



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

RAYSSA MYLLANNA DO NASCIMENTO PEREIRA PACÍFICO

LEI DE DROGAS: ANÁLISE DE ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA DO USUÁRIO DE DROGAS E DO TRÁFICO
PRIVILEGIADO.

**CAMPINA GRANDE-PB
2022**

RAYSSA MYLLANNA DO NASCIMENTO PEREIRA PACÍFICO

**LEI DE DROGAS: ANÁLISE DE ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA DO
USUÁRIO DE DROGAS E DO TRÁFICO PRIVILEGIADO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. ANA ALICE RAMOS
TEJO SALGADO

**CAMPINA GRANDE-PB
2022**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

P117I Pacífico, Rayssa Myllanna do N. Pereira.

Lei de drogas [manuscrito] : análise de adequação típica da conduta do usuário de drogas e do tráfico privilegiado / Rayssa Myllanna do N. Pereira Pacifico. - 2022.

28 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2022.

"Orientação : Profa. Dra. Ana Alice Ramos Tejo Salgado ,
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Drogas. 2. Usuário. 3. Traficante. 4. Tráfico Privilegiado.
I. Título

21. ed. CDD 363.45

RAYSSA MYLLANNA DO NASCIMENTO PEREIRA PACÍFICO

**LEI DE DROGAS: ANÁLISE DE ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA DO
USUÁRIO DE DROGAS E DO TRÁFICO PRIVILEGIADO**

Artigo apresentado como requisito para
conclusão do Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba.

Aprovada em: 30/03/2022.

BANCA EXAMINADORA

Ana Alice Ramos Tejo Salgado

Profa. Dra. Ana Alice Ramos Tejo Salgado (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Rosimeire Ventura Leite

Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Rayane Félix Silva

Profa. Ms Rayane Félix Silva.
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Dedico este trabalho às pessoas fundamentais e indispensáveis para esta realização:

Minha inspiradora mãe, Rosa Maria.

Meu querido esposo, Juarez Júnior.

Minha amada filha, Beatriz Pacífico.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 LEI DE DROGAS..... | 11 |
| 2.1 Crime de consumo pessoal de drogas..... | 12 |
| 2.1.1 <i>Discussão sobre a descriminalização da conduta do usuário de drogas.....</i> | 16 |
| 2.2 Crime de tráfico de drogas privilegiado..... | 20 |
| 3 DISCUSSÕES SOBRE OS CRITÉRIO PARA A ADEQUAÇÃO TÍPICA DOS CRIMES DE CONSUMO PESSOAL DE DROGAS E TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO | 22 |
| 3.1 Análise comparativa entre os delitos de uso/porte de drogas para consumo próprio e o de tráfico de drogas..... | 24 |
| 4 CONCLUSÃO..... | 27 |
| REFERÊNCIAS..... | 27 |

LEI DE DROGAS: ANÁLISE DE ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA DO USUÁRIO DE DROGAS E DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Rayssa Myllanna do Nascimento Pereira Pacífico¹

RESUMO

O objetivo geral desse trabalho é analisar a adequação típica da conduta do consumo pessoal de drogas e do tráfico de drogas privilegiado, pautando-se nos critérios legais e subjetivos de distinção dos dois. A atual Lei de drogas, Lei nº 11.343/06 substituiu a Lei nº 6.368/76, modelo norte-americano de repressão ao uso e ao tráfico de substâncias entorpecentes, e a Lei 10.409/02. A Lei 10.409/02 modificou alguns dispositivos da Lei nº 6.368/76 visando oferecer maior efetividade da mesma, especialmente no aspecto processual penal, no entanto, permaneciam coexistindo no mesmo espaço e tempo. A nova Lei de Drogas traz claramente a vontade do legislador de punir severamente traficantes ao passo que demonstra a preocupação de tratar o uso de drogas como um problema de saúde pública. Mesmo incorrendo no crime de tráfico, o legislador traz a possibilidade de diminuição de pena para o traficante com menor potencial ofensivo e cria o tráfico privilegiado. Mas na prática, como diferenciar o usuário de drogas desse traficante de menor potencial ofensivo? Trata-se de um tema de relevante interesse da saúde pública. As questões acerca do uso e venda de drogas é o maior desafio da segurança pública, tendo em vista que as organizações criminosas são responsáveis por grande parcela da violência e criminalidade que enfrentamos nos dias atuais. Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica realizada a partir da análise pormenorizada de materiais já publicados na literatura, artigos científicos divulgados no meio eletrônico e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça Estaduais. Que possamos nos aprofundar e ampliar nosso conhecimento sobre a Lei 11.343/2006. A fragilidade dos critérios de distinção trazidos pela Lei exige sempre uma análise minuciosa das autoridades policiais e judiciais para que a adequação típica seja feita de forma justa tendo em vista que um erro pode punir com rigor o usuário ou aplicar penas alternativas para um traficante de drogas.

Palavras-Chave: Drogas. Usuário. Traficante. Tráfico Privilegiado.

ABSTRACT

The general objective of this work is to analyze the typical adequacy of the conduct of personal drug use and privileged drug trafficking, based on the legal and subjective criteria of distinction of the two. The current drug law, Law No. 11,343/06, replaced Law No. 6,368/76, the U.S. model of repression of the use and trafficking of narcotic substances, and Law 10,409/02. Law 10.409/02 modified some provisions of Law No. 6,368/76 in order to offer greater effectiveness of the same, especially in the criminal procedural aspect, however, they remained coexisting in the same space and time. The new Drug Law clearly brings the legislature's willingness to severely punish traffickers while showing concern about treating drug use as a public health problem. Even in the crime of trafficking, the legislator brings the possibility of reducing the penalty for the trafficker with less offensive potential and creates privileged trafficking. But in practice, how to differentiate the drug user from this drug dealer

¹ Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus CCJ.
Email: certmais@gmail.com

of lesser offensive potential? This is a subject of relevant public health interest. Questions about the use and sale of drugs is the greatest challenge of public safety, given that criminal organizations are responsible for a large portion of the violence and crime we face today. To achieve the proposed objectives, the bibliographic research carried out from the detailed analysis of materials already published in the literature, scientific articles published in the electronic environment and jurisprudence of the Supreme Federal Court, Superior Court of Justice and State Courts of Justice was used as methodological resource. May we deepen and expand our knowledge of Law 11.343/2006. The fragility of the distinction criteria brought by the law always requires a thorough analysis by the police and judicial authorities so that the typical adjustment is made fairly, given that an error can rigorously punish the user or apply alternative penalties to a drug dealer.

Keywords: Drugs. User. Drug dealer. Privileged trafficking.

