repousa sobre três fatores principais, que serão analisados antes de sua correlação com a dosimetria da pena. O primeiro fator diz respeito à ausência de previsão legal que justifique o afastamento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado com base na "elevada" quantidade e variedade de entorpecentes. Ainda assim, a jurisprudência dos tribunais superiores, nos últimos anos, tem afastado o redutor com fundamento na suposição de que o agente, ao transportar uma grande quantidade ou diversidade de drogas, seria uma figura de confiança dentro da organização criminosa, o que indicaria sua dedicação às atividades ilícitas.

Sob esta mesma ótica, observa-se que as próprias cortes do STJ e do STF não adotam critérios objetivos e padronizados para definir, de maneira clara e precisa, quais seriam os parâmetros que configurariam uma quantidade de drogas suficientemente elevada para justificar o afastamento da causa redutora.

A segunda problemática refere-se à utilização da quantidade e natureza da droga não para afastar diretamente a causa redutora do tráfico privilegiado, mas para modular a fração de redução, que varia entre um sexto e dois terços, conforme o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A legislação, no entanto, não estabelece critérios definidos para orientar o juiz na fixação dessa fração, o que tem levado a jurisprudência a se basear, novamente, na quantidade e natureza das drogas apreendidas para modular a redução.

Por fim, a terceira questão trata da ocorrência frequente do bis in idem. Isto porque, a Lei de Drogas dispõe que a quantidade e a natureza da substância

entorpecente devem ser preponderantes na fixação da pena-base, o que se dá na primeira fase da dosimetria. Entretanto, verifica-se que esses mesmos fatores são utilizados também na terceira fase da dosimetria, seja para negar ou limitar a fração da minorante do tráfico privilegiado, gerando, assim, uma dupla valoração do critério da quantidade e natureza da droga.

### **3.1 DOSIMETRIA DE PENA NO TRÁFICO PRIVILEGIADO**

Feitas as considerações acerca da problemática do critério da quantidade e natureza da droga na aplicação do tráfico privilegiado, cumpre abordar as etapas da dosimetria da pena.

O Código Penal, na sua reforma de 1984, adotou o critério trifásico de dosimetria da pena, estabelecendo metodicamente os parâmetros a serem seguidos em cada uma das fases, ainda que de uma forma não sistematizada. Desta feita, nos termos do artigo 68 do Código Penal<sup>58</sup>, a dosimetria da pena ocorre da seguinte maneira: inicialmente, realiza-se a fixação da pena-base, conforme os critérios estabelecidos no artigo 59; em seguida, são analisadas as circunstâncias agravantes e atenuantes; e, por fim, aplicam-se as causas de aumento e de diminuição de pena, como no caso do redutor do tráfico privilegiado.

No tocante à fixação da pena-base, o artigo 59 do Código Penal estabelece que o juiz deve avaliar as circunstâncias judiciais elencadas, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. Não obstante a esta previsão, especificamente nos crimes relacionados ao tráfico de drogas, o artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 prevê que o magistrado deve levar em conta a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como a personalidade e a conduta social do agente, sendo esses fatores preponderantes em relação às circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal.

Nesse quesito, Nucci dispõe que:

Por outro lado, não é demais ressaltar que a natureza e a quantidade da substância (entendendo-se o material utilizado para o preparo da droga) ou

---

<sup>58</sup> Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

do produto (a droga produzida de algum modo) fazem parte das circunstâncias e das consequências do crime, elementos também constantes do art. 59 do Código Penal. Então, continuando a meta de buscar o propósito legislativo, **parece-nos que se quis evidenciar serem tais circunstâncias específicas mais importantes que outras, eventualmente existentes, quando se tratar de delito previsto na Lei 11.343/2006<sup>59</sup>.**

(grifo nosso)

Desta feita, embora o artigo 42 da Lei de Drogas não tenha inovado substancialmente o ordenamento jurídico, entende-se que buscou atribuir especial relevância aos elementos nele previstos, em especial a natureza e a quantidade da substância apreendida. Nesse sentido, esses critérios, que já eram contemplados implicitamente no artigo 59 do Código Penal, na referência às "circunstâncias e consequências do crime", passaram a ser destacados de forma mais específica no contexto dos delitos de tráfico de drogas.

Contudo, essa previsão evidenciou uma das principais problemáticas na aplicação do tráfico privilegiado, uma vez que estabeleceu que o critério da quantidade e natureza da droga apreendida deveria ser utilizado exclusivamente na primeira fase, para a fixação da pena-base.

No entanto, como será demonstrado a seguir, a jurisprudência dos tribunais superiores vêm recorrendo a esse critério, seja para afastar a aplicação da causa redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, seja para aplicar a fração mínima de redução, modulando-a com base exclusivamente na quantidade e natureza da droga apreendida. Em decorrência disso, as decisões têm incorrido, por vezes, em bis in idem, ao considerar a natureza e a quantidade da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria da pena; ou ainda aplicando tais critérios apenas na última fase, em violação à ordem da dosimetria da pena e à previsão do artigo 42 da Lei de Drogas.

### **3.2 DO AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA**

Apesar da Lei nº 11.343/2006 não ter estabelecido a quantidade e a natureza da droga como critérios para a aplicação ou modulação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, limitando-se aos quatro requisitos da primariedade, bons

---

<sup>59</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 13ª ed., vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 426.

antecedentes, ausência de dedicação às atividades criminosas e não pertencimento a organizações criminosas, a jurisprudência dos tribunais superiores, nos últimos anos, tem considerado tais fatores como determinantes para a aplicação ou afastamento da referida causa de diminuição de pena.

Nesse sentido, o STF e o STJ, em razão da falta de parâmetros legais para a fixação do quantum da redução, têm considerado que a quantidade e a natureza da droga apreendida pode ser utilizada para modular o percentual de diminuição ou, até mesmo, para afastar a sua aplicação, quando indicarem o envolvimento habitual do agente com o tráfico de entorpecentes<sup>60</sup>.

Em primeiro momento, a jurisprudência dos tribunais superiores adotava a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas como fundamento suficiente para afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, mesmo quando tais elementos eram considerados de forma isolada.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cumpre abordar o HC nº 401.121/SP<sup>61</sup>, que determinou o não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciado na conclusão de que o agente se dedicava às atividades criminosas, visto que portava 83,1 gramas de cocaína. Na oportunidade, o relator aduziu que:

Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

– Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada das drogas apreendidas e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa. Precedentes.  
(grifo nosso)

---

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 524.393.** Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 24/09/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07/09/2024.

