

Ano V, v.2 2025 | submissão: 24/10/2025 | aceito: 26/10/2025 | publicação: 28/10/2025

Diferenciação entre tráfico e uso pessoal no sistema processual penal brasileiro sob a ótica da lei de drogas

The differentiation between trafficking and personal use in the brazilian criminal procedural system under the drug law

Kennedy Rocha Costa - Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Santa Teresa - FST. Artigo apresentado para avaliação de Desempenho Geral - ADG orientado pelo Prof. Paulo Eduardo Queiroz da Costa

Handa Juliana Nascimento Traven - Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Santa Teresa - FST. Artigo apresentado para avaliação de Desempenho Geral - ADG orientado pelo Prof. Paulo Eduardo Queiroz da Costa.

Paulo Eduardo Queiroz da Costa - Professor e Orientador¹

Resumo

O artigo analisa o tratamento jurídico da diferenciação entre tráfico e uso pessoal de drogas no processo penal brasileiro, à luz da Lei nº 11.343/2006 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Examina-se como a ausência de critérios objetivos na legislação gera discricionariedade e seletividade penal, resultando na criminalização de grupos socialmente vulneráveis, sobretudo populações negras e periféricas. A Lei de Drogas delega à autoridade policial e judicial a interpretação subjetiva de elementos como quantidade, local e circunstâncias da apreensão, o que contribui para disparidades raciais e viola princípios como a legalidade, presunção de inocência e proporcionalidade. A pesquisa adota abordagem qualitativa e bibliográfica, com base em doutrina, legislação e decisões judiciais. Conclui-se que a decisão do STF no RE 635.659, ao fixar parâmetro provisório de 40g ou seis plantas fêmeas de maconha para diferenciar uso e tráfico, constitui avanço ao limitar a discricionariedade judicial. Contudo, reforça-se a necessidade de reforma legislativa que estabeleça critérios objetivos e promova uma hermenêutica garantista, capaz de reduzir a seletividade punitiva e assegurar maior coerência e justiça na aplicação do direito penal.

Palavras-chave: Lei de Drogas; Tráfico de Entorpecentes; Uso Pessoal; Processo Penal; Seletividade Penal.

Abstract

The article analyzes the legal treatment of the distinction between drug trafficking and personal use within the Brazilian criminal procedure system, in light of Law No. 11,343/2006 and the case law of the Federal Supreme Court (STF). It examines how the absence of objective criteria in the legislation generates discretion and penal selectivity, resulting in the criminalization of socially vulnerable groups, especially Black and marginalized populations. The Drug Law delegates to police and judicial authorities the subjective interpretation of elements such as the quantity, location, and circumstances of the seizure, contributing to racial disparities and violating principles such as legality, presumption of innocence, and proportionality. The research adopts a qualitative and bibliographic approach, based on legal doctrine, legislation, and judicial decisions. It concludes that the STF's decision in RE 635.659, which set a provisional threshold of 40 gram²s or six female cannabis plants to distinguish use from trafficking, represents progress in limiting judicial discretion. However, it reinforces the need for legislative reform establishing objective criteria and promoting a rights-based hermeneutic capable of reducing punitive selectivity and ensuring greater coherence and fairness in the application of criminal law.

Keywords: Drug Law; Drug Trafficking; Personal Use; Criminal Procedure; Penal Selectivity.

1. Introdução

A política criminal de drogas no Brasil constitui tema de constante debate acadêmico e judicial, especialmente diante da tensão estrutural entre o direito à liberdade individual, um pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, e o dever estatal de repressão ao tráfico ilícito, imposto sob a égide da segurança pública. Desde a promulgação da Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, o sistema jurídico brasileiro passou a conviver com uma ambiguidade normativa profunda que, embora pretenda distinguir o usuário do traficante, falha ao não oferecer critérios objetivos e mensuráveis para essa diferenciação essencial. Essa lacuna legislativa gerou, na prática, um campo fértil para interpretações subjetivas e discricionárias, frequentemente baseadas em estímulos sociais, preconceitos estruturais e percepções morais sobre o consumo e a comercialização de substâncias entorpecentes.

