

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE  
FORA FACULDADE DE DIREITO**

**João Lucas Medina Cataldi Prata**

**O estigma relacionados a crimes de droga:  
diferenciação entre usuários e traficantes**

**Juiz de Fora**

**2022**

**João Lucas Medina Cataldi Prata**

**O estigma relacionados a crimes de droga:  
diferenciação entre usuários e traficantes**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Privado sob orientação do Prof. Dr. Wagner Silveira Rezende.

**Juiz de Fora**

**2022**

**O estigma relacionados a crimes de droga: diferenciação entre usuários e traficantes**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Privado sob orientação do Prof. Dr. Wagner Silveira Rezende.

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 15 de agosto de 2022.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Wagner Silveira Rezende – Orientador  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Mestrando João Paulo Torres Dias  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Mestrando Otávio Lacerda de Paula  
Universidade Federal de Juiz de Fora

**AGRADECIMENTOS**

A faculdade não foi, como pensei no início, um caminho reto. Chegar nesse momento de conclusão não foi fácil, e só foi possível graças ao apoio de muitas outras pessoas. Sou grato primeiramente à minha mãe e meu pai, por nunca duvidarem da minha capacidade e me proporcionarem todas as condições para meu desenvolvimento e a toda minha família que sempre me apoiaram. A todos os meus amigos “de sempre”, por serem também uma família para mim, e estarem comigo independente das circunstâncias. Aos meus amigos da faculdade, que apesar do afastamento físico por conta da pandemia, sempre se mantiveram ao meu lado, mesmo quando era fácil me dar as costas. A todos que me aguentaram nos momentos ruins, foram pacientes e puderam ver meu crescimento. E também àqueles que não tenho mais contato, mas fizeram parte da minha trajetória de vida, meu muito obrigado. Sou grato também a todos com quem tive o prazer de conviver na PSF-JF, apesar de pouco tempo, foi muito proveitoso, tanto pessoalmente quanto profissionalmente. E ao meu orientador Wagner, por acreditar no meu trabalho e por me mostrar o verdadeiro amor pelo magistério. Eu não estaria aqui sem todos vocês.

## RESUMO

O presente artigo objetiva esclarecer um ponto, muitas vezes obscuro, quando da prática jurídica: a diferenciação entre usuários e traficantes de drogas. Mas para isso, além da já conhecida doutrina penal, trataremos do fenômeno social do estigma, e como seus desdobramentos podem se relacionar com o questionamento proposto. A partir da doutrina penal mais conhecida, tentaremos esclarecer qual deveria ser o modo de agir do Estado, e como ele realmente age, utilizando as ideias de Erving Goffman como base para explicar tal diferença. Ao final, será analisada criticamente a Lei de Drogas, como foco nos crimes de tráfico e porte para consumo, serão debatidas e apresentadas contradições e pontos a serem melhorados pela referida lei. Observa-se ao final, que ainda não existem critérios claros quando da diferenciação entre usuários e traficantes, dependendo muito da análise de cada juiz, que muitas vezes, analisa mais o indivíduo acusado, do que os fatos em si.

**Palavras-chave:** Lei de Drogas; estigma; usuário de drogas; tráfico.

## ABSTRACT

This article aims to clarify a often obscure point in legal practice: the distinction between drug users and dealers. But to do so, in addition to the already known penal doctrine, we will treat the social phenomenon of stigma, and how its ramifications can be related to the proposed question. From the most well-known penal doctrine, we will try to clarify what should be the state of action, and how it actually acts, using the ideas of Erving Goffman as a basis for explaining such a difference. Finally, the Drug Law will be critically analyzed, focusing on drug trafficking and possession for consumption, contradictions and points to be improved by the said law will be debated and presented. It is observed at the end that there are still no clear criteria when distinguishing between users and traffickers, depending a lot on the analysis of each judge, who often analyzes the accused individual more than the facts themselves.

**Keywords:** Drug Law; stigma; drug user; trafficking.

## SUMÁRIO

<b>1 - Introdução</b>	<b>6</b>
<b>2 - Doutrina penal sobre a lei 11.343/2006</b>	<b>7</b>
<b>3 - Estigma e sua presença na aplicação da lei de drogas</b>	<b>15</b>
<b>4 - Análise crítica dos artigos 28 e 33 da lei 11.343/2006, com enfoque na diferenciação entre traficante e usuário.</b>	<b>21</b>
<b>5 - Considerações Finais</b>	<b>26</b>
<b>Referências Bibliográficas</b>	<b>28</b>



## 1 - Introdução

No Brasil, de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no ano de 2021, havia 673.614 presos, em celas físicas em estabelecimentos estaduais. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que, no ano de 2018, a cerca de 1 a cada 4 presos é imputado o crime de tráfico de drogas. O crime de tráfico de drogas possui dezoito núcleos penais, dentre os quais estão compreendidos os 4 núcleos tipificados no artigo 28 da lei 11.343/2006, que se diferenciam do tráfico apenas pela finalidade - consumo pessoal. Dado esse cenário, o atual trabalho se mostra relevante, uma vez que busca esclarecer o que, de fato, é tido como tráfico pelas autoridades, e quais os parâmetros utilizados nessa identificação. Acredita-se, inicialmente, que muitas das ações tomadas pelas autoridades como tráfico, na verdade, merecem outra tipificação.

O objetivo do trabalho, portanto, é tentar identificar os critérios legais usados para a identificação do usuário de drogas, em contraponto ao traficante. Além disso, tentaremos contrapor os critérios legais com os critérios realmente utilizados na prática, momento em que o estigma pode ser utilizado. Desse modo, objetivamos identificar como o estigma se apresenta, e, em seguida, analisar atentamente a lei de drogas, tentando expor as incoerências existentes, que podem deixar brecha para arbitrariedades, principalmente, da parte dos julgadores.

O método utilizado no estudo foi o de revisão bibliográfica, tendo sido explorada, principalmente, a doutrina penal brasileira - com foco nos autores mais conhecidos, apresentados nos cursos de graduação em Direito, por exemplo - e a obra de Erving Goffman, no tocante ao fenômeno social do estigma, que, conforme o desenvolvimento, se apresenta muito presente na aplicação das leis penais. O recorte utilizado é o contexto brasileiro atual e a lei que tipifica os delitos de drogas, principalmente no tocante a usuários e traficantes.

O trabalho será dividido em três tópicos. O primeiro será focado em compreender, doutrinariamente, o delito de tráfico de drogas, em conjunto com o delito de porte de drogas para consumo pessoal. Essa abordagem se justifica, pois os dois tipos penais guardam entre si muitas semelhanças, gerando situações em que a distinção não resta clara, gerando discussões e dando grande relevância à interpretação de cada caso concreto. Serão trazidos à tona os critérios legais para realizar essa diferenciação.

No segundo tópico, apresentaremos, primeiramente, o conceito de estigma, trazendo seus desdobramentos mais relevantes para o estudo atual. Adotaremos as ideias de Goffman,

de forma a apresentar o conceito, relacionando-o, logo após, às situações em que os entes estatais precisam diferenciar usuários e traficantes. As situações apresentadas serão, especificamente, audiências de custódia e autos de prisão em flagrante.

Por último, será feita uma análise, com foco crítico, dos artigos 33 e 28 da lei 11.343. Serão debatidos alguns pontos, que, acreditamos, são problemáticos. Apontaremos, principalmente, a enorme discrepância entre as sanções penais previstas para os artigos em comento. Além disso, também será discutida a falta de critérios claros que possibilitem ao julgador diferenciar entre as condutas previstas nos supracitados artigos da lei de drogas.

