



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2659967 - BA (2024/0203401-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ALESSANDRO SANTOS DAMACENA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. ÍNFIMA QUANTIDADE DE DROGA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS CONCRETOS ACERCA DA TRAFICÂNCIA. REEXAME DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA SEM REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado por agravante condenado por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), postulando a desclassificação da conduta para porte para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), em razão de suposta fragilidade probatória quanto à destinação da droga.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em determinar se a conduta do réu, caracterizada pela posse de entorpecentes, amolda-se ao tipo penal de tráfico de drogas ou ao porte para consumo próprio, conforme art. 33 e art. 28 da Lei de Drogas, respectivamente.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O agravo é conhecido por estar em conformidade com o art. 253, parágrafo único, inciso II, do RISTJ, uma vez que o agravante infirmou os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial.

4. A análise do recurso especial é cabível, pois a controvérsia gira em torno da reavaliação de fatos incontroversos para determinação do tipo penal aplicável, não exigindo revolvimento fático-probatório.

5. O § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 estabelece critérios como a quantidade da droga e as condições pessoais e sociais do agente para diferenciar tráfico de drogas de posse para

consumo pessoal.

6. A quantidade de entorpecentes apreendida — **0,77g de cocaína e 0,6g de crack** — somada à ausência de outros elementos indicativos de tráfico, como balança de precisão ou itens para comercialização, não configura tráfico, mas sim posse para consumo.

7. Aplicando o princípio do in dubio pro reo, e à luz da jurisprudência que prescreve que, em casos de dúvida, a conduta deve ser enquadrada como porte para consumo próprio, entende-se adequada a desclassificação.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e dar provimento, 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

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2659967 - BA (2024/0203401-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : ALESSANDRO SANTOS DAMACENA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. ÍNFIMA QUANTIDADE DE DROGA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS CONCRETOS ACERCA DA TRAFICÂNCIA. REEXAME DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA SEM REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado por agravante condenado por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), postulando a desclassificação da conduta para porte para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), em razão de suposta fragilidade probatória quanto à destinação da droga.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em determinar se a conduta do réu, caracterizada pela posse de entorpecentes, amolda-se ao tipo penal de tráfico de drogas ou ao porte para consumo próprio, conforme art. 33 e art. 28 da Lei de Drogas, respectivamente.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O agravo é conhecido por estar em conformidade com o art. 253, parágrafo único, inciso II, do RISTJ, uma vez que o agravante infirmou os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial.

4. A análise do recurso especial é cabível, pois a controvérsia gira em torno da reavaliação de fatos incontroversos para determinação do tipo penal aplicável, não exigindo revolvimento fático-probatório.

5. O § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 estabelece critérios como a quantidade da droga e as condições pessoais e sociais do agente para diferenciar tráfico de drogas de posse para

consumo pessoal.

6. A quantidade de entorpecentes apreendida — **0,77g de cocaína e 0,6g de crack** — somada à ausência de outros elementos indicativos de tráfico, como balança de precisão ou itens para comercialização, não configura tráfico, mas sim posse para consumo.

7. Aplicando o princípio do *in dubio pro reo*, e à luz da jurisprudência que prescreve que, em casos de dúvida, a conduta deve ser enquadrada como porte para consumo próprio, entende-se adequada a desclassificação.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violados os arts. 386, VII, do CPP e 28 da Lei 11.343/2006. Aduz fragilidade probatória para a condenação por tráfico de drogas e possibilidade de desclassificação para a conduta descrita no art. 28 da Lei de drogas.

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. 218-225):

*A materialidade delitiva encontra-se sobejamente comprovada pelo Relatório do Inquérito (I Ds 52380466, 52380467, 52381218, 52381219), Certidão de registro da ocorrência, com a descrição de que foram encontrados **3 (três) papелotes de substância aparentando ser cocaína e 1 (uma) pedra de Crack** (ID 52380440); e Laudo Pericial Provisório das substâncias apreendidas (I Ds 52381331,*

52381332), bem como o Laudo Definitivo (I Ds 52380453 e 52380452).

A autoria, por seu turno, por meio dos depoimentos prestados pelos policiais militares tanto em sede inquisitorial quanto judicialmente. Assim, saliente-se que os testemunhos judiciais foram colhidos sob o crivo do contraditório e se apresentaram coerentes e harmônicos, apontando, sem margem de dúvidas a autoria do delito na pessoa do Sentenciado.

Ressaltem-se os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão do Réu, os quais apontaram a autoria delitiva de forma clara, a saber:

O policial Genivaldo Oliveira da Cruz foi ouvido em juízo e confirmou o depoimento prestado em sede policial dizendo, em resumo, que a droga apreendida se tratava de **três "papelotes de cocaína" e uma "pedra de crack" e que foi encontrada junto a um estilete no porta-luvas do carro do acusado**; que o acusado havia adquirido o veículo com "Galego" há aproximadamente quatro meses; que no dia 12/01/2011 o acusado foi conduzido por uma guarnição da Polícia Militar por ter em seu poder 18 "pedras de crack", sendo lavrado TCO e feita sua liberação; que a partir deste episódio se iniciou uma investigação pelo crime de tráfico de drogas; que tem conhecimento do envolvimento do acusado com a facção "PCE" e que em maio/2015, em companhia de Sirlon, o acusado matou Alisson dos Santos por conta de briga entre as facções "PCE" e "MPA"; que Alessandro era investigado por outros homicídios; e que o acusado estava foragido e ao retornar continuou praticando delitos como o de tráfico de drogas (fls. 29, 78-82 e 84-87).