1 INTRODUÇÃO

A Lei de drogas define vários crimes que tutelam um especial aspecto da saúde pública ao estabelecer normas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Entre tais crimes encontram-se os delitos de consumo pessoal (usuário de drogas) e tráfico privilegiado, previstos, respectivamente, nos artigos 28 e 33, § 4º da Lei 11.343/2006. As consequências punitivas são bem diferentes para estes delitos, não há previsão de pena privativa de liberdade para o crime de consumo pessoal, ao contrário, para o delito de tráfico privilegiado a Lei estabelece pena privativa de liberdade com redução em razão de circunstâncias de menor reprovação social do agente.

A problemática motivadora do tema é a ausência de critérios objetivos para a distinção da conduta do consumo pessoal de drogas da conduta do traficante privilegiado, dentro de uma conjuntura social, política e econômica tão perversa de nosso país. Difícil entender como um ou outro sujeito, com determinadas quantidades de tóxico, podem ser inseridos em uma ou em outra conduta.

Neste contexto, o objetivo geral desse trabalho é analisar a adequação típica da conduta do consumo pessoal de drogas e do tráfico de drogas privilegiado, pautando-se nos critérios de distinção que circundam os sujeitos envolvidos nesse processo. Assim, questiona-se se os requisitos previstos na Lei 11.343/06, especificamente os artigos 28, parágrafo 2º e artigos 33, parágrafo 4º e 42 e 43 permitem uma correta diferenciação dos crimes. Para tanto, como objetivos específicos, discutiu-se os critérios utilizados pelo juiz sentenciante para adequar a conduta criminosa aos tipos penais conhecidos como consumo pessoal (uso de drogas) e tráfico privilegiado. Estudou-se as consequências penais de cada um dos crimes referidos.

A hipótese é que os critérios são muito subjetivos e podem levar a erros na hora do julgamento, onde a interpretação pode ser tendenciosa contra pessoas de condição social mais vulnerável. É importante lembrar que a imagem da justiça civil é “cega”, portanto busca sempre a imparcialidade entre os indivíduos, e é essa verdade que devemos trazer em mente.

A metodologia do trabalho pauta-se na pesquisa bibliográfica, pois os fundamentos escritos permitem fontes de busca para o conhecimento e a legislação vigente é suficiente para a discussão em tela.

A questão das drogas pode ser considerada como um dos principais conflitos das sociedades contemporâneas. Praticamente todas as pessoas já tiveram alguma experiência

com algum usuário dessas substâncias em seu ciclo social, independente de classe têm sido um problema real e que traz profundas mudanças e consequências severas em todos os afetados, usuários ou familiares, todos recebem uma “carga” de variadas emoções onde o sofrimento mútuo é o “carro chefe.” O problema deixou de ser difuso e passou a afetar diretamente a todos. A dependência química faz com que o indivíduo acometido esteja incansavelmente em busca do consumo, por vezes afastando-se do trabalho e do convívio saudável com seus familiares, mesmo diante a situação caótica é importante tentar não marginalizar o dependente químico, na verdade ele precisa de muita ajuda e para assim poder retomar sua qualidade de vida. Nesse cenário faz-se fundamental diferenciar o usuário do traficante de drogas.

Entre os brasileiros o consumo do álcool, energéticos e tabaco é muito alto e a maior problemática é que contra os quais não há nenhum tipo de proibição. Sobre o consumo da maconha, no País são proibidos venda e porte, no entanto nos últimos anos aconteceram muitas discussões sobre a legalização da mesma, visto que estudos defendem que o uso do extrato da maconha (*canabidiol*), pode auxiliar no tratamento e reduzir as convulsões epiléticas graves. Diante todo exposto o que se deve levar verdadeiramente em conta é que dependentes químicos precisam de acompanhamento contínuo e ajuda de políticas de saúde pública. Mostra-se absolutamente ineficaz a repressão penal para prevenir ou tratar usuários de drogas, onde ainda é uma medida urgente por parte de familiares em desespero diante de um problema devastador, que infelizmente a cada dia têm tomado maiores proporções. O poder estatal deve ser canalizado para repreender de forma mais efetiva o tráfico de drogas que é o verdadeiro causador deste mal do século.

2 LEI DE DROGAS

A primeira Lei a tratar sobre a temática das drogas no Brasil foi a Lei nº 6.368/76 que definia os crimes e seguia o modelo norte-americano de repressão ao uso e ao tráfico de substâncias entorpecentes. Vinte e seis anos depois entrou em vigor a Lei 10.409/02 que modificou alguns dispositivos da Lei nº 6.368/76 visando oferecer maior efetividade, especialmente no aspecto processual penal, no entanto, permaneceram coexistindo no mesmo espaço e tempo. Logo, o legislador considerando a inadequação da permanência de duas Leis disciplinando o mesmo objeto, resolveu por bem sintetizá-las, evitando possíveis conflitos. Desta forma nasceu a Lei 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas.

A Lei 11. 343/06 instituiu, em seu preâmbulo, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) que prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, assim como define as condutas consideradas crime e estabelece a aplicação de medidas repressivas e punitivas.

O objeto material dos crimes da Lei de Drogas é drogas, no entanto, a limitação de substâncias que podem ser consideradas ilícitas é definida em norma complementar, conforme se apresentará. Por precisar de uma norma complementar, a Lei 11.340/06 é chamada de norma penal em branco.

A palavra *droog*, proveniente do holandês antigo, cujo significado é folha seca deu origem ao termo drogas. Esta denominação decorre do fato de que, historicamente, quase todos os medicamentos possuíam elementos naturais em sua composição (ZEFERINO, et al, p.1, 2012). Atualmente, a terminologia droga, De acordo com DENARC/PR a Organização Mundial da Saúde (OMS), se refere a toda substância que, pela sua natureza química tem a propriedade de afetar a estrutura e produz alterações no funcionamento do organismo (apud, SCHUSTER, p.11, 2020).

De acordo com Araújo (2012), os primeiros registros do uso de drogas psicoativas pelo homem são mais antigos do que as primeiras civilizações. Há evidências, nos sítios arqueológicos de 8000 a. C., da utilização de plantas estimulantes em rituais funerários, de plantas visionárias em cultos religiosos, do consumo de ópio que era consumido livremente em grandes quantidades na Grécia e Roma Antiga. No entanto, com o advento do cristianismo em Roma, o uso de ervas com finalidades alucinógenas e medicinais passou a ser condenado.

As drogas podem ser divididas em duas classes: as lícitas, como álcool, cigarro e medicamentos nos limites legais; e as ilícitas, como, heroína, crack, maconha entre outras. Para o tema interessa a segunda classe por se enquadrar entre as de uso proibido e não comercializável de forma legal.

