



Quando todos poderiam voltar para casa

Marcelo Barros Melo – mestrando do PMPD

Disponível em: <https://colunas.direitounb.com.br/quando-todos-poderiam-voltar-para-casa>

Hans Kelsen, em sua teoria pura do Direito, ensinou que o ordenamento jurídico é um sistema lógico e estruturado, no qual normas gerais e abstratas se aplicam de forma objetiva a casos concretos. Todavia, muito provavelmente o grande jurista austríaco não tenha levado em consideração um elemento fundamental para o desenvolvimento de sua teoria: a realidade jurídica brasileira, com a capacidade criativa de seus tribunais em transformar casos semelhantes em decisões surpreendentemente diferentes. Afinal, se o Direito fosse previsível, onde ficaria a emoção da jurisprudência?

A “emoção jurisprudencial” toma ares ainda mais “dramáticos” (como diria famoso locutor esportivo) quando os fatos semelhantes são julgados de maneira diversa no âmbito da mesma corte, acarretando medieval calabouço para um indivíduo e a porta da liberdade para o outro. E se essa corte for o Superior Tribunal de Justiça, como diria o mesmo locutor esportivo, é “haja coração, amigo!”

Pegue-se, como exemplo, situação que sempre desencadeia acaloradas discussões, seja no meio acadêmico, seja no meio jurídico: a diferenciação entre o traficante de drogas e o usuário de entorpecentes. Se na academia são postas perguntas sobre o porquê da criminalização do mercantilismo de entorpecentes ou as razões pelas quais grupos mais vulnerabilizados, como negros, periféricos, pobres, dentre outros, são alvos frequentes da polícia na criminalização por tráfico de drogas, no âmbito dos tribunais busca-se o que deve ser compreendido como tráfico e as situações caracterizadoras da conduta de portar substância entorpecente para uso próprio. Fala-



se, nesse último caso, da interpretação da Lei n. 11.343/2006, mais precisamente de seus artigos 33, referente a tráfico, e 28 sobre o uso.

Nesse sentido, nos termos do art. 33, será traficante de drogas aquele que “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, estando sujeito a penas que variam de 5 a 15 anos de reclusão, mais o pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. Por outro lado, um usuário de entorpecentes, na dicção do art. 28, é aquele que “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, situação na qual será submetido a medidas educativas previstas nos incisos I a III do mesmo dispositivo.

Se da leitura dos mencionados preceitos legais não é possível enxergar o que diferencia a conduta de um traficante da conduta de usuário, uma vez que as redações legais são praticamente as mesmas, a própria lei oferece o roteiro de *discrimen*: “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (art. 28, §2º). É nesse ponto em que reside o problema, pois embora o normativo ofereça razoável clareza na redação, também demanda elevada carga interpretativa para a definição dos parâmetros: quais são as drogas, quais as quantidades, quais locais e condutas, circunstâncias e condições da ação e pessoais, devem ser consideradas? Conforme é previsível, cada julgador, cada tribunal terá suas concepções a respeito da temática.

Nesse quadro de incertezas é que entra em cena o Superior Tribunal de Justiça, órgão ao qual a Constituição Federal conferiu a função de uniformizador da interpretação da lei federal no país (art. 105), com o objetivo de orientar os demais julgadores, estaduais e federais, nos critérios a serem considerados para a diferenciação dos crimes de tráfico e uso. Ocorre que, no âmbito da própria corte superior, é possível



enxergar dificuldades na padronização do tema, decorrentes da divisão de seu regimento interno, que determina que a análise da matéria criminal seja operada por duas turmas, a Quinta e a Sexta (art. 2º, §4º, c/c art. 9º, §3º, ambos do RISTJ).

A partir de uma rápida busca na vasta jurisprudência sobre a matéria, é possível observar que casos bastante semelhantes podem receber respostas judiciais distintas, a depender da turma ou do relator para o qual a ação ou o recurso foi distribuído. Além disso, há perceptível diferença de tratamento que ambos os órgãos julgadores conferem ao tema – sendo a Quinta Turma sistematicamente mais restritiva em relação à Sexta Turma quando o assunto é a desclassificação dos tipos penais. Portanto, o exame será restrito a apenas dois precedentes da Quinta Turma, evidenciando as diferenças entre relatores, e um da Sexta Turma, mostrando o entendimento mais “elástico” da matéria.

No julgamento do AgRg no HC n. 961071/SP, a Quinta Turma desclassificou para uso de entorpecentes a conduta de paciente, primário, que foi flagrado em local conhecido pelo comércio de drogas, com aproximadamente 36,42 gramas de maconha, divididas em 29 porções, e mais 90 reais em dinheiro. No caso, os policiais testemunharam pela acusação, afirmando que o paciente tentou se evadir na hora da abordagem. Toda essa situação, na visão do relator, não foi apta a possibilitar “a suposição de que se trata de crime de tráfico de drogas, motivo pelo qual deve prevalecer a presunção de que o paciente é mero usuário” (AgRg no HC n. 961.071/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/2/2025, DJEN de 26/2/2025).

De outra banda, no julgamento do AgRg no AREsp n. 2671790/CE, a mesma Quinta Turma, dois meses antes do julgamento acima referenciado, compreendeu ser traficante de drogas aquele com quem foram apreendidas 35,03 gramas de maconha, pois o réu, embora primário, foi encontrado em local conhecido pela mercancia de estupefacientes, após denúncias anônimas. Desse modo, compreendeu-se que “a forma como acondicionada a droga e o contexto probatório analisado em seu conjunto indicam a prática do crime de tráfico de drogas” (AgRg no AREsp n. 2.671.790/CE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/12/2024, DJEN de 17/12/2024).



Já no âmbito da Sexta Turma, pela relatoria do ministro Rogério Schietti, foi considerada como usuária uma pessoa que portava, em local conhecido pelo tráfico, 14,6 gramas de cocaína e 35,2 gramas de maconha, além de 35 reais em dinheiro, e que tentou fugir do local ao avistar os policiais. Nesse caso, apontou o relator não constarem dos autos “elementos mínimos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas, haja vista a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, bem como a ausência de provas concretas sobre a traficância” (AgRg no REsp n. 2.127.400/SP, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/11/2024, DJe de 26/11/2024).

Como visto, houve acórdãos de uma mesma turma que julgaram, de maneira diversa, réus que estavam em situações fáticas bastante semelhantes: primários, portando maconha, com quantidade praticamente iguais, em local conhecido pela prática do tráfico de drogas. Houve também acórdão de outra turma do mesmo STJ, que em contexto muito semelhante aos anteriores, desclassificou a conduta de agente, com a diferença apenas na qualidade dos entorpecentes que portava: além da maconha, havia cocaína.

O Direito não é uma ciência exata e cada magistrado, na condição de ser humano, sofre do mal que acomete a todo e qualquer *homo sapiens*, a falibilidade. Todavia, as instituições, embora gestadas pelos falíveis homens, podem e devem evoluir, buscando a máxima racionalidade no proceder.

O Judiciário, criação que representa um dos maiores marcos civilizatórios da humanidade, jamais pode perder sua capacidade autoanalisar-se. Perceber a ocorrência de situações que refogem aos mais evidentes ideais de justiça é algo que deve ser incansavelmente buscado, principalmente pela corte que, no Brasil, possui o epíteto de Tribunal da Cidadania. Nos casos acima, aparentemente todos os pacientes, por não se enquadrarem na mesma moldura legal do art. 33 da Lei de Drogas, deveriam ter ido para casa. Lamentavelmente, não foi o que aconteceu, pois um deles passou a chamar de lar uma cela de cadeia.