AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 806094 - ES (2023/0065790-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	ELTON ARAUJO DOS SANTOS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 0,7G DE CRACK. CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que denegou habeas corpus pleiteado por condenado por tráfico de drogas, com pena fixada em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, em regime semiaberto, em razão da apreensão de 0,7g de crack. O agravante busca a desclassificação da conduta do art. 33 para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, alegando insuficiência de provas para caracterizar o tráfico de drogas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se a quantidade de droga apreendida (0,7g de crack) e as circunstâncias do caso permitem a reclassificação do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) para o crime de posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da mesma Lei).

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A condenação por tráfico de drogas baseou-se em depoimentos policiais e em suposta confissão extrajudicial, além do histórico criminal do paciente. Entretanto, a revaloração das provas não permite concluir, com segurança, que a droga apreendida era destinada à venda ou oferta a terceiros.

4. A pequena quantidade de entorpecente apreendido (0,7g de crack) sugere, à luz do princípio do in dubio pro reo, que o paciente era usuário de drogas, o que é corroborado pela ausência de outros elementos típicos do crime de tráfico, como

Documento eletrônico VDA44486592 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:37:20
Código de Controle do Documento: 4f1fc36a-6f3f-4b29-99e3-ee41a5ddefbc

materiais de embalagem, balanças de precisão ou outros instrumentos usualmente utilizados para comercialização de entorpecentes.
5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que, em situações em que não há certeza sobre a destinação da droga apreendida, e especialmente quando se trata de pequena quantidade, deve-se aplicar o tipo penal menos gravoso, desclassificando o crime de tráfico para o de uso pessoal, nos termos do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.
IV. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental para conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 14 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44486592 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:37:20
Código de Controle do Documento: 4f1fc36a-6f3f-4b29-99e3-ee41a5ddefbc

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 806094 - ES (2023/0065790-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	ELTON ARAUJO DOS SANTOS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 0,7G DE CRACK. CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que denegou habeas corpus pleiteado por condenado por tráfico de drogas, com pena fixada em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, em regime semiaberto, em razão da apreensão de 0,7g de crack. O agravante busca a desclassificação da conduta do art. 33 para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, alegando insuficiência de provas para caracterizar o tráfico de drogas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se a quantidade de droga apreendida (0,7g de crack) e as circunstâncias do caso permitem a reclassificação do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) para o crime de posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da mesma Lei).

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A condenação por tráfico de drogas baseou-se em depoimentos policiais e em suposta confissão extrajudicial, além do histórico criminal do paciente. Entretanto, a revaloração das provas não permite concluir, com segurança, que a droga apreendida era destinada à venda ou oferta a terceiros.

4. A pequena quantidade de entorpecente apreendido (0,7g de crack) sugere, à luz do princípio do in dubio pro reo, que o paciente era usuário de drogas, o que é corroborado pela ausência de outros elementos típicos do crime de tráfico, como

Documento eletrônico VDA44485805 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:46
Código de Controle do Documento: 7eb7445a-70db-45e9-b9c7-5da1f9f3e9ed

materiais de embalagem, balanças de precisão ou outros instrumentos usualmente utilizados para comercialização de entorpecentes.
5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que, em situações em que não há certeza sobre a destinação da droga apreendida, e especialmente quando se trata de pequena quantidade, deve-se aplicar o tipo penal menos gravoso, desclassificando o crime de tráfico para o de uso pessoal, nos termos do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.
IV. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de fls. 117-119, que denegou o *habeas corpus*.

O agravante, condenado por tráfico de drogas à pena de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, em regime semiaberto, em razão da apreensão de **0,7g (sete decigramas) de *crack***, busca a desclassificação do crime previsto no artigo 33 para o do artigo 28, ambos da Lei 11.343/06.

Requer, assim, a reconsideração da decisão ou o provimento de seu recurso pelo colegiado.

É o relatório.

VOTO

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

Vale dizer, a pergunta colocada não é se o paciente 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

Documento eletrônico VDA44485805 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:46
Código de Controle do Documento: 7eb7445a-70db-45e9-b9c7-5da1f9f3e9ed

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 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).*

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.

Documento eletrônico VDA44485805 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:46
Código de Controle do Documento: 7eb7445a-70db-45e9-b9c7-5da1f9f3e9ed

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 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.

