



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 926487 - MG (2024/0240687-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : MATEUS FAIER DA SILVA
ADVOGADO : MATEUS FAIER DA SILVA - MG156702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CELIO JOSE DIAS JUNIOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO (CONCURSO DE PESSOAS). TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. CABIMENTO. PEQUENA PORÇÃO DE ENTORPECENTE (18,98G DE MACONHA). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO DELITO DE TRÁFICO PARA USO DE DROGAS, MANTENDO-SE A CONDENAÇÃO DO PACIENTE QUANTO AO CRIME DE ROUBO.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas e roubo majorado. A defesa alega insuficiência probatória para a condenação e pleiteia a desclassificação do delito de tráfico para posse de droga para consumo próprio.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em verificar se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou de posse para consumo próprio.

III. Razões de decidir

3. A jurisprudência desta Corte não admite *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. A análise da desclassificação do delito não implica revolvimento fático-probatório, mas sim reavaliação de fatos incontroversos.

5. A quantidade de droga apreendida (18,93 gramas de maconha) não é suficiente para caracterizar tráfico, prevalecendo o princípio do *in dubio pro reo*.

IV. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA para desclassificar a

conduta do paciente para a do art. 28 da Lei n.º 11.343/06, mantendo-se a condenação quanto ao delito de roubo majorado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder a ordem parcialmente, 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 926487 - MG (2024/0240687-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : MATEUS FAIER DA SILVA
ADVOGADO : MATEUS FAIER DA SILVA - MG156702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CELIO JOSE DIAS JUNIOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO (CONCURSO DE PESSOAS). TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. CABIMENTO. PEQUENA PORÇÃO DE ENTORPECENTE (18,98G DE MACONHA). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO DELITO DE TRÁFICO PARA USO DE DROGAS, MANTENDO-SE A CONDENAÇÃO DO PACIENTE QUANTO AO CRIME DE ROUBO.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas e roubo majorado. A defesa alega insuficiência probatória para a condenação e pleiteia a desclassificação do delito de tráfico para posse de droga para consumo próprio.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em verificar se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou de posse para consumo próprio.

III. Razões de decidir

3. A jurisprudência desta Corte não admite *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. A análise da desclassificação do delito não implica revolvimento fático-probatório, mas sim reavaliação de fatos incontroversos.

5. A quantidade de droga apreendida (18,93 gramas de maconha) não é suficiente para caracterizar tráfico, prevalecendo o princípio do *in dubio pro reo*.

IV. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA para desclassificar a conduta do paciente para a do art. 28 da Lei n.º 11.343/06,

mantendo-se a condenação quanto ao delito de roubo majorado.

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. 164/165 (e-STJ):

Célio José Dias Júnior foi condenado, em sentença, à pena de 08 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 246 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 33, § 4º c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06 e art. 157, §2º, inciso II, do Código Penal e art. 244-B da Lei n. 8.069/90. Em grau recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais proveu parcialmente o apelo defensivo “para declarar extinta a punibilidade do apelante, no tocante ao delito descrito no art. 244-B da Lei 8.069/90, por força da prescrição retroativa, nos termos do artigo 107, IV, c/c art. 109, V, art. 110, §1º, art. 115 e art. 119, todos do Código Penal”. Eis a ementa do acórdão:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS, ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRELIMINAR DE NULIDADE. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. REJEIÇÃO. ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE. ANÁLISE DO MÉRITO RECURSAL PREJUDICADA. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS NOS AUTOS. BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INDEFERIMENTO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

- Não há como reconhecer a nulidade do processo, sob alegação de deficiência da defesa técnica, não restando demonstrado qualquer prejuízo ao acusado em razão da defesa prévia apresentada pela ciosa Defensoria Pública.

- Na hipótese de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente, ex vi do disposto art. 119 do CP.

- Verificado o transcurso do lapso prescricional previsto no art. 109, V, c/c art. 115, ambos do CP entre as datas do recebimento da denúncia e da publicação da r. sentença condenatória, decreta-se a extinção da punibilidade do apelante, relativamente ao delito de corrupção de menores, por força da prescrição sob a modalidade retroativa.

- Mantém-se a condenação do recorrente pela prática dos delitos de tráfico ilícito de drogas e roubo majorado pelo concurso de pessoas, extraindo-se do arcabouço probatório elementos suficientes a comprovar a autoria e a materialidade delitivas.

- Indefere-se o pedido de concessão da gratuidade judiciária formulado em recurso, encontrando-se assistido o acusado, desde a audiência de instrução e julgamento, por advogado constituído e não havendo colacionado aos autos declaração de

hipossuficiência econômica.

