



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 886424 - RJ (2024/0018793-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALESSANDRO SERRATE DE ASSIS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONFIGURAÇÃO DO TRÁFICO. *IN DUBIO PRO REO*. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de Alessandro Serrate de Assis, condenado a 2 anos e 10 meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) e furto (art. 155, caput, do Código Penal). A defesa sustenta que a pequena quantidade de drogas apreendidas (3,9g de maconha e 3,5g de cocaína) demonstra que a substância era destinada ao consumo pessoal, requerendo a desclassificação para o delito de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a conduta pela qual o paciente foi condenado se enquadra no crime de tráfico de drogas ou no delito de porte para consumo próprio; (ii) analisar a suficiência das provas para justificar a condenação por tráfico.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A distinção entre os crimes de tráfico de drogas e porte para consumo próprio depende da análise da quantidade da droga apreendida, das condições pessoais e sociais do agente e das circunstâncias em que se deu a apreensão. O STF, no julgamento do Tema 506, estabeleceu que a posse de até 40g de cannabis sativa presume-se para uso pessoal, até que o Congresso Nacional legisle a respeito.

4. No caso dos autos, a apreensão de 3,9g de maconha e 3,5g

de cocaína, sem a presença de elementos como balanças de precisão ou outros indicativos de traficância, não fornece prova suficiente para a condenação por tráfico, devendo-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se consolidado no sentido de que, em casos de pequenas quantidades de droga e ausência de indícios claros de comercialização, a desclassificação para o delito de porte para consumo próprio deve prevalecer.

IV. Ordem concedida parcialmente para desclassificar a conduta do paciente para o crime de posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), mantendo-se a condenação pelos crimes de furto (art. 155, caput, do Código Penal).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder parcialmente 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 886424 - RJ (2024/0018793-8)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALESSANDRO SERRATE DE ASSIS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONFIGURAÇÃO DO TRÁFICO. *IN DUBIO PRO REO*. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de Alessandro Serrate de Assis, condenado a 2 anos e 10 meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) e furto (art. 155, caput, do Código Penal). A defesa sustenta que a pequena quantidade de drogas apreendidas (3,9g de maconha e 3,5g de cocaína) demonstra que a substância era destinada ao consumo pessoal, requerendo a desclassificação para o delito de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a conduta pela qual o paciente foi condenado se enquadra no crime de tráfico de drogas ou no delito de porte para consumo próprio; (ii) analisar a suficiência das provas para justificar a condenação por tráfico.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A distinção entre os crimes de tráfico de drogas e porte para consumo próprio depende da análise da quantidade da droga apreendida, das condições pessoais e sociais do agente e das circunstâncias em que se deu a apreensão. O STF, no julgamento do Tema 506, estabeleceu que a posse de até 40g de cannabis sativa presume-se para uso pessoal, até que o Congresso Nacional legisle a respeito.

4. No caso dos autos, a apreensão de 3,9g de maconha e 3,5g

de cocaína, sem a presença de elementos como balanças de precisão ou outros indicativos de traficância, não fornece prova suficiente para a condenação por tráfico, devendo-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se consolidado no sentido de que, em casos de pequenas quantidades de droga e ausência de indícios claros de comercialização, a desclassificação para o delito de porte para consumo próprio deve prevalecer.

IV. Ordem concedida parcialmente para desclassificar a conduta do paciente para o crime de posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), mantendo-se a condenação pelos crimes de furto (art. 155, caput, do Código Penal).

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 fl. 112 (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de ALESSANDRO SERRATE DE ASSIS, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 2 anos e 10 meses de reclusão e 188 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, caput, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006; art. 155, caput, e art. 155, caput, c/c art. 14, inciso II, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

A impetrante sustenta que o decreto condenatório não valorou adequadamente o acervo probatório, elegendo as versões apresentadas pelos agentes policiais como fundamentos suficientes à condenação pelo crime descrito no art. 33, caput, da Lei n.11.343/2006.

Nesse contexto, aduz que a acusação não demonstrou que as substâncias entorpecentes encontradas em poder do paciente se destinavam à mercancia. Assevera, ao contrário, que a ínfima quantidade de tais produtos, aliada às circunstâncias do caso concreto, demonstram que a droga se destinava ao consumo pessoal, motivo pelo qual a conduta do paciente se enquadra no tipo penal previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, aduz que, considerando que o paciente não foi denunciado pelo crime de porte de drogas para consumo próprio, e que não houve a observância do disposto no art. 384 do CPP, deve ser absolvido em obediência ao princípio da correlação, por se tratar de hipótese de mutatio libelli.

Requer, liminarmente e no mérito, a desclassificação para a figura prevista no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006, e conseqüentemente, a absolvição em razão do princípio da correlação.

É o relatório.

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.

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.

(AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 19/2/2024).

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. 47):

Da mesma forma, a existência do crime do artigo 33 da Lei 11.343/06 e sua autoria foram demonstradas, uma vez que o conjunto de provas

se mostrou suficiente para autorizar o decreto condenatório, fazendo-se alusão ao Laudo de Exame de Entorpecente (item 15), Auto de Apreensão (item 38), e, mais uma vez, às declarações da testemunha Leonardo e dos agentes de segurança Wagner e Magaiver, que confirmaram que após a abordagem do réu, em revista à bandeja que ele portava com doces para venda, localizaram as drogas apreendidas, merecendo destaque, também, a quantidade e a qualidade do material entorpecente arrecadado - (i) 3,9g (três gramas e nove decigramas) da substância entorpecente Cannabis sativa L., popularmente conhecida como "maconha", distribuída em 03 (três) tabletes, envoltos com filme plástico incolor, (ii) 70ml (setenta mililitros) de material incolor com odor ativo, distribuído em 04 (quatro) frascos e (iii) 3,5g (três gramas e cinco decigramas) da substância entorpecente Cocaína, distribuída em 13 (treze) plásticos transparentes do tipo Eppendorf – a forma de acondicionamento da droga e o local da prisão do réu, de maneira a comprovar a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecente, no caso, trazer consigo substância entorpecentes sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, o que afasta o pleito absolutório por insuficiência probatória e de desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei de Drogas, conferindo-se crédito à palavra de Leonardo, Wagner e Magaiver que, em sede policial e em Juízo, sem contradita da defesa, narraram de forma segura e clara a dinâmica dos fatos, que resultaram na prisão em flagrante, - repise-se - mostrando-se robusta a prova de acusação, ao contrário da defesa que não carrearou qualquer elemento que corroborasse sua versão. Bom frisar, ainda, que nada há nos autos a infirmar a palavra das testemunhas, ou que afastasse sua credibilidade, não se vislumbrando, assim, a menor intenção de acusarem injustamente o recorrente, de forma a concluir pela prática do delito do artigo 33, caput, da Lei 11.343/064, a justificar a condenação do acusado.

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 (3,5g de cocaína e 3,9g de maconha), 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 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, concedo parcialmente a ordem para desclassificar a conduta do paciente para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Fica mantida a condenação do paciente pelos delitos de furto, nos termos estabelecidos pela Corte de origem.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0018793-8

HC 886.424 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00337756620218190001 014011232021 14011232021 337756620218190001

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 DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALESSANDRO SERRATE DE ASSIS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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 parcialmente 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.