## **2 - Doutrina penal sobre a lei 11.343/2006**

Neste tópico, será apresentado o que diz a doutrina penal brasileira acerca da lei 11.343/2006, a qual será referida como Lei de Drogas. A princípio, faremos um breve histórico sobre as leis que disciplinaram o tema das drogas, tendo como ponto inicial a lei 6.368/76. Logo após, apresentaremos as especificidades da atual lei de drogas, buscando evidenciar seus pontos mais importantes, objetivando traçar um panorama geral de como esse tema é tratado no ordenamento jurídico brasileiro. Teremos como foco principal os crimes tipificados nos artigos 28 e 33 da referida lei. Além disso, serão evidenciados os principais debates doutrinários que circundam o supracitado instrumento, confrontando as posições da doutrina penal tradicional com as da criminologia crítica. E, conjuntamente, será apresentada jurisprudência relevante para o trabalho apresentado, de modo a complementar a discussão feita no presente artigo. Podemos dizer que, ao contrário da criminalização esparsa - que indica apenas uma preocupação pontual com determinada situação - as políticas com o objetivo de controle das drogas são estruturadas através de sistemas punitivos próprios, apresentando coerência discursiva, com objetivos específicos e com processos de seleção (criminalização primária), além da incidência de aparatos repressivos (criminalização secundária), regulados de forma independente em relação a outras infrações penais (CARVALHO, 2016, p. 40-41).

Primeiramente, a lei 6368/76 foi a que vigorou durante 26 anos, não tendo se mostrado muito eficaz, tendo em vista o aumento da criminalidade durante sua vigência, em especial a organizada (SILVA, 2016, p.13). No entanto, essa lei não previa os modos mais modernos de combate ao crime e de tratamento ao usuário, além de tratar tanto usuário quanto traficante igualmente como criminosos, e não ser rigorosa o suficiente com os criminosos mais poderosos e organizados (SILVA, 2016, p. 13). Essa lei instaurou, no Brasil, modelo de

controle inovador, em consonância com as diretrizes político-criminais dos países centrais, que se refletiram nas convenções e tratados internacionais (CARVALHO, 2016, p. 46). O sistema empregado, portanto, era eminentemente jurídico, baseado em punições severas e na intensificação do processo repressivo, restando o discurso médico-jurídico escasso (CARVALHO, 2016, p. 46). Ou seja:

O discurso de formação do tipo ideal militarizado de repressão às drogas ilícitas no Brasil aparece como pano de fundo na construção normativa da Lei 6.368/76. O estatuto repressivo deixa nítida a dicotomização entre usuário/dependente e traficante, aprimorando os instrumentos de distribuição formal dos estereótipos proporcionados pelos discursos médico-jurídico e jurídico-político. (CARVALHO, 2016, p. 51)

Cabe dizer, também, que essa lei não fazia diferenciação entre comércio ilegal de drogas no atacado e no varejo, não havendo distinção entre essas duas situações, quando da penalização do agente.

Desde a década de 1990, vinha se discutindo a necessidade de reforma da lei 6368/76, principalmente, com fulcro na crítica antiproibicionista, com apresentação de projetos despenalizadores e descriminalizantes (CARVALHO, 2006, p. 68).

Sobreveio então, no ano de 2002, a lei 10.409/02. No entanto, esse dispositivo legal foi duramente criticado, tanto por operadores do direito quanto por doutrinadores, recebendo diversos vetos que a modificaram substancialmente (SILVA, 2016, p. 13). Assim sendo, a lei anterior a ela não foi totalmente revogada, o que gerou inúmeros problemas de interpretação, uma vez que ambas deveriam ser aplicadas conjuntamente (SILVA, 2016, p. 13). O texto dessa lei acabou por manter o caráter de delito para a conduta de porte para uso pessoal, optando, no entanto, por ritos e alternativas destinados a crimes de menor potencial ofensivo, adotando medidas visando à diminuição do encarceramento (CARVALHO, 2016, p. 68-69). No entanto, a incriminação quanto ao previsto no artigo 12 da lei 6368/76 foi mantida, assim como as quantidades e espécies de pena, aumentando ainda a punitividade ao definir novas figuras típicas, como, por exemplo, a incriminação autônoma do financiador de grupo ou associação destinada ao tráfico (CARVALHO, 2016, p. 69).

Após vários anteprojetos, foi aprovada a lei 11.343/06, objeto do presente estudo, que, apesar de ter sofrido alguns vetos presidenciais, não foi alterada de forma substancial (SILVA, 2016, p. 13). Essa lei tem o mérito de estabelecer um novo sistema, no qual usuários não sofrem pena de reclusão ou detenção, mas sim penas restritivas de direitos, e os traficantes têm tratamento diferenciado: o traficante profissional tem penas mais duras que o traficante

eventual (SILVA, 2016, p. 13-14). Apesar disso, essa lei mantém o sistema proibicionista, que teve início com a lei 6368/76, inalterado, ou melhor, reforça-o (CARVALHO, 2016, p. 76). A lei 11.343/2006 nivelou a importância entre os tratamentos penais dados a usuários e traficantes. Para isso foram criados dois estatutos independentes, com punições diferentes: grande repressão ao traficante, com a cominação de penas severas - penas privativas de liberdade entre 5 e 15 anos - e tratamento do usuário e dependente como doente, sem aplicação de penas privativas de liberdade, incidindo apenas penas restritivas de direito (CARVALHO, 2016, p. 76-77).

Passando à análise da lei de fato. A atual legislação de drogas, na contramão dos diplomas anteriores, utilizou-se de terminologia simples e, de acordo com os padrões da Organização Mundial da Saúde, o termo “drogas” MASSON e MARÇAL, 2019, p. 24. Antes o termo adotado era substância entorpecente, que basicamente, é uma substância ou produto capaz de causar dependência, e é especificado em lei ou relacionado em listas atualizadas pelo Poder Executivo da União (MASSON e MARÇAL, 2019, p. 24). Atualmente, no cenário brasileiro, o instrumento normativo que prevê a relação de drogas é a Portaria SVS/MS 344/1998, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portanto, os crimes de drogas no Brasil estão tipificados por normas penais em branco em sentido estrito, também chamadas de heterogêneas (MASSON E MARÇAL, 2019, p. 24). Segue jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para clarificar de vez a questão até aqui apresentada:

Inicialmente, emerge a necessidade de se analisar o preceito contido no parágrafo único do art. 1º da Lei de Drogas, segundo o qual ‘consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União’. Em acréscimo, estabelece o art. 66 da Lei de Drogas que, ‘Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998’. Verifica-se, assim, que, sistematicamente, por uma opção legislativa, o art. 66 ampliou o universo de 2.1. 3. incidência dos comandos proibitivos penais. Portanto, a definição do que sejam ‘drogas’, capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Nesse contexto, por ser constituída de um conceito técnico-jurídico, só será considerada droga o que a lei (em sentido amplo) assim o reconhecer. Desse modo, mesmo que determinada substância cause dependência física ou psíquica, se ela não estiver prevista no rol das substâncias legalmente proibidas, ela não será tratada como droga para fins de incidência da Lei n. 11.343/2006. (STJ, RHC 66.196/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 19.05.2016).

Esclarecido qual o conceito de droga utilizado pela atual legislação, passamos a abordar o tema central do corrente tópico, a saber: os crimes tipificados na lei 11.343/2006, com foco nos artigos 28 e 33. Um dos principais pontos da referida lei, conforme dito anteriormente, é justamente a não imposição de pena restritiva de liberdade ao agente que pratica as condutas tipificadas no artigo 28 - adquirir, guardar, ter em depósito, trazer consigo ou transportar droga para consumo pessoal. Nucci (2010, p. 343) afirma o seguinte, sobre a infração de porte de droga para consumo pessoal:

Não se trata de infração de menor potencial ofensivo, mas de ínfimo potencial ofensivo. Além da possibilidade de transação (art. 48, § 5º), não se imporá prisão em flagrante (art. 48, §2º) e, ao final, poderá ser aplicada simples advertência. Denominamos de ínfimo potencial ofensivo o crime previsto no art. 28 desta Lei [de drogas], tendo em vista que, mesmo não sendo possível a transação, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada pena privativa de liberdade.

