



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2527918 - MS (2023/0454761-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ANTONIO PEREIRA JUNIOR
ADVOGADOS : ANTONIO CAIRO FRAZÃO PINTO - MS015319
CARLOS FRAZÃO PINTO - MS023902
DANITHIELLY DE OLIVEIRA TEODORO - MS027729
EDUARDO DA LUZ RIBEIRO - MS027119
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DE MERCANCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em Recurso Especial interposto com o objetivo de revisar acórdão que manteve a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. A parte recorrente pleiteia a desclassificação para o crime de posse de droga para consumo pessoal, previsto no art. 28 da mesma lei, argumentando insuficiência de provas para condenação por tráfico.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se a quantidade de droga apreendida, associada aos demais elementos fáticos, é suficiente para configurar o crime de tráfico; e (ii) se é possível a desclassificação da conduta para posse de droga para consumo próprio, sem revolvimento de matéria fático-probatória.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A questão central da controvérsia não demanda reexame de provas, mas sim a reavaliação de fatos incontroversos, como a quantidade da substância apreendida e as circunstâncias da prisão, já provadas nos autos.

4. A apreensão de 6,7 gramas de cocaína, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não configura, por si só, o delito de tráfico de drogas na modalidade de "ter em depósito", especialmente na ausência de outros elementos

concretos que indiquem a prática de traficância.

5. As provas testemunhais, oriundas de policiais que realizaram a prisão com base em denúncia de tráfico, não são suficientes para afastar a dúvida razoável quanto à destinação da droga, sendo aplicável o princípio do in dubio pro reo.

6. Em casos de dúvida sobre a finalidade da droga, deve prevalecer a presunção de consumo pessoal, conforme entendimento consolidado no STF, que prescreve parâmetros para diferenciar usuário e traficante (Tema 506).

IV. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 28 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0454761-6

**AREsp 2.527.918 /
MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00152749320208120001 0015274932020812000150002

PAUTA: 26/11/2024

JULGADO: 26/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ANTONIO PEREIRA JUNIOR
ADVOGADOS : ANTONIO CAIRO FRAZÃO PINTO - MS015319

CARLOS FRAZÃO PINTO - MS023902
EDUARDO DA LUZ RIBEIRO - MS027119
DANITHIELLY DE OLIVEIRA TEODORO - MS027729

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2527918 - MS (2023/0454761-6)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : ANTONIO PEREIRA JUNIOR
ADVOGADOS : ANTONIO CAIRO FRAZÃO PINTO - MS015319
CARLOS FRAZÃO PINTO - MS023902
DANITHIELLY DE OLIVEIRA TEODORO - MS027729
EDUARDO DA LUZ RIBEIRO - MS027119
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DE MERCANCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em Recurso Especial interposto com o objetivo de revisar acórdão que manteve a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. A parte recorrente pleiteia a desclassificação para o crime de posse de droga para consumo pessoal, previsto no art. 28 da mesma lei, argumentando insuficiência de provas para condenação por tráfico.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se a quantidade de droga apreendida, associada aos demais elementos fáticos, é suficiente para configurar o crime de tráfico; e (ii) se é possível a desclassificação da conduta para posse de droga para consumo próprio, sem revolvimento de matéria fático-probatória.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A questão central da controvérsia não demanda reexame de provas, mas sim a reavaliação de fatos incontroversos, como a quantidade da substância apreendida e as circunstâncias da prisão, já provadas nos autos.

4. A apreensão de 6,7 gramas de cocaína, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não configura, por si só, o delito de tráfico de drogas na modalidade de "ter em depósito", especialmente na ausência de outros elementos

concretos que indiquem a prática de traficância.

5. As provas testemunhais, oriundas de policiais que realizaram a prisão com base em denúncia de tráfico, não são suficientes para afastar a dúvida razoável quanto à destinação da droga, sendo aplicável o princípio do *in dubio pro reo*.

6. Em casos de dúvida sobre a finalidade da droga, deve prevalecer a presunção de consumo pessoal, conforme entendimento consolidado no STF, que prescreve parâmetros para diferenciar usuário e traficante (Tema 506).

IV. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

RELATÓRIO

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

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

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 seguintes dispositivos: arts. 28 e 33, § 4º, ambos da Lei 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 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.

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 restou calcada nos seguintes elementos (e-STJ fl. 216):

Consoante disposição do artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/06, para determinar se a droga destinava-se ao 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.

O apelante, na fase extrajudicial, assistido por advogado, confessou a prática delitiva, declarando que realizava a comercialização de droga (p. 12). Em juízo, negou a comercialização, destacando que a droga encontrada era para o consumo pessoal (p. 116/117).

Ocorre que, corroborando a confissão extrajudicial, há o depoimento das testemunhas Patrick Francisco Cabrera Gonçalves; Cleiton Batista Estevam e Kenny William Costa do Nascimento Rosa, policiais responsáveis pela prisão, que esclareceram que receberam denúncia de que o apelante estaria realizando a comercialização de droga, sendo que em diligência o encontraram e localizaram portando droga.

No caso, os elementos probatórios colhidos nos autos não permitem concluir que a droga destinava-se exclusivamente ao consumo pessoal, tendo em vista a quantidade de droga apreendida (6,7 gramas de cocaína) e as condições em que se desenvolveu a ação (motivada por denúncias de tráfico de drogas pelo apelante), motivo pelo qual incabível a desclassificação.

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 6,7g 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, 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 e 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 recorrente estiver preso, deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se outro motivo justificar sua prisão.

É o voto.