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 401.121.** Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe 01/08/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07/09/2024.

Desta forma, o relator, além de afastar a aplicação do tráfico privilegiado com fundamento na quantidade de drogas apreendidas, ainda destacou que, na terceira fase da dosimetria, ou seja, ao avaliar a possibilidade de concessão da minorante, deveriam ser utilizados os mesmos critérios das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, o que resultaria, de forma inequívoca, em um *bis in idem* na fixação da pena, em que pese negá-lo.

Na mesma direção, o HC nº 555.916/SP<sup>62</sup>, julgado pela 5ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, manteve a condenação de primeiro grau que afastou a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, lastreada na grande quantidade de entorpecentes apreendidos, especificamente 304,2g de cocaína, utilizando-se das mesmas balizas da decisão anterior.

Além disso, a decisão do relator reiterou a manifestação do tribunal de origem, que argumentou que a grande quantidade de entorpecentes apreendida indicava uma dedicação do agente às atividades criminosas, uma vez que um iniciante, sem experiência, não seria encarregado de manejá-la tal quantidade de drogas.

Ainda nesse ponto, cumpre mencionar o HC nº 531.313/SP<sup>63</sup>, julgado pela 6ª Turma do STJ, que decidiu pelo afastamento da minorante do tráfico privilegiado em razão da quantidade da droga apreendida, 9 quilos de maconha, visto ser uma evidência concreta que o autor do fato se dedicava às atividades criminosas.

O relator, para fundamentar a decisão em consonância com o entendimento consolidado pela corte, citou o HC nº 418.159/MS<sup>64</sup>, no qual também foi afastada a minorante, uma vez que o agente transportava quinhentos quilos de maconha. Contudo, cumpre destacar a clara desproporção entre as quantidades de droga apreendidas nos dois casos, o que evidencia a falta de critérios objetivos para definir de maneira precisa o que seria considerado uma "grande" quantidade de entorpecentes.

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 555.916**. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE). DJe 26/02/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07/09/2024.

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 531.313**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJe 03/02/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07/09/2024.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 418.159**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. DJe 02/03/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07/09/2024.

Sob a mesma justificativa de dedicação do agente às atividades criminosas em razão da quantidade de drogas apreendidas, ainda cumpre ressaltar o HC nº 542.882/SP<sup>65</sup>, sob a mesma relatoria do Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, que afastou a causa redutora do tráfico privilegiado, visto que, no momento da apreensão, o autor portava 101,85 gramas de “crack”; bem como o HC nº 664.538/SP<sup>66</sup>, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, na ocasião em que 27 quilos de maconha foram fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor do tráfico privilegiado. Nesse mesmo sentido, também os julgados do STJ nos AgRg no HC n. 564.483/MS<sup>67</sup>; AgRg no HC n. 615.343/SP<sup>68</sup> e AgRg no HC n. 609.367/SP<sup>69</sup>.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, cita-se o HC nº 176.267/MG<sup>70</sup>, no qual a corte reiterou que os 22,15 quilos de cocaína apreendidos “destoam de quadro de traficância eventual ou de menor gravidade, circunstâncias às quais a minorante em questão é vocacionada”, o que indicaria o envolvimento do agente às atividades criminosas.

No mesmo sentido, o RHC 153.194-AgR/MS<sup>71</sup>, que aduziu que “os elementos colhidos sob o crivo do contraditório indicaram a dedicação do acusado a atividades criminosas”, em razão da “substancial quantidade de entorpecente apreendida (170kg de maconha)”, ressaltando novamente que não se trataria de traficância eventual ou de menor gravidade; e o HC nº 155.410/SP<sup>72</sup>, que se manifestou no mesmo sentido, sendo que nesse caso a apreensão foi de 2.231 gramas de cocaína.

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 542.882**. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE). DJe 19/02/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07/09/2024.

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 664.538**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe 16/06/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07/09/2024.

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 564.483**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 20/10/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07/09/2024.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 615.343**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe 04/03/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07/09/2024.

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 609.367**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. DJe 09/02/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07/09/2024.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 176.267**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 02/10/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 07/09/2024.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental do Recurso em Habeas Corpus 153.194**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 10/05/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 07/09/2024.

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 155.410**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 30/04/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 07/09/2024.

Das fundamentações analisadas nos acórdãos, é evidente a ausência de uma padronização quantitativa que defina o que seria considerado uma "elevada quantidade e variedade de drogas" apta a agravar a situação do réu nos processos que versam sobre o tráfico. Isto porque não há um critério uniforme que justifique a relevância de apreensões discrepantes, como 500 quilos de maconha, 83,1 gramas de cocaína ou 101,85 gramas de crack. Ademais, não há referência expressa à natureza da droga como fator determinante na decisão, o que sugere que o potencial lesivo das substâncias apreendidas não foi devidamente considerado na fundamentação judicial.

Constata-se, portanto, a atribuição de relevância diferenciada à quantidade de drogas apreendidas em termos quantitativos diversos, sem que haja um padrão objetivo claramente estabelecido. Assim, pode-se dizer que não há uma integração na atividade jurisdicional, visando a criação de precedentes ou a uniformização das decisões judiciais, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Em vez disso, observou-se julgados baseados em presunções subjetivas e juízos de valor, sustentando que o agente flagrado com uma quantidade "expressiva" de substâncias ilícitas estaria, necessariamente, dedicado à atividades criminosas ou envolvido em organizações criminosas, presumindo-se um vínculo de confiança para o transporte de maiores quantidades de entorpecentes.

No entanto, sob uma nova orientação, o Supremo Tribunal Federal revisou e amadureceu sua jurisprudência, que anteriormente se alinhava ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Isto porque, a partir de 2020, diversas decisões passaram a rejeitar o uso da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos como único fundamento para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado. Nessas decisões, a corte concluiu que a mera quantidade de drogas, por si só, não configura prova concreta de dedicação do agente a atividades criminosas, sendo considerada uma ilação infundada, sem suporte em elementos probatórios sólidos.

Nessa toada, citam-se os RHC nº 178.844 AgR/SP<sup>73</sup>, no qual o agente havia sido apreendido com 3.346,64 gramas de maconha; o HC nº 185.287 AgR/MS<sup>74</sup>, com apreensão de 2.820 quilos de maconha e 52 quilos de skank; o HC nº

---

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental do Recurso em Habeas Corpus 178.844**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 12/03/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/09/2024.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 185.287**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 01/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/09/2024.

