



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 927262 - MS (2024/0245765-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : RODRIGO SCHMIDT CASEMIRO
ADVOGADO : RODRIGO SCHMIDT CASEMIRO - MS013400
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : VANDELSON GONCALVES PRIMO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO. QUANTIDADE IRRELEVANTE DE DROGA. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de paciente condenado a 5 anos e 6 meses de reclusão e 530 dias-multa, no regime fechado, por tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Impetrante alega ausência de fundamentação idônea na fixação da pena-base e pleiteia desclassificação para posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), além do reconhecimento do tráfico privilegiado.

II. Questão em discussão

2. De ofício, a questão consiste em determinar se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio.

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 (9,2 gramas de cocaína) e a ausência de elementos concretos de traficância justificam a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

5. *Habeas corpus* concedido. Desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (Autos n. 0912296-16.2023.8.12.0001 - 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS).

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 a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 01 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 927262 - MS (2024/0245765-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : RODRIGO SCHMIDT CASEMIRO
ADVOGADO : RODRIGO SCHMIDT CASEMIRO - MS013400
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : VANDELSON GONCALVES PRIMO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO. QUANTIDADE IRRELEVANTE DE DROGA. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de paciente condenado a 5 anos e 6 meses de reclusão e 530 dias-multa, no regime fechado, por tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Impetrante alega ausência de fundamentação idônea na fixação da pena-base e pleiteia desclassificação para posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), além do reconhecimento do tráfico privilegiado.

II. Questão em discussão

2. De ofício, a questão consiste em determinar se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio.

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 (9,2 gramas de cocaína) e a ausência de elementos concretos de traficância justificam a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

5. *Habeas corpus* concedido. Desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (Autos n. 0912296-16.2023.8.12.0001 - 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS).

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 fl. 59

(e-STJ):

[...] Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de VANDELSON GONCALVES PRIMO, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos e 6 meses e 530 dias-multa no regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

O impetrante sustenta ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo por ter aumentado a pena em 6 meses, considerando mais de uma circunstância do art. 59 do CP desfavorável, sem especificar o quantum de aumento para cada circunstância.

Afirma que, no caso, não foi demonstrada a prática do crime de tráfico de drogas tendo em vista que, além de o paciente ter declarado ser usuário de drogas, não teria sido presenciada situação de mercancia e "não foi encontrado dinheiro (trocado) em sua posse" (fl. 16), motivo pelo qual entende que a conduta deveria ser desclassificada para o art. 28 da Lei de Drogas.

Assevera, ainda, que o réu não se dedica à atividade criminosa, não faz parte de organização criminosa e teria sido preso com pequena quantidade de droga. Assim, afirma que deveria ser reconhecida a incidência da minorante do tráfico privilegiado, com a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena.

Requer, liminarmente, a concessão de liberdade ao paciente. No mérito, pugna pela concessão da ordem para absolver o paciente; declarar a nulidade da sentença por ausência de fundamentação quanto à dosimetria ou fixada a pena no mínimo legal; ou aplicar a minorante do tráfico privilegiado na fração de 2/3, com a fixação do regime aberto ou a substituição por prestação de serviços à comunidade.[...]

A liminar foi indeferida, as informações foram prestadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Por ser prejudicial, analisa-se, de ofício, 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.)

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).

A respeito da negativa de autoria, assim se manifestou o Tribunal local (e-STJ, fls. 39-42):

[...] No caso em análise, apesar de negar a autoria delitiva, é notável que as circunstâncias fático-probatórias convergem aos depoimentos uníssomos das testemunhas policiais ouvidas no decurso do processo.

Ademais, não se olvida do relato extrajudicial de Leandro Virginio da Costa, usuário de drogas que afirmou ter o acusado lhe repassado uma porção de cocaína para consumo. (Interrogatório; p. 25-26)

Somado a isso, em consonância com os depoimentos dos policiais, verifica-se que o réu de fato já havia sido preso pela prática do mesmo crime, vide condenação definitiva proferida nos autos de n. 0025013-27.2019.8.12.0001. Nesse sentido, trago à baila julgados desta 2ª Câmara Criminal:

[...]

Diante dessas considerações, as particularidades da prisão, a negativa isolada do acusado e os esclarecimentos em juízo prestados pelas testemunhas que atuaram na ocorrência, mostram-se elementos de prova suficientes para justificar o decreto condenatório pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

Por essas mesmas razões, concluo pela insubsistência da tese de que o réu é apenas usuário e tinha o entorpecente apenas para consumo próprio.

É de se destacar que para a desclassificação do delito de tráfico para

o delito assente no art. 28 da Lei de Drogas, deve haver ponderação do juízo acerca da natureza e da quantidade de substância apreendida, bem como do local e das condições em que se desenvolveu a ação, das circunstâncias sociais e pessoais, além da conduta e dos antecedentes do agente.

Tais peculiaridades, analisadas em conjunto, não favorecem o recorrente, a considerar os fatos descritos nos autos.

Destaca-se, que a defesa não apresentou prova contundente no sentido de reforçar unicamente a condição de usuário.

Saliento, ainda, que a condição de usuário não desnatura a de traficante, que muitas vezes se vale da prática criminosa para sustentar seu vício.

Como bem pontuou o magistrado: "o somatório dos elementos de prova geram convicção plena de que o acusado praticou o crime de tráfico de drogas, nas modalidades vender/fornecer, isso diante dos depoimentos policiais uníssomos no sentido de terem realizado a prisão do acusado pouco tempo antes e após ser liberado em audiência de custódia, passaram a receber várias denúncias que o réu tinha voltado a traficar na residência dele, o que foi constatado através de campana, na qual visualizaram intenso fluxo de usuários entrando e saindo da residência, culminando na abordagem em que o usuário Leandro foi flagrado consumindo cocaína no local. (...)" (p. 255)

Assim, diante do conjunto probatório acostado aos autos, revelador da prática do delito de tráfico de entorpecentes, resulta inviável a absolvição por insuficiência de provas ou mesmo a desclassificação do crime para o delito assente no art. 28 da Lei de Drogas.[...]

Como visto, ressaltou o Tribunal estadual que "[o]s depoimentos dos policiais, quando harmônicos com os demais elementos de prova, são válidos e suficientes para ensejar a condenação, inexistindo fatos concretos que indiquem a intenção destes em prejudicar o acusado, não havendo motivos para colocar em dúvida a credibilidade de suas declarações".

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, extraíndo-se da denúncia que foram apreendidos "02 porções de Cocaína, pesando 9,2g (nove gramas e vinte decigramas" (e-STJ, fl. 29).

Efetivamente, considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do paciente; respaldada pela inexpressiva 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 deste Tribunal 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 o *habeas corpus* para desclassificar a conduta de VANDELSON GONÇALVES PRIMO para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e determinar que as respectivas sanções administrativas lhe sejam aplicadas pelo Juízo de origem (Autos n. 0912296-16.2023.8.12.0001 - 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS).

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: 2024/0245765-7

HC 927.262 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 09122961620238120001 9122961620238120001

EM MESA

JULGADO: 01/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO SCHMIDT CASEMIRO
ADVOGADO : RODRIGO SCHMIDT CASEMIRO - MS013400
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : VANDELSON GONCALVES PRIMO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 a Sra. Ministra Daniela Teixeira.