AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2134033 - TO (2022/0158142-6)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	ROBERTO MATOS BARBOSA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS. LEGALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PROVAS CONCRETAS DA TRAFICÂNCIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO RECORRENTE (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

I. Caso em exame

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, visando à nulidade das provas obtidas a partir da busca pessoal e à absolvição do crime de tráfico de drogas ou à desclassificação para o delito de porte de drogas para consumo pessoal.

II. Questões em discussão

2. Há duas questões em discussão: (i) a validade da busca pessoal realizada, com base em fundadas razões; (ii) se estão presentes provas válidas que configuram a traficância.

III. Razões de decidir

3. A busca pessoal sem mandado é permitida apenas quando há fundada suspeita, conforme art. 244 do Código de Processo Penal.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exige que a suspeita seja baseada em circunstâncias concretas e objetivas, não em impressões subjetivas.

5. A busca pessoal foi legalmente fundamentada em fundada suspeita, originada pelo comportamento suspeito do acusado durante patrulhamento policial e pela existência de mandado de prisão expedido em seu desfavor, o que legitima a abordagem policial.

6. A distinção entre os crimes de tráfico de drogas e posse para

Documento eletrônico VDA44786671 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 12:58:34
Publicação no DJEN/CNJ de 20/12/2024. Código de Controle do Documento: aa19e40e-3619-4486-9596-89f0f3cbf435

consumo próprio decorre da destinação dada à droga. O art. 28 da Lei nº 11.343/2006 tipifica a posse quando destinada ao consumo pessoal, enquanto o art. 33 criminaliza a posse para o tráfico, sem exigir finalidade específica.

7. O § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 estabelece os critérios para a caracterização do consumo pessoal: a natureza e a quantidade da droga, as circunstâncias da apreensão e as condições pessoais do agente.

8. No presente caso, a quantidade de entorpecentes apreendidos (13,3 gramas de crack) e a ausência de provas concretas sobre a traficância justificam a desclassificação para o crime de posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006) , devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo.*

9. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite a desclassificação do crime de tráfico para posse para consumo próprio quando a análise das provas não comprova, de forma segura, a destinação da droga à venda, conforme precedentes (AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL e AgRg no HC n. 687674/SP).

IV. Dispositivo e tese

10. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de desclassificar a conduta do recorrente para a prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, determinando que as sanções administrativas sejam aplicadas pelo Juízo de origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 05 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44786671 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 12:58:34
Publicação no DJEN/CNJ de 20/12/2024. Código de Controle do Documento: aa19e40e-3619-4486-9596-89f0f3cbf435

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0158142-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AREsp 2.134.033 / TO**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00080459220218272729 00455566120208272729 192073812921
455566120208272729 50001495420198272737 80459220218272729

PAUTA: 03/12/2024 JULGADO: 03/12/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	ROBERTO MATOS BARBOSA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Documento eletrônico VDA44763802 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 04/12/2024 13:22:05
Código de Controle do Documento: 5CEA7BE4-5004-4D50-85AB-7A61ECA14A96

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2134033 - TO (2022/0158142-6)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	ROBERTO MATOS BARBOSA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS. LEGALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PROVAS CONCRETAS DA TRAFICÂNCIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO RECORRENTE (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

I. Caso em exame

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, visando à nulidade das provas obtidas a partir da busca pessoal e à absolvição do crime de tráfico de drogas ou à desclassificação para o delito de porte de drogas para consumo pessoal.

II. Questões em discussão

2. Há duas questões em discussão: (i) a validade da busca pessoal realizada, com base em fundadas razões; (ii) se estão presentes provas válidas que configuram a traficância.

III. Razões de decidir

3. A busca pessoal sem mandado é permitida apenas quando há fundada suspeita, conforme art. 244 do Código de Processo Penal.
4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exige que a

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

suspeita seja baseada em circunstâncias concretas e objetivas, não em impressões subjetivas.
5. A busca pessoal foi legalmente fundamentada em fundada suspeita, originada pelo comportamento suspeito do acusado durante patrulhamento policial e pela existência de mandado de prisão expedido em seu desfavor, o que legitima a abordagem policial.

