



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2115939 - MG (2022/0123638-1)

RELATOR : MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

AGRAVANTE : LEANDRO DE OLIVEIRA GOMES

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. MATÉRIA PREQUESTIONADA. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS INCONTROVERSOS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MERCANCIA ILÍCITA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGAS. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELO JUÍZO DE ORIGEM.

1. Devidamente prequestionada a matéria, é de ser reconsiderada a decisão que não conheceu do agravo.
2. Tratando-se da atribuição de nova qualificação jurídica a fatos incontroversos registrados pelas instâncias ordinárias em suas respectivas decisões, fica afastada a aplicação da Súmula n. 7/STJ.
3. O quadro fático dos autos autoriza a conclusão de que, apesar de os depoimentos dos policiais serem merecedores de credibilidade como elementos de convicção, não demonstram inequivocamente, acerca da droga, a sua destinação para a comercialização, além de ter sido apreendida quantidade não relevante, tratando-se de apenas 0,45 gramas de crack e 32,67 gramas de cocaína.
4. O fato de o sentenciado já ter sido preso em outra ocasião pelo mesmo delito não é suficiente para demonstrar que a droga apreendida era destinada ao comércio, especialmente por não ter sido flagrado vendendo ou expondo à venda a droga, bem como por não ter havido a apreensão, em sua residência, de balança de precisão ou de petrechos para a comercialização de drogas.
5. Considerando a apreensão de quantidade não expressiva de drogas, o reconhecimento pelo Juízo de origem da semi-imputabilidade do réu e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente, afigura-se mais razoável adotar a interpretação mais favorável ao

imputado, com a desclassificação da conduta delituosa para o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

5. Agravo regimental provido. Agravo conhecido para prover o recurso especial a fim de desclassificar a conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, devendo o Juízo de origem aplicar as sanções nele cominadas, como entender de Direito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de outubro de 2022.

OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2115939 - MG (2022/0123638-1)

RELATOR : MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

AGRAVANTE : LEANDRO DE OLIVEIRA GOMES

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. MATÉRIA PREQUESTIONADA. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS INCONTROVERSOS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MERCANCIA ILÍCITA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGAS. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELO JUÍZO DE ORIGEM.

1. Devidamente prequestionada a matéria, é de ser reconsiderada a decisão que não conheceu do agravo.
2. Tratando-se da atribuição de nova qualificação jurídica a fatos incontroversos registrados pelas instâncias ordinárias em suas respectivas decisões, fica afastada a aplicação da Súmula n. 7/STJ.
3. O quadro fático dos autos autoriza a conclusão de que, apesar de os depoimentos dos policiais serem merecedores de credibilidade como elementos de convicção, não demonstram inequivocamente, acerca da droga, a sua destinação para a comercialização, além de ter sido apreendida quantidade não relevante, tratando-se de apenas 0,45 gramas de crack e 32,67 gramas de cocaína.
4. O fato de o sentenciado já ter sido preso em outra ocasião pelo mesmo delito não é suficiente para demonstrar que a droga apreendida era destinada ao comércio, especialmente por não ter sido flagrado vendendo ou expondo à venda a droga, bem como por não ter havido a apreensão, em sua residência, de balança de precisão ou de petrechos para a comercialização de drogas.
5. Considerando a apreensão de quantidade não expressiva de drogas, o reconhecimento pelo Juízo de origem da semi-imputabilidade do réu e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente, afigura-se mais razoável adotar a interpretação mais favorável ao

imputado, com a desclassificação da conduta delituosa para o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

5. Agravo regimental provido. Agravo conhecido para prover o recurso especial a fim de desclassificar a conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, devendo o Juízo de origem aplicar as sanções nele cominadas, como entender de Direito.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

Sustenta a não incidência da Súmula 7/STJ, sob o argumento de que busca apenas a reavaliação jurídica da prova, a fim de desclassificar a infração para posse de drogas para consumo próprio, mormente pela quantidade não relevante e pela ausência de comprovação da traficância. Requer a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do recurso pela Sexta Turma.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso a fim de que seja desclassificada a conduta para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

É o relatório.