186.909/SP<sup>75</sup>, com apreensão de 60 quilos de maconha, o HC nº 190.492 AgR/SC<sup>76</sup>, com apreensão de 10 quilos de maconha e o HC nº 191.876 AgR/SP<sup>77</sup>, na ocasião onde foram apreendidos 367,03 gramas de maconha e 64,63 gramas de cocaína.

Em todas as decisões mencionadas, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida, por si sós, não constituem fatores suficientes para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006. De acordo com a corte, para que o redutor do tráfico privilegiado seja afastado, a fundamentação deve ser idônea e detalhada, sob pena de violar o princípio da individualização da pena e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Assim, a mera referência à quantidade de entorpecentes ou conjecturas sobre a dedicação do réu ao crime não são suficientes para justificar o afastamento da minorante, se não estiverem respaldadas por elementos concretos que demonstrem o descumprimento dos requisitos legais.

Cumpre mencionar também o HC nº 193.498 AgR/SP<sup>78</sup>, no qual o tribunal de origem havia afastado a aplicação da minorante do tráfico privilegiado em razão da quantidade de droga apreendida, especificamente 511,27 gramas de maconha. No julgamento, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que “a quantidade e natureza da droga, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar a dedicação à atividade criminosa”. Desta feita, a decisão afastou a utilização isolada desses critérios para justificar a dedicação a atividades ilícitas e, consequentemente, a exclusão do redutor do tráfico privilegiado. No entanto, o entendimento manteve que tais fatores podem ser considerados na modulação da fração de diminuição da pena, reforçando a possibilidade de seu uso como elemento determinante para graduar o benefício, ainda que não para afastá-lo por completo.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 186.909**. Relator: Ministro Edson Fachin. DJe 18/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/09/2024.

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 190.492**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 09/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/09/2024.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.876**. Relatora: Ministra Cármén Lúcia. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJe 30/11/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/09/2024.

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 193.498**. Relatora: Ministra Cármén Lúcia. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJe 19/02/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/09/2024.

Em consonância com o novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e visando uniformizar o posicionamento da sua corte, o Superior Tribunal de Justiça, em 09 de junho de 2021, proferiu decisão no RESP nº 1.887.511/SP<sup>79</sup>. Nessa ocasião, além de fixar critérios para a consideração da quantidade e natureza da droga nas fases da dosimetria da pena, sem que se configurasse o *bis in idem* — questão que será detalhada no próximo tópico — o STJ determinou que a utilização desses fatores, na terceira fase da dosimetria, para afastar o tráfico privilegiado, só seria admissível quando "conjugados com outras circunstâncias do caso concreto que, conjuntamente, evidenciem a dedicação do agente à atividade criminosa ou sua participação em organização criminosa".

Nesse mesmo viés, reiterando o posicionamento adotado no RESP nº 1.887.511/SP, menciona-se as decisões do Superior Tribunal de Justiça no HC nº 725.534/SP<sup>80</sup>, no HC nº 741.191/SP<sup>81</sup>, no HC AgRg nº 582.335/SC<sup>82</sup> e no HC AgRg nº 679.839/SC<sup>83</sup>.

Dessa forma, é possível verificar que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça passaram a admitir a valoração da quantidade e natureza dos entorpecentes como fundamento exclusivo para o não reconhecimento do tráfico privilegiado, não sendo cabível a utilização de presunções de dedicação às atividades criminosas para preencher a lacuna legislativa trazida pelo artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Até porque, se o legislador tivesse a intenção de restringir a aplicação do tráfico privilegiado apenas aos casos em que o agente fosse surpreendido com pequenas quantidades de drogas, teria incluído tal limitação expressamente nos seus requisitos legais.

Por essa razão, alinho-me ao entendimento das cortes superiores, no sentido de que a análise dos critérios para a concessão do tráfico privilegiado —

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial 1.887.511**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJe 01/07/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/09/2024.

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Habeas Corpus 725.534**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 01/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/09/2024.

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 741.191**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJe 17/05/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/09/2024.

<sup>82</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 582.355**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe 10/02/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/09/2024.

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 679.839**. Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região). DJe 29/11/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/09/2024.

primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e não participação em organização criminosa — deve ser realizada com base em elementos objetivos que demonstrem concretamente a violação desses requisitos. Não se deve utilizar a presunção com base na quantidade e na natureza da droga, que, por sua vez, pertencem à primeira fase da dosimetria, quando ocorre a fixação da pena-base, e não à terceira fase, na qual se discute a concessão da minorante.

Porém, apesar de a jurisprudência ter consolidado o entendimento de que a quantidade e a natureza da droga não podem, por si só, justificar o afastamento da aplicação do tráfico privilegiado, ainda subsiste a questão referente à sua utilização para determinar o quantum da redução da pena. Essa problemática persiste, sobretudo porque o legislador, ao prever a fração elástica de um sexto a dois terços no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, não estabeleceu parâmetros legais para orientar sua fixação.

### **3.3 DA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA**

No tópico anterior, observou-se que a jurisprudência do STJ e do STF, que inicialmente permitiam a utilização da quantidade e da natureza da droga apreendida como fundamento para afastar a aplicação do tráfico privilegiado, mesmo que de forma exclusiva, evoluiu para inadmitir a valoração desses elementos como único critério para negar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Contudo, as decisões posteriores a esse novo entendimento mantiveram o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga ainda poderiam ser consideradas como fatores determinantes na modulação da fração da causa de diminuição de pena, mesmo quando analisadas de forma isolada.

Nesse sentido, relembra-se a decisão do HC nº 193.498 AgR/SP<sup>84</sup>, proferida pela Segunda Turma do STF, segundo a qual a quantidade e a natureza da droga, isoladamente, não são suficientes para comprovar a dedicação do agente à atividade criminosa, afastando, porventura, a aplicação do tráfico privilegiado. Todavia, tais elementos poderiam ser considerados como fatores relevantes na modulação da fração redutora da pena. Cumpre salientar que, na oportunidade em

---

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus 193.498.** Relatora: Ministra Cármem Lúcia. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJe 19/02/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 14/09/2024.

questão, o indivíduo preenchia os requisitos legais para concessão do benefício, tendo sido apreendida em seu poder a quantidade de 511,27 gramas de maconha. Em posição similar, citam-se também os precedentes do RHC nº 192.643 AgR/RJ<sup>85</sup>, que envolvia a apreensão de 193 gramas de cocaína e o HC 195.319 AgR/SP<sup>86</sup>, com apreensão de 1,7 gramas de cocaína e 19,96 gramas de crack.