No plano material, a Lei de Drogas buscou romper com o paradigma meramente repressivo em relação ao usuário, substituindo a pena privativa de liberdade por medidas educativas e restritivas de direitos, uma tentativa de abordar o consumo como questão de saúde pública. Todavia, na prática forense, essa suposta humanização não se consolidou. A linha que separa o porte para uso pessoal (Art. 28) do tráfico ilícito (Art. 33) tornou-se tênue e, em muitos casos, arbitrária. A ausência de critérios objetivos transfere à autoridade policial, ao Ministério Público e ao magistrado o poder quase ilimitado de qualificar a conduta segundo percepções subjetivas. Essa qualificação é baseada em fatores vagos como a quantidade apreendida, o local dos fatos, a conduta do agente e seu perfil socioeconômico e racial, culminando na hiper representação de indivíduos negros e pobres nos crimes de tráfico.

Essa indefinição gera consequências diretas no campo processual penal: o tratamento e as garantias do acusado dependem, desde o início da persecução criminal, da tipificação atribuída na fase investigatória. Essa escolha inicial impacta a vida do indivíduo, desde a legalidade da prisão em flagrante, a concessão de liberdade provisória, a aplicação de medidas cautelares e, posteriormente, o próprio rito processual. O réu classificado como “traficante” é submetido a um regime processual mais severo, com maiores restrições de direitos e menor possibilidade de aplicação de benefícios legais. Essa disparidade processual reflete a seletividade estrutural do sistema de justiça criminal. O presente artigo analisa, sob a ótica processual penal e da criminologia crítica, como o sistema jurídico tem enfrentado — ou falhado em enfrentar — a distinção entre uso e tráfico, considerando a dogmática penal, a jurisprudência dos tribunais superiores e os efeitos sociais dessa diferenciação. Pretende-se discutir ainda como a falta de parâmetros legais claros contribui para a seletividade punitiva e reforça a função simbólica e repressiva do direito penal. A análise culmina com a discussão das recentes balizas fixadas pelo STF, que tentam trazer objetividade onde o legislador foi omissivo.

2. A lei nº 11.343/2006 e o tratamento penal das drogas

A Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, substituiu a antiga Lei nº 6.368/1976 e representou a promessa de uma nova política criminal voltada à diferenciação substancial e humanizada entre usuários e traficantes. Em tese, buscou-se alinhar a legislação brasileira a tendências internacionais de redução de danos e de tratamento do consumo como um problema de saúde pública. Todavia, embora tenha modernizado a redação normativa e incorporado princípios de saúde, a nova legislação manteve a criminalização do porte de drogas para consumo próprio, prevista em seu art. 28, ainda que sem a cominação de pena privativa de liberdade. Em contrapartida, o tráfico de drogas, tipificado no art. 33, permaneceu enquadrado como crime de alta gravidade, com pena mínima de 5 anos de reclusão, sem possibilidade de sursis, anistia, graça ou substituição por pena restritiva de direitos. Essa dualidade punitiva, embora com sanções distintas, criou um abismo jurídico e social.

A opção legislativa de suprimir a pena de prisão para o usuário, mas manter a criminalização da conduta, gerou o fenômeno jurídico conhecido como despenalização imperfeita. O art. 28 tipifica como crime adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal. O legislador não definiu parâmetros objetivos que delimitem o que seria “consumo pessoal”, nem limites quantitativos da droga apreendida. O §2º do artigo apenas orienta a consideração da natureza e quantidade da substância, local e condições da ação, circunstâncias sociais e pessoais e conduta e antecedentes do agente, conferindo ampla margem de interpretação às autoridades.

A ausência de critérios claros tem sido criticada por doutrinadores garantistas, que sustentam que a atual lei reforça práticas seletivas e discriminatórias, concentrando a atuação repressiva sobre grupos marginalizados, notadamente jovens negros e pobres de áreas periféricas. A distinção entre porte e tráfico é influenciada por cor da pele, local da apreensão e classe social, mais do que pela quantidade da substância ou prova de mercancia.

