



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 851291 - BA (2023/0316417-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : TIAGO ALBERNAZ BISCARDE
ADVOGADO : TIAGO ALBERNAZ BISCARDE - BA066116
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : LUIS MARCIO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas, questionando a abordagem policial, além de pleitear a desclassificação para posse para consumo próprio, conforme art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se houve nulidade da revista pessoal ou se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio, sem necessidade de revolvimento fático-probatório.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Verificada a supressão de instância, na falta de debate na origem acerca da legalidade da abordagem policial, apontando-se nos embargos de declaração a não arguição no recurso de apelação do tema.

4. A quantidade de droga apreendida (6,75g de maconha e 3,45g de cocaína) não é suficiente para caracterizar tráfico, conforme jurisprudência.

5. A ausência de elementos adicionais, como petrechos para comercialização, reforça a tese de uso pessoal.

6. O princípio do *in dubio pro reo* favorece a desclassificação para posse para consumo próprio.

IV. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

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, 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, 24 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 851291 - BA (2023/0316417-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : TIAGO ALBERNAZ BISCARDE
ADVOGADO : TIAGO ALBERNAZ BISCARDE - BA066116
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : LUIS MARCIO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas, questionando a abordagem policial, além de pleitear a desclassificação para posse para consumo próprio, conforme art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se houve nulidade da revista pessoal ou se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio, sem necessidade de revolvimento fático-probatório.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Verificada a supressão de instância, na falta de debate na origem acerca da legalidade da abordagem policial, apontando-se nos embargos de declaração a não arguição no recurso de apelação do tema.

4. A quantidade de droga apreendida (6,75g de maconha e 3,45g de cocaína) não é suficiente para caracterizar tráfico, conforme jurisprudência.

5. A ausência de elementos adicionais, como petrechos para comercialização, reforça a tese de uso pessoal.

6. O princípio do *in dubio pro reo* favorece a desclassificação para posse para consumo próprio.

IV. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

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. 288-289 (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia Ceará na Apelação Criminal n.º 0000300-25.2019.8.05.0181, que manteve a condenação de LUIS MARCIO DA SILVA pela prática de tráfico de drogas, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto.

O pedido está assim relatado na decisão que indeferiu a liminar:

[A] defesa alega: a) nulidade das provas obtidas por meio de indevida busca pessoal, realizada à mingua de indicação de elementos concretos que justificassem a medida e com emprego de violência policial; b) violação dos arts. 240, § 2º, e 244 do Código de Processo Penal; e c) a quantidade ínfima de entorpecentes apreendidos e a ausência de indícios concretos de mercancia permitem a desclassificação do crime de tráfico para a conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas.

Requer liminar para permitir ao paciente aguardar em liberdade o julgamento deste habeas corpus e, definitivamente, deferimento da ordem para declarar nulidade e absolvê-lo ou, em caráter subsidiário, desclassificar a conduta (e-STJ Fl. 178).

Colhidas as informações de praxe, vieram os autos ao MPF para manifestação.

É o breve relatório.

A defesa alega, em síntese, o emprego de meio de prova ilícito.

Requer a concessão da ordem para obter a declaração de nulidade da prova impugnada.

É o relatório.

VOTO

No tocante à alegação de nulidade da busca pessoal, o tema não analisado pela instância ordinária, sendo consignado no julgamento dos embargos de declaração a falta de abordagem do tema na apelação (fl. 169). A supressão de instância impede o exame do tema.

Por outro lado, há controvérsia sobre 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, amolda-se ao tipo penal do tráfico de drogas ou, na realidade, amolda-se 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).

No presente feito, a condenação foi calcada nos seguintes elementos (e-STJ fls. 149/153)

*Com efeito, vê-se que a materialidade do delito encontra-se comprovada através do Auto de Prisão em Flagrante e do Auto de Exibição e Apreensão constantes do ID nº 39103337, e dos Laudos de Constatação Preliminar e Definitivo, acostados aos IDs nºs. 39103338 e 39103513, onde consta a apreensão de 06 (seis) porções de erva conhecida como maconha, na forma prensada, acondicionadas em película plástica e 08 (oito) porções de pó branco, correspondente a cocaína, pesando, respectivamente, o total de 6,75g (seis vírgula setenta e cinco gramas) e 3,45g (três vírgula quarenta e cinco gramas), cujos Laudos Periciais constataram a presença de tetrahydrocannabinol (*cannabis sativa* - maconha) e benzoilmetilecgonina (cocaína).*

Quanto à autoria, a Policial Cabo PM MARIA LUCIVANIA SANTANA CRUZ, a qual figura como condutor no auto de Prisão em Flagrante, declarou na fase Judicial, conforme transcrição constante da sentença recorrida, que:

[...] estava em ronda nas proximidades da rua nordeste, próximo ao Posto Colibri, e que vinha duas pessoas, um piloto e um garupa, em atitude suspeita, se mexendo bastante, e que aí foi feita a abordagem, que nesse instante foi encontrado um saco com alguns substâncias, que não se recorda a quantidade, mas que eram substâncias análogas à maconha e cocaína, e que se recorda que havia dinheiro, embora não saiba precisar a quantidade. Que isso foi encontrado com o piloto (réu).

[...]

