HABEAS CORPUS Nº 862149 - SP (2023/0377246-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	BRUNO ZOGAIBE BATISTELA - DEFENSOR PÚBLICO - SP420501
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GERALDO TAVARES DE SOUZA NETO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. CONCESSÃO DA ORDEM.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), que busca a desclassificação da conduta para o crime de posse de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), diante da pequena quantidade de substância apreendida (1,8g de cocaína) e a ausência de provas concretas sobre a traficância.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há uma única questão em discussão: se a conduta do paciente, consistente na posse de 1,8g de cocaína, se amolda ao crime de tráfico de drogas ou ao crime de posse de droga para consumo pessoal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A distinção entre os tipos penais do art. 28 e do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 reside na destinação da droga, sendo que o primeiro se refere ao consumo pessoal e o segundo ao tráfico, que não exige uma destinação especial da substância.

4. O § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 apresenta os parâmetros para identificar a destinação da droga, levando em consideração fatores como a quantidade da substância, as circunstâncias da apreensão e as condições pessoais do agente.

5. A jurisprudência desta Corte permite a desclassificação para o art. 28 quando a análise dos fatos exige apenas a revaloração de provas já incontroversas e não implica revolvimento de matéria fático-probatória.

6. No caso concreto, a quantidade de droga apreendida (1,8g de

Documento eletrônico VDA44711202 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:52:27
Publicação no DJEN/CNJ de 04/12/2024. Código de Controle do Documento: b0e63cc4-e04d-4498-bbdc-9ce849d3123c

cocaína) e a ausência de elementos que corroborem a traficância, como petrechos ou circunstâncias indicativas de comércio, não sustentam a condenação por tráfico.
7. A jurisprudência aplica o princípio do in dubio pro reo em casos de dúvida quanto à destinação da droga, desclassificando a conduta para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006.
IV. ORDEM CONCEDIDA

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 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

Documento eletrônico VDA44711202 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:52:27
Publicação no DJEN/CNJ de 04/12/2024. Código de Controle do Documento: b0e63cc4-e04d-4498-bbdc-9ce849d3123c

HABEAS CORPUS Nº 862149 - SP (2023/0377246-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	BRUNO ZOGAIBE BATISTELA - DEFENSOR PÚBLICO - SP420501
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GERALDO TAVARES DE SOUZA NETO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. CONCESSÃO DA ORDEM.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), que busca a desclassificação da conduta para o crime de posse de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), diante da pequena quantidade de substância apreendida (1,8g de cocaína) e a ausência de provas concretas sobre a traficância.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há uma única questão em discussão: se a conduta do paciente, consistente na posse de 1,8g de cocaína, se amolda ao crime de tráfico de drogas ou ao crime de posse de droga para consumo pessoal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A distinção entre os tipos penais do art. 28 e do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 reside na destinação da droga, sendo que o primeiro se refere ao consumo pessoal e o segundo ao tráfico, que não exige uma destinação especial da substância.

4. O § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 apresenta os parâmetros para identificar a destinação da droga, levando em consideração fatores como a quantidade da substância, as circunstâncias da apreensão e as condições pessoais do agente.

5. A jurisprudência desta Corte permite a desclassificação para o art. 28 quando a análise dos fatos exige apenas a revaloração de provas já incontroversas e não implica revolvimento de matéria fático-probatória.

6. No caso concreto, a quantidade de droga apreendida (1,8g de

Documento eletrônico VDA44710770 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:54:23
Código de Controle do Documento: 280326c9-39f1-48a6-a70b-5f2cffb5c834

cocaína) e a ausência de elementos que corroborem a traficância, como petrechos ou circunstâncias indicativas de comércio, não sustentam a condenação por tráfico.
7. A jurisprudência aplica o princípio do in dubio pro reo em casos de dúvida quanto à destinação da droga, desclassificando a conduta para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006.
IV. ORDEM CONCEDIDA

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de GERALDO TAVARES DE SOUZA NETO em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Agravo Interno na Revisão Criminal n. 0024107-84.2018.8.26.0000/50000).

O paciente foi conde nado pelo delito previsto no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe aplicado o instituto da detração penal, bem como declarada a extinção a punibilidade do acusado em razão do cumprimento integral da pena.

O Tribunal de origem deu provimento à apelação ministerial para impor ao paciente a condenação pelo art. 33, caput, da Lei de Drogas, fixando pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime inicial fechado.

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 pelo não conhecimento 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.

