



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 828014 - ES (2023/0189263-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
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 : IDAEL DOS SANTOS FERRAZ (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PESSOAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA QUANTO À TRAFICÂNCIA. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. CONCESSÃO DA ORDEM.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor paciente condenado à pena de 8 anos de reclusão e 800 dias-multa por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006). A defesa sustenta que a conduta do paciente se amolda ao art. 28 da Lei de Drogas, pleiteando a desclassificação para posse de drogas para consumo próprio. Em apelação, o Tribunal de origem manteve a condenação por tráfico, mas reduziu a pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em verificar se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas ou se deve ser desclassificada para o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A análise da conduta do paciente, para fins de desclassificação, não implica revolvimento fático-probatório, sendo necessária apenas a reavaliação dos fatos incontroversos, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL).

4. A distinção entre tráfico e consumo próprio depende da destinação que o portador da droga pretende dar à substância, considerando-se elementos como a quantidade e natureza da droga, as condições da ação, e as circunstâncias pessoais e sociais do agente (art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006).

5. No caso, a pequena quantidade de drogas apreendidas com o paciente (26,5g de maconha e 1,2g de crack) e a ausência de

elementos claros que comprovem a destinação para o tráfico tornam insuficiente o lastro probatório para manter a condenação por tráfico de drogas.

6. Aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*, prevalece a versão de que as drogas apreendidas eram para consumo pessoal, em consonância com a jurisprudência desta Corte, que exige provas seguras para a condenação por tráfico (AgRg no HC n. 687674/SP).

IV. *Habeas corpus* concedido para desclassificar a conduta imputada ao paciente para o crime de posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

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, 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, 07 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 828014 - ES (2023/0189263-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
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 : IDAEL DOS SANTOS FERRAZ (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PESSOAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA QUANTO À TRAFICÂNCIA. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. CONCESSÃO DA ORDEM.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor paciente condenado à pena de 8 anos de reclusão e 800 dias-multa por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006). A defesa sustenta que a conduta do paciente se amolda ao art. 28 da Lei de Drogas, pleiteando a desclassificação para posse de drogas para consumo próprio. Em apelação, o Tribunal de origem manteve a condenação por tráfico, mas reduziu a pena.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em verificar se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas ou se deve ser desclassificada para o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A análise da conduta do paciente, para fins de desclassificação, não implica revolvimento fático-probatório, sendo necessária apenas a reavaliação dos fatos incontroversos, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL).

4. A distinção entre tráfico e consumo próprio depende da destinação que o portador da droga pretende dar à substância, considerando-se elementos como a quantidade e natureza da droga, as condições da ação, e as circunstâncias pessoais e sociais do agente (art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006).

5. No caso, a pequena quantidade de drogas apreendidas com o paciente (26,5g de maconha e 1,2g de crack) e a ausência de

elementos claros que comprovem a destinação para o tráfico tornam insuficiente o lastro probatório para manter a condenação por tráfico de drogas.

6. Aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*, prevalece a versão de que as drogas apreendidas eram para consumo pessoal, em consonância com a jurisprudência desta Corte, que exige provas seguras para a condenação por tráfico (AgRg no HC n. 687674/SP).

IV. *Habeas corpus* concedido para desclassificar a conduta imputada ao paciente para o crime de posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FIGURA DO USO. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM A TRAFICÂNCIA. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE PARA SUSTENTAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE. RÉU QUE MENTIU. DECORRÊNCIA DO DIREITO DE AUTODEFESA. NECESSIDADE DE DECOTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Deve ser conferida credibilidade à palavra dos policiais, por se tratar de agentes públicos e sem interesse direto na causa, principalmente quando são firmes e sem contradições, porém desde que em harmonia com os elementos constantes dos autos.

2. É inalcançável a tese de que o réu seria mero consumidor de drogas, tendo em vista que foi encontrado com variedade de entorpecentes (crack e maconha, segundo confirmado por laudo de exame químico), dinheiro em espécie e material para embalagem de drogas, elementos circunstanciais que, em contexto global, rechaçam a tese da figura de mero usuário.

3. No tocante à personalidade, o juízo primevo avaliou a referida vetorial negativamente porque o réu mentiu, o que, segundo expôs, extrapola o direito constitucional do silêncio. Tal motivação, no entanto, se revela inidônea, uma vez que o fato de o agente mentir sobre o fato, não assumindo a autoria delitiva, é decorrência natural do direito de autodefesa e, ademais, a comprovação dos fatos cabe à acusação.

4. Recurso conhecido e, no mérito, parcialmente provido para reduzir a pena do apelante para 8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.

O paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06) à pena de 9 anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 900 dias-multa.

Após apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena para 8 anos de reclusão e 800 dias-multa, em regime

inicial semiaberto.