Nucci, nesse momento, deixa evidente que, à luz da legislação penal, tal delito é visto como muito pouco reprovável. Parte o legislador da premissa de que a prisão de tal agente carece de benefícios reais para a sociedade, obstando o tratamento de eventual dependência química, inserindo o consumidor num sistema carcerário inadequado, onde tal pessoa poderia ser cooptada para o crime organizado (MASSON e MARÇAL, 2019, p. 31). Sobre o tratamento destinado ao usuário de drogas, Salo de Carvalho (2016, p. 77) apresenta uma interessante crítica:

[...]têm-se a manutenção de sistema proibicionista estruturado na reciprocidade punitiva entre penas restritivas de direitos e medidas de segurança atípicas (medidas educacionais). Ofuscadas pelo sentido terapêutico, as medidas propostas enclausuram usuários e dependentes no discurso psiquiátrico-sanitarista, possibilitando diagnosticar que a pretensa suavização do tratamento penal ao usuário opera como inversão ideológica dos programas de redução de danos, ou seja, apesar de estabelecer formalmente a impossibilidade de aplicação de pena carcerária aos sujeitos envolvidos com drogas [...] conserva mecanismos penais de controle (penas restritivas e medidas de segurança inominadas), com similar efeito moralizador e normalizador, obstruindo a implementação de políticas públicas saudáveis.

No entanto, mesmo levando essa crítica em consideração, o tratamento destinado ao usuário, ainda assim é muito mais brando. Porém, é necessário que seja discutido se esse é um

tratamento terapêutico de fato, e qual a melhor forma de recuperar o dependente químico. Porém esse não é o objetivo do presente artigo.

Sustentam Masson e Marçal (2019, p. 31-32) e Silva (2016, p 46) que, apesar do tratamento mais benevolente ao usuário de drogas, as condutas descritas no artigo 28 da lei em comento são crimes. De forma contrária ao que defende, por exemplo, Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches (2007, sem página), que afirmam:

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*.

Apesar de considerar essa divergência puramente doutrinária e sem implicações práticas, assumo como mais acertada a primeira corrente. Adotarei tal posição no presente trabalho, principalmente em virtude de entendimento firmado pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal apresentado abaixo:

Posse de droga para consumo pessoal: art. 28 da Lei 11.343/2006. Natureza jurídica de crime. O art. 1º 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 fez o art. 28 da Lei 11.343/2006 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). Não se pode, na interpretação da Lei 11.343/2006, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo ‘rigor técnico’, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado ‘Dos Crimes e das Penas’, só a ele referentes (Lei 11.343/2006, Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30). [...] Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da Lei 9.099/1995 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (Lei 11.343/2006, art. 30). Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (RE 430.105/RJ QO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 27.04.2007.)

Essa decisão, no entanto, trouxe à baila outra discussão, o debate sobre se a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal seria inconstitucional ou não (MASSON e MARÇAL, 2019, p. 32). Existem basicamente duas correntes doutrinárias: uma corrente que defende a inconstitucionalidade, por entender que do contrário seriam violados o direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana e de forma contrária, temos os que argumentam ser a criminalização constitucional, sob o argumento de que o viciado, quando traz consigo a droga, antes de a consumir, coloca a saúde da coletividade em perigo, sendo fator determinante na difusão das substâncias entorpecentes (MASSON e MARÇAL, 2019, p. 32-33). O ministro Gilmar Mendes (2015, p. 3), quando da relatoria do recurso extraordinário nº 635.659, afirma o seguinte:

No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado.

Já em sentido oposto, temos os argumentos a seguir:

Prevalece a orientação no sentido de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é incompatível com a CF. Por mais que o agente traga a droga para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas. De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício. Ademais, a aquisição de drogas por parte do usuário serve como forte estímulo para a prática do tráfico de drogas. (LIMA, 2014, p. 693)

Após termos tratado dos principais pontos em relação ao artigo 28 da lei 11.343/2006, passaremos à análise do crime tipificado no artigo 33, caput, da mesma lei. A princípio, cabe ressaltar, que o caput deste último artigo trata do tipo fundamental do tráfico de drogas, sendo os delitos previstos nos artigos 33, § 1º, 34 e 36 considerados como modalidades de tráfico, equiparando-se, portanto, quanto ao prazo maior de cumprimento de pena no tocante à progressão de regime prisional, nos termos da Lei nº 8.072/1990 (SILVA, 2016, p. 72).

O bem jurídico tutelado pelo crime de tráfico é a saúde pública, seu objeto material é droga, seu tipo penal é misto alternativo, contando com nada menos do que 18 núcleos do tipo

(MASSON e MARÇAL, 2019, p 50). Tendo o sujeito praticado mais de uma das condutas, incorrerá em um só crime, caso as condutas tenham o mesmo objeto material - sejam relativas à mesma droga – porém, isso será levado em conta na dosimetria da pena base, nos termos do artigo 59 do código penal; de outra maneira, se as condutas são em relação a objetos materiais diferentes - expõe à venda cocaína e importa heroína, por exemplo - será configurado concurso de crimes e não há que se falar em *bis in idem* (MASSON e MARÇAL, 2019 p. 50-51).

Segundo Nucci (2010, p. 355) “o tráfico ilícito de entorpecentes, [...] é um crime de perigo (há uma probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado) abstrato (independe de prova dessa probabilidade de dano, pois presumida pelo legislador na construção do tipo)”. Ainda segundo Nucci (2010, p. 355), não há nenhum impedimento técnico, ou violação a princípios garantistas, ao se ter delitos de perigo abstrato, desde que o legislador aja dentro de parâmetros democráticos, embasados em regras de experiência, proibindo apenas o que seja estritamente necessário. Cabe ressaltar, portanto, não ser permitido criar tipos penais de perigo abstrato sem a real necessidade, pois, caso isso não seja respeitado, haverá inconstitucionalidade por afronta ao princípio da intervenção mínima do direito penal (Nucci, 2010, p. 355).

O crime de tráfico é classificado pela doutrina como crime não transeunte ou de fato permanente. Tal classificação implica dizer que o crime, ao ser cometido, deixa rastros materiais, sendo necessário, para a lavratura de prisão em flagrante, laudo de constatação preliminar da natureza e quantidade de droga feito por perito oficial ou pessoa idônea (MASSON e MARÇAL, 2019, p 61). Apesar de ser muito importante, esse laudo preliminar é meramente informativo, desse modo a ausência de laudo definitivo não pode ser suprida por juntada de laudo provisório, assim sendo, se não houver laudo definitivo, não resta comprovada a materialidade do crime, devendo o acusado ser absolvido (MASSON e MARÇAL, 2019, p 61).

Outro ponto relevante sobre o crime de tráfico de drogas é sua natureza de crime equiparado a hediondo. De acordo com Nucci (2010, p. 361), o legislador constituinte, decidiu que certos crimes deveriam receber um tratamento mais rigoroso, sendo para eles proibida graça, anistia, fiança e liberdade provisória. Os crimes elencados juntamente com o tráfico são tortura e terrorismo.

Nucci (2010, p. 361), apesar de adotar como solução técnica a proposta de tráfico ser apenas equiparado a hediondo, assume que não enxerga diferença entre ele e os hediondos propriamente ditos, considerando todos como igualmente repugnantes.