6. A distinção entre os crimes de tráfico de drogas e posse para consumo próprio decorre da destinação dada à droga. O art. 28 da Lei nº 11.343/2006 tipifica a posse quando destinada ao consumo pessoal, enquanto o art. 33 criminaliza a posse para o tráfico, sem exigir finalidade específica.

7. O § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 estabelece os critérios para a caracterização do consumo pessoal: a natureza e a quantidade da droga, as circunstâncias da apreensão e as condições pessoais do agente.
8. No presente caso, a quantidade de entorpecentes apreendidos (13,3 gramas de crack) e a ausência de provas concretas sobre a traficância justificam a desclassificação para o crime de posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006) , devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo.*
9. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite a desclassificação do crime de tráfico para posse para consumo próprio quando a análise das provas não comprova, de forma segura, a destinação da droga à venda, conforme precedentes (AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL e AgRg no HC n. 687674/SP).

IV. Dispositivo e tese

10. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de desclassificar a conduta do recorrente para a prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, determinando que as sanções administrativas sejam aplicadas pelo Juízo de origem.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por ROBERTO MATOS BARBOSA contra decisão que inadmitiu o recurso especial, ante a incidência das Súmulas n. 7 e 83 do STJ (e-STJ, 338-341).

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 394-396(e-STJ):

> *"Consoante se extrai dos autos, o ora agravante foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 583 dias- multa, por infração ao disposto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.*
>
> *Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, tendo a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, por unanimidade, negado provimento ao recurso, conforme acórdão assim ementado (fls. 257/258):*
>
> *EMENTA: APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DOS GUARDAS MUNICIPAIS PARA EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. PERMISSIVO DO ART. 301, DO CPP. PRELIMINAR REJEITADA. 1. Diferentemente do acenado pela defesa, descabido falar-se, na espécie, em prova ilícita, a uma porque, ao contrário do exposto nas razões recursais, a abordagem foi feita por policiais militares, e não guardas metropolitanos; a duas porque, ainda que assim o fosse, inexiste ilegalidade na prisão realizada por guardas civis municipais, haja vista que, nos termos do artigo 301, do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, inexistindo óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais. Precedentes STJ. PLEITO ABSOLUTÓRIO INSUBSISTENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. PROVA IDÔNEA EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. 2 . Demonstradas a materialidade e autoria delitivas do crime de tráfico de drogas, mormente pelas provas documental, pericial e testemunhal indicarem que o apelante foi preso em flagrante transportando e trazendo consigo 13,3 g de "crack", disposta em treze porções (sendo 5 porções em formato de pedras maiores, 4 em pedras menores e 4 em formato de fragmentos), a manutenção da condenação é medida que se impõe. 3. Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos de policiais são meios idôneos para a formação do édito condenatório, principalmente se em harmonia com as demais provas dos autos. 4 . É irrelevante o fato de o recorrente não ter sido apanhado no momento da mercancia da droga, uma vez que vender, em tema de entorpecente, é apenas uma das condutas típicas e não condição sine qua non do delito de tráfico de drogas, haja vista que para sua configuração basta que a conduta se subsuma em um dos núcleos descritos no art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois se trata de crime de ação múltipla. 5. A desclassificação da conduta de tráfico de drogas para o delito de uso de substância entorpecente somente é admitida diante da comprovação clara e segura da situação alegada,*

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

devendo ser afastada a pretensão diante do arcabouço probatório no sentido de que o réu transportava e trazia consigo drogas destinadas à venda, condutas estas admitidas no tipo penal previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06. PENA DE MULTA. PLEITO DE ISENÇÃO. ALEGAÇÃO DE POBREZA. IMPOSSIBILIDADE. 6. A condenação em pena de multa integra o preceito secundário do tipo penal, não havendo possibilidade de ser desonerada pelo julgador em razão da alegada hipossuficiência do réu, já que se trata de sanção de caráter penal e sua isenção violaria o princípio constitucional da legalidade. Precedentes do STJ.

7. Apelação conhecida e improvida.

Sobreveio recurso especial interposto com base no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, no qual a defesa alega afronta aos artigos 13, 59 e 65, todos do Código Penal; artigos 33 e 28, ambos da lei 11.343/06 e artigos 155, 157 e 386, inciso VII, todos do Código de Processo Penal.