O acórdão transitou em julgado em 06/02/2024.

Foi impetrado o presente habeas corpus, em que a defesa insurge-se contra a condenação por tráfico de drogas, invocando a recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento do RE 635659, sob a sistemática de repercussão geral (Tema 506).

Argumenta que o paciente deve ser presumido usuário, pois foi abordado com uma única porção de maconha, pesando 18,93 g, e não há provas de finalidade mercantil.

Requer a concessão da ordem “para reconhecer a presunção de usuário, nos moldes da decisão proferida pelo STF no RE 635659, absolvendo CÉLIO JOSÉ DIAS JÚNIOR do crime de tráfico de drogas”.

Informações prestadas.

É o relatório do necessário

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 163-170).

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal. Veja-se:

"O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício" (AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes" (AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

"A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça restringe a admissibilidade do habeas corpus quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem de ofício (HC nº 535.063/SP)". (AgRg no HC n. 741.874/SP, sob a minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024)."

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

"Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em

vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...) (HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023)."

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

Certo é que, "esta Corte Superior possui pacífica jurisprudência no sentido de que: **a tese de insuficiência probatória, a ensejar a pretendida absolvição, não pode ser analisada pela via mandamental, pois depende de amplo exame do conjunto probatória, providência incompatível com os estreitos limites cognitivos do habeas corpus, cujo escopo se restringe à apreciação de elementos pré-constituídos não sendo esta a via processual adequada para decisões que dependam de dilação probatória** (AgRg no HC n. 802.688/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 6/3/2023). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC nº 868.208/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 30/11/2023, DJe de 5/12/2023 - destaquei)

Cumprе ressaltar que, "É do devido processo legal que a causa não seja processada, simultaneamente, na origem e na instância recursal. Questões relativas à fragilidade das provas da autoria delitiva não podem ser dirimidas na via sumária do *habeas corpus* ou do seu recurso por demandarem reexame aprofundado das provas coletadas no curso da instrução criminal, inviável na via eleita. A temática deve ser solucionada, em princípio, na ação penal a que responde o ora agravante e pelo Togado singular." (AgRg no RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 170264 - MT, relator Ministro JOÃO BATISTA MOREIRA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF1) Julgado em 8/8/2023, DJe/STJ nº 3698 de 16/8/2023)

No caso, quanto à autoria e a materialidade delitivas, constou do acórdão recorrido (e-STJ fls. 98-103):

Diversamente do alegado em razões recursais, extrai-se do processado elementos de convicção a arrimar a condenação do recorrente pelos delitos de tráfico de drogas e roubo majorado pelo concurso de pessoas narrados em exordial acusatória.

Com efeito, a materialidade delitiva encontra-se evidenciada por meio do APFD (fls. 02/07), boletim de ocorrência (fls. 11/20), auto de apreensão (fl. 25), todos constantes do documento de ordem nº 03; laudo de constatação preliminar (fl. 27), laudo de avaliação indireta do bem subtraído (fl. 39) e laudo toxicológico definitivo (fls. 41/41 v.), inseridos no documento de ordem nº 04.

A autoria, igualmente, restou comprovada à saciedade, colhendo-se da prova oral obtida pelo sistema audiovisual, dados objetivos a comprovar a destinação da substância entorpecente dispensada pelo recorrente e pelo menor, bem assim a subtração da bicicleta pertencente à vítima Lúcio Geovane Garcia mediante violência e grave ameaça por ambos exercida.

Oportuno mencionar, inicialmente, a versão apresentada pelo citado ofendido perante a autoridade policial:

