SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2346802 - RS (2023/0141156-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	GUSTAVO HENRIQUE MOREIRA MARIA DA SILVA
ADVOGADO	:	CASSYUS DE CAMARGO PONTES - RS122096
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PESSOAL. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial do agravante, condenado por tráfico de drogas. O recorrente pleiteia o reconhecimento do tráfico privilegiado e a alteração do regime de cumprimento de pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se o caso permite a desclassificação da conduta de tráfico de drogas para porte para consumo pessoal, com base na quantidade de droga apreendida e nas circunstâncias do flagrante; (ii) definir se é cabível a concessão de habeas corpus de ofício, diante da insuficiência de provas quanto à traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A quantidade de droga apreendida (11,5g de cocaína, fracionada em pequenas porções) não é suficiente para caracterizar, de forma segura, a destinação para tráfico, sobretudo considerando a ausência de elementos adicionais que comprovem a mercancia, como balança de precisão ou grande quantidade de dinheiro.

4. A jurisprudência do STJ admite a desclassificação da conduta de tráfico para porte de drogas para consumo pessoal quando a análise dos fatos incontroversos não demanda reexame de provas, sendo necessária apenas a revaloração jurídica dos elementos já presentes nos autos.

Documento eletrônico VDA44711386 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:52:00
Publicação no DJEN/CNJ de 06/12/2024. Código de Controle do Documento: e4c93e84-3dfc-42f3-ad50-5e40b94a1639

5. O princípio do in dubio pro reo impõe que, na dúvida sobre a destinação da droga, prevaleça a presunção de que a posse era para consumo pessoal, especialmente em razão da pequena quantidade de entorpecente apreendido.
6. Constatada a ausência de provas suficientes para sustentar a condenação por tráfico de drogas, é cabível a concessão de habeas corpus de ofício para desclassificar a conduta para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (porte de drogas para consumo pessoal).
IV. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO RECORRENTE PARA O CRIME PREVISTO NO 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 negar provimento ao recurso especial, contudo conceder HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 29 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44711386 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:52:00
Publicação no DJEN/CNJ de 06/12/2024. Código de Controle do Documento: e4c93e84-3dfc-42f3-ad50-5e40b94a1639

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2346802 - RS (2023/0141156-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	GUSTAVO HENRIQUE MOREIRA MARIA DA SILVA
ADVOGADO	:	CASSYUS DE CAMARGO PONTES - RS122096
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PESSOAL. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial do agravante, condenado por tráfico de drogas. O recorrente pleiteia o reconhecimento do tráfico privilegiado e a alteração do regime de cumprimento de pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se o caso permite a desclassificação da conduta de tráfico de drogas para porte para consumo pessoal, com base na quantidade de droga apreendida e nas circunstâncias do flagrante; (ii) definir se é cabível a concessão de habeas corpus de ofício, diante da insuficiência de provas quanto à traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A quantidade de droga apreendida (11,5g de cocaína, fracionada em pequenas porções) não é suficiente para caracterizar, de forma segura, a destinação para tráfico, sobretudo considerando a ausência de elementos adicionais que comprovem a mercancia, como balança de precisão ou grande quantidade de dinheiro.

4. A jurisprudência do STJ admite a desclassificação da conduta de tráfico para porte de drogas para consumo pessoal quando a análise dos fatos incontroversos não demanda reexame de provas, sendo necessária apenas a revaloração jurídica dos elementos já presentes nos autos.

Documento eletrônico VDA44710474 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:53:53
Código de Controle do Documento: 7dd0c2da-2c18-44cd-b698-b94aab6a8091

5. O princípio do in dubio pro reo impõe que, na dúvida sobre a destinação da droga, prevaleça a presunção de que a posse era para consumo pessoal, especialmente em razão da pequena quantidade de entorpecente apreendido.
6. Constatada a ausência de provas suficientes para sustentar a condenação por tráfico de drogas, é cabível a concessão de habeas corpus de ofício para desclassificar a conduta para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (porte de drogas para consumo pessoal).
IV. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO RECORRENTE PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

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 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 artigos 33, § 4 da Lei 11.343/06 e art. 33, §2, alínea b ou c.

Documento eletrônico VDA44710474 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:53:53
Código de Controle do Documento: 7dd0c2da-2c18-44cd-b698-b94aab6a8091

Conforme se observa dos autos, o entendimento do Tribunal de origem encontra-se em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito das matérias alegadas.

Contudo, verifica-se a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício.

