



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 846450 - RJ (2023/0288237-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : BIANCA LEITE FIGUEIRA
ADVOGADO : BIANCA LEITE FIGUEIRA - RJ227110
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ROMULO DO ROSARIO GOMES DA CUNHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MÍNIMA QUANTIDADE (2,9 gramas de cocaína) E SEM INDÍCIOS DE TRAFICÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. QUANTIDADE REDUZIDA DE DROGA APREENDIDA. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado visando à desclassificação da conduta imputada ao paciente de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006) para posse de substância entorpecente para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), em razão da pequena quantidade de droga apreendida (2,9 gramas de cocaína) e ausência de outros elementos indicativos de traficância.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se a conduta do paciente deve ser enquadrada como tráfico de drogas ou como posse para consumo próprio; e (ii) se é possível realizar essa desclassificação sem necessidade de revolvimento fático-probatório, com base na reavaliação de fatos incontroversos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A análise do pedido de desclassificação de tráfico de drogas para posse para consumo próprio pode ser realizada em habeas corpus, desde que não haja necessidade de dilação probatória, sendo possível a reavaliação de fatos incontroversos.

4. A pequena quantidade de droga apreendida (2,9 gramas de cocaína) não é suficiente, por si só, para configurar o crime de tráfico de drogas, na ausência de outros elementos concretos que evidenciem a destinação mercantil da substância.

5. A condenação por tráfico de drogas deve estar lastreada em

prova robusta da destinação comercial da substância, conforme previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Na ausência de tais provas, aplica-se o princípio do in dubio pro reo.

6. A jurisprudência do STJ autoriza a desclassificação para o crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006) quando a quantidade de droga apreendida é reduzida e não há elementos que comprovem a prática de tráfico.

IV. ORDEM CONCEDIDA PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO PACIENTE PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006, COM APLICAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NO REFERIDO DISPOSITIVO.

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, 08 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 846450 - RJ (2023/0288237-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : BIANCA LEITE FIGUEIRA
ADVOGADO : BIANCA LEITE FIGUEIRA - RJ227110
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ROMULO DO ROSARIO GOMES DA CUNHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MÍNIMA QUANTIDADE (2,9 gramas de cocaína) E SEM INDÍCIOS DE TRAFICÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. QUANTIDADE REDUZIDA DE DROGA APREENDIDA. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado visando à desclassificação da conduta imputada ao paciente de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006) para posse de substância entorpecente para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), em razão da pequena quantidade de droga apreendida (2,9 gramas de cocaína) e ausência de outros elementos indicativos de traficância.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se a conduta do paciente deve ser enquadrada como tráfico de drogas ou como posse para consumo próprio; e (ii) se é possível realizar essa desclassificação sem necessidade de revolvimento fático-probatório, com base na reavaliação de fatos incontroversos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A análise do pedido de desclassificação de tráfico de drogas para posse para consumo próprio pode ser realizada em habeas corpus, desde que não haja necessidade de dilação probatória, sendo possível a reavaliação de fatos incontroversos.

4. A pequena quantidade de droga apreendida (2,9 gramas de cocaína) não é suficiente, por si só, para configurar o crime de tráfico de drogas, na ausência de outros elementos concretos que evidenciem a destinação mercantil da substância.

5. A condenação por tráfico de drogas deve estar lastreada em

prova robusta da destinação comercial da substância, conforme previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Na ausência de tais provas, aplica-se o princípio do in dubio pro reo.

6. A jurisprudência do STJ autoriza a desclassificação para o crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006) quando a quantidade de droga apreendida é reduzida e não há elementos que comprovem a prática de tráfico.

IV. ORDEM CONCEDIDA PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO PACIENTE PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006, COM APLICAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NO REFERIDO DISPOSITIVO.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 64-65 (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de ROMULO DO ROSARIO GOMES DA CUNHA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Revisão Criminal 0079874-68.2019.8.19.0000).

O paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006; com aplicação da minorante do § 4º do referido art. 33, a pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos.

A apelação interposta pela defesa foi desprovida. O recurso do Ministério Público foi provido para aplicar ao acusado a pena de 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, por infração ao art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

A revisão criminal intentada pelo paciente foi julgada improcedente pelo Tribunal estadual.

A defesa alega: a) a quantidade irrisória de droga apreendida (2,9g de cocaína) servia para consumo próprio do paciente e permite a desclassificação do crime de tráfico para a conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas; b) possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006; c) "ficou comprovado nos autos que o paciente trabalhava, e até o momento de sua recente prisão (cumprimento do mandado de prisão) o mesmo se dedicava a sua profissão de tatuador, não se dedicando a atividades criminosas" (e-STJ fl. 7); d) "foi preso dentro de sua casa, sem qualquer indicativo de associação ao tráfico de drogas ou a própria traficância" (e-STJ fl. 7); e) fixação de regime semiaberto para cumprimento de pena; e f) "ilegal a aplicação do regime fechado neste caso, uma vez que pautado na gravidade em abstrato do delito" (e-STJ fl. 7).

Requer, liminar e definitivamente, deferimento da ordem para desclassificar o crime ou, mantida a condenação, aplicar causa

reduzidora (art. 33, § 4, da Lei 11.343/2006) ou, subsidiariamente, fixar regime semiaberto para cumprimento da pena.

A defesa alega, em síntese, a tipificação inadequada dos fatos tidos por delituosos.

Requer a concessão da ordem para obter a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o de uso.

O Ministério Público Federal opina pela concessão parcial da ordem.

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 (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, operada pelo segundo grau, restou calcada nos seguintes elementos (e-STJ fl. 59):

Consta dos autos, os testemunhos produzidos em sede inquisitorial e repisados em juízo, devidamente avaliados nas duas instâncias, apontando a prática do crime de tráfico de drogas pelo requerente, conhecido como "Pato" com destaque para o recebimento de várias informações acerca do seu envolvimento com a mercancia de drogas na sua residência, tendo o mesmo confessado adquirir o entorpecente no Morro do Dedé, local dominado pela facção "Comando Vermelho", para fins de comercialização

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância a quantidade de droga e o local onde teria sido adquirida.

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 2,9 gramas de cocaína (e-STJ fl. 41), 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: 2023/0288237-0

HC 846.450 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00128843520148190012 00128843520148190037 00798746820198190000
128843520148190012 128843520148190037 151059322014
798746820198190000

EM MESA

JULGADO: 08/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BIANCA LEITE FIGUEIRA
ADVOGADO : BIANCA LEITE FIGUEIRA - RJ227110
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ROMULO DO ROSÁRIO GOMES DA CUNHA (PRESO)
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, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

C5422255174212=4819@

2023/0288237-0 - HC 846450