Aduz a nulidade das provas obtidas em decorrência da exorbitância dos poderes atribuídos aos guardas municipais, requerendo sua absolvição ou a desclassificação do delito para consumo pessoal.

O recurso especial foi inadmitido na origem, por incidência dos Enunciados das Súmulas 7/STJ e 83/STJ (fls. 324/327).

No presente agravo em recurso especial, o agravante alega que a decisão que inadmitiu o recurso carece de fundamentação e que o apelo nobre não atrai a incidência das Súmulas n. 7 e 83 do STJ, ao argumento de que a questão em debate trata de matéria de direito, que não demanda a reanálise de provas, em alinhamento com a orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Contraminuta ao agravo em recurso especial ofertada às fls. 371/375."

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 394-400).

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violados os seguintes dispositivos: artigos 13, 59 e 65, todos do Código Penal; artigos 33 e 28, ambos da lei 11.343/06 e artigos 155, 157 e 386, inciso VII, todos do Código de Processo Penal.

Aduz a nulidade das provas obtidas em decorrência da exorbitância dos poderes atribuídos aos guardas municipais, requerendo a absolvição do recorrente ou a desclassificação do delito de tráfico para o de porte de drogas para consumo próprio.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do recurso especial.

Acerca da violação aos artigos 157, caput e §1º e 564, inciso IV do Código de Processo Penal, sustenta o recorrente a nulidade da prova obtida a partir da abordagem realizada por guardas municipais.

No caso, o Tribunal de origem afastou a tese de ilicitude das provas nos seguintes termos (e-STJ, fls. 259/260):

> *"Delimitada a controvérsia, passo a perscrutar a insurgência, a começar pela questão prejudicial de nulidade aventada pela parte recorrente, adiantando, desde já, que a razão não lhe socorre. Explico. Em que pese o esforço argumentativo da defesa, diferentemente do acenado, descabido falar-se, na espécie, em prova ilícita, a uma porque, ao contrário do exposto em seu arrazoado, a abordagem foi feita por policiais militares, e não guardas metropolitanos, a duas porque, ainda que assim o fosse, inexiste ilegalidade na prisão realizada por guardas civis municipais, consoante disposto no art. 301, do CPP, segundo o qual "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender*

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

quem quer que seja encontrado em flagrante delito."

Por amor ao debate, explico que embora o texto da Constituição Federal explicite que a função da guarda municipal consiste na proteção dos bens, serviços e instalações do Município (artigo 144, parágrafo 8º), isto não significa que seus integrantes não ostentem a condição de agentes da autoridade, até porque o citado dispositivo acha-se inserido no capítulo "Da segurança pública", e aqui há que se atentar para a interpretação sistemática, que sobreleva a puramente gramatical.

Daí porque, como assentou o Superior Tribunal de Justiça, os guardas municipais estão "legitimados, dentro do princípio da autodefesa da sociedade, a fazer cessar eventual prática criminosa, prendendo quem se encontra em flagrante delito, como de resto facultado a qualquer do povo pela norma do art. 301, do Código de Processo Penal". E "se a lei autoriza a prisão em flagrante, evidentemente que faculta também a apreensão de coisas, objeto do crime" (RHC nº 7.916, rel. Min. Fernando Gonçalves)"

Verifica-se que o acórdão recorrido consignou que a abordagem foi feita por policiais militares, e não por guardas municipais.

Nessas condições, para se alterar as premissas fáticas adotadas pelo Tribunal de origem, no sentido de que a abordagem foi realizada por guardas municipais, e não por policiais, como afirmado no acórdão e reconhecer, por essa razão, a nulidade da prova, seria necessário rever diretamente os fatos e as provas que embasaram o julgado, providência vedada conforme a Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

O Tribunal acrescentou que, ainda que a abordagem fosse realizada por guardas municipais, inexistiria ilegalidade, por se tratar de situação de flagrante delito.