VOTO

Tratando-se da atribuição de nova qualificação jurídica a fatos incontroversos registrados pelas instâncias ordinárias em suas respectivas decisões, fica afastada a aplicação da Súmula n. 7/STJ. Efetivamente prequestionada a matéria, o agravo merece ser conhecido, em ordem a que se evolua para o mérito.

Consta dos autos que o acusado foi condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 da Lei 11.343/2006 e 297 do CP, na forma do art. 69 do CP, sendo substituída a pena privativa de liberdade por medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial, diante da semi-imputabilidade do réu. O Tribunal de Justiça deu provimento parcial ao apelo defensivo apenas para reduzir a reprimenda.

Quanto à desclassificação para a infração de posse de drogas para consumo próprio, o voto condutor está assim fundamentado:

No presente recurso a questão cinge-se à possibilidade de desclassificação da conduta do embargante para aquela prevista no - ad. 28 da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista o entendimento apresentado no voto minoritário que conclui pela insuficiência do conjunto probatório em comprovar a mercancia ilícita dos entorpecentes apreendidos na diligência policial.

Pois bem, após análise dos autos e da tese jurídica em questão, conclui-se que o caso não comporta o resgate do voto vencido (Des. Nelson Missias de Moraes), devendo ser

confirmada a decisão tomada por maioria pela Turma Julgadora (Desa. Beatriz Pinheiro Caires e Des. Catta Preta).

Nesse sentido, depreende-se do acórdão proferido por esta C. 2ª Câmara Criminal que a manutenção da condenação do réu foi baseada principalmente na diligência policial que culminou com a abordagem e prisão em flagrante do réu.

Nesse sentido, os Policiais Militares ao avistarem o acusado em atitude suspeita, juntamente com outros indivíduos em local conhecido por ser ponto de tráfico de drogas. Ao visualizarem o acusado saindo de dentro da casa de um conhecido traficante de drogas, verificaram que ele dispensou algo ao solo e, após, verificaram se tratar de uma porção de crack.

Em busca pessoal, os policiais encontraram no bolso do réu a quantia de R\$ 64,00 (sessenta e quatro reais) e um cheque no valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). O acusado, então, apresentou-se aos policiais com nome falso.

Ato contínuo, dirigiram-se até a residência de Leandro e encontraram dentro de um aspirador de pó uma porção de cocaína.

Quanto ao exposto, válido colacionar as declarações prestadas pelo condutor do flagrante em sede policial, o qual informa como foi realizada a apreensão das drogas, salientando que **o acusado é pessoa conhecido no meio policial pela prática do tráfico de drogas.**

[...]

Cumprido destacar que o depoimento acima colacionado foi devidamente confirmado em juízo, conforme mídia de fls. 115. **Em audiência de instrução e julgamento o PM acrescentou que quando iniciou a abordagem, Leandro arremessou um objeto no chão, o qual foi apreendido, tratando-se de um invólucro contendo crack. No entanto, ele se apresentou como sendo outra pessoa e ao realizarem busca na residência do réu encontraram dentro do aspirador de pó outra porção de cocaína.**

No mesmo sentido é o depoimento judicial do PM Wendel marques Pereira (mídia - fls. 115), que ratificou as declarações prestadas pelo condutor do flagrante e relatou que sua guarnição visualizou **o momento em que o acusado saiu da casa do traficante de drogas, Flamiel de Oliveira Brandão, e fez contato com dois indivíduos na via pública e que diante da significativa suspeita do réu ter entregue algum objeto aos indivíduos foi efetivamente abordado pela polícia, o qual arremessou algo ao chão.** Em seguida, verificaram tratar-se de um invólucro com crack. Ressaltou ainda que durante busca pessoal foi encontrado R\$ 64,00 em dinheiro e R\$ 1.200,00 em cheque. Por fim, declarou que na residência do réu foi localizada uma porção de cocaína dentro do aspirador de pó.