A defesa alega, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, pois sua conduta se amolda ao art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Ao final, requer a concessão da ordem para que seja reconhecido que a conduta se amolda ao art. 28 da Lei nº 11.343/06 ou, subsidiariamente, que se redimensione a pena, decotando a valoração negativa referente à culpabilidade e às circunstância do crime.

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 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 (subjettivos e objetivos) do tipo penal respectivo.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL, relator Ministro Rogério 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. 31/33):

Na hipótese vertente, a materialidade restou devidamente alicerçada no Auto de Apreensão (p. 25), no Auto de Constatação Provisório de Natureza e Quantidade de Drogas (p. 29), no Boletim Unificado (pp. 37/43) e no Laudo de Exame Químico (pp. 111/113).

No tocante à autoria, por sua vez, entendo que esta ficou devidamente robustecida e evidenciada.

Nesse diapasão, necessário trazer ao debate as declarações prestadas pelos policiais militares que conduziram a abordagem dos réus no dia dos fatos narrados na denúncia:

Que recebeu a informação de um indivíduo estava na escadaria de uma residência realizando tráfico de drogas. Que foram ao local. Que ao perceber a aproximação da polícia, o réu empreendeu fuga, dispersando algumas buchas de maconha. Que se direcionou a uma residência e foi ao terraço. Que se debruçou sob o parapeito, mas ele caiu. Que ainda assim ele conseguiu fugir. Que ele caiu no rio e ficou próximo ao píer, próximo a pneus. Que ficaram fazendo buscas no entorno do rio. Que conseguiu visualizar o réu e pediu para ele sair do local. Que ele se entregou e conseguiram contê-lo. Que na residência foi encontrado cocaína, crack e mais algumas buchas de maconha. Que recebeu informações de que traficavam naquela residência, mas não sabia que era o réu. Que constatou quando o réu fugiu e entrou na residência. Que confirma as declarações prestadas na esfera policial. (...). Que conseguiram recuperar o que o réu dispersou. (...) - Transcrição do depoimento de Carlos Aguilar Pereira de Oliveira

Que receberam denúncia sobre tráfico de drogas e mais precisamente na residência onde encontraram o réu. Que o réu estava na porta da casa. Que assim que deram voz de abordagem, o réu correu e subiu a escada rapidamente. Que na ocaisão deixou cair quatro buchas de maconha. Que o réu se debruçou no parapeito do terraço para fugir, mas acabou caindo do terceiro andar. Que ele ficou, a princípio, desacordado, mas depois começou a se mexer. Que em dado momento, ele pulou dentro do rio e se escondeu entre pneus que são usados para atracar barcos. Que cercaram o terreno e conseguiram localizá-lo. Que nos shorts do réu foram encontrados uma bucha de maconha, nove pedras de crack e oitenta reais em notas trocadas. Que no terraço acharam mais vinte buchas de maconha e sacolas de chup-chup. (...). Que confirma as declarações prestadas na esfera policial. - Transcrição do depoimento de Raphael Freitas Hosken

O réu, por sua vez, na esfera policial, argumentou que estava um pouco desorientado, devido a queda que sofreu. Disse, ainda, ser

usuário de maconha e crack, mas não soube dizer de quem seria a droga encontrada (p. 19). Em juízo, apresentou versão diferente, negando que tenha caído do terraço da casa, mas sim que foi agredido pelos policiais. Além disso, negou a traficância.

No que se refere à tese da defesa de que o apelante é mero usuário de drogas, no intuito de auxiliar o julgador na tarefa de identificar o mero usuário, o legislador ordinário estabeleceu algumas diretrizes no § 2º, do art. 28, da Lei 11.343/06, segundo o qual “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”.

Nesse contexto, reputo inalcançável a tese de que o réu seria mero consumidor de drogas, tendo em vista que foi encontrado com variedade de entorpecentes (crack e maconha, segundo confirmado por laudo de exame químico), dinheiro em espécie e material para embalo de drogas, elementos circunstanciais que, em contexto global, rechaçam a tese da figura de mero usuário.

Diante do exposto, e com arrimo na palavra de um dos policiais militares que presenciaram o flagrante, que são sujeitos neutros na demanda, constata-se que a autoria é conclusiva, especialmente pelas condições em que o réu foi encontrado.

Assim sendo, deve ser conferida credibilidade à palavra dos policiais, por se tratar de agentes públicos e sem interesse direto na causa, principalmente quando são firmes e sem contradições, porém desde que em harmonia com os elementos constantes dos autos.

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 26,5g de maconha e 1,2g de crack (e-STJ, fls. 38-39), 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. CONDENÇÃO. 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: 2023/0189263-8

HC 828.014 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003783320218080062 3783320218080062

EM MESA

JULGADO: 05/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

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 : IDAEL DOS SANTOS FERRAZ (PRESO)
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

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, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.