AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1939558 - ES (2021/0242158-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO	:	JHONATAN MARTINS BEIRIZ
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO COMPROVADA FINALIDADE MERCANTIL DA DROGA. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Em decorrência do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação. Na espécie, contudo, as instâncias ordinárias não apontaram elementos suficientes para concluir pela prática do delito de tráfico de drogas.

2. Embora houvesse ocorrências de tráfico de drogas no local em que o réu foi abordado pelos policiais, não se tratava, especificamente nesse caso, de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da prática de tráfico de drogas pelo paciente. Tanto é assim que os policiais militares realizavam apenas patrulhamento de rotina.

3. A quantidade de drogas encontrada foi bastante reduzida e perfeitamente compatível com o mero uso de entorpecentes. Ademais, em nenhum momento, o réu foi pego vendendo, expondo à

Documento eletrônico VDA45024782 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 19/12/2024 14:44:52
Publicação no DJEN/CNJ de 23/12/2024. Código de Controle do Documento: 754148f4-1e46-4f04-b976-81fcb0d7da9b

venda ou oferecendo drogas a terceiros; ou seja, ele não foi encontrado, na rua, em situação de traficância.

4. A conclusão pela desclassificação da conduta imputada aos réus para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, mas tão somente a revaloração de fatos incontroversos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 19 de dezembro de 2024.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator

Documento eletrônico VDA45024782 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 19/12/2024 14:44:52
Publicação no DJEN/CNJ de 23/12/2024. Código de Controle do Documento: 754148f4-1e46-4f04-b976-81fcb0d7da9b

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1939558 - ES (2021/0242158-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO	:	JHONATAN MARTINS BEIRIZ
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO COMPROVADA FINALIDADE MERCANTIL DA DROGA. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Em decorrência do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação. Na espécie, contudo, as instâncias ordinárias não apontaram elementos suficientes para concluir pela prática do delito de tráfico de drogas.

2. Embora houvesse ocorrências de tráfico de drogas no local em que o réu foi abordado pelos policiais, não se tratava, especificamente nesse caso, de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da prática de tráfico de drogas pelo paciente. Tanto é assim que os policiais militares realizavam apenas patrulhamento de rotina.

3. A quantidade de drogas encontrada foi bastante reduzida e perfeitamente compatível com o mero uso de entorpecentes. Ademais, em nenhum momento, o réu foi pego vendendo, expondo à

Documento eletrônico VDA45024929 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 19/12/2024 14:44:46
Código de Controle do Documento: 92f2b010-9b78-431b-a1c1-a3eb9010607c

venda ou oferecendo drogas a terceiros; ou seja, ele não foi encontrado, na rua, em situação de traficância.

4. A conclusão pela desclassificação da conduta imputada aos réus para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, mas tão somente a revaloração de fatos incontroversos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória.

5. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que dei provimento ao recurso especial, a fim de desclassificar a conduta imputada ao réu.

Nas razões do regimental, o *Parquet* aduz que a decisão que desclassifica a conduta do réu para consumo de drogas incorre em indevido reexame probatório.

Entende que "a natureza e a quantidade das substâncias ilícitas (entorpecentes) apreendidas na posse do agravado - 04 (quatro) buchas de maconha e 03 (três) papelotes de cocaína - o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais apuradas, bem como a sua conduta, efetivamente dão conta de que o agravado, quando foi preso, praticava o crime de tráfico de drogas" (fl. 393).

Pleiteia, assim, a reconsideração da decisão anteriormente proferida. Subsidiariamente, pugna pelo encaminhamento deste agravo para julgamento pelo órgão colegiado.

VOTO

Não obstante as razões defensivas, mantenho a decisão impugnada.

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta perpetrada pelos pacientes se amolda ao tipo previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 - como postula o impetrante - ou ao delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da mesma lei).

Documento eletrônico VDA45024929 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 19/12/2024 14:44:46
Código de Controle do Documento: 92f2b010-9b78-431b-a1c1-a3eb9010607c

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 nesta via recursal, a teor do que estabelecido na Súmula n. 7 do STJ.