Juridicamente deve-se considerar drogas todas as substâncias e/ou produtos especificados em Lei ou relacionados em lista atualizada periodicamente pelo Poder Executivo da União. Atualmente essa lista pode ser encontrada na Portaria 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), (BRASIL, 1998).

A seguir serão analisados os crimes de consumo pessoal de drogas e tráfico privilegiado para, posteriormente, debater os critérios de distinção para a adequação típica.

2.1 Crime de Consumo Pessoal de Drogas

É considerado crime de consumo pessoal “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (art. 28, caput).

O artigo 28 da Lei de Drogas nos apresenta o crime de porte de drogas para uso pessoal que é um crime comum, pois não exige nenhuma qualidade especial do agente. Tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, por isso seu sujeito ativo é a coletividade. Apesar da presença da droga na sociedade ser algo marcante e notoriamente gerar malefícios, é importante avaliar que é apenas uma parcela de todos os outros males sociais que sustentam o tráfico, deve-se pensar que não apenas as drogas, mas outros fatores aumentam os índices de criminalidade e violência em nossa sociedade. O objeto material, ou seja, a figura típica prevista no caput é a droga destinada para consumo pessoal. Este crime não admite a forma culposa. O tipo admite a forma tentada embora seja de difícil verificação na prática.

As condutas de adquirir (obter de forma gratuita ou onerosa), guardar (vigiar com a finalidade de proteger, preservar), ter em depósito, transportar (levar de um lugar para outro utilizando um meio de transporte), ou trazer consigo (transportar junto ao próprio corpo), para consumo pessoal, droga, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar é um tipo misto alternativo pelo fato de possuir, mais de um núcleo do tipo, sendo que a prática de apenas um deles é suficiente para a sua consumação e a prática de mais de um deles, no mesmo contexto, configura crime único.

O § 1º do artigo em tela incrimina igualmente as condutas de quem semeia, cultiva ou planta pequenas quantidades de substâncias ilícitas. Embora o tipo penal não cite expressamente, o ato de importar ou preparar quantidade pequena de droga para uso pessoal deve ser enquadrado nos termos do artigo 28, caput por analogia, levando em consideração o elemento subjetivo específico de prática para uso próprio.

Para que fique claro, o crime de porte de drogas para consumo pessoal só estará caracterizado se a conduta for realizada sem autorização legal. Se o agente possui autorização judicial ou médica para portar essas substâncias, estaremos diante de um fato atípico que não produz qualquer efeito penal. É importante destacar que é algo desconhecido por muitas pessoas, portanto conhecer e saber proceder diante de cada situação, torna-se uma necessidade de cada cidadão, compreender mesmo que de maneira não aprofundada seus direitos, para que assim aconteçam as melhorias e as injustiças sejam amenizadas.

Esse crime tem natureza formal, portanto para sua consumação basta a realização da conduta proibida, não sendo necessária a efetivação da lesão ao bem jurídico protegido. No

âmbito probatório, é imprescindível a realização de exame pericial, pois o artigo 50, § 1º da Lei 11434/2006 dispõe que para a materialidade do delito ser estabelecida é necessário o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga (BRASIL, 2006). Assim estará demonstrada justa causa para a ação penal que será pública incondicionada em todas as modalidades do delito.

É majoritário na jurisprudência que o princípio da insignificância não produzirá efeito de exclusão da tipicidade material em razão da reduzida quantidade da droga ser inerente ao crime. Porém, a quantidade da droga deve sempre ser apreciada na análise do caso concreto como já foi dito.

O ponto inovador e mais explanado do artigo 28 da Lei de Drogas é justamente no que diz respeito às penas. Onde traz três modalidades: advertência sobre o efeito das drogas, prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Essas penalidades poderão ser aplicadas cumulativamente ou não.

Nota-se que não existe previsão de pena privativa de liberdade. Não havendo esta previsão fica claro, em virtude do princípio da homogeneidade, a impossibilidade também da prisão a qualquer título (preventiva, temporária ou flagrante).

Assim, como não há privativa de liberdade como pena cominada, entende-se que não é possível a aplicação de dosimetria de acordo com os artigos 59 e 68 do Código Penal, tendo em vista que esses se aplicam para casos de pena privativa de liberdade ou multa. Para dosagem da quantidade da multa, o artigo 29 da Lei de Drogas estabelece como critério a reprovabilidade da conduta, ou seja, a culpabilidade, que poderá ser empregada como parâmetro para a fixação das penas restritivas de direitos cominadas no artigo 28.

Por ser infração de menor potencial ofensivo, as penas previstas para o crime de porte de drogas para consumo pessoal poderão ser aplicadas os institutos da Lei 9.099/05, transação penal e suspensão condicional do processo.

A advertência sobre os efeitos da droga será feita pelo juiz com o objetivo de desencorajar o agente a usar qualquer tipo de droga. Na prática, o sujeito comparece em cartório e assina um termo em que constam os malefícios que o uso da droga pode causar. Esta modalidade de pena mostra-se absolutamente inútil, é muito improvável que um usuário de drogas já não seja ciente dos malefícios causados por essas substâncias. Infelizmente o uso de drogas cada dia mais vem se tornando, algo corriqueiro, não apenas entre os jovens, mas em pessoas das mais variadas idades, sexo e classe social, o consumo de entorpecentes que outrora era visto como um problema apenas das classes marginalizadas, hoje se tornou um problema de saúde pública.

A respectiva pena aplicada é a prestação de serviços à comunidade devendo ser cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. A intenção clara é de fazer o usuário visualizar quais são os efeitos da droga e o estrago que ela pode causar na vida das pessoas. Essa sanção será aplicada pelo prazo máximo de cinco meses em caso de réu primário e dez meses para casos de reincidência. O intuito é que estejam em locais que preferencialmente trabalhem a prevenção e a recuperação do usuário.

A pena de medida educativa de comparecimento a programa ou curso mostra mais uma alternativa pedagógica de conscientizar o usuário sobre o mal causado pelo consumo das drogas. O prazo máximo de aplicação também vai ser de cinco meses para primários e dez meses para reincidentes.

Para garantia da execução das medidas educativas a que se refere o caput do artigo 28, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa (§ 6º). Negando-se o condenado, injustificadamente, a se submeter à pena fixada, o juiz deverá adverti-lo verbalmente e, não surtindo efeito, aplicar-lhe multa. A intenção do dispositivo é obrigar o sentenciado a cumprir a pena que lhe foi aplicada na sentença condenatória.