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 trouxer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito" (Tema 506).

Extrai-se da sentença condenatória a seguinte fundamentação, no que importa à análise da controvérsia (e-STJ, fls. 23-24):

> *In casu, a materialidade encontra-se sobejamente comprovada pelos autos de apreensão e de constatação provisória da natureza e quantidade da substância, juntados de fis. 36/37, bem como pelo laudo toxicológico definitivo de fl. 103.*
>
> *A autoria encontra-se igualmente delineada e provada na pessoa do réu, conforme as provas dos autos e do depoimento testemunhal.*
>
> *O acusado ELTON, em seu interrogatório disse que no dia dos fatos tinha recebido seu pagamento, que deu um pouco do dinheiro para a mãe do seu filho e ficou com um pouco, que comprou uma droga para usar, que não era a quantidade apreendida não, que tinha comprado quinze pedras, que estava junto com outro amigo usando drogas, [...]*
>
> *Por sua vez, a testemunha SD PMES MATEUS OLIVEIRA GOBBO (fl. 101), disse que se recorda do acusado, que é conhecido como 'ratinho', que já o prendeu outras vezes em flagrante de tráfico e cumpriu mandado de prisão em face dele, que confessa o depoimento de fl. 05.*
>
> *Por fim, a testemunha SD PMES BRUNO TEIXEIRA FERRARI (fl. 118), disse que houve diversas prisões deste acusado de posse e comercializando drogas, que confirma o depoimento de fl. 06, que foram várias apreensões e prisões do acusado, que inclusive o acusado se encontra preso por tráfico e homicídio, que conduzia a viatura no momento da viatura, que ambos tentaram fugir, que MARCOS tentou pular o muro e machucou a perna e rosto, que todos os policiais atuaram em conjunto na prisão.*

Documento eletrônico VDA44485805 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:46
Código de Controle do Documento: 7eb7445a-70db-45e9-b9c7-5da1f9f3e9ed

É possível verificar que as alegações trazidas pelo réu não condiz com a verdade, pois as contradições são justamente em pontos importantes e específicos, na medida em que afirma que a droga encontrada era para seu uso e de seu cunhado. Contudo as testemunhas de acusação afirmam com clareza que o acusado estava traficando, sendo amplamente conhecido pelas guarnições militares, tendo sido apreendido diversas vezes por posse e tráfico de drogas.

Assim. sinceramente. a tese de negativa de autoria por parte do acusado e a tentativa de protegê-lo da ação criminal, nada mais é que um subterfúgio utilizado rara se livrar de uma iminente nova condenação, tendo em vista que o acusado já foi condenado por homicídio qualificado, tráfico de drogas e associação para o tráfico nos autos das ações criminais n° 0010964-41.2015.8.8.0030 e 0013345-22.2015.8.08.0030.

Conforme se depreende da sentença, a condenação restou calcada nos depoimentos dos policiais, na suposta confissão extrajudicial e na existência de condenações anteriores por homicídio qualificado, tráfico de drogas e associação para o tráfico.

Ocorre que a revaloração 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 **0,7g de crack**, e considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do paciente de que seria usuário de drogas, respaldada pela quantidade apreendida.

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:

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

Documento eletrônico VDA44485805 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:46
Código de Controle do Documento: 7eb7445a-70db-45e9-b9c7-5da1f9f3e9ed

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).*

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para, concedendo a ordem, desclassificar a conduta do paciente para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e determinar que as sanções administrativas do art. 28 da Lei Antidrogas lhe sejam aplicadas pelo juízo de origem.

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

É o voto.

Documento eletrônico VDA44485805 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/11/2024 14:39:46
Código de Controle do Documento: 7eb7445a-70db-45e9-b9c7-5da1f9f3e9ed

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0065790-9 **PROCESSO ELETRÔNICO**

AgRg no AgRg no HC 806.094 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006702720158080030 6702720158080030

EM MESA JULGADO: 12/11/2024

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	ELTON ARAUJO DOS SANTOS
INTERES.	:	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	:	ELTON ARAUJO DOS SANTOS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, deu provimento ao agravo regimental para conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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

Documento eletrônico VDA44460049 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 13/11/2024 18:50:51
Código de Controle do Documento: 829738F2-D4A8-41D5-BD96-16205C5684AB