De forma semelhante, no âmbito da jurisprudência do STJ, destacam-se os julgados no HC nº 725.534/SP<sup>87</sup> e o AgRg no HC nº 779.889/SP<sup>88</sup>, ambos de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas. Nessas decisões, o redutor do tráfico privilegiado foi aplicado em seu patamar mínimo de 1/6, nas situações de apreensão de 147 quilos de maconha, no primeiro caso, e de 15 quilos de maconha e 97,4 gramas de cocaína, no segundo, com base na expressiva quantidade de drogas. Em ambas as oportunidades, o relator reconheceu a possibilidade de considerar a quantidade e a natureza da droga, ainda que isoladamente, para modular a fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que tais fatores não tivessem sido avaliados na primeira fase da dosimetria da pena.

Nesse ponto, destaca-se a problemática relativa à desproporcionalidade na aplicação da fração redutora entre os acórdãos analisados. Observa-se que, apesar das diferenças significativas nas quantidades de droga apreendidas — variando entre 1,7 gramas de cocaína e 19,96 gramas de crack, 193 gramas de cocaína, 511,27 gramas de maconha e 147 quilos de maconha — foi fixado o mesmo patamar mínimo de redução da pena, correspondente a 1/6 (um sexto). Desta feita, essa uniformidade revela a ausência de critérios objetivos e proporcionais no uso da quantidade e natureza da droga para modular a fração redutora, uma vez que, mesmo com discrepâncias significativas nas apreensões, não houve variação correspondente na aplicação da causa de diminuição de pena.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental do Recurso em Habeas Corpus 192.643**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 27/05/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 14/09/2024.

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental do Recurso em Habeas Corpus 195.319**. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJe 05/03/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 14/09/2024.

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Habeas Corpus 725.534**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 01/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/09/2024.

<sup>88</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 779.889**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 22/12/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 04/10/2024.

Reitera-se, portanto, o entendimento de Lenio Streck<sup>89</sup>, segundo o qual as decisões judiciais não devem partir de um "grau zero" de interpretação. A atividade jurisdicional, ao contrário, deve possuir um caráter integrador, observando os precedentes e buscando a uniformidade das decisões, de modo a preservar a coerência e o sentido da norma.

Sob a mesma perspectiva, Ronald Dworkin<sup>90</sup>, ao tratar da necessidade de coerência nas decisões judiciais, apresentou uma metáfora relevante para ser abordada neste trabalho, denominada “chain novel”, comparando a atividade jurisdicional à produção de uma obra literária. Nessa analogia, ele imagina um grupo de romancistas contratados para escrever um livro, onde a ordem de escrita de cada capítulo seria definida por sorteio. O primeiro autor escreveria o capítulo inicial, e os subsequentes acrescentariam novos capítulos, levando em consideração o que já foi escrito. Para Dworkin, todos os romancistas, exceto o primeiro, teriam uma dupla responsabilidade: criar e interpretar, uma vez que precisariam ler o que foi produzido até então para, com base nessa interpretação, continuar a construção do romance.

De forma semelhante, Dworkin entende que os juízes devem exercer sua atividade jurisdicional como os romancistas dessa corrente literária. Ao julgar um novo caso, o magistrado não pode partir de um "grau zero de sentido", mas deve se ver como parte de um complexo empreendimento sequencial, interpretando o que já foi decidido. Nesse sentido, sua responsabilidade é dar continuidade aos precedentes estabelecidos, preservando a unidade e a integridade das decisões judiciais.

No entanto, nas decisões que utilizam a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas na terceira fase da dosimetria da pena para fins de aplicação do tráfico privilegiado, o que se constata é a ausência de individualização e de fundamentação concreta. Nesses julgados, observa-se a simples repetição de teses já estabelecidas, sem a devida fixação de parâmetros objetivos e proporcionais, resultando na modulação de penas com base em frações idênticas, mesmo diante de quantidades discrepantes de entorpecentes apreendidos.

Diante desse contexto, é possível afirmar que a coerência defendida por Dworkin não se concretiza plenamente nos tribunais superiores ao se analisar a

<sup>89</sup> STRECK, Lenio. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (Coleção O que é isto?), p.68-69.

<sup>90</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

quantidade e a natureza da droga apreendida. Se tal coerência fosse devidamente observada, não haveria decisões de uma mesma corte, ou até da mesma turma, considerando como "elevada" a quantidade de drogas em termos quantitativos tão distintos. Afinal, quanto maior o volume de drogas apreendido, maior tende a ser o potencial lesivo ao bem jurídico tutelado nos crimes de tráfico de drogas, que é a saúde pública.

Entretanto, é necessário reconhecer que a divergência entre as decisões dos tribunais superiores, ao utilizar o critério da quantidade e natureza da droga na terceira fase da dosimetria, ou seja, na aplicação do tráfico privilegiado, não decorre apenas de uma ausência de coerência na atuação jurisdicional. Essa disparidade também está relacionada a uma falha técnica legislativa, uma vez que o legislador estipulou uma fração redutora de pena flexível, entre 1/6 e 2/3, sem estabelecer critérios legais objetivos para sua aplicação, resultando em um preceito normativo impreciso.

Sob esse prisma, a doutrina garantista de Luigi Ferrajoli<sup>91</sup> sustenta que é justamente nos espaços de indeterminação da lei, ou seja, na abertura do texto normativo, que se amplia o poder de disposição. Nesse contexto, a ausência de parâmetros legais que limitem a atuação jurisdicional potencializa a disposição sobre a liberdade individual, sem a devida subordinação aos padrões de autoridade estabelecidos pela legislação e pelos princípios constitucionais.

Quando o legislador não observa o princípio da legalidade estrita, ou seja, quando não define preceitos claros e determinados, abre-se espaço para uma atuação criativa do magistrado. A utilização da quantidade e natureza da droga na terceira fase da dosimetria para aplicar o tráfico privilegiado, em vez de na primeira fase, conforme dispõe o artigo 42<sup>92</sup> da Lei de Drogas e o artigo 59<sup>93</sup> do Código Penal, exemplifica essa ampliação indevida. Esse deslocamento reflete a ampliação do poder decisório do magistrado, contrariando a exigência de que a dosimetria penal siga critérios objetivos previstos em lei.