“(...) QUE é usuário de maconha há cerca de seis anos; QUE, na noite de ontem o declarante foi sozinho ao bairro Planalto para comprar drogas; QUE, chegou lá por volta das 10h da manhã onde na rua 19, fez contato com os traficantes “CELIO” e “JULIANO”, os quais estavam acompanhados de mais uns três indivíduos: QUE, quando negociava a compra de sua maconha com estes dois, policiais surgiram e eles saíram correndo; QUE, o declarante permaneceu no local, foi abordado e liberado normalmente; QUE, no mesmo instante que os policiais foram embora, CÉLIO e JULIANO voltaram com mais um indivíduo e correram atrás do” declarante, QUE, tentou fugir mas foi cercado numa rua de cima por mais vários comparsas deles; QUE, CELIO e JULIANO começaram a dizer para que o declarante desse conta de uma droga que eles tinham dispensado no local onde foi abordado; QUE, o declarante disse que não tinha visto e nem pegado nenhuma droga, mas mesmo assim eles começaram a lhe agredir; QUE, todos começaram a lhe agredir com socos, chutes e até com uma telha de cerâmica; QUE, as agressões foram praticamente todas em seu rosto; QUE, o declarante não teve chance de se defender, pois um deles ficou lhe segurando pelo pescoço por trás com um “mataleão”; QUE, o declarante chegou a desmaiar por uns segundos e quando retomou a consciência, estava com o rosto ensanguentado e cortado; QUE, naquela ocasião eles começaram a dizer: “Vai lá buscar a peça, vai lá buscar a peça pra gente matar ele”; QUE, até aquele momento o declarante ainda estava na posse de sua bicicleta Poti branca/roxa; QUE, tentou fugir com sua bicicleta, mas os autores tomaram ela de suas mãos à força, QUE, temendo por sua vida o declarante conseguiu escapar dos agressores e fugiu à pé; QUE, durante a fuga viu que CELIO é quem ficou com sua bicicleta; (...)” (fl. 05 – documento de ordem nº 03).

Convergentes a tal pronunciamento, têm-se os relatos dos Policiais Militares Márcio Ângelo Nunes e Paulo Ferreira da Silva, obtidos sob o crivo do contraditório.

Nessa oportunidade, referidas testemunhas - após ratificarem o teor

das declarações prestadas em sede inquisitorial, respectivamente, às fls. 02/02 v. e 03/03 v. (ambas inseridas no documento de ordem nº 03) -, noticiaram que a vítima **Lúcio Garcia Ihes** relatara haver se dirigido ao local da abordagem para adquirir drogas do acusado **Célio José Dias**, bastante conhecido no meio policial pelo envolvimento com o tráfico de drogas, o qual estava na companhia do menor **J. E. R.**

Diante da aproximação policial, o apelante dispensara o entorpecente que trazia consigo para venda e se evadira juntamente com o adolescente.

Retornaram, entretanto, após a saída da guarnição, e subtraíram a bicicleta da vítima mediante extrema violência e ameaça, em represália, diante do sumiço do entorpecente anteriormente dispensado.

A bicicleta do ofendido fora localizada na residência do ora recorrente, tendo este informado que o mencionado bem fora ali deixado por terceira pessoa, cujo nome não declinara.

Revestem-se de importância e credibilidade os depoimentos prestados pelos policiais, se indemonstrado propósito de prejudicar o acusado contra quem recai a imputação, não se vislumbrando do processado qualquer circunstância a lhes minorar a veracidade. Nesse sentido:

“Os depoimentos de policiais merecem credibilidade, porque aludidos servidores públicos são agentes estatais encarregados da manutenção da ordem e não há nenhum registro nos autos de qualquer interesse particular no feito por parte dos mesmos.” (Apelação Criminal 1.0481.09.099440-3/001(1), rel. Des. Adilson Lamounier, DJ 22.09.10); “O depoimento do policial tem a mesma presunção de credibilidade de qualquer outro testemunho e, para destituir seu valor probante, é necessário demonstrar que o mesmo tem algum interesse na causa, ou outro motivo sério e concreto que o torne suspeito” (Ap. 1.0024.07.665805-3/00(1), rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, DJ 07.07.08).

Também o menor J. E. R. admitira, em sede extrajudicial, encontrar-se, por ocasião dos fatos narrados em denúncia na companhia do ora apelante quando foram abordados pela vítima, a qual empurrava uma bicicleta e pretendia adquirir substâncias entorpecentes. Conquanto tenha negado o envolvimento com o tráfico de drogas - fato, aliás, desmentido por sua genitora - e a participação no roubo da bicicleta, imputara a autoria delitiva ao apelante. Confira-se:

“QUE em relação aos fatos, o informante alega que esteve na companhia de CÉLIO nas proximidades do campo do bairro Planalto na data dos fatos: “QUE naquela ocasião se encontrava sentado na rua 20 na companhia de CÉLIO quando um indivíduo empurrando uma bicicleta Poti de cor branca e roxa se aproximou e se juntou a eles; QUE CÉLIO estava na posse de uma porção de maconha; QUE o mencionado indivíduo, o qual era desconhecido do informante, tinha interesse em “adquirir drogas de CÉLIO, mas acredita-que ele não vendeu devido ao fato de não possuir dinheiro naquele momento; QUE, diante da aproximação de uma viatura policial; o informante e CÉLIO fugiram do local, vindo este a dispensar a porção de maconha nas “proximidades; QUE, ao retornar ao local, CÉLIO constatou que a droga não se encontrava mais no local onde havia dispensado; passando a questionar o indivíduo sobre este objeto, o qual negou ter se apropriado da droga; QUE neste