Entretanto, chama particular atenção deste julgador o fato de o agtravante haver sido condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, a despeito da reduzida quantidade de drogas apreendidas: 4 buchas de maconha e 3 papelotes de cocaína.

Decerto que, no processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

Na espécie, contudo, entendo que as instâncias ordinárias não apontaram elementos suficientes para concluir pela prática do delito de tráfico de drogas, senão vejamos.

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do paciente, destacou o depoimento dos policiais militares que participaram da diligência na qual ocorreu a prisão em flagrante do réu (fls. 182-188, destaquei):

> Segundo consta, policiais militares realizavam patrulhamento preventivo próximo à residência de Jhonatan, momento em que foi realizada a abordagem ao acusado, tendo sido encontrados em sua posse 04 (quatro) bucha de substância semelhante à maconha, 03 (três) papelotes de substância semelhante à cocaína, além de a importância de R$ 120,00 (cento e vinte reais)
>
> [...]
>
> A testemunha SD/PM LUIZ ANTONIO DIAS MARELI à fl. 113 afirma a autoria do crime ora descrito na inicial:
>
> "que já tinta visto o réu pela rua e que vendia droga e não sabe se já foi preso outras vezes".

Documento eletrônico VDA45024929 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 19/12/2024 14:44:46
Código de Controle do Documento: 92f2b010-9b78-431b-a1c1-a3eb9010607c

> A testemunha CB/PM EDUARDO DIAS em seu interrogatório à fl. 114 afirma a autoria do crime ora descrito na inicial:
>
> "que na época estava uma disputa de tráfico em Atílio Vivacqua; que tinha uma denúncia de uma moto de uma pessoa que estava em penhor para pegar em droga; que foram no local e encontraram a moto escondida numa rua sem saída; que o réu disse que estava com a moto"
>
> O réu JHONATAN MARTINS BEIRIZ em seu interrogatório à fl. 115 negou a autoria do crime ora descrito na inicial:
>
> "que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros; mas que já foi processado antes por tráfico, que o processo acabou; que tinha acabado de chegar do serviço e estava sentado perto de casa e o cara chegou e pediu se ele tinha dinheiro para emprestar; e que tinha o dinheiro para emprestar mas que tinha que levar no outro dia para entregar sua mãe que ela precisaria para compra as coisas para dentro de casa; que o cara achou que ele não estava acreditando nele e deixou sua moto para garantia de pagamento; que o acusado aceitou e usaria então para ir trabalhar; mas que no outro dia o cara apareceu em sua casa com os policias; que as drogas estavam com ele que ele tinha ido em cachoeiro pegar para seu uso; e que o acusado tinha perguntado se a moto era do cara e ele disse que era e quanto pegou já estava com a placa alterada; mas que no depoimento do inquérito policial de fls. 09/09-v dizia ter conhecimento e que não confirma o interrogatório; que quando menor já foi apreendido várias vezes por tráfico"
>
> Diante das provas analisadas, concluo estar indubitavelmente comprovada

Diante tão somente de tais elementos, concluiu o Juiz sentenciante "estar indubitavelmente comprovada a autoria do delito ora analisado, sendo que a conduta do réu se amolda em perfeição com a tipificação circunstanciada na denúncia" (fl. 189).

A Corte estadual, por sua vez, manteve a condenação do agravante pela prática do crime de tráfico de drogas, com fundamento, em síntese, nos depoimentos prestados pelos policiais militares responsáveis pela diligência, já mencionados anteriormente. Na ocasião, afirmou, ainda, o seguinte (fl. 278):

> Ja se consolidou na jurisprudência dos tribunais que não é necessária a prova flagrancial do comércio, bastando que o agente, seja surpreendido ao realizar uma das elementares do referido tipo penal, dentre as quais se insere o núcleo "trazer consigo", do que se conclui ter incorrido em conduta formal e materialmente típica,

Documento eletrônico VDA45024929 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 19/12/2024 14:44:46
Código de Controle do Documento: 92f2b010-9b78-431b-a1c1-a3eb9010607c

> ilícita e culpável.
>
> Sendo assim, entendo não assistir razões à defesa ao pugnar pela absolvição ou desclassificação para o tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/2006, uma vez que restou evidenciado que o apelante traficava drogas.
>
> Desse modo, por não haver motivos para modificar a sentença, mantenho inalterada a condenação do réu como incursos no art. 33, "caput" da Lei 11.343/2006.