No caso, a abordagem foi realizada a partir do seguinte quadro fático (e-STJ fl. 262):

"Os depoimentos dos policiais militares que procederam à abordagem e apreensão do acusado foram harmônicos e coesos com os demais elementos de prova, consoante se depreende dos seguintes excertos extraídos da sentença:

(...) WERLES DE MORAES SOUZA, não conhecia o réu de outras abordagens. No dia dos fatos estava em patrulhamento na quadra 603 norte quando avistamos uma pessoa em uma motocicleta com o capacete meio fora da cabeça. Quando ele viu a viatura se mostrou um pouco assustado e nervoso, quase caindo. Diante dessa atitude

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

resolvemos abordá-lo. Momento em que encontramos 13 pedras de Crack na cueca dele. Em consulta aos sistemas percebemos que era foragido da justiça, com mandado de prisão em aberto pelo crime de tráfico de drogas. O réu estava sozinho próximo a uma escola. Durante a abordagem apareceu uma mulher que se disse mulher do acusado. O réu estava parado na motocicleta. Estava próximo à residência dele. No momento da abordagem disse que a droga era para seu consumo. Não soube informar a origem do dinheiro. Dinheiro estaca trocado. A droga(e-STJ Fl.262) Documento recebido eletronicamente da origem estava dividida em pedras. A droga estava pronta para venda. Nas proximidades é conhecido por ser ponto de tráfico de drogas. Na abordagem disse que era para consumo, só na delegacia que disse que era para venda. Ele tem outros procedimentos criminais em seu desfavor. Não sabe dizer se o réu é faccionado. O réu parece que é conhecido pela alcunha de "galego" ou ferrugem", mas não tem certeza.

JONYSON DIAS RODRIGUES, estávamos em patrulhamento com outros dois colegas, quando vimos o réu parado em uma moto. Resolvemos abordá-lo. Tínhamos conhecimento que tinha mandado de prisão em seu desfavor. Em revista ao acusado encontramos droga com ele e dinheiro também. Tinha uma moça nas proximidades, mas não sei dizer se ela estava em contato com ele. Fizemos a abordagem só nele. Lembro que era Crack, eram várias pedrinhas. Foi apreendido aproximadamente 436 reais em dinheiro. Não sabe dizer o que ele faria com a droga. Tínhamos a informação que tinha mandado de prisão contra ele, no entanto, em patrulhamento o avistaram, momento em que abordaram e encontraram a droga. A abordagem foi devido à atitude suspeita dele, o local é conhecido por ser de tráfico de drogas, era começo de noite e o avistamos parado lá em atitude suspeita. Um dos policiais o reconheceu. Não foram abordadas outras pessoas no local. Não acompanhei a oitiva dele na delegacia.

SAMUEL DE SOUSA FRANÇA, disse que estava em patrulhamento na quadra 603 norte, quando avistaram um indivíduo em uma motocicleta. Tinha conhecimento que o mesmo tinha mandado de prisão em aberto. Resolveram abordá-lo logrando êxito em apreender porções de Crack nas suas vestes. Tinha aproximadamente 300 reais, e não se recorda se estava trocado. Não lembra o que ele disse que faria com a droga e afirmou que estava como segurança da equipe no dia. Tinha umas 13 porções de Crack. A droga estava escondida na cueca dele. O acusado já era conhecido de outras abordagens. (...) (evento 51, autos de origem)

Extrai-se dos relatos acima que os policiais estavam em patrulhamento quando visualizaram o acusado em atitude suspeita. Ao verificarem que ele possuía mandado de prisão em aberto, realizaram à sua abordagem. Em revista pessoal, localizaram 13 porções de crack nas suas vestes, além de aproximadamente quatrocentos reais.

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

Nesse contexto, havia fundada suspeita para a realização da busca pessoal, não se vislumbrando qualquer ilegalidade a ensejar a nulidade das provas obtidas a partir da abordagem policial.