Cabe dizer, para concluir o tópico, que o tipo penal de tráfico pode ser considerado excessivamente amplo. Tanto na lei 6.368/76 quanto na atual lei de drogas, a redação foi mantida, gerando distorções, já que recebem as mesmas sanções penais o grande traficante, - que tem intuito de lucro - quanto o mero passador de droga que não tem intuito lucrativo (NUCCI, 2010, p. 359). Houve uma tentativa, na atual Lei de Drogas, de equalizar esse tratamento penal, a princípio desproporcional, em relação a quem oferece substância ilícita a pessoa de seu convívio, de forma eventual, porém foi uma alteração insuficiente (NUCCI, 2010, p. 359). Outra incoerência, que cabe ser ressaltada, é em relação à inversão de ônus da prova com relação a algumas condutas - a saber: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo substância entorpecente sem autorização legal - uma vez que o portador, não demonstrando ser o entorpecente para uso pessoal, termina, muitas vezes, respondendo por tráfico ao invés de responder na forma do art. 28 da lei 11.343/2006 (NUCCI, 2010, p. 359). É importante ressaltar que, para a caracterização do tráfico, não é necessária que se haja mercancia, ou seja, o tráfico não precisa conter o dolo de auferir lucros, desde que tal conduta seja praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (MASSON e MARÇAL, 2019, p 54). Ainda nesse delito, basta o Ministério Público comprovar que não há intenção de consumo pessoal, e estará caracterizado o tráfico, podendo-se operar a desclassificação para o artigo 28 somente quando for evidenciado o dolo específico de consumo pessoal (MASSON e MARÇAL, 2019, p 35). Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

SENTENÇA ENVERGADURA. Ante o fato de o Juízo ter contato direto com as partes envolvidas no processo-crime, o pronunciamento decisório há de merecer atenção maior. PROCESSO-CRIME PROVA. Cabe ao Ministério Público comprovar a imputação, contrariando o princípio da não culpabilidade a inversão a ponto de concluir-se pelo tráfico de entorpecentes em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição. (HC 107.448/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 04.10.2013)

Para demonstrar o consumo pessoal, ou ausência dele, o membro do Ministério Público deve se valer do chamado sistema de quantificação judicial, levando em conta critérios como: natureza, quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente (MASSON e MARÇAL, 2019, p 35). Esses critérios também podem ser

considerados para a aplicação da pena (MASSON e MARÇAL, 2019, p 135). Afirma o Supremo Tribunal Federal:

A diversidade (maconha, cocaína e crack), a natureza altamente danosa de duas das drogas e a elevada quantidade de substâncias estupefacientes encontrada em poder dos envolvidos, são fatores que, somados à apreensão de diversos apetrechos comumente utilizado no preparo dos estupefacientes – saquinhos plásticos, eppendorfs vazios e balança de precisão – [condições], revelam envolvimento profundo e rotineiro com a narcotraficância. (HC 347.836/SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 11.05.2016)

Mais à frente, muitas questões apresentadas no presente tópico serão retomadas com teor mais crítico, mas, por enquanto, julgamos ser suficiente o panorama traçado em relação à doutrina penal brasileira.

### **3 - Estigma e sua presença na aplicação da lei de drogas**

Neste tópico, objetivo fazer considerações sobre o estigma com base em Goffman (2004), de modo a relacionar esse conceito sociológico e seus desdobramentos com o tema central do presente trabalho. Serão apresentados o conceito do estigma, e, na sequência, será tratado do estigma específico do usuário de drogas de acordo com os exemplos trazidos, mostrando como a atuação dos entes estatais, em especial no que tange às infrações penais da lei de drogas, pode estar baseada no estigma.

Primeiramente, devemos entender que a palavra estigma remonta à Grécia Antiga, onde o termo era usado para se referir a sinais corporais que tinham como objetivo identificar que determinado indivíduo não se adequava ao status moral vigente; os sinais eram feitos em criminosos, escravos ou traidores (2004, p. 5). O portador de tal marca era alguém, portanto, ritualmente poluído e, por conseguinte, deveria ser evitado, principalmente em público. Posteriormente, na chamada Era Cristã, o termo estigma passou a ter outros dois significados: sinais corporais de graça divina e a alusão médica a esse significado religioso, referindo-se a sinais corporais de distúrbio físico. Mais recentemente, o termo é largamente empregado de maneira semelhante ao sentido literal original, porém, refere-se geralmente mais à própria desgraça do que à sua evidência corporal (GOFFMAN, 2004 p. 5). Para Goffman (2004, p. 5):

A sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias: Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem neles encontradas. As rotinas de

relação social em ambientes estabelecidos nos permitem um relacionamento com "outras pessoas" previstas sem atenção ou reflexão particular. Então, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua "identidade social" - para usar um termo melhor do que "status social", já que nele se incluem atributos como "honestidade", da mesma forma que atributos estruturais, como "ocupação".

Ou seja, quando nos encontramos em um lugar específico, esperamos encontrar determinado tipo de pessoa condizente com esse local, se cumprindo essa expectativa, nada anormal acontece, não há nenhuma atenção em particular ou reação atípica da parte dos envolvidos na relação social. Porém, quando um indivíduo se depara com um desconhecido e começa a notar nele evidências de características diferentes do que se esperava, este último passa ser julgado como inferior ou indesejável, chegando em casos extremos a qualificá-lo como perigoso ou maldoso, temos uma característica estigmatizante.

Isso é válido, principalmente, quando tal atributo origina um descrédito muito grande, constituindo, então, uma diferença significativa entre a identidade social esperada e a identidade social real. (GOFFMAN, 2004, p. 6). A partir disso, podemos inferir que o estigma está ligado diretamente ao contexto social no qual a pessoa está inserida, variando de acordo com as expectativas sociais das relações. O estigma surge quando “há alguma expectativa, de todos os lados, de que aqueles que se encontram numa certa categoria não deveriam apenas apoiar uma norma, mas também cumpri-la.” (GOFFMAN, 2004, p. 9). No momento em que normais e estigmatizados estão em contato direto, ou seja, na presença uns dos outros, é quando ocorre um dos momentos determinantes da sociologia, no qual ambos enfrentarão as causas e efeitos do estigma (GOFFMAN, 2004, p. 15). Desse modo pode o estigmatizado sentir-se inseguro na presença de normais, principalmente por não saber como será tratado, isso se deve ao fato de o sujeito não saber em qual categoria será alocado, ou seja, o estigmatizado não tem como prever a visão que outros terão dele, se será positiva ou não, e ainda, em caso de uma visão positiva, se ele está sendo definido pelo seu estigma (GOFFMAN, 2004, p. 15).

Vale ressaltar que, o acima descrito, só se aplica quando se tem conhecimento prévio do estigma, ou este resulte evidente quando do contato com o estigmatizado, ou seja, a pessoa em questão é qualificada como desacreditada - quando a identidade virtual é diferente da identidade social real (GOFFMAN, 2004, p. 38). Entretanto, há casos em que essa diferença não é aparente, casos esses que são tidos como de uma pessoa desacreditável, nesses casos o estigmatizado pode agir de modo a esconder sua condição, a tensão se centra na

manipulação da informação sobre a própria condição, levando a diversos questionamentos sobre revelar sua real situação, e para quem, quando e em quais circunstâncias (GOFFMAN, 2004, p. 38). Para os fins do presente estudo, cabe dizer, que o sujeito desacreditável e outras questões que o cercam não são muito relevantes, pois, nas análises apresentadas, o estigma sempre será aparente. Isso se deve ao fato de que, como trataremos de situações de tutela penal por parte do Estado, muitas informações relevantes estarão disponíveis acerca do indivíduo, informações essas indisponíveis em ocasiões de contato social com outros indivíduos, como, por exemplo, a ficha de antecedentes criminais.

Cabe frisar também que um estigma não se apresenta sempre da mesma forma.

