



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 816155 - RJ (2023/0124471-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RAPHAEL BRUNO DA COSTA (PRESO)
OUTRO NOME : RAPAHÉL BRUNO DA COSTA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA CARACTERIZAÇÃO DA TRAFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Raphael Bruno da Costa, condenado à pena de 2 anos, 2 meses e 1 dia de reclusão em regime inicial semiaberto, além de 218 dias-multa, pela prática de tráfico de drogas (art. 33, caput, c/c art. 40, VI, da Lei 11.343/2006). A defesa sustenta nulidade na abordagem e busca pessoal e requer a absolvição do paciente ou a desclassificação da conduta para posse de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em verificar se houve ilegalidade na abordagem policial e se a conduta pela qual o paciente foi condenado amolda-se ao tipo penal de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) ou se, na realidade, caracteriza posse de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006), considerando a quantidade de droga apreendida e a ausência de provas concretas sobre a traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. a matéria, sob a perspectiva de nulidade apta a engendrar absolvição, não foi apreciada pela Corte local, motivo pelo qual a tese não pode ser conhecida por este Tribunal superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância, mas ainda que assim não fosse, não se observa qualquer ilegalidade

à espécie, uma vez que os policiais se encontravam em efetivo patrulhamento no local dos fatos quando se depararam com o paciente.

4. Quanto à análise da conduta em si, esta não envolve o revolvimento fático-probatório, mas a reavaliação de fatos incontroversos, considerando os elementos objetivos do caso.

5. O art. 28 da Lei de Drogas estabelece que a diferença entre tráfico e posse para consumo próprio está na destinação da droga, cabendo ao julgador analisar parâmetros como a quantidade, natureza da droga, circunstâncias da apreensão e antecedentes do réu.

6. No presente caso, foram apreendidos 12g de maconha, distribuída em 10 tabletes, e 14g de cocaína, distribuída em 16 tubos plásticos (eppendorfs). A condenação por tráfico baseou-se no depoimento de policial, corroborado por declarações de terceiros sobre a traficância.

7. Todavia, a pequena quantidade de droga apreendida e a ausência de petrechos comuns à atividade de tráfico, como balança de precisão ou materiais para embalo, não sustentam, com a necessária segurança, a tipificação da conduta como tráfico de drogas.

8. Aplicando-se o princípio do in dubio pro reo, deve prevalecer a alegação de que as substâncias eram destinadas ao consumo pessoal do paciente, em linha com a jurisprudência desta Corte Superior, que exige um quadro probatório robusto para condenação por tráfico.

89 Desse modo, a conduta do paciente deve ser desclassificada para o crime de posse de droga para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

IV. ORDEM CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder a ordem, 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, 24 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 816155 - RJ (2023/0124471-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RAPHAEL BRUNO DA COSTA (PRESO)
OUTRO NOME : RAPAHÉL BRUNO DA COSTA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA CARACTERIZAÇÃO DA TRAFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Raphael Bruno da Costa, condenado à pena de 2 anos, 2 meses e 1 dia de reclusão em regime inicial semiaberto, além de 218 dias-multa, pela prática de tráfico de drogas (art. 33, caput, c/c art. 40, VI, da Lei 11.343/2006). A defesa sustenta nulidade na abordagem e busca pessoal e requer a absolvição do paciente ou a desclassificação da conduta para posse de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em verificar se houve ilegalidade na abordagem policial e se a conduta pela qual o paciente foi condenado amolda-se ao tipo penal de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) ou se, na realidade, caracteriza posse de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006), considerando a quantidade de droga apreendida e a ausência de provas concretas sobre a traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. a matéria, sob a perspectiva de nulidade apta a engendrar absolvição, não foi apreciada pela Corte local, motivo pelo qual a tese não pode ser conhecida por este Tribunal superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância, mas ainda que assim não fosse, não se observa qualquer ilegalidade

à espécie, uma vez que os policiais se encontravam em efetivo patrulhamento no local dos fatos quando se depararam com o paciente.

4. Quanto à análise da conduta em si, esta não envolve o revolvimento fático-probatório, mas a reavaliação de fatos incontroversos, considerando os elementos objetivos do caso.

5. O art. 28 da Lei de Drogas estabelece que a diferença entre tráfico e posse para consumo próprio está na destinação da droga, cabendo ao julgador analisar parâmetros como a quantidade, natureza da droga, circunstâncias da apreensão e antecedentes do réu.

6. No presente caso, foram apreendidos 12g de maconha, distribuída em 10 tabletes, e 14g de cocaína, distribuída em 16 tubos plásticos (eppendorfs). A condenação por tráfico baseou-se no depoimento de policial, corroborado por declarações de terceiros sobre a traficância.

7. Todavia, a pequena quantidade de droga apreendida e a ausência de petrechos comuns à atividade de tráfico, como balança de precisão ou materiais para embalo, não sustentam, com a necessária segurança, a tipificação da conduta como tráfico de drogas.

8. Aplicando-se o princípio do in dubio pro reo, deve prevalecer a alegação de que as substâncias eram destinadas ao consumo pessoal do paciente, em linha com a jurisprudência desta Corte Superior, que exige um quadro probatório robusto para condenação por tráfico.

89 Desse modo, a conduta do paciente deve ser desclassificada para o crime de posse de droga para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

IV. ORDEM CONCEDIDA.

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de RAPHAEL BRUNO DA COSTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O paciente foi condenado à pena de 2 anos, 2 meses e 1 dia de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 218 dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c. art. 40-VI, ambos da Lei 11.343/2006.