A análise realizada pelo Tribunal de origem encontra-se em linha com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido:

> *"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS. ATUAÇÃO DAS GUARDAS MUNICIPAIS. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte tem admitido a realização de busca pessoal e a prisão em flagrante por guardas municipais, tendo em vista a autorização constante nos artigos 240, § 2º, 244 e 301 do Código de Processo Penal. 2. Constata-se que, além de possível a busca pessoal pelos guardas municipais, houve fundada suspeita para abordar o paciente, pois os referidos guardas se encontravam em patrulhamento quando efetuaram a abordagem, porquanto o paciente, ao notar a aproximação da viatura, se assustou e empreendeu fuga sem motivo aparente, possibilitando a intervenção dos agentes públicos diante da suspeita acerca da prática de ato ilícito. Não há, pois, qualquer razão para considerar as provas colhidas como ilícitas. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 788.601/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 20/3/2023.)*

Quanto ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta do recorrente tipificada no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 para o art. 28 da mesma Lei, assim se manifestou a Corte de origem (e-STJ, fls. 261/ 266):

> *"Como visto, o recorrente postula sua absolvição da conduta descrita na denúncia, sob o argumento de que o conjunto probatório angariado nos autos não cuidou em demonstrar atos típicos da traficância de drogas.*
>
> *Entretanto, avaliando os fatos narrados na denúncia em cotejo com as provas existentes nos autos, não há que se dar guarida ao pleito recursal, pois os elementos de convicção coligidos na fase inquisitorial, aliados àqueles obtidos em Juízo sob o crivo do contraditório, são mais do que suficientes para conduzir à certeza de que a substância entorpecente encontrada consigo (13 porções de "crack", com massa bruta de 13,3 g) destinava-se ao tráfico.*
>
> *In casu, a materialidade do delito é induvidosa, estando ela estampada*

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

pelo auto de prisão em flagrante nº 16986/2020, laudo pericial de constatação de substância entorpecente, boletim de ocorrência nº 00071540/2020, auto de exibição e apreensão (eventos 1 e 68, autos do IP), além dos depoimentos colhidos tanto na fase inquisitiva quanto em juízo.

No que diz respeito à autoria, ao contrário das alegações do recorrente, esta também é inconteste diante da prova oral colhida durante a instrução criminal. (...)

Todavia, a versão do recorrente de que é mero usuário não convence, pois destoa das provas dos autos, como passo a expor. Os depoimentos dos policiais militares que procederam à abordagem e apreensão do acusado foram harmônicos e coesos com os demais elementos de prova (...). Como visto, as circunstâncias de apreensão da droga traçadas pelos depoimentos policiais elucidam a prática criminosa, servindo como importante elemento de convicção na condenação do acusado.

Convém destacar que, além das testemunhas policiais não terem sido contraditadas, a orientação pretoriana é no sentido de que constituem prova idônea seus respectivos depoimentos, como de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estar em consonância com o conjunto probatório, como na espécie. (...)

A pronta identificação do apelante como autor do crime de tráfico de drogas pelos policiais que efetuaram a apreensão da droga, por declarações coesas e sem contradições, prestadas nas fases inquisitiva e judicial, é suficiente ao acolhimento da denúncia, não havendo que se falar em carência de provas ou que a condenação dera-se por presunção. (...

Frise-se que a autoria do tráfico de entorpecentes encontra respaldo não somente na prova oral, como também nas circunstâncias da apreensão da droga, restando devidamente comprovado que o recorrente traficava, não sendo demais asseverar que o tipo penal previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06 é de ação múltipla, em que são admitidas as 18 (dezoito) condutas, dentre as quais, transportar e trazer consigo drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em outras palavras, o crime se consuma com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de(e-STJ Fl.264) Documento recebido eletronicamente da origem comercialização da droga.

Além disso, mesmo que seja demonstrada sua condição de toxicômano, certo é que, para se distinguir o usuário do traficante, não basta um fato isolado, mas sim, o conjunto de informações obtidas. Há de se levar em conta todos os fatores em que incidiram a prática

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

criminosa.

Ou seja, para a desclassificação do delito, não basta a mera alegação de que o acusado é usuário de substância entorpecente, circunstância que é perfeitamente compatível com o crime de tráfico previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06, inclusive. Antes, deve ser inequivocamente demonstrado que a droga tinha como destino o uso exclusivo do réu, o que não restou inconteste no caso sub judice.

E como já exaustivamente declinado, as circunstâncias da apreensão do entorpecente e as provas orais e documentais comprovam a prática do delito de tráfico de drogas, na modalidade transportar e trazer consigo, não havendo o mínimo espaço para incidência do princípio in dubio pro reo, tampouco para a desclassificação do delito para o tipo previsto no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/2006."

