



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 881797 - ES (2024/0000347-3)

RELATORA	: MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: ELISFRAN GONCALVES MARTINS BUTSKE (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE USO PRÓPRIO. APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES (17,7G). DENÚNCIA ANÔNIMA. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Elisfran Gonçalves Martins Butske, condenado à pena de 5 anos de reclusão em regime semiaberto, pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). A defesa pleiteia a desclassificação do delito para o crime de uso de entorpecentes (art. 28 da Lei 11.343/2006), ou, subsidiariamente, a aplicação do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central é se a quantidade de drogas apreendida (17,7g de crack e cocaína), juntamente com os depoimentos de policiais, é suficiente para caracterizar o tráfico de drogas, ou se há dúvida razoável que permita a desclassificação para o crime de uso de entorpecentes, conforme o princípio do in dubio pro reo.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça exige a existência de provas robustas que comprovem, sem dúvidas, a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas. Quando restarem dúvidas sobre a finalidade de uso ou comércio do entorpecente apreendido, deve prevalecer o princípio do in dubio pro reo, com a desclassificação para o crime de uso.

4. No caso, a quantidade de droga apreendida (17,7g de crack e cocaína) não é suficiente, por si só, para caracterizar o tráfico, principalmente considerando a ausência de outros elementos que comprovem a prática habitual de tráfico, como balança de precisão ou petrechos característicos.

5. Diante da pequena quantidade de droga e da ausência de provas incontestas sobre a destinação ao tráfico, a conduta deve ser desclassificada para o crime de uso de entorpecentes (art. 28 da Lei 11.343/2006), aplicando-se as sanções administrativas correspondentes.

IV. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas (voto-vista), Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 13 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 881797 - ES (2024/0000347-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELISFRAN GONCALVES MARTINS BUTSKE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE USO PRÓPRIO. APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES (17,7G). DENÚNCIA ANÔNIMA. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Elisfran Gonçalves Martins Butske, condenado à pena de 5 anos de reclusão em regime semiaberto, pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). A defesa pleiteia a desclassificação do delito para o crime de uso de entorpecentes (art. 28 da Lei 11.343/2006), ou, subsidiariamente, a aplicação do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central é se a quantidade de drogas apreendida (17,7g de crack e cocaína), juntamente com os depoimentos de policiais, é suficiente para caracterizar o tráfico de drogas, ou se há dúvida razoável que permita a desclassificação para o crime de uso de entorpecentes, conforme o princípio do in dubio pro reo.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça exige a existência de provas robustas que comprovem, sem dúvidas, a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas. Quando restarem dúvidas sobre a finalidade de uso ou comércio do entorpecente apreendido, deve prevalecer o princípio do in dubio pro reo, com a desclassificação para o crime de uso.

4. No caso, a quantidade de droga apreendida (17,7g de crack e cocaína) não é suficiente, por si só, para caracterizar o tráfico, principalmente considerando a ausência de outros elementos que comprovem a prática habitual de tráfico, como balança de precisão ou petrechos característicos.

5. Diante da pequena quantidade de droga e da ausência de provas incontestas sobre a destinação ao tráfico, a conduta deve ser desclassificada para o crime de uso de entorpecentes (art. 28 da Lei 11.343/2006), aplicando-se as sanções administrativas correspondentes.

IV. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus sem pedido de liminar impetrado em favor de ELISFRAN GONÇALVES MARTINS BUTSKE, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

O paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime semiaberto, pela prática do delito do art. 33, da Lei n. 11.343/2006. O Tribunal de origem conheceu e negou provimento ao recurso de apelação.

A defesa alega a tipificação inadequada dos fatos tidos por delituosos e a ocorrência de erro na dosimetria .

Requer a concessão da ordem para obter a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o de uso ou, subsidiariamente, o reconhecimento do tráfico privilegiado, na fração máxima.

A origem prestou informações (e-STJ fls. 73-89).

O Ministério Público se manifestou pelo não conhecimento ou denegação da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 91-93).

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.

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 fls. 47-50):

Cuida-se de recurso de apelação criminal interposto por Elisfran Gonçalves Martins Butske, inconformado com a sentença de fls. 130/132v, proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Nova Venécia. A denúncia apresentada pelo Ministério Público de 1º grau às fls. 02/02v, narra os fatos da seguinte forma:

"[...] no dia 27 de junho de 2021, por volta das 07h00min, na Rua Vasco Coutinho, Centro, próximo ao posto de gasolina, o denunciado, vendia e trazia consigo drogas em desacordo com a determinação legal.

Conforme se extrai do Inquérito Policial, policiais militares receberam denúncias anônimas a respeito de um indivíduo que estava comercializando entorpecentes no endereço supramencionado.