Nos crimes previstos no artigo 28 da Lei 11.343/2006 a perda do poder punitivo ou executório do Estado, ou seja, sua prescrição ocorre em dois anos.

O processo de elaboração da Lei n. 11.343/2006 não foi um processo simples, pois trata de um assunto de compressões distintas e insuperáveis e há décadas, sendo palco de atenção de muitos doutrinadores e também de toda população que sofre com as degradações que os efeitos das drogas causam em seus usuários (THOMAZ, 2020, p.16).

Sem dúvidas a maior novidade trazida pela Lei 11.343/2006, como dito anteriormente, foi conferir tratamento jurídico diferenciado para usuário e traficante de drogas. Mas o fato de não existir pena privativa de liberdade para as condutas previstas no art. 28 trouxe polêmica divergência doutrinária à baila

2.1.1 Discussão sobre a descriminalização da conduta do usuário de drogas

À luz do novo ordenamento jurídico levantou-se a discussão sobre a descriminalização da conduta do usuário de drogas. Nesse sentido, surgiram três correntes doutrinárias:

A primeira das posições defendia a descriminalização formal da conduta do agente. Argumentavam que a Lei de introdução ao Código Penal dispõe em seu art. 1º que “considera-se crime a infração penal que a Lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa...”. Este dispositivo serviu como apoio para a tese de descriminalização formal da conduta do agente e nesse sentido o artigo 28 representaria uma infração penal *sui generis*. Em outras palavras, entende-se que o caráter criminoso da conduta foi retirado, mas não significa o afastamento da natureza penal. Porém, a Lei de Introdução ao Código Penal é a justificativa das modificações da Parte Geral do Código Penal, ocorridas em 1984, portanto, anterior ao rol exemplificativo de penas estabelecidos na Constituição de 1988, privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, XLVI).

No mesmo raciocínio, surgiu a segunda tese, a da descriminalização substancial do tipo. Esta, muito mais abrangente que a primeira, defendia que além de não haver crime, a conduta de portar drogas para uso pessoal sequer deveria ser tema de direito penal, passando a pertencer ao direito penal sancionador (não autoriza o uso da pena de prisão, permitindo apenas certa flexibilização das garantias do sistema de imputação, bem como a possibilidade de elaboração de acordos, etc.).

Por fim, a terceira e majoritária tese defende a despenalização. Nesse sentido, empregam-se medidas substitutivas ou alternativas, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou pelo menos sua redução. Este pensamento tem fundamento na Constituição (art. 5º, XLVI) que delega ao legislador a possibilidade de estabelecer aos delitos outras penas que a privativa de liberdade e a multa.

Em síntese, não houve descriminalização dos comportamentos arrolados pelo art. 28, caput e §1º da Lei 11.343/2006. Este foi o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal em 2007 no julgamento do RE 430105 RJ:

Posse de droga para consumo pessoal: art.28 da Lei 11.343/2006. Natureza jurídica de crime. O art. 1 da Lei de Introdução ao Código Penal – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que Lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o do art. 28 de Lei 11.343/2006 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma opções constitucionais passíveis de adoção pela Lei incriminadora (C/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

Não houve descriminalização conforme entendimento do STF no ano de 2007. Ocorreu despenalização, entendida como a exclusão da pena privativa de liberdade. Assim, a

Lei 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* do comportamento do usuário/dependente. O art. 28 representa típica infração de natureza criminal cujo processamento segue o rito disciplinado na Lei 9.099/05 por se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo. Também não podemos desprezar que se houvesse o propósito de descriminalização o referido artigo não teria sido incluído pelo legislador no capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”.

Encontra-se, no artigo 28 da Lei em análise, dois tipos penais: o primeiro no caput que é portar droga em pequena quantidade para uso pessoal e o segundo, disposto no §1º, trata do plantio de pequena quantidade de substância destinada para consumo próprio. Os tipos penais são compostos por mais de um verbo, sendo assim, praticada mais de uma conduta típica dentro da mesma situação fática, haverá crime único.

As penas cominadas para o consumo pessoal de drogas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. São elas: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. As duas últimas opções terão prazo máximo de cinco meses para réus primários e 10 meses para reincidentes do mesmo tipo penal. Em caso de descumprimento, o juiz deverá primeiramente advertir verbalmente o infrator. Caso este mantenha a indisciplina e não cumpra sua pena, o juiz poderá determinar multa, nos termos do art. 29, entre 40 e 100 dias-multa, atribuindo valor de um trinta avos até três vezes o valor do maior salário-mínimo, a depender da capacidade econômica do agente.

Não se deve dosar a pena de acordo com o artigo 59 ou 68 do Código Penal, critérios estes destinados à pena privativa de liberdade ou multa.

O tratamento dado ao usuário de drogas deixa clara a tutela da saúde pública como bem jurídico. Nesse sentido o legislador fez questão de garantir ao usuário de drogas acesso às políticas públicas de ressocialização e cura do vício. Drogas ilícitas são hoje observadas como algo extremamente danoso para a sociedade e merecedor da total repressão estatal, segundo a opinião pública, ordenamento jurídico e a legislação vigente (FERNANDES, 2018. p.4).

Mas a conduta do art. 28 da citada Lei volta a ser questionada. A constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal passou a ser alvo de debates no meio jurídico por conta do reconhecimento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 que transita no STF. Os principais argumentos dos defensores da inconstitucionalidade do artigo 28 são dois: a) que o comportamento previsto no tipo não transcende a esfera pessoal do usuário, violando, assim, sua intimidade e privacidade, ferindo, dessa forma, o princípio da transcendência ou alteridade; b) a conduta prevista no tipo viola o

princípio da lesividade e ofensividade, porque não há lesão ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Os dois argumentos são facilmente refutados ao passo que em primeiro lugar a Lei não visa tutelar a vida do usuário de drogas, mas a saúde coletiva. Nesse sentido é prudente avaliar principalmente os usuários de cigarro, pois esses mesmo que involuntariamente afetam a saúde coletiva, visto que estudos mostram que os fumantes passivos, ou seja, aqueles que inalam a fumaça do tabaco também estão suscetíveis a doenças severas, tais como alguns tipos de câncer. Seria inconstitucional punir o usuário ao prejudicar sua própria saúde, mas esse não é o caso, tenta-se impedir que o vício do usuário propague o uso de drogas na sociedade, além de inibir práticas criminosas para sustentá-lo. Contra o segundo argumento, pode-se destacar que o princípio da lesividade, ou ofensividade, parte da premissa que não haverá crime se não houver lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio.

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da presente Lei e optou por:

[...] (i) declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa; (ii) conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§1º e 2º, da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo; e (iii) absolver o acusado, por atipicidade da conduta.