<sup>91</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: RT, 2014.

<sup>92</sup> Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

<sup>93</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Nesse contexto, conforme esclarece a autora Louise Borer<sup>94</sup>, não se pode admitir a aplicação de uma pena indefinida, ou, como no caso em comento, uma fração redutora, sem quaisquer parâmetros de modulação, sujeita ao juízo discricionário e justificada por termos vagos como "livre convencimento", "discricionariedade judicial" ou "proporcionalidade razoável a critério do juiz". O devido processo legal impõe a observância do princípio da reserva legal, que assegura a tipicidade e a vedação ao bis in idem na fixação da pena. Desta feita, o uso inadequado da quantidade e natureza da droga fora da fase adequada da dosimetria fere esses princípios, gerando decisões marcadas pela subjetividade e pela falta de uniformidade.

De qualquer forma, para que seja possível compreender o porquê da inadequação da utilização do critério da quantidade e natureza da droga na terceira fase da dosimetria, para fins de modulação da fração redutora do tráfico privilegiado, não se pode deixar de abordar acerca da principiologia do ne bis in idem, esclarecendo, de fato, a razão pela qual a análise da quantidade e natureza da droga não pode ser revisitada na terceira fase.

Ressalte-se que a problemática relacionada ao bis in idem na aplicação da fração redutora do tráfico privilegiado não foi plenamente solucionada pelo Supremo Tribunal Federal, apesar das tentativas de se criar alternativas para a aplicação do critério da quantidade e natureza da substância apreendida. Ao contrário, o que se observa é a abertura de margem para que decisões possam violar as normas de garantia da dosimetria da pena ou incorrer no bis in idem, mesmo que haja esforços para negá-lo. Assim, é indispensável o aprimoramento do dispositivo previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fim de eliminar o espaço de indeterminação na modulação da fração redutora, garantindo a legalidade estrita e o respeito às garantias constitucionais.

### **3.4 DO PRINCÍPIO DO “NE BIS IN IDEM” E DAS DIFICULDADES EM APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO**

---

<sup>94</sup> BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e Discricionariedade:** a fixação da pena no tráfico privilegiado. E-book. EPUB ISBN 978-65-5877-978-0. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

Conforme a doutrina de Luiz Prado<sup>95</sup>, o princípio do ne bis in idem se traduz na proibição de sancionar ou punir alguém duas ou mais vezes pelo mesmo fato. É, portanto, um princípio que visa limitar o jus puniendi estatal. Cumpre ressaltar que o princípio do non bis in idem é um direito fundamental, com status normativo supralegal, visto que acolhido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, 4º<sup>96</sup>, que foi ratificada no Brasil pelo Decreto 678/1992, nos termos do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988<sup>97</sup> e do RE 349703/RS<sup>98</sup>.

O autor Pablo Alflen<sup>99</sup>, por sua vez, afirma que o princípio do ne bis in idem exerce “uma dupla função na ordem jurídica”, nos seguintes termos:

A primeira função é dirigida ao legislador, o qual, tendo uma visão ampla de todo o ordenamento jurídico, não pode (jamais) produzir ou permitir incompatibilidades ou rupturas no sistema, que conduzam à criação de regras que afete, as garantias dos cidadãos, em especial, no sentido de conduzir a uma dupla punição. (...) A segunda, propalada na doutrina em geral, de ordem concretizadora, é dirigida ao julgador e diz respeito ao rechaço à dupla punição, no sentido de que, quando da condenação, jamais o julgador pode levar em consideração mais de uma vez uma mesma circunstância em prejuízo do réu, evitando, assim, a dupla punição<sup>100</sup>.

Dessa forma, trazendo para a perspectiva analisada no presente trabalho, não poderia o magistrado utilizar o critério da quantidade e natureza das substâncias apreendidas simultaneamente para fixar a pena-base na primeira fase da dosimetria, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, e, ao mesmo tempo, afastar o reconhecimento ou modular a fração redutora da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

As Turmas do Supremo Tribunal Federal, ao abordarem inicialmente a temática do ne bis in idem na utilização da quantidade e natureza da droga na aplicação do tráfico privilegiado, se manifestaram de maneira distinta.

<sup>95</sup> PRADO. Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>96</sup> 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

<sup>97</sup> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 349.703**. Relator: Ministro Carlos Britto. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJe 05/06/2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 08/09/2024.

<sup>99</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Sobre a Técnica Legislativa em Matéria Penal na Lei de Drogas**. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei De Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 671-672.

<sup>100</sup> Ibidem.

A Primeira Turma no STF se manifestava no sentido de admitir a utilização da natureza e da quantidade da droga tanto na primeira fase da dosimetria quanto na graduação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, visto que revelaria uma sanção mais “proporcional” ao caso concreto. Nesse sentido, destacam-se o HC nº 111.288/SP<sup>101</sup>, o HC nº 111.485/PE<sup>102</sup> e o HC nº 117.024/MS<sup>103</sup>.

Nesse ponto, interessante abordar que a Relatora Ministra Rosa Weber<sup>104</sup>, no julgamento do HC nº 117.024/MS, ao indagar acerca da existência de bis in idem na dupla valoração do critério da quantidade e variedade da droga apreendida, se manifestou no seguinte sentido:

Não se trata de bis in idem, ainda que tais elementos já tenham sido considerados no dimensionamento da pena-base na condição de circunstâncias do crime, como ocorreu neste caso. Afinal, não se trata de considerá-los, por eles próprios, como negativos para fins de aferição do benefício, mas somente como, já adiantado, indicativos do grau de envolvimento do agente no tráfico de drogas e que é exatamente do que trata o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, devendo a diminuição em questão ser dimensionada segundo ele seja maior ou menor. Nessa perspectiva, a quantidade e a variedade de entorpecentes são fatores, a toda evidência, de relevante consideração.

A relatora, portanto, entende que a utilização da quantidade e da variedade de drogas apreendidas não se dá por considerá-las isoladamente, mas sim pelo que esses fatores revelariam sobre o envolvimento do réu nas atividades ilícitas. Em seu entendimento, a análise estaria voltada para aferir o grau de participação do agente no tráfico, e não para valorar novamente tais circunstâncias em si mesmas. Contudo, constata-se uma incongruência nesse raciocínio, pois, ao se extrair conclusões exclusivamente com base nesses mesmos critérios, sem a utilização de outros elementos, acaba-se, na prática, por valorizá-los duplamente. Assim, ainda que se negue formalmente essa revaloração, o resultado final demonstra a sua efetiva utilização, o que configura, de fato, bis in idem.

