



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2440884 - SP (2023/0306149-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : JESUS DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS SOARES E SILVA - DEFENSOR PÚBLICO - MS021528
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE (16,95 G DE COCAÍNA). REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial por incidência da Súmula 7/STJ. O agravante foi condenado por tráfico de drogas, com pena substituída por restritivas de direitos, e busca a absolvição ou desclassificação para posse para consumo próprio.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se a conduta do agravante se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio, considerando a quantidade de droga apreendida e a ausência de elementos concretos de traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A reavaliação das provas não permite afirmar com segurança que a droga apreendida era destinada à venda, prevalecendo o princípio do in dubio pro reo.

4. A pequena quantidade de droga apreendida e a ausência de elementos típicos de traficância justificam a desclassificação para posse para consumo próprio.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e dar parcial provimento ao recurso especial, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2440884 - SP (2023/0306149-7)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : JESUS DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS SOARES E SILVA - DEFENSOR PÚBLICO - MS021528
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE (16,95 G DE COCAÍNA). REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial por incidência da Súmula 7/STJ. O agravante foi condenado por tráfico de drogas, com pena substituída por restritivas de direitos, e busca a absolvição ou desclassificação para posse para consumo próprio.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se a conduta do agravante se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio, considerando a quantidade de droga apreendida e a ausência de elementos concretos de traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A reavaliação das provas não permite afirmar com segurança que a droga apreendida era destinada à venda, prevalecendo o princípio do in dubio pro reo.

4. A pequena quantidade de droga apreendida e a ausência de elementos típicos de traficância justificam a desclassificação para posse para consumo próprio.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial por incidência da Súmula n. 7/STJ.

O agravante foi condenado a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 194 dias-multa, no valor mínimo legal; substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos correspondentes a prestação de serviços à comunidade, pela prática delitiva tipificada no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, IV, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Neste agravo, sustenta, em suma, não ser o caso de incidência do mencionado óbice sumular, a teor das alegações constantes do agravo (e-STJ, fls. 393-402), requerendo, ao final, o provimento do recurso, a fim de que o acórdão seja reformado.

No recurso especial, o recorrente, ora agravante, requer o desentranhamento de "todas as provas dos autos, vez que elas derivaram da ilícita busca pessoal, em respeito ao art. 157 do CPP, com a consequente absolvição do recorrente em relação ao crime de tráfico, e de modo subsidiário, para desclassificar a conduta para o art. 28 da Lei nº. 11.343/06" (e-STJ, fl. 366).

Apresentada contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento e desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

Por ser prejudicial, analiso, de início, se a conduta pela qual o recorrente foi condenado é realmente típica de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006) ou se amolda 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 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: "[n]os 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 foi calcada nos seguintes elementos (e-STJ, fls. 332-333):

[...] Dos elementos informativos (boletins de ocorrência, auto de prisão em flagrante, termos de depoimento e interrogatório, auto de exibição e apreensão e demais documentos produzidos em solo policial) verifica-se que o réu foi preso em flagrante, enquanto praticava o delito.

Em juízo (mídia audiovisual), o adolescente Wesley de Aquino Cazonato afirmou que.

Em juízo, o policial civil Fernando Mantovani Tavares confirmou aquilo que foi dito em solo policial, afirmando que: as investigações apontavam a prática do tráfico de drogas pelo réu com o envolvimento do adolescente. Em cumprimento ao mandado de busca domiciliar localizaram porções de crack, lâminas utilizadas para fracionamento da droga e dinheiro na residência do acusado. Ele admitiu o tráfico. Durante a diligência outra equipe recebeu informação anônima de que o adolescente Wesley, vizinho do acusado, praticava o tráfico junto do acusado. Na residência de Wesley encontraram trinta e oito porções da mesma droga e das mesmas lâminas utilizadas para fracionamento da substância. Tanto na residência do adolescente quanto na do acusado, o armazenamento da droga era idêntico (pote amarelo de M&M). Houve autorização por escrito da irmã do adolescente.

