AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2419796 - MG (2023/0267144-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	LEONARDO LUIZ DE ALMEIDA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU	:	THAIZ ADRIANA CARDOSO MUNERAO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL. QUANTIDADE REDUZIDA DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão que condenou o recorrente pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), com base em sua confissão na fase policial, depoimentos dos policiais e apreensão de substâncias entorpecentes (17 pedras de crack pesando aproximadamente 2,57 g). A defesa pleiteia a desclassificação da conduta para posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), argumentando a ausência de elementos concretos que comprovem a intenção de comercialização da droga.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se a conduta do recorrente se enquadra no delito de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) ou se deve ser desclassificada para o crime de posse para consumo próprio (art. 28 da mesma Lei), considerando a quantidade de droga apreendida e os elementos probatórios.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A desclassificação é cabível quando os elementos de prova não permitem concluir, com a segurança necessária, que a droga apreendida destinava-se à comercialização, sendo insuficiente para a condenação apenas a apreensão de pequena quantidade de entorpecentes e dinheiro.

Documento eletrônico VDA44787010 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 12:59:13
Publicação no DJEN/CNJ de 26/12/2024. Código de Controle do Documento: 729a281e-d84f-4ab8-a78f-4497c6b4763e

4. A quantidade de 2,57 g de crack, distribuída em 17 pedras, e a ausência de outros elementos que indicassem a traficância (como balanças de precisão ou anotações de vendas), indicam que a droga poderia ser destinada ao consumo pessoal, conforme a análise dos critérios do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006.
5. O princípio do *in dubio pro reo* impõe que, na dúvida sobre a destinação da substância, prevaleça a interpretação favorável ao acusado, especialmente em se tratando de pequena quantidade de entorpecentes.
6. A jurisprudência do STJ admite a desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 em casos onde a análise dos fatos se limita à revaloração jurídica de elementos incontroversos, não havendo necessidade de revolvimento fático-probatório.
IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO RECORRENTE PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006, DETERMINANDO A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS NESSE DISPOSITIVO PELO JUÍZO DE ORIGEM.

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 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

Documento eletrônico VDA44787010 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 12:59:13
Publicação no DJEN/CNJ de 26/12/2024. Código de Controle do Documento: 729a281e-d84f-4ab8-a78f-4497c6b4763e

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0267144-8 **AREsp 2.419.796 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01261760820218130145 10000222175473001 10000222175473002 10000222175473003 12617608202181301 45

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	:	LEONARDO LUIZ DE ALMEIDA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU	:	THAIZ ADRIANA CARDOSO MUNERAO

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 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.

Documento eletrônico VDA44763981 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 04/12/2024 13:25:26
Código de Controle do Documento: 5D343FD4-79F5-4A62-B88A-8750C875E63E

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2419796 - MG (2023/0267144-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	LEONARDO LUIZ DE ALMEIDA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU	:	THAIZ ADRIANA CARDOSO MUNERAO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL. QUANTIDADE REDUZIDA DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão que condenou o recorrente pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), com base em sua confissão na fase policial, depoimentos dos policiais e apreensão de substâncias entorpecentes (17 pedras de crack pesando aproximadamente 2,57 g). A defesa pleiteia a desclassificação da conduta para posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), argumentando a ausência de elementos concretos que comprovem a intenção de comercialização da droga.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se a conduta do recorrente se enquadra no delito de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) ou se deve ser desclassificada para o crime de posse para consumo próprio (art. 28 da mesma Lei), considerando a quantidade de droga apreendida e os elementos probatórios.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A desclassificação é cabível quando os elementos de prova não permitem concluir, com a segurança necessária, que a droga apreendida destinava-se à comercialização, sendo insuficiente para a condenação apenas a apreensão de pequena quantidade de entorpecentes e dinheiro.

Documento eletrônico VDA44787449 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:25
Código de Controle do Documento: a626027d-1b39-470f-8939-5ea333b7bed5

4. A quantidade de 2,57 g de crack, distribuída em 17 pedras, e a ausência de outros elementos que indicassem a traficância (como balanças de precisão ou anotações de vendas), indicam que a droga poderia ser destinada ao consumo pessoal, conforme a análise dos critérios do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006.
5. O princípio do *in dubio pro reo* impõe que, na dúvida sobre a destinação da substância, prevaleça a interpretação favorável ao acusado, especialmente em se tratando de pequena quantidade de entorpecentes.
6. A jurisprudência do STJ admite a desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 em casos onde a análise dos fatos se limita à revaloração jurídica de elementos incontroversos, não havendo necessidade de revolvimento fático-probatório.
IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO RECORRENTE PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006, DETERMINANDO A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS NESSE DISPOSITIVO PELO JUÍZO DE ORIGEM.

