



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2609091 - MG (2024/0127663-1)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : SERGIO VINICIUS TOLEDO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DESCLASSIFICAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. DUAS PEDRAS DE CRACK (37,20G) E UMA PEDRA DE COCAÍNA (10,51G). REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial por incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF. O agravante foi condenado por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) e busca a desclassificação para posse para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

2. No recurso especial, o agravante requereu o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea e a compensação com a agravante de reincidência.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. De ofício, a questão em discussão consiste em saber se a conduta do agravante se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio, considerando a quantidade de droga apreendida (duas pedras de crack com 37,20g e uma de cocaína com 10,51g) e a ausência de elementos que indiquem a traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A reavaliação das provas não permite afirmar, com segurança, que a substância entorpecente era destinada à venda, prevalecendo o princípio do *in dubio pro reo*.

5. A quantidade não expressiva de droga apreendida e a ausência de elementos concretos de traficância autorizam a desclassificação para posse para consumo próprio.

6. A jurisprudência do STJ reforça a necessidade de quadro seguro sobre a autoria e materialidade para condenação por

tráfico, prevalecendo o tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 em caso de dúvida.

IV. AGRAVO CONHECIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA CONSUMO PRÓPRIO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para conceder habeas corpus de ofício, 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: 2024/0127663-1

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.609.091 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00031515720228130521 10000231013285004

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 : SERGIO VINICIUS TOLEDO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 conceder habeas corpus de ofício, 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 2609091 - MG (2024/0127663-1)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : SERGIO VINICIUS TOLEDO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DESCLASSIFICAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. DUAS PEDRAS DE CRACK (37,20G) E UMA PEDRA DE COCAÍNA (10,51G). REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial por incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF. O agravante foi condenado por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) e busca a desclassificação para posse para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

2. No recurso especial, o agravante requereu o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea e a compensação com a agravante de reincidência.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. De ofício, a questão em discussão consiste em saber se a conduta do agravante se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio, considerando a quantidade de droga apreendida (duas pedras de crack com 37,20g e uma de cocaína com 10,51g) e a ausência de elementos que indiquem a traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A reavaliação das provas não permite afirmar, com segurança, que a substância entorpecente era destinada à venda, prevalecendo o princípio do *in dubio pro reo*.

5. A quantidade não expressiva de droga apreendida e a ausência de elementos concretos de traficância autorizam a desclassificação para posse para consumo próprio.

6. A jurisprudência do STJ reforça a necessidade de quadro seguro sobre a autoria e materialidade para condenação por

tráfico, prevalecendo o tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 em caso de dúvida.

IV. AGRAVO CONHECIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA CONSUMO PRÓPRIO.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial por incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF.

O agravante foi condenado a 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, em regime fechado, pela prática delitiva tipificada no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Neste recurso, sustenta, em suma, não ser o caso de incidência do mencionado óbice sumular, a teor das alegações constantes do agravo (e-STJ, fls. 375-381), requerendo, ao final, o seu provimento.

No recurso especial, o recorrente, ora agravante, requereu que seja "conhecido e provido, reformando-se o v. acórdão combatido para reconhecer a atenuante de confissão espontânea ao recorrente e a compensação com a agravante de reincidência" (e-STJ, fl. 356).

Apresentada contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento ou desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

Por ser prejudicial, analiso, de início, se a conduta pela qual o recorrente foi condenado é realmente típica de tráfico de drogas ou se amolda ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 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 recorrente 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 foi calcada nos seguintes elementos (e-STJ, fls. 306-311):

[...] Conforme se observa, o réu não negou a propriedade dos entorpecentes; no entanto, sustentou que os entorpecentes apreendidos destinavam-se ao consumo próprio. Todavia, em que pesem as nuances apresentadas pelo réu, verifico que elas não resistem ao conjunto de evidências constante dos autos, apto a comprovar o delito de tráfico de drogas praticado por Sérgio.

Com efeito, ao ser ouvido na Depol, o policial militar condutor do flagrante, José Flávio de Oliveira, assim esclareceu (fls. 01 da ordem 02):

[...]

Neste aspecto, observo que o condutor do flagrante, tanto na fase policial quanto na fase judicial, externou de modo firme e coeso que vinham recebendo informações de que Sérgio estava praticando o tráfico de drogas em sua residência.

A partir disso, os policiais começaram a realizar patrulhamento no entorno da residência de Sérgio, ocasião em que perceberam movimentação estranha no local, típica da mercancia de drogas.

Em seguida, os policiais receberam informação de um colaborador no sentido de que Sérgio receberia uma quantidade maior de drogas em uma determinada data, exsurto daí a abordagem na residência dele no dia dos fatos, após autorização de ingresso pela genitora do acusado, culminando com a apreensão, dentro do quarto de Sérgio, dos seguintes entorpecentes (laudo de fls. 21/23 da ordem 02):

- 01 (uma) pedra de cocaína, acondicionada em 01 (um) invólucro plástico, com peso de 10,51 gramas;

- 02 (duas) pedras de "crack", acondicionadas em um invólucro plástico, com peso total de 37,20 gramas.

