



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 927354 - ES (2024/0246288-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : GILVAN CARLOS DE ALMEIDA MOTTA
ADVOGADOS : ALEXSANDRO CAMARGO SILVARES - ES020503
GILVAN CARLOS DE ALMEIDA MOTTA - ES036603
MATEUS SOARES ANANIAS - ES030656
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO SANTOS HERCULANO (PRESO)
CORRÉU : GUILHERME DOS SANTOS HERCULANO
CORRÉU : ALTAIR LEANDRO MENGALI VIRGINIA
CORRÉU : LUIZ CLAUDIO FERREIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. USO DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. OBSERVÂNCIA DAS TESES FIXADAS NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.659/SP. ORDEM CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. Habeas corpus impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06) e posse irregular de arma de fogo (art. 12 da Lei nº 10.826/03), com pedido de desclassificação para posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

2. O paciente foi flagrado com 26,6 gramas de maconha e 3,9 gramas de cocaína em sua residência. A defesa alega que a quantidade de droga apreendida é compatível com uso pessoal.

3. O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo negou a desclassificação, mantendo a condenação por tráfico de drogas.

II. Questão em discussão

4. A questão em discussão consiste em saber se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou se deve ser desclassificada para posse para consumo próprio, considerando a quantidade de droga apreendida.

III. Razões de decidir

5. A jurisprudência do STF, no Tema 506, presume usuário quem possui até 40 gramas de maconha, salvo indícios de

mercancia.

6. A quantidade de droga apreendida com o paciente (26,6 gramas de maconha) não permite afirmar, com segurança, a destinação para tráfico, prevalecendo o princípio do in dubio pro reo.

7. A decisão do STF sobre a descriminalização do porte para uso pessoal é de ordem pública e deve ser aplicada imediatamente, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

IV. Dispositivo e tese

8. Ordem concedida para desclassificar a conduta do paciente para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

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 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

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0246288-0

HC 927.354 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00052941620148080011 0005294162014808001103000319
20000303220248080011 52941620148080011 5294162014808001103000319

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 : GILVAN CARLOS DE ALMEIDA MOTTA
ADVOGADOS : ALEXSANDRO CAMARGO SILVARES - ES020503
MATEUS SOARES ANANIAS - ES030656
GILVAN CARLOS DE ALMEIDA MOTTA - ES036603
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO SANTOS HERCULANO (PRESO)
CORRÉU : GUILHERME DOS SANTOS HERCULANO
CORRÉU : ALTAIR LEANDRO MENGALI VIRGINIA
CORRÉU : LUIZ CLAUDIO FERREIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 927354 - ES (2024/0246288-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : GILVAN CARLOS DE ALMEIDA MOTTA
ADVOGADOS : ALEXSANDRO CAMARGO SILVARES - ES020503
GILVAN CARLOS DE ALMEIDA MOTTA - ES036603
MATEUS SOARES ANANIAS - ES030656
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO SANTOS HERCULANO (PRESO)
CORRÉU : GUILHERME DOS SANTOS HERCULANO
CORRÉU : ALTAIR LEANDRO MENGALI VIRGINIA
CORRÉU : LUIZ CLAUDIO FERREIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. USO DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. OBSERVÂNCIA DAS TESES FIXADAS NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.659/SP. ORDEM CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. Habeas corpus impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06) e posse irregular de arma de fogo (art. 12 da Lei nº 10.826/03), com pedido de desclassificação para posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

2. O paciente foi flagrado com 26,6 gramas de maconha e 3,9 gramas de cocaína em sua residência. A defesa alega que a quantidade de droga apreendida é compatível com uso pessoal.

3. O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo negou a desclassificação, mantendo a condenação por tráfico de drogas.

II. Questão em discussão

4. A questão em discussão consiste em saber se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou se deve ser desclassificada para posse para consumo próprio, considerando a quantidade de droga apreendida.

III. Razões de decidir

5. A jurisprudência do STF, no Tema 506, presume usuário quem possui até 40 gramas de maconha, salvo indícios de

mercancia.

6. A quantidade de droga apreendida com o paciente (26,6 gramas de maconha) não permite afirmar, com segurança, a destinação para tráfico, prevalecendo o princípio do in dubio pro reo.

