



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2463533 - PI (2023/0328889-5)

RELATOR : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)
AGRAVANTE : FRANCISCO DAS CHAGAS PEREIRA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ

EMENTA

Não foi possível substituir a variável

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 17 de setembro de 2024.

Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(Desembargador Convocado do TJSP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2463533 - PI (2023/0328889-5)

RELATOR : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)
AGRAVANTE : FRANCISCO DAS CHAGAS PEREIRA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA PROSCRITA. ACUSADO PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O crime de tráfico de drogas classifica-se como delito de ação múltipla (ou de conteúdo variado), motivo pelo qual a jurisprudência desta Corte Superior fixou-se no sentido de que, para sua caracterização, não há necessidade de demonstração de que o agente efetivamente coloque em circulação a substância proscrita ou a destine à comercialização.

2. No caso, entretanto, o Tribunal de origem concluiu pela condenação do acusado, primário e sem registros criminais antecedentes juridicamente consideráveis, como incurso no crime de tráfico de drogas, o fazendo, basicamente, em virtude da apreensão, em sua posse, do entorpecente e da quantia de R\$ 234,00 (duzentos e trinta e quatro reais).

3. Ocorre que, além de não ter sido expressiva a quantidade de droga apreendida – 7,8g (sete gramas e oito decigramas de *crack*) –, o acusado não foi flagrado em ação de comercialização da droga, nem consigo foi encontrado algum outro objeto indicativo de que a droga encontrada pudesse ser destinada ao tráfico. Nesse horizonte, não se afigura suficiente, para tal conclusão, a posse de pequena quantia de droga e de dinheiro.

4. Desse modo, a ausência de diligências investigativas que apontem, de maneira inequívoca, para o exercício da traficância, evidencia que a condenação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 decorreu de avaliação subjetiva, não amparada em substrato probatório apto a corroborar a acusação. Impõe-se, portanto, a desclassificação da conduta para aquela descrita no art. 28 da Lei Antidrogas. Precedentes.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por FRANCISCO DAS CHAGAS PEREIRA DA SILVA contra decisão que inadmitiu o apelo nobre, oriundo de acórdão exarado pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ na Apelação Criminal n. 0801604-03.2020.8.18.0028, assim ementado (fl. 294):

PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06) – ABSOLVIÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA MESMA LEI – IMPOSSIBILIDADE – REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE – DETRAÇÃO – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – PLEITOS PREJUDICADOS – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA DE MULTA – NÃO ACOLHIMENTO – RECURSO CONHECIDO, PORÉM, IMPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME.

- 1. A materialidade e a autoria delitivas ficaram demonstradas pelo Auto de Apresentação e Apreensão, Laudo de Exame Pericial, depoimentos das testemunhas e confissão do apelante.*
- 2. Os pleitos referentes ao redimensionamento da pena-base, à concessão do direito de recorrerem liberdade e detração penal encontram-se prejudicados, uma vez que já foram acolhidos pelo juízo de origem.*
- 3. Deve ser mantido o regime inicial semiaberto, em razão do quantum de pena e a primariedade do apelante, conforme artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.*
- 4. Afigura-se impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em face da ausência de preenchimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.*
- 5. Mostra-se impossível a redução da pena de multa, afinal, já foi fixada proporcionalmente a privativa de liberdade.*
- 6. Recurso conhecido, porém, improvido. Decisão unânime.*

Consta dos autos que o agravante foi condenado pelo juízo de primeiro grau como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 170-178).

A Corte de origem negou provimento ao apelo defensivo (fls. 294-308).

Nas razões do recurso especial, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, a Defesa aponta violação do art. 28 da Lei Antidrogas, sob o argumento de que a pequena quantidade de droga

apreendida, vale dizer, 7,8g (sete gramas e 8 decigramas) de *crack*, isoladamente, não autoriza a conclusão de que a substância prosrita se destinava ao comércio ilícito, finalidade esta negada durante todo o transcurso da persecução penal.

Ao final *a defesa pugna pela reforma do acórdão para desclassificar o crime disposto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico ilícito de drogas) para o delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 (usuário de drogas)* (fl. 322).

Contrarrazões pelo *Parquet* estadual (fls. 326-336).