Podem-se mencionar três tipos de estigma nitidamente diferente. Em primeiro lugar, há as abominações do corpo-as várias deformidades físicas. Em segundo, as culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo essas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical. Finalmente, há os estigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser transmitidos através de linhagem e contaminar por igual todos os membros de uma família.(GOFFMAN, 2004, p. 7)

Nesse momento, após ser apresentado o conceito de estigma e alguns de seus desdobramentos, partiremos para a análise de como esse conceito pode estar presente nas atuações estatais. Os tipos de estigma, dentre os acima descritos, que mais nos interessam são: os de caráter individual, visto que trataremos de usuários de drogas e cidadãos indiciados por crimes e também os estigmas tribais, visto que adiante serão tratadas questões relativas a classes sociais. De forma mais específica serão trazidos trechos de trabalhos acadêmicos ilustrando o funcionamento do poder judiciário, mostrando como se dá o tratamento destinado aos cidadãos que são acusados de infração penal tipificada na Lei de Drogas, a saber o tráfico (artigo 33) e o porte de drogas para uso pessoal (artigo 28). Desse modo, conforme a estigmatização se apresentar nas situações em comento, serão explicados os pontos mais relevantes no tocante ao tema central deste trabalho. A partir disso temos o seguinte trecho:

Uma das defensoras públicas que eu entrevistei disse que “Dependendo das gírias que eles usam e do jeito que eles andam, a gente já sabe a qual facção eles pertencem”. No mesmo sentido, uma das Promotoras de Justiça entrevistadas disse: “Se a sobrelha tem dois cortes, é sinal que ele é do Sindicato do Crime, se a sobrelha tem três cortes, ele é do PCC. Existem algumas tatuagens também que nos deixam em alerta.” Em entrevista realizada com um juiz ele admitiu: “Se ele vem de uma região dominada por facção, tem que prender para deixar o exemplo.” Outro promotor, em entrevista, também assumiu “A gente considera sim o lugar da onde vem a

pessoa, se eu disser que não, eu estaria mentindo. Se a pessoa mora em um bairro dominado por facções ou se tem uma boca de fumo na porta de sua casa, é claro que acusação de tráfico vai ser valorada de forma diferente” **Assim, pude perceber como o peso, o olhar, as sobrancelhas, o nariz, os objetos que eles carregavam, a idade que eles tinham, a região onde residiam, o vocabulário, o modo de andar e o tempo que eles afirmavam ser usuários eram traços observados durante as audiências, mas que não eram transcritos na fundamentação das decisões.** (PEIXOTO, 2021 p. 9, grifo nosso)

A citação acima pode exemplificar como o estigma social tem muita relevância no processo de tomada de decisão do judiciário, porém, durante a fundamentação, isso é estrategicamente omitido pelo julgador. Afirma Peixoto (2021, p.10) ter percebido que o argumento de garantia da ordem pública era o mais recorrente e utilizado de forma genérica, como um “coringa”, para justificar as prisões preventivas, já que ele estava presente em 88% dessas prisões, de acordo com o levantamento da autora entre os anos de 2015 e 2018. Os juízes entrevistados, quando indagados sobre esse argumento disseram ser em virtude da “gravidade do crime” ou do risco de “reiteração criminosa”, porém nenhuma dessas justificativas é associada a um critério minimamente claro ou objetivo, gerando a impressão de falta de critério por parte do judiciário (PEIXOTO, 2021, p.10)

Podemos relacionar o dito acima sobre as particularidades observadas pelos magistrados com o que Goffman (2004, p 40-42), chama de “símbolos”, que nada mais são do que signos que transmitem uma informação social, acessíveis de forma regular e buscados e recebidos com frequência. Existem símbolos tanto de prestígio, que são associados a uma posição social desejável, quanto de estigma, que denotam o contrário. Há ainda casos nos quais o mesmo símbolo pode ter as duas conotações apresentadas, mas para grupos sociais diversos, outros ainda trazem informações sociais, mas que inicialmente se devem a outras razões e têm apenas função informativa superficial, tal como as marcas no pulso de quem tenta suicídio ou as algemas dos presos em trânsito. (GOFFMAN, 2004, p. 40-42). No caso em comento, podemos tomar como exemplo as tatuagens e marcas na sobrancelha dos acusados, pois são sinais de prestígio ou identificação para determinados grupos e ao mesmo tempo, no contexto de uma audiência, por exemplo, podem ser considerados negativos, influenciando então na convicção do julgador.

Retomando o argumento genérico da manutenção da ordem pública, temos que o mesmo não é exclusividade das decisões pela manutenção de prisão em flagrante, mas também é utilizado nos inquéritos policiais, como podemos notar a seguir:

Um dos casos mais intrigantes é o de J.S.P. Ocorre que a polícia estava realizando patrulhamento de rotina, em “locais conhecidos como ponto de drogas”, quando viram dois indivíduos parados em frente à residência; tendo em vista que estavam em atitude suspeita os policiais resolveram adentrar na residência, a qual pertence a A.S.B. Com J.S.P, foi apreendida apenas uma furadeira. Em seu depoimento relatou que estava trabalhando como encanador e o proprietário da residência, em seu depoimento, confirma a versão, aduzindo que havia o contratado para realizar serviços de encanamento. No entanto, com fundamento na manutenção da ordem pública J.S.P é indiciado por tráfico de drogas, tendo em vista que possui antecedentes criminais (DOC, 01, 2017 apud DIAS, SILVA, 2018 p. 38).

Nota-se, no caso acima, que a manutenção da ordem pública serviu de justificativa para um indiciamento por tráfico de drogas sem restar claro a prática de nenhum dos núcleos do tipo penal de aludido crime. Esse fato exemplifica uma arbitrariedade da autoridade policial, que agiu movida, talvez, pelo estigma associado a um indivíduo com antecedentes criminais.

É observado que os cidadãos processados ou condenados, principalmente, por infrações relacionadas a drogas, são tratados como se devessem de qualquer modo estar presos, evidenciando uma prática de encarceramento que superestima a gravidade de muitas condutas. Na história dos sistemas penais, acabam sendo definidas metanormas, que direcionarão entes estatais responsáveis pela aplicação das leis, no sentido da formulação de um tipo ideal de criminoso, pelo positivismo jurídico (CARVALHO, 2016, p. 88). Os estereótipos de criminosos acabam por direcionar a conduta tanto das polícias, quanto do aparato judicial, quando da determinação das inúmeras variáveis existentes quando da condenação ou absolvição, fixação de penas, espécie de sanção, e mais especificamente, na distinção entre usuário e traficante (CARVALHO, 2016, p. 88).

No contexto estadunidense, por exemplo, a partir da metade da década de 1970, e especialmente a partir de 1986, o governo federal passa a se engajar fortemente na chamada guerra às drogas, fazendo com que muitos crimes que antes não faziam jus à pena de prisão, como as pequenas infrações da lei de drogas, passassem a ser duramente reprimidos com aprisionamento (WACQUANT, 2003, p. 64). Afirma Rodrigues (2006, p. 233) que: “A política de drogas brasileira, nos repressivos moldes do proibicionismo, tal como nos EUA, teve como resultado nesses anos a manutenção do funcionamento do tráfico ilícito, e a superlotação das penitenciárias, sendo muito altos os custos sociais desta estratégia repressiva adotada.”

A referida guerra se traduziu num enorme fracasso, pois não houve diminuição da quantidade de entorpecentes em circulação nem mesmo seu preço sofreu aumento; em

contrapartida, o número de encarcerados aumentou de forma sensível, quase como se o único objetivo fosse apenas esse último (WACQUANT, 2003, p. 30). No contexto analisado por Wacquant, é considerado que o aumento do estado penal é uma resposta à diminuição do estado social, sendo o supracitado encarceramento em massa um meio de controlar as populações marginalizadas pela força, ao invés de estabelecer amparo social (WACQUANT, 2003, p. 32-33). Cabe ressaltar que justamente essas populações marginalizadas, vítimas de maior repressão estatal são, via de regra, as mais estigmatizadas, pertencentes às classes sociais mais baixas e desprivilegiadas, sendo justamente as mais encarceradas, colocadas ao máximo sob a tutela penal do Estado, como forma de controle social. (WACQUANT, 2003, p. 67-69). A condenação de pequenos traficantes a penas em regime fechado acaba por retirar os jovens do convívio familiar, aproximando-os de facções criminosas, e isso resulta em estigmatização, violências e humilhações no ambiente prisional (RODRIGUES, 2006, p. 233). Ao deixarem o cárcere, com atitudes violentas e sem opções de trabalho, esses jovens tornam-se ainda mais suscetíveis à reincidência, seja pelo tráfico, seja nos crimes patrimoniais, como resultado do aprendizado da delinquência na cadeia, há um ciclo vicioso (RODRIGUES, 2006, p. 233).