A segunda turma, por sua vez, adotava entendimento diverso, no sentido de que a quantidade e a qualidade da droga apreendida deveriam ser analisadas na 1ª fase de individualização da pena, conforme previsão do artigo 42 da Lei de Drogas,

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 111.288**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe 08/08/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 111.485**. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe 18/10/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 117.024**. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJe 25/09/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>104</sup> Ibidem.

sendo impróprio invocá-las para modulação a aplicação do redutor do tráfico privilegiado na terceira fase, sob pena de bis in idem. Nesse sentido, o HC nº 113.376/PE<sup>105</sup>, o HC nº 115.708/SP<sup>106</sup>, o RHC nº 116.066/DF<sup>107</sup>, o HC nº 113.210/RS<sup>108</sup>, o HC nº 98.172/GO<sup>109</sup> e o HC nº 101.317/MS<sup>110</sup>

Porém, na sessão realizada no dia 19 de dezembro de 2013, o Pleno do STF julgou os HCS nº 109.193/MS<sup>111</sup> e 112.776/MS<sup>112</sup>, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, que firmaram orientação no sentido de que:

Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto<sup>113</sup>.

Nesse sentido, a orientação inicialmente adotada pela Primeira Turma do STF foi seguida, permitindo a utilização da natureza e da quantidade da droga tanto na primeira fase da dosimetria quanto na aplicação da minorante. No entanto, impôs-se uma restrição quanto à apreciação cumulativa desses fatores em ambas as fases, sendo cabível sua utilização apenas em uma delas, de forma alternativa.

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 113.376**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 03/06/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 115.708**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 18/10/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 116.066**. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. DJe 18/04/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 113.210**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 22/10/2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 98.172**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 07/10/2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 101.317**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para Acórdão: Gilmar Mendes. DJe 05/08/2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 109.193**. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJe 30/10/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 112.776**. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJe 30/10/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 109.193**. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJe 30/10/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 112.776**. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJe 30/10/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

A justificativa para a análise do critério da quantidade e da natureza da droga apreendida na terceira fase da dosimetria baseou-se na dificuldade de definir o quantum de diminuição da fração redutora, em virtude da amplitude da faixa admissível, que varia de um sexto a dois terços, e da ausência de elementos preestabelecidos para a escolha do quantum de diminuição. Destacou-se, ainda, que, na falta de diretrizes legislativas que sirvam como parâmetro, não seria contrário à possibilidade do julgador considerar as circunstâncias descritas no artigo 42 da Lei de Drogas, desde que não o fizesse de maneira cumulativa, mas apenas de forma alternativa, evitando, assim, o bis in idem.

Visando à harmonização da jurisprudência da Corte sobre o tema, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 3 de abril de 2014, reconheceu a existência de repercussão geral no ARE 666.334 RG/AM<sup>114</sup>, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. No julgamento em questão, foi abordado o Tema 712, acerca da possibilidade em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

No mérito do julgamento, por maioria, foi reafirmada a jurisprudência dominante sobre a matéria, fixando a tese de que “As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena”<sup>115</sup>.

No âmbito do STJ, por sua vez, mesmo após a consolidação da Tese de Repercussão Geral nº 712, no julgamento do ARE 666.334/AM pelo STF, existia uma desproporção entre os julgados da Quinta e Sexta Turma da Corte. Na Quinta Turma, mantinha o entendimento de que a utilização concomitante da quantidade e natureza da droga apreendida, tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, não configuraria bis in idem, alinhando-se à posição da Primeira Turma do STF anterior à consolidação da tese de repercussão geral. Entre os julgados que

---

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 666334**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 06/05/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>115</sup> Ibidem.

exemplificam essa linha de raciocínio, destacam-se o AgRg no AREsp 1.799.109/MS<sup>116</sup> e o AgRg no HC 661.319/SP<sup>117</sup>.

A Sexta Turma, embora tenha se alinhado à Tese de Repercussão Geral nº 712, que vedava a utilização da quantidade e natureza das substâncias apreendidas em mais de uma fase da dosimetria, ainda apresentava decisões divergentes. Algumas decisões determinavam que esses critérios deveriam ser aplicados exclusivamente na primeira fase, enquanto outras admitiam sua aplicação na terceira fase, como elemento modulador da redução de pena. Além disso, havia acórdãos que reconheciam a plena discricionariedade do magistrado na escolha da fase em que esses elementos seriam utilizados. Sob essa ótica, mencionam-se os julgados do AgRg no HC nº 624.797/MG<sup>118</sup>, do AgRg no HC nº 609.367/SP<sup>119</sup> e do AgRg no HC nº 424.150/SP<sup>120</sup>.

Por essa razão, visando uniformizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática, em consonância com a Tese de Repercussão Geral nº 712, e aprofundar o exame da questão, dada sua relação com o artigo 42 da Lei de Drogas, a Terceira Seção da Corte, em 9 de junho de 2021, alcançou um consenso no julgamento do REsp nº 1.887.511/SP<sup>121</sup>, sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha.

No julgamento do REsp nº 1.887.511/SP, foi definida a seguinte tese acerca da utilização da baliza da quantidade e natureza da droga apreendida na aplicação do tráfico privilegiado:

<sup>116</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.799.109**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 28/05/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>117</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 661.319**. Relator: Ministro Felix Fischer. DJe 31/05/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>118</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 624.797**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJe 09/03/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>119</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 609.367**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. DJe 09/02/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>120</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 424.150**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJe 26/02/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>121</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial 1.887.511**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJe 01/07/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08/09/2024.

- 1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006;
  - 2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, 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 a integração a organização criminosa;
  - 3 - podem ser utilizados para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base.
- (grifos nossos)

Dessa forma, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça determinou que o critério da natureza e da quantidade da droga apreendida é um fator que deve ser analisado na primeira fase da dosimetria, em razão da obrigatoriedade da observância do indicado vetor na fixação da pena-base, conforme verificado no artigo 42.