O Tribunal *a quo* inadmitiu o recurso especial com base na incidência das Súmulas n. 07/STJ e n. 284/STF (fls. 337-340), fundamento oportunamente infirmado pela parte agravante (fls. 345-351).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do agravo (fls. 382-386).

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos formais e impugnados os fundamentos da decisão agravada, conheço do agravo e passo ao exame do apelo nobre.

De início, releva sublinhar que a pretensão recursal prescinde de qualquer dilação probatória. Demanda, ao revés, mera reavaliação jurídica dos fatos expressa e claramente delineados no acórdão hostilizado, motivo pelo qual não incide o óbice da Súmula n. 07/STJ.

Nessa senda, com arrimo na ponderação já firmada pela Terceira Seção desta Corte de Uniformização:

*denota-se a inaplicabilidade, à espécie, da Súmula n.º 7/STJ, por **não se tratar de reexame de provas**, mas sim, de valoração do conjunto probatório dos autos* (REsp n. 1.095.523/SP, rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2009, DJe de 5/11/2009; grifamos).

No mesmo norte, *a reavaliação dos elementos fático-probatórios delineados pelas instâncias ordinárias não encontra óbice na Súmula n. 7/STJ* (AgRg no REsp n. 1.678.599/MG, rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe de 14/11/2017).

Sobre o tema controvertido, circunscrito à pretendida desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, válido sublinhar os fundamentos assentados pelo acórdão apelatório (fls. 296-297; grifamos):

Inicialmente, destaca-se que foi apreendida, em posse do apelante, a quantidade de 7,8 g (sete gramas e oito decigramas) de cocaína, conforme Auto de Apresentação e Apreensão (pág. 8 – id. 6047761) e Laudo de Exame Pericial (pág. 126 – id. 6047863).

Passa-se, então, à apreciação da prova oral colhida em juízo.

A testemunha Itamaraty Sousa, policial militar, relata (pág. 77 – id. 6047843) que "estavam em patrulhamento de rotina passando pelo Cais da Beira-rio, quando se depararam com o acusado que vinha em uma motocicleta". Então ele (acusado), "colocou a mão na cintura e jogou um papelote fora, com isso pediu para os outros policiais fazerem a abordagem dele".

Acrescenta que "em razão de ter visualizado quando o acusado havia se desfeito de um objeto antes, realizei busca no local, logrando encontrar, umas trouxas de drogas, e os outros colegas ao realizarem a busca pessoal, encontram dinheiro com o acusado".

Registre-se, por oportuno, que o depoimento da citada testemunha é corroborado por Nilderson da Silva Santos, também policial militar (pág. 75 – id. 6047841).

O apelante, por sua vez, alegou, em sede de interrogatório judicial (id 6047846, fls. 80), que os entorpecentes se destinavam ao consumo próprio, porém, a forma como se deu a sua apreensão – fracionada em 18 porções individuais e acondicionados em 06 (seis) invólucros plásticos de cor preta –, afasta qualquer dúvida acerca da prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Entretanto, mostra-se impossível a absolvição ou mesmo a desclassificação para o delito tipificado no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06 (porte de drogas para consumo pessoal).

Vejamos.

Na hipótese, as circunstâncias em que ocorreram o flagrante, acrescido da quantidade e natureza da substância entorpecente (cocaína), evidenciam a prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Como bem registrou o magistrado a quo, "o acusado não conseguiu comprovar a origem lícita do dinheiro encontrado com ele - **R\$ 234,00 (duzentos e trinta e quatro reais) em cédulas de vinte, dez, cinco e dois reais**-, para tanto, poderia a Defesa ter arrolado como testemunha o Roberto", pessoa que lhe teria entregue a quantia, por conta "da venda de um porco", que não correu.

A propósito, cumpre destacar que os depoimentos dos policiais são válidos como elemento de prova, sobretudo, quando firmes e coesos e ausente qualquer dúvida acerca de sua imparcialidade, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu na espécie.

O crime de tráfico de drogas classifica-se como de delito de ação

múltipla (ou de conteúdo variado), motivo pelo qual basta para sua configuração a prática de algum dos núcleos verbais previstos no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar –, não havendo nenhuma exigência de que a droga seja efetivamente colocada em circulação ou de que haja a destinação comercial da substância.

A Lei n. 11.343/2006, embora não estabeleça parâmetros rígidos para a diferenciação entre as figuras do usuário e a do traficante, estabelece em seu art. 28, § 2º, premissas básicas a serem perquiridas pelo julgador, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

[...]