A posição do Ministro, foi bastante clara, quanto à inconstitucionalidade da posse de drogas para consumo, em outras palavras abrandou as sanções aos usuários de drogas, afastando assim a possibilidade de medidas privativas a liberdade dos mesmos.

Da mesma forma o Ministro Edson Fachin expõe que:

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal, em primeiro lugar, detém-se em um argumento perfeccionista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovabilidade moral dessa conduta. Vale dizer, o uso de drogas é considerado um comportamento moralmente reprovável e, por isso, deve ser combatido por meio de uma resposta penal do Estado. Tal perfeccionismo busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo, assim, de forma apriorística um modelo de moral privada, individual, que se julga digno e adequado. Se as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade vedam que a conduta de um cidadão ofenda bens jurídicos alheios, elas, porém, não podem impor modelos de virtude pessoal e tampouco julgar as ações de um cidadão por seus efeitos sobre o caráter do próprio agente.

É importante deixar claro que o julgamento no Supremo Tribunal Federal não enfrenta a questão das drogas por completo, elege-se como descriminalizada apenas o uso da maconha.

Ao analisar a inconstitucionalidade do Artigo 28 da Lei de Drogas, o STF não pode determinar quais serão as substâncias resguardadas por essa inconstitucionalidade, uma vez que compete a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – que através da portaria 344/98 estabelece quais são as substâncias entorpecentes consideradas ilegais. Havendo a descriminalização somente da maconha os usuários e dependentes de outras drogas continuarão transgredindo a Lei penal.

De fato, é inegável que o uso de drogas põe toda coletividade em risco, deve-se levar em conta que, muitos casos de violência, em sua grande maioria de âmbito familiar estão intrinsecamente ligados ao uso de algum tipo de entorpecente. Outro ponto que deve ser visto é que o dependente químico, usuário de droga, deve ser percebido como uma pessoa que precisa de ajuda e não pode de forma alguma ser considerado um criminoso, essas ajudas vão desde internação a outros tipos de tratamento, no entanto é importante que todos esses processos para ajudar a combater o vício deve partir da livre iniciativa do usuário.

A saúde pública é um bem difuso e ao Estado cabe o dever de proteger a sociedade de vícios que possam acometê-los, aqui podemos citar o uso das drogas lícitas, como por exemplo, os medicamentos sem a prévia prescrição de médicos, substâncias como cafeína nicotina e outros que também podem causar dependência em seus usuários e em alguns casos mais severos danos irreversíveis, principalmente a saúde psicológica. É importante frisar o tetrahydrocannabinol (THC) e o canabidiol (CDB), por esses apresentarem propriedades medicinais se destacam. Não bastando as justificativas já citadas, não há dados estatísticos confiáveis quanto ao número de vítimas das drogas, seja por overdose, doenças causadas pelo uso prolongado, número de crimes cometidos por pessoas sob efeito das respectivas ou para sustentar o vício das mesmas. No entanto quando nos referimos ao cigarro, a Organização Mundial de Saúde, aponta que o tabaco mata mais de 8 milhões de pessoas por ano, sendo 7 milhões resultantes do uso direto desse produto e cerca 1,2 milhão são os não-fumantes, exposto ao fumo passivo (apud MOCELLIN, 2021, p.353). Se avaliarmos a questão do álcool, muitos crimes também são cometidos sob o efeito do mesmo, principalmente os de trânsito que engrossam as páginas dos jornais e as reportagens nos telejornais sensacionalistas. Há substâncias lícitas e regulamentadas como álcool e o tabaco, que comprovadamente oferecem riscos aos usuários, e não possuem nenhum tipo de regulamentação (FERNANDES, 2018, p.15). Assim fica claro que estamos diante de um crime de perigo abstrato que não precisa ter o risco do seu dano provado, sendo presumido de forma absoluta. O legislador optou por punir o perigo para que ele não se transforme em dano.

2.2 Crime de Tráfico de Drogas privilegiado

O instituto do tráfico privilegiado que é o objeto de estudo deste trabalho não é um crime autônomo, mas uma causa de redução de pena, que incide sobre os delitos definidos no caput e no § 1º.

O caput do artigo 33 da Lei 11.343/2006 prevê 18 condutas típicas: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” A pena prevista é de reclusão de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. Por se tratar de um crime misto alternativo, basta praticar qualquer uma das condutas previstas para que seja consumado.

Este tipo penal traz como objeto jurídico tutelado a saúde pública, mas também tutela a vida, integridade física e tranquilidade das pessoas individualmente consideradas de forma secundária, como também os riscos que o vício das drogas causa que vão desde os severos danos à saúde em alguns casos até a morte do usuário em decorrência do uso excessivo, lesões, homicídios culposos. Seu objeto material são as drogas não autorizadas ou em desacordo com normas. Pode ser praticado por qualquer pessoa, com exceção da conduta prescrever que é crime próprio. Tem como sujeito passivo a coletividade. É eminentemente doloso, mas não exige finalidade especial. É crime comum (excetuando a conduta de prescrever, que é próprio), de mera conduta, de perigo abstrato e coletivo. Nas condutas de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar, o crime é permanente; nas demais é instantâneo. Com exceção da conduta de oferecer feita verbalmente ou por gestos, que é crime unis subsistente, todas as demais são plurissubsistentes.

Em se tratando da Lei de Drogas, fica clara a vontade do legislador de oferecer um tratamento mais rigoroso ao traficante de drogas. Nesse sentido, o crime é equiparado a hediondo, sujeitando seu autor a severas consequências processuais e penais.

Após a condenação pelo crime o juiz passará para a fase da dosimetria da pena: após fixar a pena base, analisará as circunstâncias atenuantes e agravantes e só depois na análise das causas de diminuição e de aumento será considerada a concessão do benefício do tráfico privilegiado, ponto de relevante nesse estudo que se limita a discutir o tráfico privilegiado. Por conseguinte, é essencial analisar os quatro requisitos cumulativos que o réu deve atender para enfim ser enquadrado no tráfico privilegiado.

A norma tem o escopo de diferenciar e dar tratamento diverso para o traficante iniciante, eventual. O traficante profissional não merece atenuação da pena. São quatro as circunstâncias cumulativas para diminuir a pena do agente: primariedade, bons antecedentes, não se dedicar à atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Estando todos os requisitos atendidos, o juiz é obrigado a reduzir a pena, não se trata de atividade discricionária do juízo, mas de direito subjetivo do acusado.