Desse modo, deslocaram ao local informado e encontraram o denunciado, na qual durante revista pessoal fora encontrado em sua posse, 1 (um) papelote de cocaína, 15 (quinze) pedras de crack e 1 (um) cachimbo [...]”.

Diante dos fatos acima apontados, e após desenvolvimento regular e válido do processo, o magistrado a quo julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o apelante nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, à pena total de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

Nas razões recursais sediadas às fls. 176/183, a defesa requer a desclassificação do crime de tráfico de drogas para a conduta descrita no artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Subsidiariamente, postula a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º, da retrocitada lei.

[...]

A materialidade do crime restou incontestada por meio do Boletim Unificado acostado às fls. 06/09, do Auto de Apreensão à fl. 12, do Auto de Constatação Provisório de Substância Entorpecente à fl. 13 e do Laudo de Exame Químico à fl. 96, que atesta a apreensão de 15 (quinze) pedras de crack e 01 (uma) porção de cocaína pesando 17,7g da substância.

De igual modo, a autoria também é incontestável, especialmente pela prova testemunhal e pericial disposta nos autos. Explico.

Nesse particular, destaco que logo após os fatos narrados na denúncia, o Policial Militar Alexandre Clesio de Sá Neves, à fl. 10, declarou o seguinte:

“[...] QUE: a guarnição do declarante recebeu denúncia anônimas a respeito de um indivíduo comercializando drogas nas proximidades do posto de gasolina; QUE a guarnição se deslocou, a bordo da RP 3944, até o referido local e identificou o nacional ELISFRAN GONÇALVES MARTINS BUTSKE como sendo o suspeito descrito nas denúncias anônimas, pois as características que foram passadas eram compatíveis com as do referido indivíduo; QUE, realizada abordagem e busca pessoal, foram localizados em poder do suspeito 01 (um) papelote grande de substância análoga a cocaína, 15 (quinze) pedras de substância análoga crack, sendo 01 (uma) maior e 14 (quatorze) menores, além de um cachimbo [...]”.

Na mesma linha intelectual foi o depoimento em esfera investigativa do Policial Militar Selmo da Silva Pereira, à fl. 11.

Em juízo, em mídia à fl. 123, os agentes de segurança pública

ratificaram integralmente as narrativas supramencionadas, enfatizando que se dirigiram até o local da abordagem em razão de denúncias anônimas de que havia um indivíduo comercializando entorpecentes, situação que foi confirmada, sendo o ora apelante abordado no lugar apontado na denúncia com uma porção de cocaína e 15 (quinze) pedras de crack.

Nessa linha, em relação ao valor probatório do depoimento dos policiais que participaram da abordagem do recorrente, meu entendimento, assim como o desta Câmara, é o de que, principalmente no crime de tráfico de drogas, o depoimento desses agentes públicos ganha especial importância, mormente porque, muitas vezes, são os únicos presentes na cena do crime, podendo, assim, fornecer elementos que possibilitam avaliar com isenção o comportamento dos suspeitos e as condições nas quais se desenvolveu a prática criminosa, a fim de formar um juízo seguro sobre os fatos.

[...]

Quanto ao apelante, não obstante sustente ser apenas usuário de entorpecentes, é certo que sua versão se encontra isolada nos autos, especialmente considerando a quantidade e variedade de droga apreendida, fracionada em porções prontas para a comercialização, e as denúncias anônimas recebidas pela polícia no sentido de que o acusado estava comercializando drogas no local da abordagem.

Assim, a partir das provas periciais e testemunhais acostadas nos autos, é incontestável a finalidade comercial do entorpecente encontrado sob a posse do apelante.

Destaco, por fim, que mesmo que o acusado seja usuário, conforme sustentado pela defesa, de acordo com o entendimento jurisprudencial pátrio, não há impedimento de coexistir na figura de uma mesma pessoa o usuário e o traficante de entorpecentes, pois esse, em muitos casos, utiliza o proveito advindo da comercialização de drogas para sustentar o seu próprio vício. Sendo assim, in casu, nada impede que o recorrente seja usuário de droga e, ao mesmo tempo, se dedique a atividades criminosas, mesmo que seja para sustentar seu vício.

Dessa forma, inviável o pleito de desclassificação requerido pela defesa.

A Corte de origem considerou devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas, face à existência de denúncias anônimas e à apreensão de 01 papelote de cocaína e 15 pedras de crack, pesando o total de 17,7g (fl. 23), além de 01 cachimbo.