RELATÓRIO

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

Consta dos autos que o Ministério Público estadual interpôs recurso de apelação contra sentença desclassificatória, que condenou Leonardo Luiz de Almeida como incurso nas sanções do art. 28 da Lei n. 11.343/06, impondo-lhe a pena total de 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de prestação de serviços a comunidade.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso para condenar o ora agravante como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

A defesa, inconformada, interpôs recurso especial, apontando violação do art.155 do CPP e do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que não basta a mera ratificação do boletim de ocorrência para amparar a condenação, bem como que o fundamento de que um dos policiais se recordou de já ter abordado o recorrente não é suficiente para uma condenação.

Requer o provimento do recurso para reconhecer a inidoneidade da fundamentação do TJMG que reformou a sentença absolutória, pela mera ratificação

Documento eletrônico VDA44787449 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:25
Código de Controle do Documento: a626027d-1b39-470f-8939-5ea333b7bed5

do boletim de ocorrência (afronta direta ao art. 155 do CPP), resgatando-se a absolvição proferida pelo juízo de primeira instância pela correta interpretação da lei federal.

O recurso especial não foi admitido com fundamento na Súmula 7/STJ.

Daí o presente agravo, no qual a defesa alega não incidir o referido óbice sumular.

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

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo para não conhecer do recurso especial.

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 nº 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.155 do CPP e 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem, ao reformar a sentença e condenar o réu pelo crime de tráfico de drogas, assim se manifestou (e-STJ fls. 350-352):

> *De fato, a meu ver, há provas suficientes a atribuir ao acusado Leonardo Luiz de Almeida a prática do delito previsto no art. 33 da Lei*

Documento eletrônico VDA44787449 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:25
Código de Controle do Documento: a626027d-1b39-470f-8939-5ea333b7bed5

11.343/06.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo boletim de ocorrência (f. 13/17, documento único PJE), auto de apreensão (f. 22, documento único PJE), laudo de constatação preliminar de drogas de abuso (f. 25/28, documento único PJE) e laudo toxicológico definitivo (f. 36/39, documento único PJE).

A autoria, igualmente, mostra-se induvidosa, ressaindo límpida da confissão do acusado na primeira fase da persecução penal e da prova testemunhal produzida.

Ouvido diante da autoridade policial (f. 05, documento de ordem nº 03), o apelante confessou que estava no local dos fatos vendendo as substâncias entorpecentes, bem como confirmou a propriedade de toda a droga e do valor apreendido em posse de Thaiz, in verbis:

(...) QUE confirma que nesta data, às 06:45 hs., encontrava-se comercializando o entorpecente ora apreendido na praça do bairro Vitorino Braga junto a esquina da Rua Benjamin Constant com Av. Brasil, naquele bairro, confirmando ser o proprietário de todo o entorpecente ora apreendido; QUE haviam vários usuários na praça , dentre eles a CONDUZIDA PRESENTE THAÍS ADRIANA CARDOSO MONERAO, a qual, confirma que, em dado momento, sentou-se próximo ao declarante e juntos consumiram uma pedra de crack; QUE confirma ainda o declarante que portava consigo a quantia ora apreendida, produto da venda que já havia realizado de drogas no local, estando também de posse de todas as pedras análogas ao crack ora apreendidas, momento em que foram surpreendidos com a aproximação policial; QUE neste momento, afirma que levantou-se, deixando a quantia ao solo junto a THAIS, vindo ainda a dispensar ao solo, as cinco pedras análogas ao crack arrecadadas em seguida pelos policiais próximo a THAÍS e ainda confirma o declarante que tentou esconder em sua boca, dentro de um invólucro, as doze outras pedras análogas ao crack ora apreendidas; QUE em sua abordagem, os policiais encontraram em sua boca o referido invólucro com as doze pedras análogas ao crack, não vendo como se deu a abordagem e localização da quantia em poder de THAIS, presenciando aos militares arrecadando ao solo as cinco pedras análogas ao crack que havia dispensado; QUE portanto, nega qualquer participação de THAÍS no tráfico que o declarante realizava no local dos fatos, sendo ela apenas usuária de drogas (...).

Em juízo, o réu assumiu a propriedade das substâncias apreendidas, mas negou que a referida droga era destinada à venda, afirmando que seria apenas para seu consumo (PJE mídias). Alegou que se sentiu constrangido pelas autoridades que conduziram seu interrogatório na primeira fase da persecução penal, pois estas o forçaram a relatar que estava traficando, bem como a expor a identidade do traficante que lhe vendeu os entorpecentes. Afirmou, também, que é morador de rua e efetuou a compra das drogas com o dinheiro proveniente do seu trabalho como reciclador. Sustentou, ainda, que a quantia apreendida com Thaíz pertence, na verdade, ao traficante que forneceu a ele os entorpecentes.

A seu turno, Thaíz negou a propriedade da quantia com ela arrecadada pelos policiais e da droga dispensada ao chão em local próximo a ela, alegando que tudo pertencia ao apelante, o qual estava na localidade para comercializar entorpecentes. Sustentou que estava no local dos fatos somente para consumir crack, pois é usuária (f. 07, documento único PJE). Todavia, a oitiva de Thaiz se deu apenas na fase de inquérito, não tendo sido reproduzida em Juízo, sob o crivo do contraditório.