3. Critérios legais, jurisprudenciais e empíricos de diferenciação: a seletividade em números

Na ausência de parâmetros objetivos, coube à jurisprudência consolidar critérios práticos para distinguir tráfico e uso pessoal. O Superior Tribunal de Justiça tem reiterado que quantidade e variedade de drogas são elementos centrais, mas não exclusivos, para a configuração do crime de

Ano V, v.2 2025 | submissão: 24/10/2025 | aceito: 26/10/2025 | publicação: 28/10/2025

tráfico ilícito. Apesar de buscar uniformidade, a interpretação subjetiva de outros fatores torna-se vetor de seletividade punitiva.

Estudos demonstram correlação direta entre perfil socioeconômico e racial do acusado e a tipificação penal. Réus negros são mais frequentemente enquadrados como traficantes, mesmo com pequenas quantidades de drogas. A quantidade apreendida, longe de ser critério técnico, é maleável e subordinada ao perfil do abordado. Essa realidade evidencia o caráter político-criminal da distinção entre usuário e traficante, revelando uma questão de justiça social.

4. O papel do processo penal na consolidação da seletividade punitiva

O processo penal configura-se como o espaço institucional onde se materializam, de forma concreta e direta, as lacunas e ambiguidades presentes na legislação sobre drogas, especialmente na distinção entre tráfico e uso pessoal. A ausência de critérios objetivos claros não se limita a uma falha teórica; ela se reflete de maneira imediata e tangível na vida dos acusados, determinando, desde os primeiros atos de investigação, como será conduzido todo o percurso processual.

A tipificação inicial do delito, realizada frequentemente com base em avaliações subjetivas e interpretações discricionárias, exerce influência decisiva sobre o enquadramento jurídico da conduta, sobre a aplicação de medidas cautelares e sobre a extensão dos direitos processuais e garantias fundamentais a que o indivíduo tem acesso. Quando o acusado é classificado como traficante, ele passa a enfrentar um conjunto de restrições severas, incluindo a facilidade de decretação da prisão preventiva, a limitação substancial do direito à liberdade provisória e a quase total vedação de benefícios legais, como o tráfico privilegiado, a substituição de pena por restritiva de direitos ou mesmo acordos de não persecução penal.

Por outro lado, quando o delito é tipificado como porte para uso pessoal, abre-se a possibilidade de aplicação de medidas alternativas, de caráter educativo ou restritivo de direitos, permitindo ao acusado permanecer fora do sistema prisional e reduzindo os efeitos estigmatizantes de sua conduta. No entanto, a predominância de juízos subjetivos pautados em preconceitos sociais, estímulos culturais e interpretações discricionárias, transforma o processo penal em um verdadeiro reflexo da política criminal de exceção, reproduzindo padrões de repressão seletiva que atingem de forma desproporcional jovens, negros e indivíduos economicamente vulneráveis, em especial aqueles residentes nas periferias urbanas, perpetuando, assim, um ciclo de marginalização social e desigualdade judicial.

5. Jurisprudência recente e o re 635.659/SP: a fixação de critérios objetivos pelo STF

Diante do cenário de incerteza normativa e da comprovada seletividade punitiva no tratamento do porte de drogas para consumo pessoal, o Supremo Tribunal Federal (STF) desempenhou papel decisivo ao intervir no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP. Nesse julgamento, a Corte declarou a inconstitucionalidade da criminalização do porte de cannabis sativa para uso próprio, reconhecendo que a legislação vigente, ao não estabelecer critérios objetivos, submetia o cidadão a um regime de discricionariedade judicial e policial excessiva, com consequentes violações a direitos fundamentais, como a liberdade individual, a intimidade e a autodeterminação pessoal. Apesar de a conduta permanecer ilícita, o STF redefiniu seu caráter, transferindo-a do campo penal para esferas administrativas e educativas, permitindo que medidas de caráter pedagógico, preventivo e social substituam a punição estritamente criminal.