Nesse sentido, temos que:

Atingidos por um tríplice estigma ao mesmo tempo moral (eles se baniram da cidadania ao violar a lei), de classe (eles são pobres em uma sociedade que venera a riqueza e concebe o sucesso social como resultado unicamente do esforço individual) e de casta (eles são majoritariamente negros, portanto oriundos de uma comunidade despida de “honra étnica”), os detentos são o grupo pária entre os párias, uma categoria sacrificial que se pode vilipendiar e humilhar impunemente com imensos lucros simbólicos. A política de criminalização da miséria do Estado americano encontra assim seu prolongamento cultural em um discurso público de maldição dos prisioneiros que faz deles a encarnação do mal absoluto: a antítese do “sonho americano”. (WACQUANT, 2003, p. 97)

Desse modo, podemos inferir que, para os entes estatais, quando se trata de reincidentes, por exemplo, o melhor a se fazer é encarcerar. Essa pessoa, mesmo já tendo cumprido sua pena, é vista como potencialmente perigosa e deve ser alijada de convívio social. Desse modo, a legislação de drogas torna-se um meio para atender a esse anseio encarcerador, já que qualquer pessoa portando drogas poderá ser processada e presa por tráfico se for estigmatizada o suficiente, conforme já exemplificado anteriormente, no caso em que apenas por possuir antecedentes criminais o cidadão foi indiciado por tráfico.

Ainda nesse sentido, Wacquant (2003, p 108) sugere comparar prisões a guetos, de modo a elucidar as funções de um e de outro. Esclarece o autor, então, que ambos têm a missão de confinar pessoas estigmatizadas de modo que essas não seja mais um risco para a sociedade da qual foram extirpadas, concluindo que “gueto é um modo de ‘prisão social’ enquanto a prisão funciona à maneira de um ‘gueto judiciário” (WACQUANT 2003, p. 108).

Por último, cabe ressaltar que o estigma para além da esfera social e criminológica pode afetar também a saúde do estigmatizado, no recorte específico apresentado, o usuário de drogas. Conforme o usuário toma consciência da visão negativa das demais pessoas sobre sua condição, ele pode internalizar o estigma, aplicando essa visão negativa a si próprio (RONZANI, NOTO e SILVEIRA, 2014, p. 9). O estigma internalizado é um processo subjetivo, no qual a pessoa tende a esconder sua própria condição para evitar a discriminação e tem consequências extremamente prejudiciais (RONZANI, NOTO e SILVEIRA, 2014, p. 9). Mesmo que não seja o foco do presente trabalho, é interessante evidenciar que, para além de fenômeno social, o estigma tem repercussões no foro íntimo do indivíduo, como enfrentado pela psicologia, por exemplo.

#### **4 - Análise crítica dos artigos 28 e 33 da lei 11.343/2006, com enfoque na diferenciação entre traficante e usuário.**

O presente tópico objetiva uma análise crítica dos artigos 28 e 33 da lei de drogas. Tal análise pretende apresentar como, em tese, deveria ser feita a diferenciação entre usuário e traficante, em contraste com exemplos práticos, apresentados em tópico anterior. No entanto, cabe adiantar que não há, a princípio, nem na lei e muito menos na doutrina, critérios objetivos ou minimamente claros sobre a diferenciação de dois tipos penais com consequências jurídicas extremamente díspares.

Nucci (2010, p. 349) traz várias lições que podem nortear a presente análise, a tarefa de definir o que é tráfico ou consumo pessoal acaba ficando a cargo do magistrado, dentro dos parâmetros legais, obviamente, mas esses podem dar margem para os mais diversos entendimentos. No entanto, discriminação quanto à classe social, por exemplo, não deve existir. Ainda nessa linha, é importante dizer que a análise leva em conta diversos fatores - como quantidade de droga, tipo da droga e antecedentes do acusado - porém, devem ser analisados em conjunto, sem a preponderância de uns sobre os outros (NUCCI, 2010, p.349). De forma complementar, temos:

Apesar de, no Brasil, não haver na Lei 11.343/2006 – popularmente conhecida como SISNAD ou “Lei de drogas” – qualquer delimitação de peso e quantidade que diferencie a figura do artigo 28, que trata sobre o porte para consumo pessoal, da figura do artigo 33, que trata das múltiplas espécies de tráfico, **cada juiz costuma interpretar as quantidades que julgam excessivas de acordo com as suas “regras da experiência”**, expressão bastante utilizada por eles durante as entrevistas. (PEIXOTO, 2021, p. 8, grifo nosso).

No trecho acima, temos ressaltada, portanto, a ausência de critérios objetivos da lei em comento, a diferenciação é exclusivamente feita por interpretação dos magistrados, porém, como cada magistrado interpreta de acordo com suas próprias “regras de experiência”, não temos nenhuma segurança jurídica. De acordo com Salo de Carvalho (2016, p. 88), interpretar e aplicar as regras do direito e do processo penal, muitas vezes, acontece fora dos limites das normas legais, principalmente no momento da criminalização secundária, quando o indivíduo é selecionado a partir de sinais, observados de acordo com a estratégia punitiva adotada.

Desse modo, o fenômeno do estigma pode ser peça-chave na diferenciação, pois, na falta de parâmetros objetivos, abre-se espaço para os preconceitos e visões de mundo de cada julgador. A crítica, nesse ponto, incide justamente sobre a expressão inovadora da lei atual, qual seja: “circunstâncias pessoais e sociais do agente” (BRASIL, 2006). Essa expressão se traduz, em nosso entendimento, como uma forma de julgar de maneira mais severa justamente os mais desprivilegiados, corroborando as ideias presentes na obra de Wacquant, a respeito de encarceramento em massa. Quando da previsão legal supracitada, indubitavelmente, serão considerados traficantes aqueles que se posicionam nos estratos sociais mais baixos, fazendo com que a atuação penal estatal seja muito mais rigorosa contra esses sujeitos, principalmente em virtude de sua vulnerabilidade social (DIAS e SILVA, 2018 p. 39). Peixoto (2021, p. 14), corroborando essa ideia, assevera que:

Sob o argumento da necessidade de “garantida da ordem pública”, eram apontados elementos relacionados a “reincidência” e a “localidade do crime” – principalmente se advinha de uma área dominada, ou não, por alguma facção – revelando que as características dos indivíduos eram mais sopesadas do que o próprio ato em si. Por essa razão, o “desvio” ou o “crime” não eram acionados como uma mera subsunção de fatos à norma, mas como uma consequência de rótulos colocados sobre indivíduos e de um deslizamento do sentido da punição pelo crime, para a punição de sujeitos.

Os critérios legislativos podem funcionar muito bem para juízes ideais, perfeitos em seu ofício, - o que na prática é impossível - mas deixam uma brecha considerável para as mais diversas arbitrariedades, sendo critérios vagos. Para corroborar essa crítica, temos o seguinte:

Em análise da referida legislação, a qual impõe critérios para distinguir o usuário do traficante, cumpre destacar que um dos requisitos a ser considerado pelo juiz é o local onde a droga foi apreendida, e as condições pessoais e sociais do agente deparado com drogas. Nessa ocasião a seletividade primária é incontestável. A previsão legal deixa margem para que as condições sociais sirvam para definir a diferença entre usuário e traficante. Isso demonstra de forma evidente que as populações de classes subalternas, habitantes de periferias e de determinadas etnias serão as culpadas pelo tráfico ilícito de drogas. (DIAS, SILVA, 2018 p. 40).

