



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2441100 - SP (2023/0308293-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ERICK DE SOUZA RAMOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA - SP234990
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. ÍNFINA QUANTIDADE (7,1G DE MACONHA). RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a desclassificação da conduta de tráfico de drogas para posse para consumo próprio, conforme os artigos 33 e 28 da Lei nº 11.343/2006.

2. O recorrente foi condenado por tráfico de drogas, mas alega que a conduta se amolda ao crime de posse para consumo próprio, postulando o restabelecimento da sentença que o condenou a 5 meses de prestação de serviços comunitários.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a conduta do recorrente se enquadra no tipo penal de tráfico de drogas ou de posse para consumo próprio, considerando a quantidade de droga apreendida e a ausência de elementos concretos de traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A pequena quantidade de droga apreendida (7,1g de maconha) e a ausência de provas concretas de traficância indicam que a conduta se amolda ao tipo penal de posse para consumo próprio.

5. A jurisprudência do STJ estabelece que, em caso de dúvida sobre a destinação da droga, deve prevalecer o princípio do in dubio pro reo, favorecendo a desclassificação para o tipo do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

6. A reavaliação das provas permite concluir que não há segurança suficiente para afirmar que a droga era destinada à

venda, justificando a desclassificação da conduta.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE RESTABELECEER A SENTENÇA QUE CONDENOU O RECORRENTE COMO INCURSO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 A 5 MESES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2441100 - SP (2023/0308293-3)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : ERICK DE SOUZA RAMOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA - SP234990
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. ÍNFINA QUANTIDADE (7,1G DE MACONHA). RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a desclassificação da conduta de tráfico de drogas para posse para consumo próprio, conforme os artigos 33 e 28 da Lei nº 11.343/2006.

2. O recorrente foi condenado por tráfico de drogas, mas alega que a conduta se amolda ao crime de posse para consumo próprio, postulando o restabelecimento da sentença que o condenou a 5 meses de prestação de serviços comunitários.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a conduta do recorrente se enquadra no tipo penal de tráfico de drogas ou de posse para consumo próprio, considerando a quantidade de droga apreendida e a ausência de elementos concretos de traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A pequena quantidade de droga apreendida (7,1g de maconha) e a ausência de provas concretas de traficância indicam que a conduta se amolda ao tipo penal de posse para consumo próprio.

5. A jurisprudência do STJ estabelece que, em caso de dúvida sobre a destinação da droga, deve prevalecer o princípio do in dubio pro reo, favorecendo a desclassificação para o tipo do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

6. A reavaliação das provas permite concluir que não há segurança suficiente para afirmar que a droga era destinada à

venda, justificando a desclassificação da conduta.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE RESTABELECER A SENTENÇA QUE CONDENOU O RECORRENTE COMO INCURSO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 A 5 MESES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS.

RELATÓRIO

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

Contraminuta apresentada, em que a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu desprovimento.

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 artigos 28 e 33, caput, da Lei n. 11.343/06, postulando o restabelecimento da sentença que o condenou a 5 meses de prestação de serviços comunitários por entender que não era traficante, mas usuário de drogas.

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 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 "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.

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).

O Tribunal de origem assim decidiu sobre a questão (e-STJ fls. 173/):

O apelado foi denunciado e processado pela prática dos crimes do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, porque no dia 15 de dezembro de 2022, por volta das 14h10, na Rua Aurora, altura do número 100, República, cidade e comarca de São Paulo SP, trazia consigo e guardava, para fornecimento a terceiros, 4 (quatro) porções de maconha, com massa líquida de 7,1g (sete gramas e um decigrama), substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, policiais civis diligenciaram ao local, conhecido ponto de tráfico, onde visualizaram Erick em atos de mercancia e decidiram pela abordagem.

Em revista pessoal, os policiais encontraram R\$ 42,00 (quarenta e dois reais), um celular, quatro porções de maconha e outras embalagens para acondicionar drogas em poder do acusado, que assumiu informalmente o delito, ensejando a sua prisão em flagrante.

A materialidade está demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 10/12), auto de exibição e apreensão (fl. 5), laudos de constatação (fls.

7/9) e de exame toxicológico (fls. 81/83), fotografia (fl. 27) e demais elementos acostados aos autos.

A autoria é igualmente certa, acolhendo-se o pleito acusatório, impondo-se a condenação de Erick, tal como denunciado.

Senão vejamos.

O policial civil Rafael Elias Machado Pereira Antunes relatou que, em patrulhamento, avistaram o réu em uma esquina.

Abordado, encontraram com o acusado uma sacola com bastante “plastiquinhos” para embalar drogas, alguns deles já com maconha dentro, além de dinheiro. Inicialmente, ele se disse usuário, mas depois afirmou ter comprado o entorpecente para entregar na Mooca. Em seguida, um familiar do acusado apareceu e disse “a gente falou para ele sair do tráfico, mas ele insistiu nisso”.