Ressalto que, no tocante à destinação das drogas acima referidas, o policial militar José Flávio foi por mais de uma vez indagado em Juízo e respondeu firmemente que o réu Sérgio, na presença dele e das outras pessoas que se encontravam na residência no momento do flagrante, afirmou que seriam destinadas à venda, tendo ele, Sérgio, adquirido tais substâncias ilícitas pela quantia de R\$1.000,00.

Em outro sentido não foi o depoimento em Juízo do policial militar Pedro Martins Júnior, senão vejamos (PJe Mídias):

[...]

Conforme se observa, o policial Pedro Martins, que declarou atuar na cidade de Ponte Nova há 06 anos, narrou, sob o crivo do contraditório, que eram frequentes as denúncias de que Sérgio praticava o delito de tráfico de drogas. No dia dos fatos, após a denúncia de um colaborador, os policiais militares lograram êxito em apreender, na residência do réu, os entorpecentes acima identificados e o Sérgio esclarecido aos policiais que as drogas seriam destinadas à venda.

Também em Juízo, esclareceu a testemunha Edson Vitorino Bento (PJe Mídias):

[...]

Neste contexto, restou demonstrado que Sérgio, no dia dos fatos, estava na posse das drogas em questão, as quais, segundo as provas produzidas, não eram destinadas simplesmente ao consumo do réu.

Com efeito, a caracterização do delito de porte de drogas para consumo pessoal depende da análise dos requisitos do artigo 28, §2º, da Lei n. 11.343/06, quais sejam, a natureza da droga, a quantidade apreendida, o local e as condições da ação, as circunstâncias sociais e pessoais do agente, a conduta e os antecedentes.

No caso dos autos, verifico que os policiais militares que atuaram diretamente na ocorrência esclareceram, sob o crivo do contraditório, que compareceram ao local dos fatos após a denúncia de que Sérgio estava praticando o crime de tráfico de drogas, **tendo logrado êxito na apreensão de 47,71 gramas de cocaína.**

Restou demonstrado, ainda, que a quantidade de drogas apreendidas pelos policiais é incompatível com a tese de que se destinavam ao simples uso de Sérgio.

Ademais, Sérgio mencionou em Juízo que pagou a quantia de R\$1.000,00 pelas drogas em questão, não vindo aos autos qualquer elemento de prova apto a demonstrar que o numerário necessário para adquirir tais entorpecentes tenha provindo de fonte lícita, sendo

mais um indicativo da atividade de mercancia de drogas.

Não bastasse, a CAC anexada à ordem 05 demonstra que Sérgio já experimentara condenação por tráfico de drogas, e, paralelamente a isso, os policiais foram unânimes em afirmar que Sérgio é conhecido por ter envolvimento atual com o tráfico de drogas e com traficantes na região dos fatos.

Neste contexto, não há como acolher o pedido subsidiário do recurso, atinente à desclassificação da conduta.

Por oportuno, destaco que o testemunho dos policiais militares se apresenta como de grande valia para a elucidação de delitos relacionados ao tráfico de drogas, não podendo o seu valor probatório ser diminuído apenas por se tratar de agentes do Estado.

[...]

No caso dos autos, não identifico qualquer contradição ou inconsistência capaz de macular a versão dos fatos sustentada pelos policiais militares.

Por conseguinte, não cabe falar em insuficiência de provas para a condenação, tampouco em desclassificação do delito de tráfico de drogas para o delito de posse de droga para uso pessoal, já que devidamente comprovada nos autos a prática, pelo réu, do delito tipificado no artigo 33, da Lei n. 11.343/06.

Assim sendo, rejeito os pedidos de absolvição e de desclassificação.[...]

Como visto, ressaltou o Tribunal estadual que "verifico que os policiais militares que atuaram diretamente na ocorrência esclareceram, sob o crivo do contraditório, que compareceram ao local dos fatos após a denúncia de que Sérgio estava praticando o crime de tráfico de drogas, tendo logrado êxito na apreensão de 47,71 gramas de cocaína".

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 recorrente tinha consigo era destinada à venda ou oferta, extraindo-se do aresto impugnado que foram apreendidas duas pedras de crack com 37,20 gramas e uma de cocaína com 10,51 gramas.

Efetivamente, considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do recorrente, 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 artigo 28 da Lei n. 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** e, de ofício, **concedo o writ** para desclassificar a conduta de SÉRGIO VINÍCIUS TOLEDO para o tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e determinar que as respectivas sanções administrativas lhe sejam aplicadas pelo Juízo de origem (Processo n. 0003151-57.2022.8.13.0521 - 2ª Vara Criminal e de Execuções Penais de Ponte Nova/MG).

Se o recorrente estiver preso, deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se outro motivo justificar sua prisão.

É o voto.