Por oportuno, destaco que apenas a condição de agente de segurança pública não invalida os depoimentos dos policiais, sobretudo por não existir qualquer dúvida acerca da imparcialidade destes, cumprindo à defesa a comprovação de eventual suspeita de parcialidade, nos termos do artigo 214 do Código de Processo Penal.

[...]

Nesse contexto, conforme a prova oral produzida e considerando circunstâncias que envolveram os fatos, ainda que tenha sido apreendida pequena quantidade de drogas, a certeza de que o apelante era o proprietário dos entorpecentes apreendidos e que estava inserido no contexto da traficância sobressai de forma clara.

[...]

Ademais, a despeito de não poder se descartar a condição de usuário de drogas, até porque, por diversas vezes, muitos dependentes acabam comercializando substâncias ilícitas para sustentarem o próprio vício, as provas judiciais permitem a conclusão de que os entorpecentes eram destinados mesmo ao tráfico de drogas.

Logo, diante das provas produzidas em contraditório judicial, entendo que devidamente demonstrada a vinculação do agente com a droga localizada em seu poder e na sua residência, bem como a destinação mercantil do entorpecente, sobretudo pelas circunstâncias da apreensão das drogas, além dos depoimentos colhidos em juízo, em versão que não foi desconstituída pelas frágeis alegações defensivas ou por qualquer outra prova.

Conclui-se, assim, que foram comprovadas a materialidade, a autoria e a tipicidade, sendo os elementos de prova suficientes à condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, não havendo que se falar no resgate do voto minoritário proferido no julgamento de fls. 194/202.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos do voto vencido:

Peço vênia ao em. Des. Relator para acolher os presentes embargos e resgatar o voto por mim proferido por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 1.0145.18.028588-71001.

Reexaminado o acervo probatório, permaneço com a compreensão de que não foram produzidas provas suficientes para a condenação do embargante pelo delito de tráfico de drogas.

De fato, a versão apresentada pelo acusado, no sentido de que as drogas encontradas em sua residência eram destinadas a seu consumo, não foram desconstituídas pelos demais elementos de convicção coligidos para os autos.

Reitero os fundamentos lançados no voto dissidente por mim proferido por ocasião do julgamento da apelação criminal, sobretudo no que concerne **à ausência de elementos concretos que sustentem a versão policial de que o embargante era conhecido como traficante - repiso que, embora com trinta e quatro anos de idade, o acusado não possui em sua CAC sequer uma anotação em relação a tal delito.**

Consigno que **não foram encontrados petrechos usualmente empregados na embalagem de drogas, balança de precisão, anotações ou quaisquer outros elementos que pudessem sugerir a mercancia de entorpecentes pelo acusado, e que a pequena quantidade de cocaína apreendida (32,67g, conforme fl. 50) não se incompatibiliza com a armazenagem para fim de consumo.**

Os relatos dos policiais militares, no sentido de que notaram que o embargante havia saído da residência de um traficante e portava uma pedra de crack, a meu juízo, não autorizam a conclusão de que a substância portada pelo acusado seria destinada ao comércio, sendo

crível que o entorpecente seria destinado ao consumo do embargante.

Aliás, a conclusão do exame de sanidade mental e dependência toxicológica (fls. 36140 dos autos em apenso) é no sentido de que o acusado tinha a capacidade de autodeterminação parcialmente comprometida em razão do vício em crack.

Destaco ainda que a suspeita de que o acusado teria feito contato com supostos usuários após sair da casa de um traficante e antes de dispensar uma pedra de crack, não restou satisfatoriamente comprovada pelo acervo probatório.

Portanto, a dúvida acerca da destinação dos entorpecentes encontrados com o acusado autoriza a desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06.

Resgato, ainda, considerando a reincidência do embargante, a pena de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo pelo prazo de 06 (seis) meses, reduzida em 1/3 (um terço) em razão da sem-imputabilidade do acusado, restando concretizada em 04 (quatro) meses da mesma sanção alhures estabelecida.