Primário é todo aquele que não se encaixa no perfil de reincidente, ou seja, aquele que não cometeu crime depois do trânsito em julgado de uma condenação anterior. A jurisprudência criou a figura do tecnicamente primário. É possível considerar tecnicamente primário o indivíduo que já foi condenado definitivamente e praticou novo crime após cinco anos da primeira condenação. Para o preenchimento desse requisito basta que o agente não seja reincidente, independente da modalidade.

Os bons antecedentes do agente serão verificados com base na não existência de condenação com trânsito em julgado. Vale ressaltarmos o entendimento de (MENDONÇA, 2012):

É evidente que a existência de uma única condenação definitiva não pode ser duplamente valorada, como reincidência (agravante genérica) e mau antecedente (circunstância judicial desfavorável). Entrará em cena somente um dos institutos, a depender do caso concreto. Em outras palavras, se ficar caracterizada a reincidência, indicará a agravante genérica, na segunda fase da dosimetria da pena privativa de liberdade; em caso contrário, o magistrado utilizará uma circunstância judicial desfavorável, na fixação da pena base (MENDONÇA, 2012).

Não se dedicar a atividades criminosas é um dos critérios para enquadramento da conduta do agente como tráfico privilegiado. Há divergência doutrinária em relação a este critério. Uma corrente entende que este deverá ser interpretado no sentido de que o indivíduo não responda a outros inquéritos ou ações penais. Já outro setor doutrinário estranha esta previsão pois o dispositivo legal já proíbe o benefício da figura privilegiada para quem é reincidente ou tem maus antecedentes. Seria inconcebível imaginar alguém que atende a esses requisitos que se dedique a atividade criminosa relacionada ao tráfico de drogas ou não. Nesse sentido, a existência de inquéritos policiais não poderá valorar como maus antecedentes, porém evidencia que o agente se dedica a organização criminosa.

Não integrar organização criminosa é o quarto e último critério a ser analisado pelo juiz para concessão do benefício de diminuição. Não há distinção quanto a natureza da organização criminosa, mesmo que ela não seja voltada ao tráfico, mas a outros ilícitos.

A Lei entende como organização criminosa

A conduta do traficante de drogas descrita no art. 33, caput e §1º da Lei tem caráter hediondo de acordo com a Lei nº. 8.072/90 que regulamentou o texto da Constituição Federal. Em virtude da hediondez esse crime possui pena muito severa que varia de cinco a quinze anos e pagamento de 500 a 1500 dias-multa, além de inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia.

3 DISCUSSÕES SOBRE OS CRITÉRIO PARA A ADEQUAÇÃO TÍPICA DOS CRIMES DE CONSUMO PESSOAL DE DROGAS E TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO

É possível classificar o crime material, legal e analiticamente. Em sua definição material é crime tudo aquilo que viola um bem jurídico, porém nosso Direito Penal se atenta apenas para os fatos mais importantes, nesse sentido, mesmo que a conduta viole um bem jurídico, não será crime se não estiver tipificado na Lei.

O conceito legal de crime é trazido pela Lei de Introdução ao Código Penal em seu primeiro artigo. Neste diploma o crime é conceituado como a infração penal para a qual a Lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer cumulativa, quer alternativa, quer isoladamente com pena de multa. Lembrando que esse conceito é insuficiente conforme visto na discussão sobre despenalização/descriminalização do art. 28 da Lei de Drogas.

Cabe ao Juiz verificar, conforme elementos do processo, se a conduta praticada pelo réu é típico, ilícito e culpável, de acordo com a Tese Tripartido de Hans Welsel, mais adotada pelo direito brasileiro.

O Código Penal é composto pela descrição de condutas que chamamos de tipos penais, estes podem ser proibitivos (o que não fazer), explicativos ou permissivos. Quando há a perfeita incidência da conduta humana ao tipo penal descrito como crime, temos a adequação típica do fato (fato típico). Quando o fato é atípico, ou seja, não está previsto em Lei, não há de se falar em crime. O fato típico é composto por quatro elementos: Conduta; Resultado; Nexo Causal; Tipicidade.

É possível dividir doutrinariamente a adequação típica em dois tipos: Imediata e mediata. A adequação típica de subordinação imediata (ou direta) se dá quando necessitamos de apenas um dispositivo legal para o enquadramento típico do fato. Quando necessitamos de dois ou mais dispositivos legais para o enquadramento típico do fato, há a adequação típica de subordinação mediata (ou indireta).

Existe uma enorme dificuldade de diferenciar e tipificar a conduta do agente entre o crime de porte de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas na versão privilegiada. A prova da traficância é um dos grandes problemas enfrentados pelos operadores do direito. Isso porque dificilmente alguém confessa ser traficante e esse tipo de crime é comumente praticado na clandestinidade. Essa dificuldade deixa margem para interpretações muitas vezes subjetivas, como tudo subjetivo, pode haver engano. Por isso é fundamental ter atenção em todos os detalhes da ação concreta. Cada caso é um caso e deve ser analisado minuciosamente.

Nota-se que a jurisprudência tem tomado por referencial a quantidade de droga apreendida, sua variedade, modo de armazenamento, se o local é suspeito para prática de tráfico (praças, festas, universidades), envolvimento anterior com o comércio ilícito e antecedentes criminais do acusado. Ademais, a pequena quantidade de droga apreendida não afasta o acentuado grau de reprovabilidade da conduta e a periculosidade social da ação.

Por maioria dos votos, a decisão do STF é que o chamado tráfico de drogas privilegiado não é equiparado aos crimes hediondos, desde que o indivíduo esteja inserido nas situações descritas no art. 33, §4º, da Lei de drogas. Ou seja, se o agente for réu primário, não possuir maus antecedentes, não praticar atividades criminosas e participar de organizações criminosas (COSTA, 2020, p.19).

Deste modo, é todo conjunto probatório que levará à necessária conclusão se a droga apreendida era destinada à venda ou para consumo pessoal do agente.

O ordenamento jurídico pátrio adotou o do sistema de reconhecimento judicial ou policial. Sendo assim, compete ao juiz ou a autoridade policial reconhecer, com fundamento nos critérios legais objetivos, se a droga encontrada se destina ao consumo pessoal ou ao tráfico.

O artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, prevê causa de diminuição da pena do crime de tráfico. Conhecida como “tráfico privilegiado”, a figura traz requisitos cumulativos de modo que será aplicada desde que (i) o agente seja primário; (ii) de bons antecedentes; (iii) não se dedique às atividades criminosas; e (iv) nem integre organização criminosa.