De maneira acertada, o relator Ministro João Otávio de Noronha sustentou que, ao promulgar a Lei nº 11.343/2006, o legislador deliberadamente elegeu a natureza e a quantidade da substância apreendida como circunstâncias preponderantes a serem analisadas no contexto do artigo 59 do Código Penal, por imposição legal. Dessa forma, não há margem para afastar tais vetores por meio de discricionariedade judicial, restringindo sua aplicação apenas à terceira fase da dosimetria da pena, sem fundamentação legal. Ressalte-se que esses elementos não podem ser reservados para etapas subsequentes, nas quais o legislador não tenha expressamente previsto sua utilização, como é o caso do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, que não os estabelece como requisitos para a causa de diminuição de pena.

No entanto, a aplicação supletiva dos critérios de quantidade e natureza da droga na terceira fase da dosimetria suscitou preocupações entre alguns ministros do STJ. Esses ministros temiam que, mesmo em casos de apreensão de grandes quantidades de entorpecentes, fosse aplicada a fração máxima de redução da pena aos agentes beneficiados pela causa do tráfico privilegiado, na ausência de impedimentos legais que justificassem a limitação dessa fração.

Diante dessas preocupações, quatro meses após a fixação da tese no REsp 1.985.297, o próprio STJ começou a mitigá-la. No julgamento do HC nº

725.534/SP<sup>122</sup>, de relatoria do ministro Ribeiro Dantas, foi proposta uma revisão do entendimento, na qual o relator manifestou o seguinte:

(...) 3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria. (...)

6. Portanto, **diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.**

(grifos nossos)

Embora se reconheça a preocupação, especialmente no que tange à ausência de justificativas para a diminuição da fração redutora do tráfico privilegiado — que inviabiliza a fixação de um patamar de redução diferente do máximo —, conclui-se que a violação do critério trifásico da dosimetria da pena, com o intuito de obter um arranjo que viabilize a aplicação da redutora, não é apropriada e, menos ainda, desejável, sob a ótica da manutenção das garantias individuais no processo penal.

O método de dosimetria da pena é um critério estabelecido por lei e a observância de suas fases tem relação direta com o cumprimento da legalidade estrita na fixação da pena. Qualquer análise dos elementos de quantidade e natureza da droga no tráfico privilegiado fora da fase adequada de fixação da pena-base constitui uma medida paliativa que, embora possa parecer justificável em casos específicos, viola o princípio da legalidade e, consequentemente, a própria Constituição.

Os acórdãos dos tribunais superiores que permitem uma maior discricionariedade judicial no manejo das regras de dosimetria não apenas desrespeitam as normas que regem o critério trifásico, mas também criam um

---

<sup>122</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Habeas Corpus 725.534**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 01/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 04/10/2024.

precedente perigoso ao admitir que decisões judiciais possam modificar os critérios de dosimetria da pena. Isso ocorre porque, embora busquem evitar a dupla valoração, os entendimentos adotados no ARE 666.334 RG/AM<sup>123</sup>, pelo STF, e no HC 725.534/SP<sup>124</sup> autorizam o uso discricionário de critérios da dosimetria fora das previsões legais estabelecidas no artigo 42 da Lei de Drogas e nos artigos 59 e 68 do Código Penal.

Cumpre ressaltar que, a discricionariedade judicial que se busca evitar não é a discricionariedade interpretativa, inerente ao exercício da jurisdição e ligada ao poder legítimo de interpretar a lei. O que se pretende evitar é a discricionariedade associada ao "poder de disposição" de Ferrajoli, mencionado anteriormente, que se refere à capacidade de decidir sobre a liberdade individual sem a devida subordinação aos padrões legais e aos princípios constitucionais, o que se revela no caso em análise. E, segundo a doutrina garantista de Ferrajoli, o poder de disposição é ampliado em razão da indeterminabilidade legislativa, que, neste caso, foi trazida pelo artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, ao inserir uma ampla faixa admissível de redução de pena, de um sexto a dois terços, mas sem determinar nenhum parâmetro legal para sua fixação.

Ocorre que o espaço de indeterminação previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas não apenas permite a ampliação do poder de disposição, mas o exige, sob pena de tornar inaplicável o critério redutor do tráfico privilegiado. Isto porque, diferentemente da utilização da quantidade e natureza da droga para afastar o tráfico privilegiado, que se baseava em ilações e não era essencial para sua aplicabilidade, considerando que outros elementos poderiam demonstrar a dedicação às atividades criminosas, a modulação da fração redutora de pena requer um parâmetro que possibilite sua adequada aplicação.

No entanto, a problemática se remonta muito mais na necessidade de uma reestruturação da técnica legislativa prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, do que em uma mudança nos posicionamentos adotados pelos tribunais superiores. Isto porque, se a legislação fosse clara, taxativa e devidamente motivada, sem deixar espaços para interpretações indeterminadas, não haveria margem para uma

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 666334**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 06/05/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04/10/2024.

<sup>124</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Habeas Corpus 725.534**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe 01/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 04/10/2024.

atuação criativa por parte do magistrado, que se limitaria a seguir os parâmetros legais.

Admitir que o juiz crie novos critérios para a graduação da pena, por sua vez, poderia incorrer novamente em bis in idem, já que ele provavelmente consideraria fatores subjetivos já contemplados pela legislação penal, como as circunstâncias e consequências do crime, a personalidade do agente e sua conduta social.

Desta feita, a alternativa mais adequada para a problemática da modulação da fração redutora do tráfico privilegiado reside em uma revisão legislativa que elimine as lacunas normativas presentes no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, afastando a gradação da fração redutora e estabelecendo um patamar fixo para a redução.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, este trabalho buscou revelar a complexidade e os desafios que envolvem a aplicação da causa de diminuição da pena do tráfico privilegiado, disposto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em especial no que diz respeito à modulação da sua fração redutora, que varia de um sexto a dois terços. Para tanto, fez-se necessário compreender o que de fato seria o conceito jurídico do tráfico privilegiado e seus requisitos de aplicação: primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração em organização criminosa.

Nessa análise, foi possível perceber que a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, foi reiteradamente revisitada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de esclarecer os seus critérios de aplicação e fixação de pena, que não foram evidenciados de maneira precisa e determinada quando da promulgação da nova Lei de Drogas.

Nesse sentido, embora muitos dos questionamentos iniciais tenham sido solucionados pela jurisprudência — como a exclusão da equiparação ao crime hediondo, a possibilidade de fixação de regime inicial aberto e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos —, verificou-se que o redutor do tráfico privilegiado ainda enfrenta um grande entrave prático, relacionado ao impacto da quantidade e natureza das drogas apreendidas na sua dosimetria da pena.

