



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2287985 - SP (2023/0028099-4)**

**RELATORA** : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**  
AGRAVANTE : SHAKIRU OWOLABI IDRIS  
ADVOGADO : DIEGO DIAS DOS SANTOS MOURA - SP409713  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES (53,5G DE MACONHA E 0,8G DE SKUNK). REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

#### I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra acórdão que condenou o agravante à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 166 dias-multa, substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, com base no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. A controvérsia reside na análise sobre se a conduta se amolda ao crime de tráfico de drogas ou à posse de entorpecentes para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), em razão da pequena quantidade de drogas apreendidas: 53,5g de maconha e 0,8g de *skunk*.

#### II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há uma única questão em discussão: a definição sobre se a conduta do recorrente se enquadra no crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei de Drogas, ou se deve ser desclassificada para posse de droga para consumo pessoal, prevista no art. 28 da mesma lei.

#### III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A análise da tipificação do delito em questão não exige revolvimento de fatos ou provas, mas apenas reavaliação de fatos incontroversos já estabelecidos nos autos, como a pequena quantidade de drogas apreendidas e a ausência de elementos que comprovem a traficância.

4. O art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006 estabelece critérios para diferenciar a posse de drogas para consumo pessoal da traficância, considerando a quantidade, a natureza da droga, as

circunstâncias da apreensão e as condições pessoais do agente.

5. No presente caso, a apreensão de 53,5g de maconha e 0,8g de *skunk*, embaladas individualmente, bem como a ausência de outros elementos típicos da traficância, como balanças de precisão ou material para embalo, não configuram, com segurança, a destinação à mercancia ilícita. Prevalece, assim, a presunção de que a droga se destinava ao consumo próprio, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

6. A jurisprudência pacífica desta Corte reconhece que, em casos de dúvida quanto à destinação da droga, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, desclassificando a conduta para o delito de posse para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

IV. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.

### **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

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0028099-4

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.287.985 /

SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15112692520218260228 1511269252021826022850000

151126925202182602286122021 20220000299876 20220000393246 6122021

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 : SHAKIRU OWOLABI IDRIS

ADVOGADO : DIEGO DIAS DOS SANTOS MOURA - SP409713

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2287985 - SP (2023/0028099-4)**

**RELATORA** : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**  
AGRAVANTE : SHAKIRU OWOLABI IDRIS  
ADVOGADO : DIEGO DIAS DOS SANTOS MOURA - SP409713  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES (53,5G DE MACONHA E 0,8G DE SKUNK). REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

#### I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra acórdão que condenou o agravante à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 166 dias-multa, substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, com base no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. A controvérsia reside na análise sobre se a conduta se amolda ao crime de tráfico de drogas ou à posse de entorpecentes para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), em razão da pequena quantidade de drogas apreendidas: 53,5g de maconha e 0,8g de *skunk*.

#### II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há uma única questão em discussão: a definição sobre se a conduta do recorrente se enquadra no crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei de Drogas, ou se deve ser desclassificada para posse de droga para consumo pessoal, prevista no art. 28 da mesma lei.

#### III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A análise da tipificação do delito em questão não exige revolvimento de fatos ou provas, mas apenas reavaliação de fatos incontroversos já estabelecidos nos autos, como a pequena quantidade de drogas apreendidas e a ausência de elementos que comprovem a traficância.

4. O art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006 estabelece critérios para diferenciar a posse de drogas para consumo pessoal da traficância, considerando a quantidade, a natureza da droga, as

circunstâncias da apreensão e as condições pessoais do agente.

5. No presente caso, a apreensão de 53,5g de maconha e 0,8g de *skunk*, embaladas individualmente, bem como a ausência de outros elementos típicos da traficância, como balanças de precisão ou material para embalo, não configuram, com segurança, a destinação à mercancia ilícita. Prevalece, assim, a presunção de que a droga se destinava ao consumo próprio, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

6. A jurisprudência pacífica desta Corte reconhece que, em casos de dúvida quanto à destinação da droga, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, desclassificando a conduta para o delito de posse para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

IV. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, porquanto incidente a Súmula n. 7/STJ.

O agravante foi "incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e o condenou ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias- multa, fixados em valor unitário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária" (e-STJ, fl. 239).

Interposta apelação defensiva, foi desprovida pelo TJSP.

Contraminuta apresentada, manifestou-se o Ministério Público Federal "pelo não conhecimento do agravo, porém, vencida a preliminar, pelo seu desprovimento" (e-STJ, fl. 337).

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, II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual 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 n. 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 arts. 212 do CPP e 28 e 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, requerendo, ao final, "anular o venerando acórdão combatido, em razão da violação do artigo 212 do Código de Processo Penal, devolvendo-se o caso à origem para realização de nova audiência de instrução, debates e julgamento, ou, noutra análise, reformar o acórdão recorrido, desclassificando a conduta do recorrente para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, aplicando-lhe a pena de advertência, ou, subsidiariamente, pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses, restituindo-lhe mais os R\$ 50,00 (cinquenta reais) apreendidos" (e-STJ, fl. 265).