*§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à **quantidade da substância apreendida**, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e **aos antecedentes do agente**.*

No caso, o Tribunal de origem concluiu pela condenação pelo crime de tráfico de drogas com fundamento, basicamente, na apreensão do entorpecente em posse do recorrente, além da quantia de R\$ 234,00 (duzentos e trinta e quatro reais).

No entanto, além de não ter sido expressiva a quantidade de droga apreendida – 7,8g (sete gramas e oito decigramas de *crack*) –, o acusado não foi flagrado em ação de comercialização da droga.

Além disso, não foi arrestados com ele nenhum outro objeto indicativo de que a droga encontrada pudesse ser destinada ao tráfico, não se afigurando suficiente, para tal conclusão, a posse de pequena quantia em dinheiro.

De se acrescentar que as instâncias ordinárias são uníssonas em consignar que o acusado é **primário** e **não possui maus antecedentes**, perspectiva fática de natureza subjetiva que, conforme expressamente previsto no citado art. 28, § 2º, da Lei Antidrogas, figura entre principais vetores

interpretativos para o correto enquadramento legal da conduta.

Em hipóteses semelhantes já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGA. APREENSÃO EM LOCAL CONHECIDO COMO PONTO DE TRÁFICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DE SUA DESTINAÇÃO PARA A COMERCIALIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO MAIS RAZOÁVEL AO RÉU. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A forma como foi apreendida a droga, cuja quantidade não é relevante (7,8 gramas de crack), em local conhecido como ponto de tráfico, não demonstra inequivocamente a sua destinação para a comercialização, motivo pelo qual, considerando-se o princípio da presunção de inocência, deve ser adotada a interpretação mais razoável ao réu, com a desclassificação da conduta delituosa descrita no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 para o tipo penal previsto no art. 28 do referido diploma legal.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 2.017.772/SC, rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 27/3/2023; grifamos).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS CONCLUSIVAS ACERCA DO NARCOTRÁFICO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É entendimento pacífico da jurisprudência - tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal - de que a pretensão de desclassificação de um delito em habeas corpus exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, na via mandamental, de cognição sumária.

2. No caso, o réu não foi flagrado ou observado em ação de comercialização da droga, expondo à venda, entregando ou fornecendo substâncias entorpecentes a consumo de terceiros.

3. O fato de que as drogas estavam fracionadas e embaladas na forma típica de venda não prova que o entorpecente se destinava ao comércio ilícito. Ora, por imperativo lógico, se a porção é vendida de forma fracionada e embalada, é porque também é comprada nesse estado, de modo que pode ser encontrada nessa condição tanto na posse de um usuário quanto na de um traficante. Pelo mesmo raciocínio, a circunstância de o local ser conhecido pela venda de drogas não autoriza presumir que todo indivíduo ali encontrado com entorpecentes seja traficante, uma vez que ponto de venda é também ponto de compra. Igualmente, a pequena quantia de

dinheiro encontrada não basta para demonstrar a traficância, porque é plenamente possível e até plausível que usuários de drogas tenham dinheiro consigo.

4. Nada impede que um portador de 6 g de cocaína e 5,36 g de crack, a depender das peculiaridades do caso concreto, seja um traficante, travestido de usuário, ocasião em que, "desmascarado" pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, deverá ser assim condenado. No entanto, na espécie ora em análise, a apreensão de apenas essa quantidade de drogas e a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância evidenciam ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, o que conduz à desclassificação da conduta imputada ao recorrido para o delito de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

[...]

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 850.846/AM, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 14/12/2023; grifamos).

Desse modo, a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para o exercício da traficância, evidencia que a conclusão a respeito de sua conduta decorreu de avaliação subjetiva não amparada em substrato probatório apto a corroborar a acusação, na forma em que foi imputada ao recorrente.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, a fim de desclassificar a conduta imputada ao recorrente para o delito descrito no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, ficando o juízo de origem incumbido de especificar as sanções nele cominadas, como entender de direito.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0328889-5

PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 2.463.533 / PI
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 08016040320208180028

PAUTA: 17/09/2024

JULGADO: 17/09/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJSP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FRANCISCO DAS CHAGAS PEREIRA DA SILVA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.