momento, o informante alega que observou os fatos à distância; QUE perguntado se CÉLIO agrediu o indivíduo; respondeu que não viu, alegando ter ido embora e não ter acompanhado o desfecho da discussão; QUE posteriormente tomou conhecimento através de terceiros que CÉLIO “havia agredido este indivíduo e se apropriado da sua bicicleta; QUE trata-se de um ajudante de pedreiro que trabalhou em uma obra na rua 20: QUE o informante alega que não possui envolvimento com a venda de drogas, que nega tal imputação mesmo diante da intervenção da sua genitora, a qual afirma categoricamente sobre seu envolvimento com o tráfico de drogas; QUE já foi apreendido e conduzido à delegacia por tráfico de drogas por três vezes; QUE perguntado não informante sobre o motivo de está presente “naquela localidade, visto se tratar de um local distante da sua residência e de um ponto de venda de drogas, respondeu que se desloca 20 local com certa frequência para jogar bola e se encontrar com amigos; (...)” (fls. 37/38 – documento de ordem nº 04).

A versão apresentada pelo recorrente, em interrogatório judicial, a negar conhecer o menor J. E. R., bem assim a destinação mercantil da substância entorpecente arrecadada e o roubo da bicicleta, por sua vez, encontra-se isolada no acervo probatório.

Ante a contundência de tais elementos de convicção, resta inviabilizado o acolhimento da súplica absolutória nos moldes deduzidos em recurso, tendo-se por acertada a seguinte conclusão sentencial:

“(...) Nesse cenário, a negativa do acusado não merece crédito, pois além das divergências verificadas, que destoam das provas do feito, ele não provou sua versão, repisando-se que ele é conhecido pelo envolvimento na mercancia ilícita de tóxicos desde a menoridade (vide CAI e CAC de fls. 76/79v e 146/152, respectivamente), foi flagrado dispensando entorpecentes, a bicicleta roubada apreendida em sua casa, e o usuário L. confessou ter se dirigido ao local para adquirir narcóticos do réu indigitado e do adolescente infrator. (...) Relativamente ao crime de roubo, provou-se que o réu e o menor J. E. R. subtraíram a bicicleta mencionada alhures, valendo-se de violência e grave ameaça à pessoa, reduzindo à impossibilidade de resistência da vítima, conforme visto alhures (...)”. (fls. 161 e 164 – documento de ordem nº 09).

Indefere-se, por fim, o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, havendo sido assistido o recorrente, a partir da audiência de instrução e julgamento, por defensor constituído, consoante se infere à fl. 120 (documento de ordem nº 07), sem que tenha colacionado aos autos declaração de hipossuficiência econômica.

Ante o exposto, rejeito a prefacial de nulidade suscitada e dou parcial provimento ao recurso para declarar extinta a punibilidade do apelante, no tocante ao delito descrito no art. 244-B da Lei 8.069/90, por força da prescrição retroativa, nos termos do artigo 107, IV, c/c art. 109, V, art. 110, §1º, art. 115 e art. 119, todos do Código Penal, nos exatos termos contidos neste voto, ficando mantidas as demais disposições sentenciais.

Como visto, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório,

firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico de drogas e roubo pelo paciente, com base nas provas colhidas durante a instrução, com destaque para o depoimento da vítima e do menor que estava na companhia do paciente no momento do delito.

Nesse contexto, não se mostra possível o revolvimento dos fatos e das provas, haja vista o *habeas corpus* não ser meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação, uma vez que se trata de ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Contudo, no que pertine à possibilidade de desclassificação da conduta do delito do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas) para a do art. 28 da Lei nº 11.343/06 (uso de droga para consumo próprio), melhor sorte assiste ao paciente.

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

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 18,98 gramas de maconha (e-STJ fl. 66), 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. 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 e determinar que as sanções administrativas do art. 28 da Lei Antidrogas lhe sejam aplicadas pelo juízo de origem, mantendo-se a condenação pelo delito de roubo.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0240687-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 926.487 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01494167520198130313 10000231352493001 1494167520198130313
2019047084216001

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 : MATEUS FAIER DA SILVA
ADVOGADO : MATEUS FAIER DA SILVA - MG156702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CELIO JOSE DIAS JUNIOR (PRESO)
INTERES. : 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, concedeu a ordem parcialmente, 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.