A defesa alega, em síntese, a nulidade na abordagem e busca pessoal.

Requer a concessão da ordem para obter a absolvição do paciente.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, no que se refere à busca pessoal, a matéria, sob a perspectiva de nulidade apta a engendrar absolvição, não foi apreciada pela Corte local, motivo pelo qual a tese não pode ser conhecida por este Tribunal superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância, mas ainda que assim não fosse, não se observa qualquer ilegalidade à espécie, tendo em vista o que foi consignado no acórdão questionado:

Consta dos autos que policiais militares estavam em patrulhamento quando avistaram um casal – o acusado e sua namorada adolescente - na calçada e resolveram realizar a abordagem. Em revista pessoal, os policiais arrecadaram 10 tubos de cocaína no bolso do casaco do acusado. Ao serem questionados, confirmaram que estavam vendendo drogas no local. Logo em seguida, a irmã da namorada do acusado, também adolescente, entregou aos policiais mais seis tubos de cocaína e dez tabletes contendo maconha.

Os depoimentos foram colhidos mediante o sistema audiovisual e retratam a dinâmica do ocorrido.

Depoimento do policial militar José Antônio das Chagas Moreira Gondim:

“que estava em patrulhamento contra o tráfico de drogas e te ve a atenção despertada para o casal que estava sentado na rua e resolveram fazer a abordagem; que abordaram o rapaz e encontraram os entorpecentes no bolso dele e o dinheiro com a jovem; que em seguida, a irmã da jovem, que também é menor d e idade, veio até os policiais e disse que estava traficando pela manhã e que a irmã estava traficando agora à noite junto co m e la e que a irmã não seria presa sozinha, pois também estava traficando e entregou ao depoente mais um pouco de dro g a s q u e estava próxima ao local; que depois conduziram todos para a delegacia; que ao serem indagados, a namorada do acusado disse que ele estava traficando porque tinha que pagar pensão, assumiram que estavam traficando; que todos estavam trafica n do juntos: o casal e a irmã que chegou logo depois quando viu que os policiais tinham feito a abordagem; que o local é dominado pelo Comando Vermelho; que não conhecia o acusado anteriormente.”

Não se observa flagrante ilegalidade no procedimento, eis que corroborado pela jurisprudência desta 5ª Turma:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE NULIDADE. ABORDAGEM POLICIAL. FUNDADAS RAZÕES. OPERAÇÃO POLICIAL QUE INVESTIGAVA CRIMES DE TRÁFICO. SÚMULA N. 182, STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.

II - No caso concreto, as fundadas razões dos policiais que ensejaram a abordagem ao agravante se pautaram não apenas no nervosismo deste, ou mesmo no fato de que estava com uma mochila sentado em via pública, mas sim porque aqueles estavam em operação policial formal para a busca de crimes de tráfico de drogas na localidade, conhecida pelo crime.

III - Em situações semelhantes, esta Corte Superior tem atualmente entendido pela legalidade da busca pessoal. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 860.258/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 27/8/2024.)

Entretanto, é possível se questionar 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 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 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 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 restou calcada nos seguintes elementos (e-STJ fls. 86-88):

A materialidade do crime de tráfico de drogas está devidamente comprovada pelo laudo de exame de material entorpecente (doc. 000027), descrevendo a arrecadação de **12g (doze gramas) de maconha, distribuída em dez pequenos tabletes e 14g (quatorze gramas) de cocaína**, distribuída em dezesseis pequenos tubos plásticos, tipo peppendorf.

Em que pesem as alegações defensivas, a autoria do crime de tráfico foi devidamente comprovada pela prova oral produzida em juízo, com o depoimento de um dos policiais que efetuou a prisão do acusado, em conjunto com os demais elementos de convicção existentes nos autos.

É incontroverso que a droga foi encontrada em poder do acusado, no bolso do casaco que o mesmo estava usando. Por sua vez, o policial José Antônio declarou ter abordado o acusado e encontrado a droga no bolso do casaco e que, ao serem indagados, o acusado e Por sua vez, o policial José Antônio declarou ter abordado o acusado e encontrado a droga no bolso do casaco e que, ao serem indagados, o acusado e sua namorada teriam confirmado que estavam vendendo drogas no local e que a irmã de sua namorada também confirmou que vendia drogas e entregou ao policial outra quantidade de drogas.

[...]

Assim, foram devidamente demonstradas a materialidade e a autoria referentes ao crime de tráfico de entorpecentes, sendo incabível o pleito absolutório e, consequentemente, a desclassificação da conduta para o crime descrito no art. 28 da Lei de Drogas.

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância, eis que "[o] depoimento do policial mostrou-se plenamente apto a embasar o Juízo de censura, especialmente quando corroborados com os demais elementos de prova existentes, o que é o caso dos autos, sendo demonstrado que as drogas eram destinadas à venda." (e-STJ fl. 87).

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 **12g de maconha, distribuída em dez pequenos tabletes e 14g de cocaína**, 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 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 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, concedo a ordem para 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.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0124471-7

HC 816.155 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00160084820208190066 03828610882020 088018952020 160084820208190066
18952020 3828610882020 88018952020

EM MESA

JULGADO: 22/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RAPHAEL BRUNO DA COSTA (PRESO)
OUTRO NOME : RAPAHIL BRUNO DA COSTA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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, concedeu a ordem, 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.