



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 901599 - SP (2024/0108124-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - DEFENSOR PÚBLICO - SP273113
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIOVANY GARCIA AMORIM (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento à apelação criminal da defesa, mantendo a condenação por tráfico de drogas.
2. A parte impetrante alega constrangimento ilegal devido à desproporcionalidade na majoração da pena-base e a não compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão consiste em saber se a conduta pela qual o paciente foi condenado se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou ao de posse para consumo próprio.

III. Razões de decidir

4. A reavaliação das provas não permite afirmar, com segurança, que a substância entorpecente apreendida era destinada à venda, considerando a pequena quantidade de drogas apreendidas, qual seja, 28,4g de cocaína e 37,5g de maconha.
5. O princípio do *in dubio pro reo* deve prevalecer, respaldando a alegação do paciente e autorizando a desclassificação para posse para consumo próprio.
6. A jurisprudência do STJ estabelece que, em caso de dúvida sobre a autoria e materialidade, deve prevalecer o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

IV. Ordem concedida, de ofício, para desclassificar a conduta do

paciente para o tipo descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e aplicar as sanções administrativas correspondentes (Processo n. 1502536-85.2022.8.26.0535 - 2ª Vara Criminal de Guarulhos/SP).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, 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 901599 - SP (2024/0108124-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - DEFENSOR PÚBLICO - SP273113
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIOVANY GARCIA AMORIM (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento à apelação criminal da defesa, mantendo a condenação por tráfico de drogas.
2. A parte impetrante alega constrangimento ilegal devido à desproporcionalidade na majoração da pena-base e a não compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão consiste em saber se a conduta pela qual o paciente foi condenado se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou ao de posse para consumo próprio.

III. Razões de decidir

4. A reavaliação das provas não permite afirmar, com segurança, que a substância entorpecente apreendida era destinada à venda, considerando a pequena quantidade de drogas apreendidas, qual seja, 28,4g de cocaína e 37,5g de maconha.
5. O princípio do *in dubio pro reo* deve prevalecer, respaldando a alegação do paciente e autorizando a desclassificação para posse para consumo próprio.
6. A jurisprudência do STJ estabelece que, em caso de dúvida sobre a autoria e materialidade, deve prevalecer o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

IV. Ordem concedida, de ofício, para desclassificar a conduta do

paciente para o tipo descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e aplicar as sanções administrativas correspondentes (Processo n. 1502536-85.2022.8.26.0535 - 2ª Vara Criminal de Guarulhos/SP).

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 fls. 193-194 (e-STJ):

[...] Trata-se de habeas corpus sem pedido de liminar impetrado em favor de GIOVANY GARCIA AMORIM contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal da Defesa.

Na inicial, a parte impetrante sustenta constrangimento ilegal, em razão das teses subsequentes: (i) desproporcionalidade na majoração da pena-base, com amparo em fundamentação inidônea, qual seja, “a mera quantidade e a suposta natureza do entorpecente” (fl. 7), além do fato de o paciente ter praticado o crime enquanto cumpria pena por crime anterior; (ii) não compensação integral entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão. Desse modo, requer a concessão da ordem, para que se proceda ao redimensionamento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, além da compensação integral da confissão espontânea com a agravante da reincidência.[...]

As informações foram prestadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou denegação do *writ*.

É o relatório.

VOTO

Por ser prejudicial, analiso, de início, 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 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, fls. 53-57):

*[...] as circunstâncias do encontro das substâncias entorpecentes, bem como as suas quantidades, além do que já se expôs, geram a convicção da posse voltada para o tráfico e não a finalidade para o uso próprio, o que me parece ter restado devidamente corroborado pelos depoimentos judiciais dos policiais civis, que abordaram o réu trazendo consigo, vendendo e guardando as malsinadas drogas, **nas circunstâncias narradas na denúncia, 56 (cinquenta e seis) porções, com peso líquido equivalente a 28,4g de "cocaína" e 37 (trinta e sete) porções, com peso líquido de 37,5g de "maconha"**, policiais civis que, no duro, flagraram-no com a quantidade acima mencionada de substâncias entorpecentes, consoante a prova oral judicial, o que impede, de uma vez por todas, a possibilidade de se desclassificar a conduta ativa para a tipificada no art. 28, da Lei n. 11.343/06.*

Por outro lado, o crime de tráfico de entorpecentes é de perigo abstrato, punindo-se a conduta pelo risco que ele representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática de ato de comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o fato de o réu não ter sido preso em ato de traficância (ou melhor, de venda de droga), embora no caso em concreto ele tivesse sido efetivamente flagrado no comércio ilícito, por si só, pouco importa, afinal, o crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, é de ação múltipla ou de conteúdo variado, consumando-se com a prática de um dos dezoito verbos

núcleos do tipo, previstos no preceito primário do referido dispositivo legal ("importar", "exportar", "remeter", "preparar", "produzir", "fabricar", "adquirir", "vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito", "transportar", "trazer consigo", "guardar", "prescrever", "ministrar", "entregar a consumo" ou "fornecer drogas"), a Lei Especial não exigindo que o agente esteja em atos de mercancia propriamente dita, até porque tipifica como crime a prática das condutas acima mencionadas ainda que "gratuitamente". Nesse sentido são os entendimentos da SUPREMA CORTE e do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

*Em outras palavras: **o fato de o réu não ter sido encontrado em atos de venda**, à míngua de outros elementos, não serviria como não pode servir de prova cabal da sua inocência ou da sua condição de mero usuário de drogas.*

Não. Não mesmo!

*No duro, **serão as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a quantidade da substância apreendida**, o local da abordagem, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente, que dirão se a droga seria, ou não, destinada ao tráfico de drogas, nos exatos termos do art. 28, §2º, da Lei de Regência.[...]*

Como visto, ressaltou o Tribunal estadual que "as circunstâncias do encontro das substâncias entorpecentes, bem como as suas quantidades, além do que já se expôs, geram a convicção da posse voltada para o tráfico e não a finalidade para o uso próprio, o que me parece ter restado devidamente corroborado pelos depoimentos judiciais dos policiais civis, que abordaram o réu trazendo consigo, vendendo e guardando as malsinadas drogas".

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância a apreensão de drogas 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, extraindo-se da peça acusatória que foram apreendidos "56 (cinquenta e seis) porções, com peso líquido equivalente a 28,4g de 'cocaína' e 37 (trinta e sete) porções, com peso líquido de 37,5g de 'maconha'".

Efetivamente, considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do paciente, respaldada pela não expressiva quantidade de droga apreendida, fazendo jus, portanto, ao pleito desclassificatório, o que autoriza a concessão da ordem de ofício diante da flagrante ilegalidade

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 art. 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 a ordem para desclassificar a conduta de GIOVANY GARCIA AMORIM para o tipo previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e determinar que as respectivas sanções administrativas lhe sejam aplicadas pelo juízo de origem (Processo n. 1502536-85.2022.8.26.0535 - 2ª Vara Criminal de Guarulhos/SP).

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: 2024/0108124-3

HC 901.599 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15025368520228260535 22934442022

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
FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - DEFENSOR PÚBLICO -
SP273113
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIOVANY GARCIA AMORIM (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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, 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.