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 VDA44710474 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:53:53
Código de Controle do Documento: 7dd0c2da-2c18-44cd-b698-b94aab6a8091

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 trouxer 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. 310-311):

> *Nesse sentido, Nicolas admitiu a propriedade de apenas 08 petecas de cocaína, sendo que foram encontradas, ao todo, 17 petecas, o que leva à conclusão de que as demais drogas pertenciam ao réu e se destinavam à comercialização, tanto que, segundo os policiais, os dois homens que estavam do lado de fora do veíuclo saíram correndo quando avistaram a guarnição, tudo indicando que estivessem, de fato, adquirindo drogas do increpado.*
>
> *[...]*
>
> *A conduta delituosa imputada ao réu (transportar e trazer consigo) é suficiente para caracterizar a traficância, pois se trata de delito de ação múltipla, consumando-se com a prática de qualquer uma das condutas previstas nos verbos-núcleo do tipo do antedito art. 33 da Lei de Drogas. Consequentemente, mostra-se desnecessário o flagrante do ato de mercancia para a configuração do ato ilícito.*
>
> *[...]*
>
> *Por conseguinte, descabe a desclassificação do delito imputado ao increpado para o tipo penal de posse de drogas para consumo próprio, tese defensiva que não encontra qualquer amparo. Isso porque as circunstâncias do flagrante e* ***a quantidade de drogas encontradas na posse direta do acusado (11,5g de cocaína, fracionada em pequenas porções) é incompatível com a posse para consumo pessoal.***
>
> *Nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06: "Para determinar se a droga destinava- se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente."*
>
> *Segundo o Estudo Técnico para Sistematização de Dados sobre Informações do Requisitos Objetivo da Lei n. 11.343/2006, do Departamento Estadual de Políticas Públicas sobre Drogas da Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do*

Documento eletrônico VDA44710474 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:53:53
Código de Controle do Documento: 7dd0c2da-2c18-44cd-b698-b94aab6a8091

> *Estado do Paraná4, a média diária de uso de cocaína é de 0,2g, de modo que a quantia trazida pelo réu (11,5g fracionadas em 17 porções) não permite concluir que ele seja apenas um usuário.*

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

De fato, em se tratando da apreensão de 11,5 g de cocaína (e-STJ fl. 309) 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 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 n. 11.343/2006. Nesse sentido:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO. ART. 258 DO RISTJ. CINCO DIAS. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.*
>
> *1. A Terceira Seção desta Corte Superior já dirimiu a divergência jurisprudencial concernente à aplicação dos art. 219, art. 1.003, § 5º, e art. 1.070, todos do Código de Processo Civil, no Processo Penal, ao firmar posicionamento no sentido de que o prazo para interposição do agravo regimental é de 5 dias corridos, consoante o disposto nos art. 798 do Código de Processo Penal; art. 39 da Lei 8.038/1990 e art. 258 do Regimento Interno do STJ.*
>
> *2. Considerando que não há provas seguras do tráfico, bem como que o recorrente assumiu que a droga era destinada ao seu consumo (1,65g de cocaína e 1,02g maconha), de rigor a desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 de ofício.*
>
> *3. Agravo regimental não conhecido. Concessão de habeas corpus, de ofício, a fim de desclassificar a conduta do recorrente para a prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, com as devidas sanções legais previstas nos incisos do referido artigo de lei a serem especificadas pelo Juízo da Execução.*

Documento eletrônico VDA44710474 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:53:53
Código de Controle do Documento: 7dd0c2da-2c18-44cd-b698-b94aab6a8091

(AgRg no AREsp n. 2.614.528/RO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 3/9/2024, DJe de 10/9/2024.)

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 e nego provimento ao recurso especial, mas concedo habeas corpus de ofício para desclassificar a conduta do recorrente para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e determinar que as sanções administrativas do art. 28 da Lei Antidrogas 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 VDA44710474 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:53:53
Código de Controle do Documento: 7dd0c2da-2c18-44cd-b698-b94aab6a8091

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0141156-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AREsp 2.346.802 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00623962420188210001 50384884720188210001 623962420188210001

EM MESA JULGADO: 27/11/2024

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	GUSTAVO HENRIQUE MOREIRA MARIA DA SILVA
ADVOGADO	:	CASSYUS DE CAMARGO PONTES - RS122096
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 negou provimento ao recurso especial, contudo concedeu HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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

Documento eletrônico VDA44695107 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 28/11/2024 17:44:54
Código de Controle do Documento: 8C38EE7F-1A12-454E-99D6-892674245FBF