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 17,7g de entorpecentes (cocaína e crack), e 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. 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 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.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0000347-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 881.797 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012987920218080038 12987920218080038

EM MESA

JULGADO: 15/10/2024

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELISFRAN GONCALVES MARTINS BUTSKE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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:

Após o voto da Sra. Ministra Daniela Teixeira, pediu vista o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0000347-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 881.797 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012987920218080038 12987920218080038

EM MESA

JULGADO: 12/11/2024

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELISFRAN GONCALVES MARTINS BUTSKE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Ribeiro Dantas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 881797 - ES (2024/0000347-3)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELISFRAN GONCALVES MARTINS BUTSKE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

VOTO-VISTA

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em benefício de **ELISFRAN GONÇALVES MARTINS BUTSKE** de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que negou provimento ao apelo defensivo e manteve a condenação do paciente à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 500 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O julgado está assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28, DA LEI Nº 11.343/06. DESPROVIDO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Nos termos do artigo 28, § 2º, da Lei n.º 11.343/06, para identificar se a droga se destinava à traficância ou ao consumo pessoal do agente, além da quantidade da droga, deve ser analisada a sua forma de acondicionamento, bem como todas as circunstâncias da apreensão do entorpecente, tais como local e condições da conduta, que no caso em exame indicam que os entorpecentes apreendidos eram destinados à traficância. Ademais, não há impedimento de coexistir na figura de uma mesma pessoa o usuário e o traficante de entorpecentes, pois esse, em muitos casos, utiliza o proveito advindo da comercialização de drogas para sustentar o seu próprio vício. No caso em apreço, as circunstâncias da apreensão do entorpecente evidenciam que a droga apreendida se destinava ao comércio ilícito, consumando-se o delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06.

2. Os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, são cumulativos, isto é, para que o réu seja beneficiado com a redução da pena, deverá preencher todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar a atividades ilícitas e nem participar de organização criminosa. No caso, as circunstâncias do crime evidenciam que o réu se dedica a atividades criminosas, o

que obsta a aplicação da benesse pretendida.

3. Recurso conhecido e desprovido.

A defesa afirma a insuficiência do conjunto probatório para condenação. Destaca a ínfima quantidade de droga apreendida e a falta de comprovação de atos de comercialização.

Requer a desclassificação da condenação para a conduta do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, alternativamente, o reconhecimento do tráfico privilegiado.

O MPF manifestou-se pelo não conhecimento da ordem.

Na sessão de julgamento de 15/10/2024, a Ministra Daniela Teixeira votou pela concessão da ordem. Pedi vista dos autos naquela ocasião e, observado o prazo de 60 dias (art. 162 do RISTJ), os devolvo agora para continuidade do julgamento.

É o relatório.

Adianto que, em minha visão, tem razão a Ministra Daniela Teixeira em seu encaminhamento, que sigo integralmente.

Preliminarmente, convém anotar que o *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente ou a desclassificação da conduta, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

Contudo, excepcionalmente, autoriza-se a reapreciação da moldura fática delineada no acórdão, sendo possível, sem ingressar em matéria probatória, reavaliar a conclusão expendida pelas instâncias ordinárias.

Na hipótese, a Corte estadual manteve a condenação pelo delito de tráfico de drogas com base na seguinte motivação:

Inicialmente, cabe salientar que o delito descrito no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, constitui-se em um tipo penal misto alternativo ou de ação múltipla, identificando-se com a prática de uma ou mais atividades materiais descritas no mencionado artigo.

Sendo assim, traficante não é apenas aquele que comercializa entorpecente, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção, fornecimento, depósito, disseminação e circulação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal.

Trata-se, pois, de crime de perigo presumido, não havendo necessidade, para a sua configuração, da comprovação de atos de comércio da substância entorpecente, bastando que se cometa um dos dezoito núcleos descritos no dispositivo legal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e desde que a

substância não se destine ao consumo próprio.

[...]

Nessa linha, vislumbra-se que a diferença substancial entre o delito de tráfico de drogas e aquele descrito no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, está no fato de que, para configuração desse último, exige-se que as circunstâncias da apreensão da droga e as condições pessoais do agente demonstrem que o destino da substância seja o consumo próprio.

[...]

A materialidade do crime restou incontestada por meio do Boletim Unificado acostado às fls. 06/09, do Auto de Apreensão à fl. 12, do Auto de Constatação Provisório de Substância Entorpecente à fl. 13 e do Laudo de Exame Químico à fl. 96, que atesta **a apreensão de 15 (quinze) pedras de crack e 01 (uma) porção de cocaína pesando 17,7g da substância.**

De igual modo, a autoria também é incontestável, especialmente pela prova testemunhal e pericial dispostas nos autos.

Explico.