A controvérsia posta em julgamento é se a conduta pela qual o recorrente foi condenado é realmente típica de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) ou se amolda ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

Esclareço que a referida análise não implica revolvimento fático-probatório, pois não se está a discutir aqui se o fato histórico narrado na denúncia e pelo qual o recorrente foi condenado existiu ou não.

Vale dizer, a pergunta colocada não é se o recorrente estava ou não em posse da droga, o que demandaria nova avaliação das provas produzidas nos autos.

A pergunta colocada é se o fato narrado na denúncia, que incontestavelmente aconteceu, se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas ou, na realidade, se amolda ao tipo penal da posse para consumo próprio, o que exige somente o necessário esforço interpretativo da norma penal e o juízo de subsunção dessa norma a tais fatos, já provados.

Essa Corte já entendeu pela possibilidade de analisar a desclassificação quando o caso exigia somente a "revaloração de fatos incontroversos", como é a hipótese em questão. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

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 (Lei n. 6.368/1976).

2. Na espécie em julgamento, não constam 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.

3. 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. O caso em análise, diversamente, requer apenas a revaloração de fatos incontroversos 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.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 19/2/2024).

Passo à análise da controvérsia.

A distinção entre os crimes de tráfico de drogas e posse para consumo próprio decorre da destinação dada à droga.

Isso porque o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 criminaliza tais condutas quando o indivíduo tiver por objetivo o "consumo pessoal". Já o art. 33 da mesma Lei não exige especial destinação.

O §2º do art. 28 ainda apresenta os parâmetros para se definir se a destinação da droga era para consumo próprio ou não, que são: (i) natureza da droga; (ii) quantidade da substância; (iii) local e as condições em que se desenvolveu a ação; (iv) as circunstâncias sociais e pessoais e (v) conduta e antecedentes.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando de maneira clara acerca da necessidade da consolidação de quadro seguro sobre a autoria e a materialidade para que se possa dar o réu por incurso no delito de tráfico, prevalecendo, em caso de dúvida, o tipo do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Nesse sentido:

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N.11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

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

2. 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.

3. 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.

4. A apreensão da droga em poder do acusado, por si só, 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). Em suma, baseou-se a sentença apenas na apreensão dos entorpecentes, cuja quantidade, a meu ver, "42,2gramas de maconha, em 50 porções; 2,38 gramas de cocaína, em12 porções; e 4,34 gramas de crack, em 22 porções" (e-STJ fls.151/152), ajusta-se ao que prescreve o art. 28 da Lei de Drogas, autorizando concluir que o réu a tinha para uso próprio.

5. Agravo regimental a que se nega provimento(AgRg no HC n. 687674/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 15/2/2022, DJe de 18/2/2022).

Da simples leitura do acórdão recorrido, é possível constatar que não se demonstrou, cabalmente, que a droga apreendida era destinada à venda ou oferta.

No caso, o réu foi abordado em via pública na posse de 13,3 gramas de *crack* e as demais circunstâncias não são suficientes para caracterizar com segurança o delito de tráfico.

Com efeito, observa-se que não foram encontrados objetos que indicassem a traficância, tais como balança de precisão e apetrechos para seu fracionamento. Ademais, não houve qualquer investigação prévia, oitiva de testemunhas ou outro elemento que indicasse que a droga apreendida se destinava à mercancia.

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23

É certo que, à luz da presunção de inocência e do sistema acusatório, não se pode presumir a mercancia ilícita e, dado que o ônus de comprovar que a droga apreendida destinava-se ao tráfico e não ao consumo cabia ao órgão de acusação, não se pode considerar que a traficância teria ocorrido apenas em razão das circunstâncias de apreensão da droga.

Diante de tais considerações, entendo que assiste razão à defesa, devendo ser desclassificada a conduta imputada para a do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, em observância do princípio do in dubio pro reo.

Em razão da desclassificação ora implementada, ficam prejudicadas as demais alegações.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial para desclassificar a conduta do recorrente para a prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e determinar que as sanções administrativas lhe sejam aplicadas pelo Juízo de origem.

Se o recorrente estiver preso, deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se outro motivo justificar sua prisão.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44787430 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:00:39
Código de Controle do Documento: 99c4fc89-7df1-4a07-9e75-64d67d21de23