O policial Osvaldo Teixeira Valadares confirmou o depoimento prestado em fase policial e relatou em juízo, resumidamente, que o acusado já é conhecido da polícia pelo envolvimento com a facção "PCE" e pelo envolvimento nos crimes de homicídio e tráfico de drogas; que o homicídio se deu por conta de briga entre as facções "PCE" e "MPA" e que o acusado tem passagens por tráfico de drogas; que o acusado havia comprado o carro há aproximadamente quatro meses e não sabia da existência da droga em seu porta-luvas; que foram apreendidos três "papelotes de cocaína" e uma "pedra de crack" prontas para venda/uso junto a um estilete; que o Alessandro nada disse sobre a droga ser destinada a uso pessoal; e que no momento anterior à abordagem não presenciou o acusado vender drogas (fls. 30, 78-82 e 84-87).

Cabe destacar que orienta-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos.

[...]

O Réu, como sói acontecer, negou a prática delitiva atribuída, asseverando:

“[...] Que que no dia dos fatos estava trabalhando e, ao sair, encontrou alguns amigos em uma mercearia e começaram a beber; que estava em posse apenas da "cocaína" para uso próprio e que não estava em posse de "crack"; que era proprietário do veículo Monza e não sabe dizer como apareceram o "crack" e o estilete encontrados no carro; que não integra facção criminosa e que não conhece Sirlon; que nunca saiu da Bahia; que quando da prisão em flagrante em 2011, estava passando pelo local onde a polícia abordava outro indivíduo e foi chamado para revista, restando evidenciado ser apenas um usuário; e que a "maconha" constante no laudo de fls. 20 não lhe pertence (fls. 78- 82 e 84-87).

Com efeito, na fase policial ele afirmou ser usuário de “maconha” e no momento da abordagem possuía apenas um “trouxa” da referida droga, sendo que em juízo alegou que estava em posse de “cocaína” para uso próprio.

Cabe destacar que o delito de tráfico de drogas prescinde de que o acusado seja surpreendido vendendo substância entorpecente, uma vez que se consuma com a simples prática de qualquer das condutas elencadas no tipo penal, à luz do artigo 33, caput, da Lei AntiDrogas, dentre os quais figuram “portar e trazer consigo”, verbos executados pelo Apelante, não se fazendo necessária a prova da comercialização, por tratar-se de crime plurinuclear, de ação múltipla.

É a hipótese evidenciada nos autos sob exame.

É importante frisar, também, que as circunstâncias que ora se apresentam indicam a destinação comercial da droga apreendida, não se podendo olvidar, outrossim, que se afigura desnecessário ser o agente flagrado no exato momento da mercancia para que se dê por caracterizado o delito de tráfico de drogas. Malgrado a negativa do Apelante e as alegações defensivas, é certo que não conseguiram macular as declarações das testemunhas policiais.

Ademais, a droga encontrada em poder do Réu foi apresentada e periciada, sendo atestada a sua natureza entorpecente. Apesar da quantidade de droga apreendida em poder do Apelante não ter sido de grande monta, é suficiente para configurar o delito de tráfico de drogas, notadamente diante das circunstâncias da prisão, sendo apreendidos petrechos utilizados para o tráfico.

Quanto ao pleito subsidiário, no sentido de obter a desclassificação do crime de tráfico (art. 33) para porte de droga para consumo pessoal (art.28), não merece agasalho, posto como as circunstâncias do caso sub judice não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, que dispõe:

[...]

Cumpra ressaltar que o delito de uso (art. 28, da Lei nº 11.343/06) demanda dolo específico, pois, para sua configuração, é preciso que o agente adquira, guarde, tenha em depósito, transporte ou traga consigo substância entorpecente “exclusivamente” para consumo próprio, o que, no entanto, não ficou comprovado nos presentes autos, cabendo salientar, outrossim, que a eventual condição de usuário não elide o exercício da mercancia ilícita, mostrando-se inviável o pleito desclassificatório.

Desta forma, padece de substrato jurídico o pleito para a desclassificação para uso pessoal, bem como o requerimento absolutório, vez que se encontra comprovada a traficância praticada pelo Apelante, sendo imperativa a manutenção da condenação.

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 acusado tinha consigo era destinada à venda ou oferta.

De fato, em se tratando da apreensão de **0,77g de cocaína e 0,6g de crack**, 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 réu 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, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial para desclassificar a conduta do agravante 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 réu 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: 2024/0203401-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.659.967 /
BA
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 03009161020178050079

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

AGRAVANTE : ALESSANDRO SANTOS DAMACENA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

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 recurso e deu provimento, 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.