No caso, a pouca quantidade de droga apreendida — 0,45 gramas de crack e 32,67 gramas de cocaína — e o local conhecido como ponto de tráfico de drogas não permitem distinguir a condição do recorrente como usuário ou traficante.

Diante das circunstâncias fáticas delineadas no acórdão, infere-se que, apesar de os depoimentos dos policiais serem merecedores de credibilidade como elementos de convicção, a forma como foi apreendida a droga não demonstra inequivocamente a sua destinação para a comercialização, além de ter sido apreendida quantidade não relevante, conforme descrito acima.

O fato de o sentenciado já ter sido preso em outra ocasião pelo mesmo delito não é suficiente para demonstrar que a droga apreendida era destinada ao comércio, especialmente por não ter sido o acusado flagrado vendendo ou expondo à venda, bem como por não ter havido a apreensão, em sua residência, de balança de precisão ou de petrechos para a comercialização de drogas.

Considerando a apreensão de quantidade não expressiva de droga, o reconhecimento pelo Juízo de origem da semi-imputabilidade do réu e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente, afigura-se razoável, considerando-se o princípio da presunção de inocência, adotar-se a interpretação mais favorável ao réu, tal como consignado no voto vencido.

A questão já foi apreciada no Supremo Tribunal Federal, conforme aresto a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESC LASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DEDROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA.

1. Verificada excepcionalidade apta a autorizar a intervenção antecipada desta CORTE, supera-se o óbice da Súmula 691do STF.

2. A pequena quantidade de maconha apreendida (6g) e as circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação indicam, sem precisar examinar a fundo a matéria fática, que a solução adequada ao caso é a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, nos termos da sentença de primeira instância.

3. Consoante antigo julgado desta CORTE, é questão de direito definir o campo da livre apreciação das provas, para anular decisão calcada em dados meramente subjetivos, fruto de convicção íntima, haurida de elementos probatórios indiretos (HC 40.609, Rel. Min. EVANDRO LINS, Tribunal Pleno, DJ de 3/9/1964).

4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (HC n. 176.422 AgR, Primeira Turma, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 4/12/2019.)

No mesmo sentido podem ser conferidos os seguintes precedentes desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DA MERCANCIA. IMPUTAÇÃO MINISTERIAL ACOLHIDA NO ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006, DE RIGOR. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA PARA RESTABELECEER OS EFEITOS DA SENTENÇA.

1. Na distribuição estática do ônus da prova no processo penal, compete ao Ministério Público demonstrar os elementos do fato típico. Outrossim, no sistema acusatório, o juízo condenatório é de certeza, ou seja, não pode ser substituído por juízo de probabilidade.

2. Na denúncia, foi imputada pelo Parquet a conduta de trazer consigo, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 89g de maconha. Porém, o quadro fático incontroverso consignado no acórdão impugnado não demonstra satisfatoriamente o fim de mercancia da droga apreendida, nem afasta a afirmação do Paciente de que a substância apreendida destinava-se ao consumo pessoal (conclusão, a propósito, a que chegou o Juiz sentenciante, mais próximo dos fatos e das provas). Segundo a documentação dos autos e conforme consignado na sentença e no próprio acórdão que a reformou, em nenhum momento o Paciente foi observado vendendo, entregando ou fornecendo entorpecentes a terceiros. Pelo contrário, no caso, ressaltou-se no acórdão impugnado que não houve comprovação de efetiva prática de comércio clandestino.

3. Não ocorreu campana policial, mas apenas uma abordagem pessoal do Paciente em razão de sua semelhança física com outra pessoa procurada e, segundo os policiais (testemunhas), não havia informações prévias sobre o suposto tráfico de entorpecentes por parte do Agente. Ou seja, a abordagem ocorreu tão somente em razão da aparência física do Réu. Assim, na hipótese, não se pode concluir pela prática do crime de tráfico de drogas apenas com base na quantidade de entorpecente apreendido.