Além disso, cabe salientar que a Lei 11.343/2006 foi incapaz de resolver as dúvidas quanto à diferenciação entre usuários e traficantes, fato esse que gera uma grande discricionariedade quando da sua aplicação, sendo isso problemático na medida em que a legislação pende entre dois extremos opostos de resposta penal (PEREIRA, 2016, p. 47). A abertura interpretativa da lei em questão abre espaço para arbitrariedades, notando-se a aplicação máxima do poder punitivo estatal, principalmente contra os setores sociais via de regra mais estigmatizados, que passam a ser considerados como traficantes, sendo retirados do meio social pelo encarceramento (PEREIRA, 2016, p. 54). Para Salo de Carvalho (2016, p. 84):

Ao definir grupos com potencialidade delitiva, reinstituindo no direito penal dimensões de periculosidade próprias da criminologia etiológico-positivista, e ao destituir seus componentes do status de pessoa, abdica-se da própria noção de Estado Democrático de Direito. Apenas nos projetos políticos totalitários (Estados de exceção) a ideia absolutizada de segurança pública se sobrepõe à dignidade da pessoa humana. A destituição da cidadania transforma o sujeito (de direitos) em mero objeto de intervenção policial, sujeito à coação direta.

A partir disso, temos a ideia de que, após determinado grupo ser tido como potencialmente criminoso, sofrendo, portanto, um estigma, esse grupo perde sua dignidade, sendo justificada qualquer arbitrariedade contra ele, como as analisadas em tópico anterior. Aduz ainda o autor ter sido o discurso de combate às drogas legitimador de exceções que ganham o contexto de permanência, sendo o poder punitivo operado no vácuo do direito penal e não dentro de suas delimitações ideais (CARVALHO, 2016, p. 85). Esse vácuo, como referido, pode, muito bem, ser o espaço discricionário, relativo à diferenciação entre portadores de droga para consumo e traficantes, permitindo, portanto, que o Estado atue, com todo seu aparato punitivo, contra meros usuários.

Por certo, a depender do caso concreto, não há o que se discutir, porém, na prática, não são poucas as situações limítrofes, gerando distorções relativas à proporcionalidade. Não há gradações de punição para condutas com grau de reprovabilidade muito semelhante, o que culmina em ações parecidas com tratamentos jurídicos extremamente desiguais. Penso que uma boa solução seria estabelecer uma redação de lei mais precisa, estabelecendo, por exemplo, penas mais proporcionais de acordo com cada comportamento tipificado, gerando uma maior gradação de punições, diminuindo as áreas cinzentas entre porte para consumo pessoal e tráfico, e, por conseguinte, diminuindo a separação, muitas vezes artificial, entre traficantes e usuários. Porém, entendo que tal solução se mostra um tanto quanto utópica, uma vez que é impossível prever todos os fatos e acontecimentos do mundo real.

Ainda assim, é necessário que se criem “degraus” entre as condutas do artigo 28 e do artigo 33, estabelecendo critérios intermediários com punições também intermediárias, se adequando de forma proporcional ao grau de reprovabilidade das condutas. Nucci cita o passador de drogas, “[...]o erro legislativo foi a equiparação, em matéria de rigor punitivo, do negociante de entorpecente, que enriquece ilícitamente, com o passador de substância entorpecente proibida, sem qualquer intuito de lucro” (NUCCI, 2010, p. 359). Esse seria um bom exemplo de conduta intermediária a ser melhor explorada pelo legislador.

Outra crítica importante a ser feita é a do real perigo das drogas. Como já dito, os delitos em comento são de perigo abstrato. Há uma clara diferença entre a função declarada e as funções reais levadas a cabo pelas agências penais: enquanto a função declarada é a defesa a bens jurídicos, a função real é justamente a constância do aparato repressivo (CARVALHO, 2016, p. 80). Levando isso em consideração, notamos que o perigo é definido de forma arbitrária, uma vez que o que diferencia se certa droga é lícita ou ilícita é uma lista - Portaria SVS/MS 344/1998, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária -, levando ao questionamento de quão perigosa uma droga precisa ser para que seja considerada ilícita, e qual o limite aceitável para uma droga ser considerada lícita.

O álcool, por exemplo, é tipicamente uma droga de abuso, no entanto, é amplamente aceita pela sociedade. Essa aceitação vai muito além de incoerência em relação à proibição de outras drogas, fundando-se, portanto, em vasta base histórico-cultural extremamente arraigada em nossa sociedade (NASCIMENTO, 2016, p. 95). Porém, não há que se defender o proibicionismo em relação ao álcool, uma vez que isso seria mais danoso do que o próprio risco próprio da substância, tendo em vista o fracasso norte-americano de 1918 (NASCIMENTO, 2016, p. 98). Não buscamos demonizar o álcool, apenas trazer à tona que a linha que divide o lícito do ilícito não tem base técnico-científica plenamente estabelecida,

sendo, portanto, artificial. E, a partir dessa divisão, é mobilizado todo um aparato de repressão, focado nesse ilícito que é definido a princípio, de acordo com a vontade política, já que carece de base científica.

Ainda nessa seara, cabe dizer que, para a lei, todas as drogas são consideradas, na mesma medida, perigosas, embora entre elas haja significativas diferenças, tanto quanto ao potencial de gerar a dependência no usuário, quanto em relação aos danos à integridade física do indivíduo (NASCIMENTO, 2016, p. 99). Daí temos a seguinte contradição: cada droga tem efeitos diversos, em maior ou menor grau de ofensividade, mas no âmbito legal todas são sujeitas às mesmas sanções, seguindo uma lógica eminentemente proibicionista. Rodrigues (2006, p. 238) ressalta que:

Considera-se, com base em dados estatísticos das Nações Unidas, que a política proibicionista, além de não ter conseguido “proteger” a saúde pública, serviu de fator agravante na panepidemia da AIDS, diante do alto número de usuários de drogas injetáveis que foram contaminados em decorrência do compartilhamento de seringas, por fazerem uso da droga na clandestinidade. Esse fracasso ocorreu tanto nos países ricos, que possuem toda a estrutura necessária, inclusive financeira, tanto de repressão quanto de saúde, quanto nos menos desenvolvidos, nos quais as consequências danosas foram ainda mais graves.

A partir disso, podemos notar que, nem sempre, uma lei consegue alcançar o fim desejado. No caso em comento, a lógica proibicionista acabou por trazer mais danos ao bem jurídico tutelado do que os efeitos das drogas em si, mostrando que proibir sem analisar seriamente quais as possíveis consequências pode ser pior do que a mera abstenção.

Para finalizar o tópico, gostaria de debater a questão da hediondez do tráfico de drogas. Não há dúvidas quanto ao tratamento mais rigoroso por ser o tráfico hediondo por equiparação. Mas o que questiono é se realmente o tráfico é tão repulsivo a ponto de ser comparado a crimes como tortura, latrocínio e homicídio qualificado. Ora, o crime de tráfico é de perigo abstrato, conforme já citado, o que significa que a lesão ao bem jurídico nem é consumada, é apenas presumida pelo legislador. Com a devida vênia, o bem jurídico tutelado com a proibição do comércio de entorpecentes parece-me muito menos relevante que a tutela da vida e da integridade física. Dessa maneira, considero que o tráfico não é tão sórdido ou reprovável quanto outros delitos que têm o mesmo tratamento mais gravoso. A motivação de este delito ter tratamento tão rígido me parece muito mais uma política de encarceramento do que realmente hediondez do delito em si, uma vez que há um enorme número de detentos

encarcerados por imputação de tráfico, 1 a cada 4, de acordo com dados do CNJ. De forma a corroborar esse entendimento, temos:

Conclui-se que o crescimento acelerado da população carcerária em todo o país nos últimos anos, em decorrência do endurecimento da política criminal, incide justamente sobre os delitos hediondos, dentre eles o tráfico de entorpecentes. A atual política criminal de drogas no Brasil é um dos fatores que mais contribuíram para o agravamento da população carcerária, assim como se notou nos efeitos da política norte-americana. (RODRIGUES, 2006, p. 233)

As prisões brasileiras, caracterizadas pela superlotação e por carências de investimentos, tiveram sua situação piorada, muito em virtude do aumento do número de apenados com a vigência da lei de crimes hediondos. Tem-se uma política de encarceramento em massa, intensificada à medida que se aumenta a repressão ao tráfico de drogas (RODRIGUES, 2006, p. 233). A lei de crimes hediondos teve impacto considerável nas prisões brasileiras. Observando os dados oficiais, notamos que a população carcerária praticamente triplicou entre 1992 e 2004 (RODRIGUES, 2006, p. 231).