Dessa forma, resolveram conduzi-lo para a delegacia, onde a autoridade policial o autuou por tráfico de drogas. Havia um outro indivíduo conversando com o acusado, mas a equipe policial era composta apenas pelo depoente e seu parceiro, razão por que tiveram que abordar apenas o réu. O local é um conhecido ponto de tráfico de drogas, fazendo parte da região da “cracolândia”.

No mesmo sentido o depoimento do policial Sergio de Souza Campos, que asseverou ter visto Erick em atitude suspeita, pois parecia estar passando algo para alguém. Resolveram abordá-lo e com ele havia um pouco de maconha e alguns saquinhos para embalar droga. O acusado se disse usuário e que não estava vendendo. O outro indivíduo que estava com o acusado saiu correndo. Detiveram apenas o réu que tentou sair devagar, mas a equipe estava próxima dele e o abordou.

Na polícia (fl. 4), o acusado confessou ter pegado a droga na “cracolândia” e a levaria para um terceiro na Mooca, pelo que receberia duzentos reais.

Em juízo, alterou a narrativa apresentada, negando a prática delitiva. Esclareceu que comprou as drogas (quatro “parangas”) para fumar e então os policiais passaram e o enquadraram. Não se encontrava acompanhado, tampouco em poder de saquinhos vazios ou sacola. A maconha estava em seu bolso, assim como seu telefone e o dinheiro. Mora na Mooca. Trabalha como funileiro, mas no dia dos fatos estava de folga, isso porque pode escolher qualquer dia da semana para gozar de seu descanso. Recebe R\$ 400,00 (quatrocentos reais) por semana e foi a Santa Ifigênia comprar roupa para o Natal.

Em que pese negar a prática delitiva, fartas são as provas contra o acusado.

Com efeito, os policiais civis apresentaram narrativas firmes e

coerentes, tanto em relação à abordagem, que se deu em face de o acusado ter sido visto entregando e recebendo algo em local conhecido pelo tráfico de drogas, bem como quanto à localização do entorpecente e dos saquinhos plásticos destinados ao fracionamento e embalagem dos tóxicos.

Anote-se que a atuação dos agentes públicos se revestiu de legalidade, ao menos pelo que se extrai dos autos, pois não há nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de mudar o quadro formado.

O juiz não pode se olvidar que os civis se recusem a depor, em especial, nos crimes de tráfico de drogas, por medo de represália (moram no mesmo reduto do tráfico, na mesma rua do suposto traficante preso etc.), de modo que o testemunho policial sempre se sobressai, merecendo o valor correspondente à realidade aferida.

Não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Além disso, não se acredita que servidores públicos, inclusive os policiais civis, empossados que são após compromisso de fielmente cumprirem seus deveres iriam apresentar testemunhos ou provas ideologicamente falsas, com o simples intuito de inculpar inocentes. Ao contrário, os funcionários públicos têm a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escorreitamente.

[...]

De modo diverso, o réu apresentou narrativas divergentes nas duas vezes em que ouvido. Inicialmente, na delegacia, admitiu a propriedade das drogas e a condição de traficante. Depois, em juízo, acabou por se contradizer, afirmando ser apenas usuário e que não possuía consigo os referidos saquinhos plásticos.

Portanto, a responsabilidade de Erick está comprovada pela robustez das provas carreadas aos autos e nenhum elemento trazido foi capaz de amparar realística e objetivamente sua defesa, de modo a macular a certeza da demonstração de sua conduta ilícita pelo crime de tráfico de drogas descrito na denúncia.

Não apenas a natureza da droga, a forma como estava embalada, tudo somado ao contexto da abordagem, com apreensão de embalagens destinadas ao fracionamento das drogas, bem como os depoimentos firmes e coesos dos policiais civis, bem como a confissão em solo policial, justificam o reconhecimento da prática do tráfico de drogas, afastando a tese de insuficiência probatória.

Para configuração do crime de narcotráfico imputado ao réu, não se exige qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a tradição, para consumação do delito, observando que eventual condição de usuário, por si só, não afasta a de traficante.

Saliente-se que o traficante que distribui drogas no varejo raramente é preso na posse de grande quantidade de porções ou vultoso valor em espécie, justamente visando eventual desclassificação do delito.

Dessa forma, as condutas praticadas pelo acusado tipificam o crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, e a condenação era de rigor.

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 (7,1g de maconha), 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 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. 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, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial a fim de restabelecer a sentença que condenou o recorrente como incurso no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 a 5 meses de prestação de serviços comunitários.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0308293-3

**AREsp 2.441.100 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15289203620228260228 1528920362022826022886532022 86532022

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 : ERICK DE SOUZA RAMOS

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA - SP234990

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 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.