4. Por não haver juízo de certeza amparado em provas indicadas no acórdão de que a droga apreendida com o Paciente destinava-se à mercancia e não ao consumo pessoal - como confessou o Réu -, de rigor concluir que se cometeu a conduta de trazer consigo a droga, para consumo pessoal, tipificada no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. Precedentes da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça citados: HC 497.023/ES, Rel. Ministro ANTONIO

SALDANHA PALHEIRO; HC 512.344/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO; REsp 1.769.822/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ; AgRg no HC 586.513/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO.

5. Constatar que a Corte estadual não se valeu do melhor direito na condenação do Paciente não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 33 da Lei de Drogas. No sistema acusatório, repita-se, constitui ônus estatal demonstrar de forma inequívoca a configuração de delitos.

6. Ordem de habeas corpus concedida para restabelecer os efeitos da sentença que desclassificou a conduta imputada ao Paciente para o delito tipificado no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, aplicando-se-lhe a prestação de serviço à comunidade, pelo prazo de 5 (cinco) meses, nas condições a serem especificadas pelo Juízo das execuções. (HC 656.311/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 29/04/2021.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO ACUSAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO COM BASE NO DEPOIMENTO DE UM POLICIAL MILITAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO TRÁFICO. CERTEZA IMPRESCINDÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Sem revalorar a prova, mas se tendo como certa a mera localização de pequena quantidade de droga, possível e devida é a reavaliação jurídica do fato.

2. Foi o paciente flagrado na posse de 146 gramas de maconha, em veículo com amigos, assumiu a propriedade da droga e se disse viciado, não possuindo antecedentes criminais e tampouco existindo qualquer mínima indicação de atuação no tráfico, mesmo pela testemunha policial que o abordou. Nesse limite de fatos incontroversos, correta é a definição jurídica dada pela sentença classificando o fato como no art. 28, caput, da lei de drogas.

3. Habeas corpus concedido para restabelecer a definição jurídica dada pela sentença condenatória. (HC 512.344/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LITISPENDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.

1. Tratando-se de fatos distintos veiculados em ações penais diversas, não há que se falar em litispendência.

2. É possível examinar em habeas corpus a legitimidade da condenação imposta desde que não seja necessário que se proceda à dilação probatória.

3. Para a imposição de uma condenação criminal, faz-se necessário que seja prolatada uma sentença, após regular instrução probatória, na qual haja a indicação expressa de provas suficientes acerca da comprovação da autoria e da materialidade do delito, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal

4. Insta salientar, ainda, que a avaliação do acervo probatório deve ser realizada balizada

pelo princípio do favor rei. Ou seja, remanescendo dúvida sobre a responsabilidade penal do acusado, imperiosa será a sua absolvição, tendo em vista que sobre a acusação recai o inafastável ônus de provar o que foi veiculado na denúncia.

5. A apreensão da droga no domicílio do acusado, por si só, insta consignar, não indica a realização do tipo inserto no art. 33 da Lei de Drogas, notadamente se considerada a pouca quantidade que foi encontrada. Além disso, não foram localizados petrechos comuns a essa prática (balança de precisão, calculadora, recipientes para embalar a droga, etc). Ademais, os policiais, únicas testemunhas do fato, ao serem questionados, nada acrescentaram sobre a apuração dos fatos. Em suma, não foram encontradas evidências do comércio ilícito.

6. Ordem concedida, para desclassificar a imputação contida na denúncia para o tipo inserto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, devendo o Magistrado da 5ª Vara Criminal de Serra/ES aplicar as penas nele cominadas como entender de direito. (HC 497.023/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 21/06/2019.)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO. DESNECESSÁRIO REVOLVIMENTO DE PROVAS. ALEGADA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE PROVA DA TRAFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL. REGRA PROBATÓRIA DECORRENTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Não se desconhece o entendimento pacífico da jurisprudência - tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal - de que a pretensão de desclassificação de um delito exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, em sede de recurso especial.