É imperioso o registro de que 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. Não por outro motivo, a prática nos 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.

No caso, conforme visto, as instâncias ordinárias concluíram pela condenação do paciente em relação à prática do crime de tráfico de drogas, com fundamento, basicamente, nos seguintes argumentos: a) no local da prisão, há ocorrências de tráfico de drogas; b) foram encontradas as drogas com o réu.

No entanto, embora houvesse ocorrências de tráfico de drogas no local em que o réu foi abordado pelos policiais, não se tratava, especificamente nesse caso, de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da prática de tráfico de drogas pelo paciente. Tanto é assim que os policiais militares realizavam apenas patrulhamento de rotina.

Verifico, ainda, que a quantidade de drogas encontrada foi bastante reduzida e perfeitamente compatível com o mero uso de entorpecentes. Ademais, em nenhum momento, o paciente foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros; ou seja, ele não foi encontrado, na rua, em situação de traficância.

Documento eletrônico VDA45024929 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 19/12/2024 14:44:46
Código de Controle do Documento: 92f2b010-9b78-431b-a1c1-a3eb9010607c

De igual forma, não foram apreendidos materiais típicos para o preparo e comercialização de entorpecentes, tampouco balança de precisão, caderneta de anotações de venda de drogas ou rádio comunicador.

Faço menção ao fato de que a única conduta imputada pelo Ministério Público em sua denúncia – dentre as várias previstas no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) – foi a de trazer consigo, a qual também está prevista no tipo descrito no *caput* do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Diante de tais considerações, entendo que o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar o tráfico de drogas. O que se tem dos elementos coligidos aos autos é apenas a intuição acerca de eventual traficância praticada pelos agravados.

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer *a parte objecti*, quer *a parte subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa, em sua dinâmica subjetiva - o ânimo a mover a conduta - decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

Apenas faço a observação de que nada impede que um portador de 1 g de crack, a depender das peculiaridades do caso concreto, possa ser responsabilizado pelo delito de tráfico de drogas. Pode, evidentemente, estar travestido de usuário, até o ponto em que, contrastado pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, venha a ser condenado pelo comércio espúrio.

No entanto, no caso ora em análise, a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância por parte do acusado - e não apenas a acenada existência de ponto de comércio de drogas no local em que ele se encontrava - evidencia o equívoco da condenação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque não foi o ora paciente surpreendido comercializando droga e, portanto, a conclusão sobre sua

Documento eletrônico VDA45024929 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 19/12/2024 14:44:46
Código de Controle do Documento: 92f2b010-9b78-431b-a1c1-a3eb9010607c

conduta decorreu de avaliação subjetiva não amparada em substrato probatório idôneo a corroborar a acusação.

Logo, mantém-se a desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28, *caput*, da Lei de Drogas.

Releva, por necessário, enfatizar que, especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado nesta via recursal.

O caso em análise, diversamente, requer apenas a revaloração de fatos incontroversos - já referidos linhas atrás, os quais já estão delineados nos autos - e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória. Depende, ademais, da definição, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias de origem para condenar o réu pela prática do crime de tráfico de drogas, *vis-à-vis* os elementos (subjetivos e objetivos) do tipo penal respectivo.

À vista do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Documento eletrônico VDA45024929 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 19/12/2024 14:44:46
Código de Controle do Documento: 92f2b010-9b78-431b-a1c1-a3eb9010607c

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2021/0242158-0

AgRg no AREsp 1.939.558 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 00003425201880800 60

EM MESA

JULGADO: 17/12/2024

Relator
Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. ANDRÉA HENRIQUES SZILARD

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	JHONATAN MARTINS BEIRIZ
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO	:	JHONATAN MARTINS BEIRIZ
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Documento eletrônico VDA44997769 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA, SEXTA TURMA Assinado em: 17/12/2024 19:06:13
Código de Controle do Documento: 1C4621E6-E116-490E-8B3F-AAE1693FC125