Por ser prejudicial, analiso, de início, se a conduta pela qual o recorrente foi condenado é realmente típica de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) ou se amolda-se ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

Antes de adentrar na discussão posta, esclareço que ela 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 ou se as substâncias foram ou não encontradas em sua residência (essas, sim, discussões que demandariam 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 "reavaliação 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 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 reavaliação 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 assim à análise da controvérsia.

Da leitura dos tipos penais em questão, é possível observar que ambos criminalizam as condutas de "ter em depósito e trazer consigo" drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A diferença entre elas está na destinação que o portador da droga pretende conferir a ela. Isso porque o tipo penal do art. 28 da Lei n. 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.

Nesse sentido, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal houve por bem firmar a seguinte tese: "Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006,

será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito" (Tema 506).

No presente feito, a condenação foi calcada nos seguintes elementos (e-STJ, fls. 242-246):

*[...] A autoria, por sua vez, é inconteste.*

*O réu permaneceu silente perante a Autoridade Policial (fls. 21). Devidamente intimado, deixou de ingressar na sala virtual da audiência de instrução e julgamento, sendo decretada sua revelia às fls. 169.*

*Por sua vez, os policiais civis Erivelton de Paiva Melo e Marcelo Silva Manfrinato, nas oportunidades nas quais foram ouvidos, narraram realizar diligência contra tráfico de drogas na região central da cidade, por volta das 16h50. **Quando ingressavam na viatura, o acusado passou por eles, com uma mochila nas costas e aparentou nervosismo, passando a caminhar em direção oposta.** Ato contínuo, desembarcaram do veículo e resolveram abordá-lo. Em sua mochila encontraram porções de entorpecentes, skunk e maconha, separadas para vendas a varejo. Não conseguiram se comunicar com o acusado, o qual apresentava um inglês muito rudimentar. O policial Erivelton disse ainda que o indicativo do tráfico seria as porções fracionadas e prontas para comercialização e o dinheiro trocado que o réu trazia consigo. Disse que a região há muita incidência de microtráfico (fls. 08/09 e mídia SAJ).*

*Ressalta-se, por oportuno, que policiais não estão impedidos de depor e seus depoimentos devem ser valorados como quaisquer outros, até porque as testemunhas prestaram depoimentos coesos, sob o crivo do contraditório, e, portanto, gozam de idoneidade, especialmente porque não se demonstrou que tivessem interesse concreto de incriminar indevidamente o réu, de modo que seus depoimentos constituem meio de prova idôneo para embasar a condenação. A esse respeito, inclusive, é entendimento da jurisprudência que:*

*[...]*

*Depreende-se do conjunto probatório produzido nos autos terem os policiais afirmado, de forma categórica, terem avistado o acusado, caminhando pela via pública, em local no qual se verifica a prática do tráfico de entorpecentes, tendo o acusado ao avistar a viatura, aparentado nervosismo e mudado de direção, o que motivou a sua abordagem. No interior da mochila que trazia consigo, foram apreendidas as porções de maconha e skunk, além da quantia de cinquenta reais.*

*Impunha-se, portanto, a condenação do réu, não havendo cogitar-se de absolvição por insuficiência probatória, ou mesmo a*

*desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei de Drogas, já que suas atitudes se coadunam, perfeitamente, com a figura delitiva prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que assim dispõe:*

*[...]*

*Ressalte-se que, além de não existir nenhum indicativo de que a droga não era destinada à traficância, o fato de terem sido encontradas 10 (dez) porções de maconha, pesando 53,5g, e 02 (duas) porções de "skunk", pesando 0,8g, embaladas individualmente, prontas para comercialização, além de quantia em dinheiro, indicam a ocorrência da mercancia ilícita, não sendo crível que o réu mantivesse em sua posse esta quantidade de tóxicos para o próprio consumo.*

*Assim, diante dos elementos de convicção, não resta dúvida de que o proceder do acusado se amolda perfeitamente ao tipo penal descrito como tráfico de entorpecentes, sendo sua condenação quanto a esse delito medida criteriosa que se impõe, já que ausentes circunstâncias que excluam o crime ou o isente de pena, afastando-se a tese defensiva de desclassificação da conduta delitiva, passando-se a análise da dosimetria da pena.[...]*

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância a quantidade de droga e o depoimento dos policiais.

Ocorre que a reavaliação das provas não permite afirmar, com a segurança necessária ao édito condenatório, que a substância entorpecente que o paciente tinha consigo era destinada à venda ou oferta.

De fato, em se tratando da apreensão de "10 (dez) porções de maconha, pesando 53,5g, e 02 (duas) porções de 'skunk', pesando 0,8g", não se pode cogitar, na forma da jurisprudência desta Corte, da tipificação do delito na modalidade "ter em depósito".

Efetivamente, considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do recorrente de que seria usuário de drogas, respaldada pela quantidade apreendida.

A jurisprudência do 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 art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Nesse sentido:

*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, em 12 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.)*

Ante o exposto, **conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial** para desclassificar a conduta de SHAKIRU OWOLABI IDRIS para o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, e determinar que as respectivas sanções administrativas lhe sejam aplicadas pelo Juízo de origem (Processo n. 1511269-25.2021.8.26.0228 - 7ª Vara Criminal de São Paulo).

É o voto.