Documento eletrônico VDA44787449 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:25
Código de Controle do Documento: a626027d-1b39-470f-8939-5ea333b7bed5

Por sua vez, os policiais militares responsáveis pela ocorrência prestaram depoimentos retilíneos e congruentes, em que narraram com detalhes que o réu estava no local em que se deram os fatos e a forma como fora abordado.

Nesse sentido, o policial militar condutor do flagrante, José Geraldo da Cruz, ponderou que a guarnição estava em patrulhamento de rotina pelo local, que é conhecido como ponto de venda de drogas, oportunidade em que visualizaram os agentes juntos de um grupo de pessoas em atitude suspeita e entenderam por bem abordá-los, de modo que apreenderam um pacote com 12 pedras de crack, que se encontravam escondidas na boca do acusado e outras 05 pedras da mesma substância depositadas ao chão, próximas ao mesmo. Localizaram, ainda, a quantia de R$ 322,85 (trezentos e vinte e dois reais e oitenta e cinco centavos) que foi arrecadada em posse de Thaíz (f. 01, documento eletrônico de ordem nº 03).

Tal depoimento foi inteiramente confirmado, perante a autoridade policial, pela militar Rosana Aparecida da Silva (f. 02, documento eletrônico de ordem nº 03).

Posteriormente, já sob o crivo do contraditório e ampla defesa, os militares que lá compareceram afirmaram que não se recordavam das nuances do caso, tendo em vista o lapso temporal entre a data dos fatos e o dia em que foi realizada a Audiência de Instrução e Julgamento.

Contudo, todos eles foram uniformes em confirmar todo o histórico da ocorrência, judicializando a prova, oportunidade em que informaram, ainda, que o local em que se deram os fatos é conhecido como ponto de comercialização de substâncias entorpecentes (PJE mídias).

Ainda, importa dizer que a militar Rosana Aparecida da Silva, embora tenha salientado que tinha escassa memória a respeito do ocorrido, disse que se recordava de ter abordado o acusado.

De outra parte, o policial José Geraldo afirmou em juízo que já conhecia o autor por abordagens anteriores relativas, também, ao tráfico de drogas, motivo pelo qual, sob qualquer aspecto, não há que se falar em ausência de prova judicial.

Vale dizer que é assente na jurisprudência que a palavra firme e coerente de policiais é dotada de valor probante, prestando-se à comprovação dos fatos narrados na denúncia sempre que isenta de qualquer suspeita e em harmonia com o conjunto probatório apresentado, conforme ocorreu no caso em tela.

Os depoimentos dos policiais militares têm presunção juris tantum no sentido de que agem idoneamente, não estando impedidos de depor sobre atos de ofício de que tenham participado, máxime quando tais depoimentos forem prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, e suas palavras tenham ressonância na prova coligida nos autos.

A respeito, colaciono julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...]

In casu, os policiais militares prestaram declarações uníssonas que estão em harmonia com as demais provas dos autos.

Por fim, cumpre ressaltar que a alegada condição de usuário do acusado não possui o condão de descaracterizar a imputação de ser ele traficante, vez que é bastante comum que o agente ostente as duas condições, até porque o tráfico alimenta o próprio vício.

Diante disto, levando em consideração que o acusado foi

> ***surpreendido em um local que é amplamente conhecido por ser ponto de venda de drogas, tendo sob sua posse substâncias entorpecentes, bem como a quantia em dinheiro encontrada, que, diga-se de passagem, considero elevada, principalmente por se tratar o apelante de morador de rua, não vejo como manter a sentença primeva, razão pela qual a decisão condenatória de primeiro grau deve ser reformada.***
>
> *Portanto, dando provimento ao recurso ministerial, condeno o apelado Leonardo Luiz de Almeida nas sanções do art. 33, da Lei 11.343/06, passando a dosar-lhe a pena cabível:*

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 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 "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.*

Documento eletrônico VDA44787449 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:25
Código de Controle do Documento: a626027d-1b39-470f-8939-5ea333b7bed5

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).

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 n. 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, o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância o local em que o recorrente foi surpreendido, conhecido como ponto de venda de drogas, bem como a quantidade de droga, a quantia em dinheiro encontrada e o depoimento dos policiais.

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.

Documento eletrônico VDA44787449 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:25
Código de Controle do Documento: a626027d-1b39-470f-8939-5ea333b7bed5

De fato, em se tratando da apreensão de 0,72g de cocaína em forma de 5 pedras de crack e 1,85g de cocaína, acondicionadas em 12 pedras de crack (e-STJ fl. 265), 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 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, 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, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial para desclassificar a conduta do recorrente para o crime do art. 28 da Lei n.

Documento eletrônico VDA44787449 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:25
Código de Controle do Documento: a626027d-1b39-470f-8939-5ea333b7bed5

11.343/2006 e determinar que as sanções administrativas do art. 28 da Lei Antidrogas lhe sejam aplicadas pelo juízo de origem.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44787449 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:25
Código de Controle do Documento: a626027d-1b39-470f-8939-5ea333b7bed5