A autoria do delito, portanto, encontra-se comprovada através do flagrante e dos depoimentos dos policiais prestados em juízo, acima transcritos, os quais são coerentes e harmônicos, o que, ao contrário disto, não se evidencia dos depoimentos do indivíduo que estava na garupa da motocicleta no momento da abordagem policial, JANIO CARVALHO DA SILVA, conforme se vê dos seguinte depoimentos assinalados pelo juiz de primeiro grau:

JANIO CARVALHO DA SILVA (depoimento em juízo): “que foi com LUIS MARCIO DA SILVA levar comida para uns animais de criação, e que quando estavam retornando foram abordados. Que o policial pediu para que eles descessem da motocicleta, o que foi atendido. Que foram conduzidos até a frente da viatura com as mãos na cabeça e que neste momento o policial deu uma “saidinha” e voltou dizendo que eles teriam arremessado drogas. Que eles não possuíam drogas. E que confirma o depoimento prestado em sede de inquérito policial. ” JANIO CARVALHO DA SILVA (depoimento policial): QUE depois de se despedirem de VALQUIRIO retornaram. e quando passavam em frente da Arena Natuba foram interceptados e abordados por uma guarnição da Polícia Militar; QUE foram solicitados a desembarcar da motocicleta e se colocar em pé, na frente da viatura policial enquanto eram submetidos a revista; QUE o depoente tinha consigo apenas um isqueiro um pacote de fumo de corda e a chave da casa de sua mãe, objetos estes que foram recolhidos pelos policiais; QUE MARCINHO também foi revistado e viu apenas a carteira dele em mãos dos policiais não sabendo informar que mais foi encontrado em poder do mesmo; QUE viu apenas quando um dos policiais lhe mostrou algumas porções de drogas. Não sabendo especificar quantas eram as porções e de qual entorpecente se tratava; QUE o policial lhe perguntou se lhe pertencia ao que respondeu negativamente; QUE não sabe informar onde os policiais encontraram a droga; QUE não sabe dizer se estava com MARCINHO; QUE não sabe informar se a droga encontrara e apresentada pelos policiais houvera sido dispensada por MARCINHO e encontrada pelos patrulheiros pois apesar de vir na garupa da moto estava naquele momento apreciando o horizonte; QUE depois de procederem à revista um dos policiais retornou caminhando alguns metros pelo centro da pista de rolamento para apanhar o

boné de MARCINHO que houvera caído minutos antes. Porém informa que isto se deu depois de ter sido feita a revista e de ter sido encontrada a droga.

Destarte, em juízo a apontada testemunha indica que o policial retirou-se do local da abordagem retornando com a droga, enquanto que na fase policial ele esclareceu que a saída do PM ocorreu após ter sido encontrada a droga durante a abordagem realizada pelos mencionados agentes públicos, apresentando, assim, versões totalmente antagônicas acerca de elemento essencial dos fatos, não sendo dotadas de qualquer credibilidade as versões apresentadas, nem a assertiva constante das razões recursais de que ele “foi vítima de violência policial na fase de inquérito”, considerando não só que nada foi relatado nesse sentido perante o juiz da causa, mas também que ele expressamente afirmou que “confirma o depoimento prestado em sede de inquérito policial”.

Além disso, é importante destacar que não há impedimento legal ao testemunho de policiais. Na hipótese em comento, os depoimentos dos Agentes demonstraram-se coerentes e verossímeis, inexistindo, inclusive, qualquer impossibilidade de o ora apelante não ter dispensado a droga ao empreender fuga.

A jurisprudência, de maneira uníssona, entende que o convencimento do juiz pode ter como base depoimentos de policiais e que somente prova estreme de dúvida, em sentido contrário, poderia desacreditá-los, o que não é caso dos autos.

[...]

Portanto, ao contrário do que foi defendido no apelo, existem provas contundentes produzidas em juízo de que o ora apelante é o autor do delito de tráfico de drogas.

Outrossim, a natureza, diversidade e forma de acondicionamento (seis porções de maconha e oito porções de cocaína, embaladas individualmente) conduzem à certeza de que as drogas apreendidas tinham por finalidade a comercialização, até porque são circunstâncias incompatíveis com o mero uso pessoal.

Por outro lado, como se sabe, o delito de tráfico de entorpecentes é de ação múltipla, bastando para a sua caracterização que a conduta do agente seja subsumida em um dos verbos descritos no art. 33 da Lei 11.343/2006. Não se exige, portanto, a venda de entorpecentes a terceiro para que ocorra a consumação do delito.

Ainda que não flagrada a comercialização das aludidas substâncias, traduzida nas condutas de “vender” ou “expor à venda”, nenhuma dúvida resta de que o réu a “transportava”, “trazia consigo”, ações típicas igualmente descritas no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Desta forma, há de ser afastada a tese de ausência de provas para a

condenação, bem como a pretendida desclassificação do crime para o previsto no art. 28 da Lei 11343/2006 (uso de drogas).

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 6,75g de maconha e 3,45g de cocaína, 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 art. 28 da Lei n. 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 n. 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: 2023/0316417-1

HC 851.291 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003002520198050181 3002520198050181

EM MESA

JULGADO: 22/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TIAGO ALBERNAZ BISCARDE
ADVOGADO : TIAGO ALBERNAZ BISCARDE - BA066116
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : LUIS MARCIO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

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, 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.