## **5 - Considerações Finais**

Após toda a apresentação argumentativa acima, vamos expor, então, as considerações finais sobre o tema em comento. O presente artigo buscou, portanto, apresentar os crimes de tráfico e consumo para uso pessoal, relacionando sua diferenciação pelos aplicadores das leis com o fenômeno social do estigma.

Já no primeiro tópico, notamos que a legislação, ao tipificar o tráfico de drogas, tornou o tipo excessivamente amplo. Isso mostra como o legislador equipara muitas condutas, que diferem entre si, dando a todas o mesmo tratamento penal. Além disso, quando do estudo do artigo 28 da lei de drogas, notamos que esse tipo penal, por muitas vezes, é muito parecido com o do artigo 33 da mesma lei. Dessa maneira, buscamos entender como essa diferenciação era feita pelo aparato judiciário. Partindo daí, podemos notar que, em muitos casos, o que realmente diferencia os dois tipos penais não é a análise dos fatos, mas a análise de quem pratica tais fatos. O foco é retirado da situação concreta e recai sobre quem pratica a conduta. Isso ocorre, principalmente, porque na lei, quanto aos critérios de apuração do consumo pessoal, temos a seguinte expressão: “às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.” Essa expressão, por si só, gera ampla margem de

subjetividade, fornecendo um espaço discricionário muito grande ao juiz, quando da análise do caso concreto.

Dessa maneira, podemos, a princípio, inferir que essa diferenciação é baseada no estigma do indivíduo. Quanto mais desacreditado ele é, maiores as chances de ele ser processado e condenado por tráfico, em vez de por porte de droga para consumo pessoal. No entanto, por se tratar de um trabalho de conclusão de curso, não podemos afirmar o anteriormente exposto de forma definitiva. Isso requer estudos mais aprofundados, com análises mais robustas, inclusive levantamentos estatísticos e pesquisas de campo. No entanto, há indícios de que ocorra dessa forma, porém, de maneira velada. Argumentos genéricos, como “manutenção da ordem pública”, são usados de forma indistinta para justificar, por exemplo, a manutenção de prisões por tráfico, quando na verdade não há requisitos para tal. A decisão é baseada na crença do julgador, de que determinado indivíduo é perigoso, perpetuando então, preconceitos, e movimentando o aparato estatal rumo ao encarceramento em massa. Na opção do juiz, por interpretar uma situação como tráfico ou consumo pessoal, muitas vezes, optará pela primeira opção, não pelo estrito cumprimento da lei, mas como forma de política criminal de encarceramento.

Além disso, cabe finalizarmos as considerações sobre o atual diploma legal que versa sobre drogas no Brasil. A atuação judiciária, anteriormente citada, existe de forma corrente porque a lei é falha. Num primeiro momento, com a ausência de critérios mais objetivos, que realmente atinjam a finalidade legislativa, que é diferenciar, com clareza, usuários e traficantes. Cria-se a ideia de que certas pessoas são inimigas, e, por isso, devem ser encarceradas e alijadas da sociedade a todo custo. Outro ponto que cabe ser ressaltado é que o artigo 33 da lei 11.343 conta com um número grande de núcleos do tipo, o que faz com que condutas muito diferentes sejam igualmente consideradas tráfico. Poderiam ser criadas, pelo legislador, figuras típicas intermediárias, entre o tráfico e o porte para consumo, por exemplo, de modo a se ter mais proporcionalidade na punição. O dolo específico no crime de tráfico poderia estar presente, assim como está presente, no artigo 28 da lei de drogas, o dolo específico de consumo próprio.

A partir de todo o exposto, durante o presente estudo, concluímos que, especificamente quanto aos crimes de droga, a atuação judicial não se pauta somente em relação aos fatos apresentados. O estigma tem papel importante, uma vez que há uma imagem pré-concebida de quem são os inimigos do Estado, contra os quais se volta todo o aparato repressivo estatal. Então, temos o questionamento central do trabalho respondido: quando da diferenciação entre usuários e traficantes, a lei apresenta critérios carregados de subjetividade,

o que joga muita responsabilidade sobre o julgador. Daí temos que, para quem já pertence às classes menos privilegiadas e é tido como perigoso, será feito de tudo para que esse indivíduo mantenha-se afastado da sociedade, criando, assim, a sensação de segurança. Finalmente, deve haver um esforço para que essa situação se altere, tanto na parte legislativa, quanto na parte social, por mais difícil que seja essa mudança.

### Referências Bibliográficas

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 31 jun. 2022.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: **Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça,** Brasília: CNJ, 2018 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf> Acesso em: 5 de ago. de 2022

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL(Brasil). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Períodos de Julho a Dezembro de 2021.** Brasília: DEPEN, 2021 Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTMwZGI4NTMtMTJjNS00ZjM3LThjOGQtZjlkZmRlZTEyMTcxIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 6 de ago. de 2022

DIAS, Felipe da Veiga e SILVA, Tainá Regina dos Santos. **Criminologia e a seletiva aplicação da lei de drogas: análise empírica das definições policiais entre traficantes e usuários na comarca de Passo Fundo – RS nos anos de 2016-2017.** Ciências sociais aplicadas em revista – UNIOESTE/MCR – v.18 – n. 35 – 2º sem. 2018 – p. 9 – 43, Disponível em: <<http://erevista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/download/21148/13478>>.. Acesso em 26 de jun. de 2022.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Trad. Mathias Lambert. São Paulo: Sabotagem, 2004.

GOMES, Luiz Flávio, SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?** Migalhas, Rio de Janeiro, 19 de jan. de 2007. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa>> Acesso em: 5 de ago. de 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Juspodivm. 2ª ed, 2014

MASSON, Cleber. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. São Paulo: Método, 2019.

NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do. **O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em : <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18824/2/Eduardo%20Romualdo%20do%20Nascimento.pdf> Acesso em: 2 de ago. de 2022

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas: 5 ed. rev., atual. e ampl.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

PEIXOTO, L. S. “**Não tem cara de usuário**”: perspectivas e estigmas nas audiências de custódia por crimes de tráfico de drogas. In: 11 Congresso Internacional de Ciências Criminais: jurisdição constitucional e reformas penais em tempos de pandemia, 2021, Porto Alegre - RS. Anais [recurso eletrônico] : Jurisdição constitucional e reformas penais em tempos de pandemia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2021. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2020/arquivos/198.pdf> Acesso em: 25 de jun. de 2022

RODRIGUES, L.B.F. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

RONZANI, T. M.; NOTO, A. R., and SILVEIRA, P. S. **Reduzindo o estigma entre usuários de drogas. Guia para profissionais e gestores**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2014. Disponível em: [https://www.ufjf.br/crepeia/files/2014/05/MIOLO\\_Reduzindo-o-Estigma\\_ED-ATUALIZADA-baixa.pdf](https://www.ufjf.br/crepeia/files/2014/05/MIOLO_Reduzindo-o-Estigma_ED-ATUALIZADA-baixa.pdf) Acesso em: 1º de ago. de 2022

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

WACQUANT, L. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.