2. Todavia, a moldura fática delineada na sentença e no acórdão não demonstrou o fim de mercancia, nem afastou de forma incontestada a afirmação do réu de que a droga apreendida destinava-se ao seu consumo pessoal.

3. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976) - e que continua na legislação atual.

4. Não por outro motivo, a prática tem evidenciado que a concepção expansiva da figura de quem é traficante acaba levando à inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais.

5. A atual (embora não recente) crise do sistema penitenciário brasileiro e o fato de o Brasil possuir, hoje, a terceira maior população carcerária do mundo - segundo o Centro Internacional de Estudos Prisionais - ICPS (International Centre for Prison Studies) - recomendam não desconsiderar as ponderações feitas neste caso concreto de que efetivamente é temerária, também sob essa perspectiva, a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas.

6. A conduta imputada pelo Ministério Público - dentre as várias previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) - foi a de trazer consigo "11 (onze) pedras de crack, divididas em papéletes individuais e escondidas em suas partes íntimas".

Em nenhum momento, o acusado foi visto vendendo, expondo à venda ou oferecendo entorpecentes a terceiros.

7. Não foram mencionados elementos que demonstrem, de modo satisfatório, a destinação comercial do entorpecente localizado com o recorrente. Com efeito, não houve campana policial para averiguação da conduta do recorrente, mas tão somente uma abordagem pessoal em virtude do fato de o coacusado - que conduzia a motocicleta - ter se evadido ao avistar a autoridade policial.

8. O Ministério Público - sobre quem pesa o ônus da prova dos fatos alegados na acusação - não comprovou a ocorrência de mercancia ilícita da droga encontrada em poder do recorrente, ou que a tanto se destinava, de modo que remanesce somente a conduta de trazer consigo a droga, para consumo pessoal, prevista no tipo do caput do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

9. Dada a primariedade do recorrente (conforme reconhecido na sentença), a reprimenda prevista para o delito de posse de drogas para consumo próprio - prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo - não pode superar o prazo de 5 meses (art. 28, § 3º, da Lei n. 11.343/2006).

10. Entretanto, o acusado respondeu ao processo cautelarmente privado de sua liberdade (desde sua prisão em flagrante, em 6/3/2017), e sua custódia preventiva foi mantida na sentença condenatória.

11. Como ele está preso a um lapso temporal superior ao da reprimenda que lhe seria imposta, deve ser reconhecida a extinção de sua punibilidade.

12. Recurso provido para desclassificar a conduta imputada ao réu para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, já cumprido o prazo máximo da sanção cabível - de modo até mais oneroso -, julgar extinta sua punibilidade.(REsp 1769822/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 13/12/2018.)

A propósito, como bem destacado no parecer ministerial:

No caso em tela, além de ter sido apreendida pequena quantidade de droga, não há nos autos outras provas corroborando a conduta de tráfico, v.g., apreensão de qualquer instrumento, utensílio ou produtos capazes de vinculá-las ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Vale destacar que o acusado, que contava com trinta e quatro anos à época dos fatos, nunca foi processado pelo delito previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06. **Além disso, inexistem diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância, sendo que o exame de sanidade mental e dependência toxicológica concluiu que o acusado tinha a capacidade de autodeterminação parcialmente comprometida em razão do vício em crack.**

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial a fim de desclassificar a conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, devendo o Juízo de origem aplicar as sanções nele cominadas, como entender de Direito.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0123638-1 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no
AREsp 2.115.939 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 014518027593 0145180285887 01451802858871003 0145180335054
02858875420188130145 1014518025887002 10145180285887001
10145180285887002 10145180285887003 10145180285887004
101451802858871001 101451802858871003 14518027593 145180285887
1451802858871003 145180335054 2858875420188130145

EM MESA

JULGADO: 25/10/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF
1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LEANDRO DE OLIVEIRA GOMES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Denúncia/Queixa - Desclassificação

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LEANDRO DE OLIVEIRA GOMES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

C54252451224=47881@

2022/0123638-1 - AREsp 2115939 Petição : 2022/0060088-6 (AgRg)