Nesse particular, destaco que logo após os fatos narrados na denúncia, o Policial Militar Alexandre Clesiode Sá Neves, à fl. 10, declarou o seguinte:

“[...] QUE: a guarnição do declarante recebeu denúncia anônimas a respeito de um indivíduo comercializando drogas nas proximidades do posto de gasolina; QUE a guarnição se deslocou, a bordo da RP 3944, até o referido local e identificou o nacional ELISFRAN GONÇALVES MARTINS BUTSKE como sendo o suspeito descrito nas denúncias anônimas, pois as características que foram passadas eram compatíveis com as do referido indivíduo; QUE, realizada abordagem e busca pessoal, foram localizados em poder do suspeito 01 (um) papelote grande de substância análoga a cocaína, 15 (quinze) pedras de substância análoga crack, sendo 01 (uma) maior e 14 (quatorze) menores, além de um cachimbo [...]”.

Na mesma linha intelectual foi o depoimento em esfera investigativa do Policial Militar Selmo da Silva Pereira, à fl. 11.

Em juízo, em audiência à fl. 123, os agentes de segurança pública ratificaram integralmente as narrativas supramencionadas, **ênfatizando que se dirigiram até o local da abordagem em razão de denúncias anônimas de que havia um indivíduo comercializando entorpecentes, situação que foi confirmada**, sendo o ora apelante abordado no lugar apontado na denúncia com uma porção de cocaína e 15 (quinze) pedras de crack.

Nessa linha, em relação ao valor probatório do depoimento dos policiais que participaram da abordagem do recorrente, meu entendimento, assim como o desta Câmara, é o de que, principalmente no crime de tráfico de drogas, o depoimento desses agentes públicos ganha especial importância, mormente porque, muitas vezes, são os únicos presentes na cena do crime, podendo, assim, fornecer elementos que possibilitam avaliar com isenção o comportamento dos suspeitos e as condições nas quais se desenvolveu a prática criminosa, a fim de formar um juízo seguro sobre os fatos.

[...]

Quanto ao apelante, não obstante sustente ser apenas usuário de entorpecentes, é certo que **sua versão se encontra isolada nos autos, especialmente considerando a quantidade e variedade de droga apreendida, fracionada em porções prontas para a comercialização, e as denúncias anônimas recebidas pela polícia no sentido de que o acusado estava comercializando drogas no local da abordagem.** Assim, a partir das provas periciais e testemunhais acostadas nos autos, é incontestável a finalidade comercial do entorpecente encontrado sob a posse do

apelante.

Destaco, por fim, que mesmo que o acusado seja usuário, conforme sustentado pela defesa, de acordo com o entendimento jurisprudencial pátrio, não há impedimento de coexistir na figura de uma mesma pessoa usuário e o traficante de entorpecentes, pois esse, em muitos casos, utiliza o proveito advindo da comercialização de drogas para sustentar o seu próprio vício. Sendo assim, in casu, nada impede que o recorrente seja usuário de droga e, ao mesmo tempo, se dedique a atividades criminosas, mesmo que seja para sustentar seu vício.

Dessa forma, inviável o pleito de desclassificação requerido pela defesa.

[...]

No caso em apreço, não obstante o réu seja primário e portador de bons antecedentes, os elementos dispostos nos autos evidenciam que ele se dedica a atividades criminosas.

Digo isso, pois além dos policiais militares terem sido expressos no sentido de que o ora apelante é muito conhecido pelos agentes de segurança pública da região pela prática de crimes, o réu, em que pese a pouca idade, já responde a outras 04 (quatro) ações penais, conforme consulta no Sistema Infopen/ES, e, quando adolescente, respondeu por 03 (três) procedimentos perante a Vara de Infância e Juventude, consoante certidão à fl. 71 dos autos.

Assim, entendo que as provas dos autos são suficientes para evidenciar que a situação em comento não foi um ato isolado na vida do réu, que decerto se dedica a atividades criminosas, razão pela qual é incabível o reconhecimento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado in casu.

Como se verifica, a condenação está amparada nos testemunhos dos policiais, responsáveis pela prisão em flagrante, de que teriam recebido denúncia anônima da prática da traficância no local da abordagem e na quantidade e na forma de acondicionamento das drogas.

Todavia, convém anotar que a simples dedução da traficância com base em denúncia anônima não reúne a certeza suficiente para manter o édito condenatório. Ademais, a quantidade de droga apreendida e a apreensão de cachimbo com o réu - objeto comumente utilizado para consumo de entorpecentes - indica dúvida razoável sobre a condição a sua traficante, cabendo, desse modo, a desclassificação da condenação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Com efeito, correta a decisão que desclassificou a condenação pelo delito de tráfico de drogas para a de porte de drogas para uso próprio.

Ante o exposto, **acompanho** a Ministra relatora.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0000347-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 881.797 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012987920218080038 12987920218080038

EM MESA

JULGADO: 10/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELISFRAN GONCALVES MARTINS BUTSKE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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:

" Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas (voto-vista), Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.