No mesmo sentido se deu o depoimento do policial civil Valdemir Alcides Matias, acrescentando que o adolescente admitiu a traficância mas negou conhecer o réu, o que causou espanto no declarante, pois ambos são vizinhos.

Registre-se que o depoimento prestado pelos policiais, que aponta o réu com autor do crime que lhe é imputado, é de relevante valor probante. Primeiro porque eles apresentaram a mesma versão sobre os fatos, após assumirem o compromisso de dizerem a verdade, na forma do artigo 2031 do Código de Processo Penal (CPP). Segundo porque inexistente no CPP qualquer impedimento ou restrição à participação de policiais como testemunhas no processo penal.

Terceiro porque tais policiais, na condição de agentes públicos, gozam de presunção de legitimidade e veracidade em suas alegações. E, por último, porque a versão apresentada por eles, além de segura e coerente, harmoniza-se com as informações constantes dos referidos elementos informativos, restando isolada a palavra do réu. Sobre a validade do depoimento dos policiais nos processos que apuram crime de tráfico ilícito de drogas, confira-se o seguinte precedente do C. STJ:

[...]

Consigne-se que a mera desconfiança da defesa em relação à isenção da testemunha policial não é suficiente para afastar o valor probante de seu depoimento.

Desta forma, restaram evidenciadas a materialidade e a autoria do crime imputado ao réu, já que inequívoca a finalidade do tráfico, o que inviabiliza a pretendida desclassificação da prática para o crime descrito no artigo 28, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Tal finalidade se extrai das circunstâncias fáticas do caso concreto, notadamente da forma como as drogas estavam acondicionadas, da significativa quantidade de entorpecentes apreendidos, da presença de lâmina para o fracionamento dos entorpecentes, além da grande quantia em dinheiro, em notas trocadas, sem comprovação de origem lícita.

É irrelevante que o réu não tenha sido avistado comercializando drogas no local, pois o caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que tipifica o crime de tráfico de drogas, prevê inúmeras condutas, dentre elas: “guardar”, “ter em depósito”, “trazer consigo”, “transportar” substâncias em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o fim do tráfico ilícito de drogas, e qualquer dessas condutas já se configura o delito ali previsto.

Assim sendo, a manutenção da sentença, na parte em que condena o réu pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) é de rigor. [...]

Como visto, ressaltou o Tribunal estadual que “[d]os elementos informativos (boletins de ocorrência, auto de prisão em flagrante, termos de depoimento e interrogatório, auto de exibição e apreensão e demais documentos produzidos em solo policial) verifica-se que o réu foi preso em flagrante, enquanto praticava o delito”.

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância: a apreensão de drogas 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, extraindo-se do aresto impugnado que foram apreendidos "07 (sete) porções de cocaína, com peso de 0,85g (oitenta e cinco centigramas), e outras 39 (trinta e nove) porções da mesma droga na residência do adolescente, com peso de 16,10g (dezesesseis gramas e dez centigramas)" (e-STJ, fl. 329).

Efetivamente, considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do paciente; respaldada pela inexpressiva quantidade de droga apreendida. Fazendo jus, portanto, ao pleito desclassificatório, o que autoriza a concessão da ordem de ofício diante da flagrante ilegalidade.

A jurisprudência do 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, **conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial** para desclassificar a conduta de JESUS DA SILVA para o tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e determinar que as respectivas sanções administrativas lhe sejam aplicadas pelo juízo de origem (Processo n. 1503919-63.2021.8.26.0073 - 1ª Vara Criminal de Avaré/SP).

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: 2023/0306149-7

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.440.884 /

SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15039196320218260073 20220000972993 22596062021

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 : JESUS DA SILVA

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCAS SOARES E SILVA - DEFENSOR PÚBLICO - MS021528

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 recurso e deu parcial provimento ao recurso especial, 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.