Isto porque a falta de parâmetros legais para definir o quantum de redução da pena tem levado os tribunais superiores a utilizarem a quantidade e a natureza da droga como critérios para modular a fração de diminuição ou, ainda, afastar sua aplicação na terceira fase da dosimetria, momento em que se analisam as causas de aumento e diminuição da pena.

Contudo, o uso desses fatores na terceira fase da dosimetria reflete uma ampliação indevida do poder decisório do magistrado, contrariando a necessidade de critérios objetivos para garantir a legalidade estrita na fixação da pena. Esse fator, que já é considerado na primeira fase da dosimetria, não deve ser utilizado de forma cumulativa, sob pena de violar o princípio do *ne bis in idem*, nem de maneira alternativa, sob pena de violar a ordem do método trifásico de fixação da pena e, consequentemente, a legalidade estrita.

Desta feita, a flexibilidade legislativa, evidenciada na indeterminação do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, amplia o “poder de disposição” do magistrado, resultando

em precedentes perigosos ao admitir que decisões judiciais possam modificar os critérios de dosimetria da pena. Além disso, como a modulação da fração redutora carece de parâmetros legais claros, acaba por exigir do juiz uma atuação que vai além do papel interpretativo, decidindo sobre a liberdade individual sem a devida subordinação aos padrões legais e aos princípios constitucionais.

Nesse contexto, conclui-se que a problemática da modulação da fração redutora no tráfico privilegiado não se resolve apenas por meio de mudanças na jurisprudência dos tribunais superiores. Faz-se necessária uma reestruturação legislativa do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Isso porque, mesmo que se admitisse a criação de novos critérios pelo magistrado, haveria o risco de reincidência no bis in idem, considerando fatores subjetivos já contemplados pela legislação penal.

Assim, propõe-se uma revisão legislativa do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, com o objetivo de eliminar as lacunas normativas, especialmente no que tange à modulação da fração redutora, eliminando a sua graduação e estabelecendo um patamar fixo para a redução.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, J. C.; ALVES, T. G.; TABAK, B. M. **A não equiparação do tráfico de drogas privilegiado a crime hediondo:** uma análise comportamental. *Quaestio Iuris*, v. 11, n. 04, [s.d.]. <DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2018.34990>>. Acesso em: 31 maio. 2024.

AZEVEDO, R. A. G. **A Aplicação Da Substituição Da Pena Privativa De Liberdade Em Restritivas De Direitos Nos Crimes De Tráfico De Drogas:** Análise constitucional da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 97.256/RS. Brasília: Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS, 2020.

BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e Discricionariedade:** a fixação da pena no tráfico privilegiado. E-book. EPUB ISBN 978-65-5877-978-0. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1 jan. 2021.

BRASIL. [DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940]. **Código Penal.** Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 30 maio. 2024.

BRASIL. [DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941]. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 30 maio. 2024.

BRASIL. [LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984]. **Lei de Execução Penal.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 30 de maio de 2024.

BRASIL. [LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990]. **Lei dos crimes hediondos.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 30 de maio de 2024.

BRASIL. [LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006]. **Lei de Drogas.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 30 de maio de 2024.

BRASIL. **Resolução nº 5/2012**, de 16 de fevereiro de 2012. Senado Federal. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm). Acesso em: 01 de agosto de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Terceira Seção revisa tese e cancela súmula sobre natureza hedionda do tráfico privilegiado**. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-11-24\\_10-35\\_Terceira-Secao-revisa-tese-e-cancela-sumula-sobre-natureza-hedionda-do-trafico-privilegiado.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-11-24_10-35_Terceira-Secao-revisa-tese-e-cancela-sumula-sobre-natureza-hedionda-do-trafico-privilegiado.aspx)>. Acesso em: 31 de maio de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 118.351**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 16/06/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20/06/2024.

CAPEZ, F. (2018). **Lei de Drogas Comentada**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788553620388. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620388/>. Acesso em: 13 de agosto de 2024.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CRIMINAL E DAS EXECUÇÕES PENAIS. **Orientação Técnica nº 10/2024**: Apontamentos preliminares sobre as repercussões da decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 635.659. João Pessoa: Ministério Público do Estado da Paraíba, 2024.

CHAVES, E.; BUONO, R. **Tráfico de drogas representa 23% dos delitos registrados no sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/trafico-de-drogas-representa-23-dos-delitos-registrados-no-sistema-prisional-brasileiro/>>. Acesso em: 31 de maio de 2024.

DIZER O DIREITO. **Súmula vinculante 59**. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2023/12/sumula-vinculante-59.html>>. Acesso em: 6 de junho de 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: RT, 2014.

GRECO, R. (2019). **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. Vol. 4. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus.

KNOPP, T. H. **Tráfico privilegiado de drogas e o pacote anticrime**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-16/thiago-knopp-trafico-privilegiado-drogas-pacote-anticrime/>>. Acesso em: 1 de junho de 2024.

LYRIO, E. Z. **A causa de diminuição do crime de tráfico de drogas à luz da jurisprudência das cortes superiores**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2019.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645602.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645602/>. Acesso em: 13 de agosto de 2024.

MORAIS, F. G. **Tráfico Privilegiado**: Uma análise dos critérios definidores da dedicação às atividades criminosas. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2022.

NUCCI, G. (2018). **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIS-SENAPPEN. **Relatório de Informações Penal - RELIPEN 1º Semestre 2023**. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-se mestre-de-2023.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2024.

TONETTO, A. P.; POMPÉO, W. A. H. **Da (in)constitucionalidade do cumprimento de pena em regime inicial fechado para condenados incursos no §4º do artigo 33 da lei 11.343/2006 e a afastabilidade de sua hediondez pelo Supremo Tribunal Federal (STF)**. Revista Do Departamento De Ciências Jurídicas E Sociais Da Unijuí. v. n. 50, 2018.

VITAL, D. **Quantidade de drogas pode servir só para modular redutor de pena**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-28/quantidade-drogas-servir-modular-redutor-pena>>. Acesso em: 6 de junho de 2024.

YNOMOTO, L. Y. P. **Tráfico Privilegiado e Superior Tribunal De Justiça: Interpretações, Controvérsias e Reflexos Jurisprudenciais do Redutor Previsto No §4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006**. Franca: Universidade Estadual Paulista Júlio De Mesquita Filho, Franca, 2023.