Por esta razão verifica-se a grande dificuldade prática para manter a segurança jurídica e a credibilidade do Poder Judiciário ao decidir sobre o assunto. Avaliando a diferenciação entre os artigos 28 e 33 da Lei 11343/06. Onde no primeiro traz núcleos de conduta que se volta para o consumo próprio, ao passo que o último não apresenta tal referência e, além disso, possui um maior número de condutas consideradas crime. Portanto a diferença entre um crime e outro está no dolo, na intenção do agente, pois quem detém a droga para seu

consumo, têm o dolo de consumir, visto que quem possui a droga com o fim de tráfico, tem o dolo de produzir ou comercializar o entorpecente, ou seja, o chamado dolo de traficar.

3.1 Análise comparativa entre os delitos de uso/porte de drogas para consumo próprio e o de tráfico de drogas

A maior inovação da atual Lei de Drogas consiste na distinção entre consumidor/usuário e traficante. O crime de tráfico de drogas está previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, onde na referida são descritas várias condutas nas quais o ilícito é caracterizado e onde ocorre uma pena de 5 a 15 anos de reclusão e pagamento de multas de 500-1500 dias-multa. No artigo 28, prevê a conduta ilícita de portar drogas para consumo próprio. Todavia é sendo a mesma considerada infração menos grave, não prevendo pena de detenção ou reclusão. A primeira ocorre punições mais severas entre elas a privação da liberdade. A segunda figura apesar de permanecer sendo considerada conduta criminosa, não prevê a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, mas comina penas alternativas de caráter educativo. Já a figura do traficante é tratada com muito mais rigor que em Leis anteriores, em sua conduta principal – art. 33, caput § 1º; mas há também a inclusão de causas de diminuição que criam a figura do tráfico privilegiado. Diante o exposto é importante lembra que durante vinte e seis anos vigorou a Lei nº 6.368/1976, que coibia e punia condutas relacionadas ao porte e tráfico de drogas, no entanto essa Lei não se mostrava mais eficaz, visto o aumento o grande aumento da criminalidade, principalmente a organizada, sem contar que métodos empregados para o combate ao tráfico e tratamento do usuário e dependente de drogas, não estavam previsto nela. A Lei tratava traficante, usuário e dependente como criminosos, que necessitavam ser presos. Como também muito condescendente com o traficante, principalmente os mais poderosos e organizados (SILVA, 2016, p.15).

O artigo 28 e 33, §4º têm em comum oito condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica). Além disso, os dois tipos possuem o mesmo objeto material: drogas.

Tendo em vista essas semelhanças, conseguimos observar a quão próximas às duas condutas estão. Vai muito além de apenas consumir ou vender a droga. Mesmo sem qualquer intenção comercial ou onerosa, o que diferencia a consulta do usuário do traficante é o elemento subjetivo de destinação da droga. É preciso analisar essencialmente se a droga é ou não para consumo pessoal. No caso das condutas descritas no caput do artigo não terem a

destinação de uso pessoal e for identificado que a substância será consumida por outrem, as ações nucleares do tipo migrarão para o art. 33, que trata do tráfico penalidades mais severas.

Nesse sentido encontra-se uma linha muito tênue entre o porte de drogas para uso pessoal e o tráfico de drogas. O ônus de provar que a droga encontrada em poder do agente não era destinada ao consumo pessoal cabe à acusação. O §2º do artigo em apreço determina que para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz deve verificar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. Essa conduta são os fatores anteriores de sua vida incluindo-se tanto os antecedentes bons como os maus (DELMATO et al., 2017, p.274).

A quantidade isoladamente não é suficiente, pois a Lei não traz uma quantidade específica que determine que aquela substância seja para uso pessoal. A condição do agente ser usuário de drogas não descaracteriza a traficância, pois é comum usuários de drogas também traficarem as substâncias. Portanto, apenas a análise do caso concreto e a sensibilidade do juiz serão capazes de tipificar corretamente a conduta do indivíduo. Restando dúvida sobre a destinação da droga, deve-se beneficiar o agente.

Por esta razão é imprescindível que o caso concreto seja analisado minuciosamente evitando assim que o propósito da Lei seja desvirtuado e dê tratamento de traficante ao simples usuário de drogas ou o contrário, abrande a pena para traficantes. Neste ponto consegue-se identificar a subjetividade inerente a adequação típica. Pequenos detalhes não observados podem levar a uma adequação equivocada e injusta para o agente. Todos os elementos devem ser observados conjuntamente, pois os elementos isolados não são base objetiva para que o intérprete da Lei adote a melhor solução. A quantidade de drogas que um traficante possa trazer consigo o diferencia de um usuário o qual carrega apenas a droga que usa, mesmo esse sendo um entendimento frágil é utilizado pelos Tribunais para diferenciar o traficante do usuário.

O crime praticado pela figura da “mula” deve ser analisado minuciosamente para que não haja punição indevida conforme já decidiu o Superior Tribunal e Justiça no julgamento do HABEAS CORPUS Nº 387.077 - SP (2017/0020912-1). O relator, que utilizou precedentes do STF em seu voto, deixou claro em sua decisão que a simples atuação na condição de mula não induz automaticamente a conclusão de que ele é integrante de organização criminosa, portanto é possível o reconhecimento do tráfico privilegiado para o agente. Nesse sentido, é necessário a efetiva comprovação de que o agente integra organização criminosa.

Nesse cenário, o legislador também inovou ao dispor, no §4º do art. 33 do instituto do tráfico privilegiado – causa especial de diminuição de pena – com o escopo de diferenciar o grande do pequeno (e acidental) traficante. Ele considera a possibilidade de redução de um sexto a dois terços da pena caso o agente atenda aos requisitos cumulativos: seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.

A Lei é mais dura contra traficantes de drogas por esta atividade ser uma grande geradora de violência e delitos na sociedade. O tráfico hoje é responsável por gerar organizações criminosas que intimidam o estado e assolam a população como um todo. Porém, o instituto do tráfico privilegiado nos revela a intenção do legislador de mais uma vez tentar identificar o sujeito que ainda não está completamente associado ao crime e lhe aplicar uma pena menos severa, possibilitando que ele tenha outro destino. Neste trabalho foi escolhido analisar o instituto do tráfico privilegiado por este tipo ser muito próximo do porte de drogas para uso pessoal. Os dois possuem oito condutas semelhantes e o mesmo objeto material.