Documento eletrônico VDA44710770 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:54:23
Código de Controle do Documento: 280326c9-39f1-48a6-a70b-5f2cffb5c834

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 "revaloração 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 revaloração 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).*

Documento eletrônico VDA44710770 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:54:23
Código de Controle do Documento: 280326c9-39f1-48a6-a70b-5f2cffb5c834

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 trouxer 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 restou calcada nos seguintes elementos (e-STJ fl. 145-161):

> ***A denúncia descreve episódio em que o apelado foi preso em flagrante delito quando trazia consigo, sem autorização legal ou regulamentar, para fornecimento a terceiros, 8 eppendorfs de cocaína, contendo aproximadamente 1,8g (fls. 1d/2d).***
>
> *[...]*
>
> ***O apelado, em juízo, ouvido sobre o crivo do contraditório, asseverou que portava as drogas e R$ 23,00, que estavam guardados no sem bolso, não tinha pochete para guarnecê-los. Por conta do vício, o declarante permaneceu três dias fora de casa, sem banho, como indigente. Estava desempregado por conta do vício, mas trabalhava como motorista. Declarou que responde um processo por furto, tendo agido desta maneira para comprar drogas (mídia digital apenso).***
>
> *Em contrapartida, a prova acusatória encontra apoio nos depoimentos dos agentes policias Paulo Roberto Colenatto Correa, David de Oliveira Rocha e Marcelo Tadeu Nunes, encarregados da diligência, os quais são firmes e congruentes entre si, ambos imputando a autoria do crime ao increpado.*

Documento eletrônico VDA44710770 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:54:23
Código de Controle do Documento: 280326c9-39f1-48a6-a70b-5f2cffb5c834

Narraram os milicianos que em outras oportunidades viram o réu no local dos fatos, ponto de venda de drogas, mas não conseguiram abordá-lo, até porque passavam com a viatura policial, o que permitia o prévio conhecimento, pelo agente, de que a polícia estava no local. Na data dos fatos, estavam como uma viatura descaracterizada, o que permitiu a abordagem do réu que trazia consigo as drogas e o dinheiro guardados num estojo.

Informalmente, ele admitiu a mercancia ilícita como forma de manutenção do vício.

O policial Marcelo ainda observou que o réu não estava trabalhando por apresentar aspecto de indigente. Por sua vez, seu colega de farda Paulo destacou que, antes dos fatos, passaram pelo local cerca de cinco vezes sem lograr êxito na abordagem do réu que sempre se esquivava da polícia (fls. 3, 4, 6 e mídia digital apenso).

Não há nenhuma circunstância que autoriza suscitar, sequer, dúvidas quanto ao aproveitamento da prova testemunhal e o depoimento policial é válido como meio de prova.

[...] Ressalta-se que a uníssona versão acusatória não foi rechaçada pela defesa.

Respeitado o entendimento de S. Exa., a circunstância de ser o réu usuário ou dependente de droga, por si só, não é motivo relevante para a descaracterização do tráfico de estupefacientes, mormente porque comprovada a sua condição de traficante e a quantidade relevante com ele apreendida. *Nesse sentido: STF — HC 73197 MC/G0 — 2a T. — rel. Min. Maurício Corrêa — j. 2.4.1996.*

[...] Contudo, nada indica estivessem os agentes policiais envolvidos em conspiração para prejudicar pessoa inocente.

Com efeito, as palavras dos agentes policiais, testemunhas não contraditadas, a quantidade de estupefacientes apreendidos, o modo como estavam acondicionados e as condições em que se desenvolveu a ação delituosa são suficientes para demonstrar que seriam destinados ao consumo de terceiros.

[...] Então, o acervo probatório concorre em desfavor do apelado e autoriza a reforma da r. sentença condenatória a fim de que ele seja dado como incurso no art. 33, caput da Lei de Tóxicos.

Ocorre que a revaloração das provas não permite afirmar, com a segurança necessária, que a substância entorpecente que o paciente tinha

Documento eletrônico VDA44710770 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:54:23
Código de Controle do Documento: 280326c9-39f1-48a6-a70b-5f2cffb5c834

consigo era destinada à venda ou oferta.

De fato, em se tratando da apreensão de tão somente **1,8 g 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 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, em12 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).*

Documento eletrônico VDA44710770 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:54:23
Código de Controle do Documento: 280326c9-39f1-48a6-a70b-5f2cffb5c834

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.

Documento eletrônico VDA44710770 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 29/11/2024 16:54:23
Código de Controle do Documento: 280326c9-39f1-48a6-a70b-5f2cffb5c834

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0377246-1 **HC 862.149 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00241078420188260000 00591255520148260050 241078420188260000 591255520148260050

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

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO ZOGAIBE BATISTELA - DEFENSOR PÚBLICO - SP420501
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GERALDO TAVARES DE SOUZA NETO (PRESO)
INTERES.	:	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, concedeu a ordem, 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.

Documento eletrônico VDA44694773 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 28/11/2024 17:42:20
Código de Controle do Documento: EC3CF9E8-F4F9-41DE-9407-0612040D4CBE