



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 895944 - SP (2024/0073294-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : EDUARDO RODRIGUES AZEVEDO
ADVOGADOS : EDUARDO RODRIGUES AZEVEDO - SP169779
OTAVIO BOSCOLO AZEVEDO - SP491248
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTIANO FAVARETTO BEZERRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE MÍNIMA DE 5 GRAMAS DE CRACK QUE NÃO SE DESTINAM À TRAFICÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado para questionar a tipicidade da conduta pela qual o paciente foi condenado, se configuraria tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) ou posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006). A condenação baseou-se em depoimentos policiais e apreensão de 5 gramas de crack.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou posse para consumo próprio, sem necessidade de revolvimento fático-probatório.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A reavaliação das provas não permite afirmar com segurança que a droga apreendida era destinada à venda.

4. A pequena quantidade de droga apreendida e a ausência de elementos concretos de traficância indicam a aplicação do princípio do in dubio pro reo.

5. A jurisprudência do STJ orienta que, em caso de dúvida, deve prevalecer a tipificação do 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, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 08 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 895944 - SP (2024/0073294-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : EDUARDO RODRIGUES AZEVEDO
ADVOGADOS : EDUARDO RODRIGUES AZEVEDO - SP169779
OTAVIO BOSCOLO AZEVEDO - SP491248
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTIANO FAVARETTO BEZERRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE MÍNIMA DE 5 GRAMAS DE CRACK QUE NÃO SE DESTINAM À TRAFICÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado para questionar a tipicidade da conduta pela qual o paciente foi condenado, se configuraria tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) ou posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006). A condenação baseou-se em depoimentos policiais e apreensão de 5 gramas de crack.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou posse para consumo próprio, sem necessidade de revolvimento fático-probatório.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A reavaliação das provas não permite afirmar com segurança que a droga apreendida era destinada à venda.

4. A pequena quantidade de droga apreendida e a ausência de elementos concretos de traficância indicam a aplicação do princípio do in dubio pro reo.

5. A jurisprudência do STJ orienta que, em caso de dúvida, deve prevalecer a tipificação do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

IV. ORDEM CONCEDIDA.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado, em ambas as instâncias, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime inicial semiaberto. O impetrante, em síntese, alega que não há provas suficientes para a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas. Subsidiariamente, afirma que à pena imposta ao paciente deve ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois não há elementos concretos aptos a comprovar a sua dedicação à atividade criminosa.

A defesa alega, em síntese, ausência de provas para condenação e, subsidiariamente, a necessidade de reconhecimento da minorante do tráfico.

Requer a concessão da ordem.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *writ*.

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 Rogerio 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 fls. 115-116):

O crime, em seu aspecto material, vem demonstrado no laudo pericial de exame químico-toxicológico.

A autoria, igualmente, é inafastável.

O réu admitiu a posse da droga, mas disse que se destinava ao próprio consumo, pois usuário.

A escusa, contudo, não convence.

Os policiais atuantes na ocorrência relataram os fatos com segurança e coerência. Em patrulhamento de rotina avistaram o réu na via pública, o qual dispensou objeto ao solo quando visualizou a viatura policial. Abordado, com ele encontraram R\$ 20,00, em dinheiro. No chão, encontraram 6 porções de cocaína. Destacaram que a Polícia Militar tinha informações de que o acusado traficava drogas na cidade, e trabalhava a mando do traficante "Sagati". Sobre o réu havia diversas notícias via "190" relatando seu envolvimento com o tráfico.

Nesse ponto, vale ressaltar que "como toda testemunha, o policial assume o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe foi perguntado, ficando sujeito, como qualquer outra pessoa, às penas da lei, na hipótese de falso testemunho. O depoimento vale, não pela condição do depoente, mas pelo seu conteúdo de verdade. Estando em harmonia com as demais provas dos autos, não há razão para desprezá-lo, apenas por se tratar de policial" (TJSP, RJTJSP 125/563). No mesmo sentido: RT 591/313 e 654/278.

Ademais, nada há nos autos a indicar predisposição dos agentes para incriminar o réu, imotivadamente, por crime tão grave.

Portanto, as denúncias anteriores sobre a prática do tráfico, as circunstâncias em que se deu a apreensão, as diversas porções de cocaína individualmente embaladas, além do dinheiro encontrado na posse do réu dão conta da prática de tráfico ilícito de entorpecente.

[...].

Conforme apontado na sentença, restou comprovado que o apelante se dedicava ao tráfico de drogas. Trabalhava para traficante conhecido

na região e inclusive conta com condenação, ainda não transitada em julgado, por associação para o tráfico. Assim, correta a não aplicação da causa de diminuição, porquanto ausentes seus pressupostos.

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância 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 5 gramas de *crack* (e-STJ fl. 50), 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. 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: 2024/0073294-0

HC 895.944 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00025221620148260614 25221620148260614

EM MESA

JULGADO: 08/10/2024

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 : EDUARDO RODRIGUES AZEVEDO
ADVOGADOS : EDUARDO RODRIGUES AZEVEDO - SP169779
OTAVIO BOSCOLO AZEVEDO - SP491248
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTIANO FAVARETTO BEZERRA (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, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.