É necessário reconhecer a nobreza da intenção legislativa, no entanto é de suma importância compreensão sobre o tráfico privilegiado e sua legislação e compreender que os partícipes desse crime não são utilizados pelas organizações criminosas, assim sendo beneficiados com uma pena mais branda, garantindo assim impunidade para os traficantes veteranos. De acordo com a Lei do TRÁFICO PRIVILEGIADO (art. 33, §4º, Lei 11.343/06, apud CARVALHO, 2021, p.1) “prevê causa de diminuição da pena do crime de tráfico, conhecida como “privilegiado”, a figura traz requisitos cumulativos de modo que será aplicada desde que (i) o agente seja primário; (ii) de bons antecedentes; (iii) não se dedique as atividades criminosas; (iv) nem integre organização criminosa.

O narcotráfico utiliza frequentemente a figura da “mula” (pessoas recrutadas com a finalidade de promover o transporte de drogas). Para os casos dessas figuras, deve-se analisar a participação deste indivíduo nesse crime. Existem duas classificações básicas: “mula ocasional” e a “mula habitual”. Na primeira hipótese considera-se que o agente foi utilizado de forma acidental, sem seu consentimento, muitas vezes nem tem conhecimento de que esteja transportando substância ilícita, configurando dessa forma um erro de tipo. A segunda hipótese versa sobre integrantes de organizações criminosas que atuam habitualmente com o transporte de pequenas quantidades de drogas com intenção de dificultar a ação repressiva do Estado.

4 CONCLUSÃO

A Lei 11.343/06 sancionada pelo Presidente da República trouxe novas figuras típicas e novas penas a tipos já previstos na Lei 6.368/76, a fim de adequar as penas às condutas menos lesivas relacionadas ao tráfico. Além disso, trata do usuário de drogas como um sujeito a ser recuperado e não mais como um criminoso merecedor de penas graves. Pois o mesmo não apenas se destrói, mas também suas relações familiares e sociais, sem falar nos crimes bárbaros que são cometidos por pessoas sobre efeito de drogas.

Ademais, visa o combate ao traficante, figura mais perigosa e que merece um tratamento mais rigoroso, demonstrando que o direito penal é seletivo quando falamos da Lei 11.343/06 e os requisitos considerados para diferenciação entre traficante e usuário, onde esse parâmetro ocorre de diferença ocorre considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida.

Nesse sentido, conclui-se que os critérios existentes na Lei são frágeis para distinguir quem é apenas usuário de quem de fato comercializa a substância ilícita. É necessário muita cautela e rigor na análise de cada caso concreto pela autoridade policial ou judiciária, para que injustiças não sejam cometidas.

Não se questiona a condição de dependência do usuário de drogas, este deve ser tratado sem sombra de dúvidas, porém é necessária a compreensão de que o usuário financia o tráfico ilícito. O traficante inicial também recebe proteção legal e serve como instrumento de impunidade para as organizações criminosas.

O problema do tráfico de entorpecentes no Brasil não será resolvido somente com Leis, mas com atitudes sérias por parte das autoridades públicas, principalmente do Poder Executivo e do Poder Judiciário. O legislativo mostra-se ineficiente frente a organizações criminosas altamente organizadas que avançam abundantemente tornando toda sociedade refém de sua atuação.

O poder judiciário tem uma grande missão de aplicar a Lei da forma mais justa possível, buscando suprir as lacunas legislativas existentes e atuando ativamente no combate a este mal que assola nossa sociedade e país chamado drogas!

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Mariana. **Quantidade de droga define o tráfico ?**: Qual a diferença entre um usuário e um traficante aos olhos da Lei 11.343/06 ?. [S. l.], 26 jan. 2018. Disponível em: <https://marianasbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/538866466/quantidade-de-droga-define-o-trafico?ref=serp%20acessado%20em%2005/04/2019>. Acesso em: 5 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad. **Artigo 50 da Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006**, [S. l.], 23 ago. 2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10865797/artigo-50-da-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006/diarios>. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretário de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998(*)**. Brasília, 1998.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário**. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>Acesso em: 26 de fev. 2019. Voto Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário**. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>Acesso em: 26 de fev. de 2022. Voto Min. Edson Fachin.

COSTA, João Soares Nunes; SANTOS, Declesson Ferreira dos; ALMEIDA, Guilherme de Carvalho. **Diferenciação entre usuário e traficante**. [S. l.], 1 out. 2018. Disponível em: <https://jotasoress.jusbrasil.com.br/artigos/632178895/diferenciacao-entre-usuario-e-traficante?ref=serp>. Acesso em: 4 abr. 2019.

COSTA, Julia de Almeida Gomes. Crime de tráfico de drogas no Brasil: Análise jurisprudencial e legislativa dos critérios de enquadramento.

DE ALMEIDA PEREIRA, Fabiano. RESENHA: ARAÚJO, Tarso. Almanaque das drogas. São Paulo: Leya, 2012. 384 p. **Alumni-Revista Discente da UNIABEU-ISSN 2318-3985**, v. 3, n. 5, p. 76-78, 2015.

CARVALHO, Nátale Pereira de. Tráfico internacional de drogas: mulas nos aeroportos. 2021

DELMANTO, EDUARDO DANTE et al. **Código penal comentado**. Saraiva Educação SA, 2017.

FERNANDES, Igor Ricardo et al. Lei de Drogas: Punição disciplinar versus saúde pública. 2018.

FERREIRA, Gregory Hayle Boz. A (in) constitucionalidade da lei de drogas e a posição dos tribunais superiores. ******(HC 132.459, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 13/2/2017).

MEDEIROS, Felipe Rocha de. **Traficante ou usuário de drogas? Como saber a diferença?**. [S. l.], 29 jan. 2019. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/668383678/traficante-ou-usuario-de-drogas-como-saber-a-diferenca?ref=serp>. Acesso em: 4 abr. 2019.

MOCELLIN, Amanda Pereira et al. A eficiência da suplementação de vitamina c na prevenção e combate do estresse oxidativo em tabagistas. **RBNE-Revista Brasileira de Nutrição Esportiva**, v. 15, n. 94, p. 352-357, 2021.

ZEFERINO, MARIA TEREZINHA et al. Prevenção ao uso/abuso de drogas. **PROENF. Saúde do Adulto**, v. 2, p. 9-42, 2012.

DE MENDONÇA, Andrey Borges; DE CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Forense Método, 2012.

SILVA, CÉSAR DARIO MARIANO DA. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016., 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Biblioteca_Virtual/Livros_Digitais/APMP%203330_Lei_de_drogas_Cesar%20Dario.pdf. Acesso em: 4 abr. 2019.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente a minha orientadora, a Profa. Dra. Ana Alice, que foi uma grata surpresa que o CCJ me deu. Uma Professora, com p maiúsculo mesmo, que me acolheu, me dedicou seu tempo e atenção com muita paciência e humildade. Em sua aula tive o norte do tema que escolheria e sem ela este trabalho não existiria.