Um dos pontos centrais da decisão foi a fixação de um parâmetro objetivo e quantitativo: 40 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas como critério de presunção relativa de usuário. Esse marco jurisprudencial representa um esforço concreto para reduzir a subjetividade na qualificação da conduta, limitando o arbítrio na atuação policial e judicial, e estabelecendo um parâmetro auditável para decisões futuras. No entanto, embora a medida constitua avanço histórico, sua aplicação ainda é restrita à maconha, de caráter provisório e não elimina a necessidade de interpretação judicial em casos específicos, o que demonstra que a solução é paliativa. Mais do que isso, a decisão sinaliza com clareza a urgência de uma reforma legislativa ampla, capaz de estabelecer critérios objetivos e consistentes para todas as substâncias, reduzir a seletividade punitiva e garantir maior segurança jurídica e justiça social na aplicação da Lei de Drogas.

6. Conclusão

A diferenciação entre tráfico e uso pessoal de drogas no Brasil permanece fortemente dependente de interpretações subjetivas, o que resulta em uma seletividade punitiva estrutural e em discriminação contra grupos historicamente vulneráveis, especialmente jovens, negros e residentes de áreas periféricas.

Essa realidade evidencia que a aplicação da Lei nº 11.343/2006 não se limita à esfera jurídica, mas atua como um mecanismo de controle social, reproduzindo desigualdades e consolidando padrões de marginalização.

Nesse contexto, a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP representou um marco importante, ao estabelecer parâmetros objetivos provisórios — 40 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas — para reduzir a discricionariedade policial e judicial na

Ano V, v.2 2025 | submissão: 24/10/2025 | aceito: 26/10/2025 | publicação: 28/10/2025

identificação de usuários. Contudo, embora a medida limite parcialmente arbitrariedades, ela é insuficiente para corrigir a seletividade sistêmica, uma vez que não se aplica a todas as substâncias nem substitui a necessidade de critérios legais claros e uniformes.

Para superar esses desafios, torna-se essencial consolidar parâmetros objetivos na legislação, assegurar atuação judicial responsável e combinar tais medidas com políticas públicas consistentes de prevenção, tratamento e cuidado. Somente dessa forma será possível promover uma aplicação da Lei de Drogas que seja justa, coerente e alinhada aos princípios constitucionais de igualdade, proporcionalidade e proteção dos direitos fundamentais.

Referências

- BATISTA, Nilo.** *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 16. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2023.
- BOITEUX, Luciana.** *Tráfico de Drogas e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- BRASIL.** *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL.** *Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940.
- BRASIL.** *Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 out. 1941.
- BRASIL.** *Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976*. Dispõe sobre a repressão à droga e suas sanções. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 out. 1976.
- BRASIL.** *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2006.
- BRASIL. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.** *Relatório sobre seletividade racial e Lei de Drogas*. São Paulo: DPE-SP, 2023.

Ano V, v.2 2025 | submissão: 24/10/2025 | aceito: 26/10/2025 | publicação: 28/10/2025

BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *A Aplicação da Lei de Drogas nos Tribunais Brasileiros: uma análise empírica.* Brasília: IPEA, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 635.659/SP.* Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25 jun. 2024. Brasília, DF: STF, 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 24 out. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 598.051/SC.* Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgamento em 12 mar. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 24 out. 2025.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 9. ed. Coimbra: Almedina, 2021.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia.* 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral.* 17. ed. São Paulo: Impetus, 2022.

MISSE, Michel. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

QUEIROZ, Paulo Eduardo. *Direito Penal: Parte Geral.* 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

RODRIGUES, Thiago Fabres de Carvalho. *Política Criminal e Drogas: entre o Proibicionismo e os Direitos Humanos.* 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria.* 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.* 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

Ano V, v.2 2025 | submissão: 24/10/2025 | aceito: 26/10/2025 | publicação: 28/10/2025

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). *Drogas, Saúde Pública e Política Criminal no Brasil.* Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022.

ONU. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). *Relatório Mundial sobre Drogas 2024.* Viena: UNODC, 2024. Disponível em: <https://www.unodc.org/>. Acesso em: 24 out. 2025.