

## Tráfico Privilegiado

A figura do tráfico privilegiado está prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas;

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012).

Trata-se de uma **causa de diminuição de pena** que varia de 1/6 a 2/3, desde que o réu preencha determinados requisitos subjetivos e cumulativos.

Essa figura também **não é considerada crime hediondo**, conforme inclusão, na Lei de Execução Penal, do art. 112, §5º, pela Lei Anticrime.

### Requisitos

- O acusado deve ser **primário**
- Deve ter **bons antecedentes**
- Não pode integrar **organização criminosa**
- Não pode se dedicar a **atividades criminosas**

Quanto a este último requisito, de não se dedicar a atividades criminosas, entende-se que o tráfico deve ser um **evento isolado na vida do acusado**. Se restar comprovado que ele integra associação criminosa voltada para o tráfico de drogas, configurando o delito do art. 35 da Lei de Drogas, não incidirá esta minorante.

A definição de organização criminosa é dada pelo art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850 (Lei das Organizações Criminosas):

§ 1º Considera-se organização criminosa a **associação de 4 (quatro) ou mais pessoas** estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

## Jurisprudência sobre o Tráfico Privilegiado

Agora, analisaremos algumas hipóteses em que o privilégio pode (ou não) ser afastado no caso concreto, tendo em vista o posicionamento dos tribunais superiores sobre o assunto.

**É possível afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da LD com base...**

### NA QUANTIDADE DE DROGA?

O STF tem entendimento no sentido de que **a quantidade de droga, por si só, não é motivo suficiente para afastar a causa de diminuição**. Recentemente, no HC 207.501/SP, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 24/08/2021, o STF reforçou que a presunção é pela possibilidade do privilégio, de forma que **incumbe à acusação comprovar o envolvimento do réu em associação criminosa ou a habitualidade do tráfico**.

Assim, a quantidade de droga apreendida não pode ser utilizada, sem demais provas, para afastar a incidência do privilégio, podendo, no máximo, compor a dosimetria da pena, ou seja, balizando a escolha da fração redutora.

Muitos juízes e juízas têm se utilizado da grande quantidade de droga para aumentar a pena base (primeira fase de dosimetria da pena) e para deixar de reduzir na fração máxima na última fase da dosimetria. Isso caracteriza *bis in idem* e o STF determinou que não é possível essa cumulação.

### NA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS E/OU AÇÕES PENAIS EM CURSO?

Aqui, há **divergência**. Enquanto o STJ entende que sim, pois a existência de ações ou inquéritos policiais em curso indicam que o réu se dedica a atividades criminosas, o STF entende que não se pode afastar o privilégio com base nisso, sob pena de violação ao princípio da inocência.

Contudo, **o STJ tem, em alguns julgados mais recentes, acolhido a posição do STF**.

Precedentes:

- STF. 1ª Turma. HC 166385/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14/4/2020 (Info 973).
- STF. 2ª Turma. RE 1.283.996 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 11/11/2020.
- STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 676.516/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 19/10/2021.
- STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1936058/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/09/2021.

### NA EXISTÊNCIA DE ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES?

Para o **STJ**, é possível afastar o privilégio diante da existência de histórico de ato infracional, desde que por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal com o crime em apuração. STJ. 3ª Turma. EREsp 1916596-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. Acd. Min. Laurita Vaz, julgado em 08/09/2021 (Info 712).

Para o **STF**, há divergência.

- **1ª Turma do STF: SIM**, pode afastar o privilégio. RHC 190434 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 23/08/2021.
- **2ª Turma do STF: NÃO** pode afastar o privilégio. STF. 2ª Turma. HC 202574 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17/08/2021.

## NO CASO DE "MULA DO TRÁFICO"?

A mula se refere àquela pessoa que é responsável unicamente por transportar a droga, a mando de uma associação criminosa ou de um traficante isolado. Normalmente, a mula é flagrada em posse de quantidade grande de droga, mas é uma atividade, em geral, periférica, não significando adesão a associações criminosas. É exercida, muitas vezes, por pessoas em situação de vulnerabilidade. Em geral, o fato de pessoa ser flagrada no transporte de droga não significa que ela integre também nenhuma organização criminosa.

Nesse sentido, STJ e STF são afinados com esse entendimento, ou seja, a **princípio é aplicável o art. 33, §4º à mula do tráfico**.

## Ônus da prova

Cabe à **acusação** provar a impossibilidade de aplicação do instituto do tráfico privilegiado. Como vimos acima, a presunção é de que o privilégio seja reconhecido, diante do princípio da presunção de inocência.

Assim, para fins do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, milita em favor do réu a presunção de que ele é primário, possui bons antecedentes e não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa; o ônus de provar o contrário é do Ministério Público. (STF. 2ª Turma. HC 154694 AgR/SP, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4/2/2020 (Info 965).

## Quantum da diminuição

A fração de diminuição a ser escolhida pelo juiz será decidida com base nos critérios do art. 42 da LD:

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.

Contudo, conforme já mencionamos, precisamos ficar atentos para que o juiz não incorra em *bis in idem*. Não é possível que o juiz valore negativamente a mesma circunstância na primeira fase da dosimetria da pena, aplicando uma pena-base acima do mínimo legal, e posteriormente, utilize o mesmo motivo para não diminuir a pena na fração máxima da diminuição.

Em outubro de 2023, o STF acolheu proposta de edição de súmula vinculante para fixar o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59, CP), observados os requisitos do art. 33, §2º, 'c', e do art. 44, ambos do CP.