7. A decisão do STF sobre a descriminalização do porte para uso pessoal é de ordem pública e deve ser aplicada imediatamente, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

IV. Dispositivo e tese

8. Ordem concedida para desclassificar a conduta do paciente para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

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. 680 (e-STJ):

"Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de GUSTAVO SANTOS HERCULANO, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (Apelação Criminal nº 0005294-16.2014.8.08.0011).

Consta dos autos que o paciente foi definitivamente condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e 12 da Lei nº 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal, à sanção corporal de 5 anos de reclusão e 1 ano de detenção.

No presente habeas corpus, o impetrante sustenta que a conduta do paciente deve ser desclassificada do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 para o art. 28 do mesmo Diploma Legal, dada a condição de usuário do paciente.

Cita, em seu abono, o novo precedente do STF, que considera usuário quem estiver na posse de menos de 40g de maconha, que é o caso do paciente.

Requer, liminarmente e no mérito, seja desclassificada a condenação do paciente quanto ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 para o art. 28 da mesma lei."

A defesa alega, em síntese, a tipificação inadequada dos fatos tidos por delituosos.

Requer a concessão da ordem para obter a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o de uso.

Informações prestadas (e-STJ fls. 687/694, 695/697, 698/706 e 708/716).

Manifestação do Ministério Público Federal pela concessão da ordem (e-STJ fls. 719/724).

É o relatório.

VOTO

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 fl. 462/468):

"Inicialmente, a defesa de Gustavo pleiteia a desclassificação da conduta imputada ao mesmo para o delito descrito no art. 28 da Lei de Drogas.

Todavia, após detida análise dos elementos de convicção presentes nos autos, entendo que razão não lhe assiste, uma vez que a prática do crime de tráfico de drogas pelo apelante restou amplamente demonstrada.

A materialidade delitiva esta consubstanciada no APFD (fls. 02/26 - IP), no Boletim de Ocorrência Policial (fls. 27/28 - IP), no mandado de busca e apreensão (fls. 29/30 - IP), no Auto de Apreensão (fls. 31 - IP), no Auto de Constatação de Eficácia e Prestabilidade de Arma de Fogo

(fl. 32 - IP), no Laudo Preliminar de Constatação de Substância Entorpecente (fl. 33 - IP), e no Laudo Toxicológico Definitivo (fls. 103/104 - IP).

A autoria quanto ao crime de tráfico de drogas também é incontestada.

O apelante, quando ouvido em juízo, confirmou que era usuário de drogas e disse que as drogas apreendidas não tinham a destinação mercantil.

Todavia, a mera alegação dos acusados de sua condição de usuários não é suficiente para a pretendida desclassificação, uma vez que seus relatos contrastam com os seguros e harmônicos depoimentos dos policiais militares.

Nesse sentido, a testemunha Rui Telles Amorim, policial militar que participou da prisão em flagrante, ao prestar depoimento em juízo (fls. 74/75), afirmou que conhecia o acusado pelo envolvimento com o tráfico de drogas no bairro Zumbi e que o mesmo era integrante do grupo criminoso conhecido por "BMD - "Bonde da Maria Dias". Consta que no dia dos fatos os militares cumpriram vários mandados de busca e apreensão, sendo que a informação que tinham era que os acusados estavam guardando armas para o grupo BMD, ou seja, para Altair e Leandro,

No mesmo sentido, a testemunha Leonardo da Cruz Fim, policial rodoviário federal, ao prestar depoimento em juízo (fls. 74/75), afirmou que o acusado Gustavo era um dos investigados da "Operação Setembro Negro", que visava apurar o tráfico de drogas exercido no bairro Alto Eucalipto pelos corréus Altair e Luiz Claudio.

A despeito das ponderações defensivas, a palavra dos policiais, que atuaram de maneira direta na prisão dos agentes, não pode ser relevada e nem considerada suspeita apenas em razão de sua função, pois seria inadmissível que o Estado, que lhes depositou a tarefa de proteção aos cidadãos, desconsiderasse suas palavras quando prestadas contas de suas diligências.

[...]

Registre-se que a definição típica do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 e de conteúdo variado, prevendo diversas condutas como forma de um mesmo crime, tendo a ação perpetrada pelo apelante se enquadrado perfeitamente ao tipo penal.

Releva registrar, também, que o recorrente é conhecido por seu envolvimento com o tráfico de drogas, que o local e as circunstâncias da apreensão indicam o tráfico e que, além de quantidade considerável de drogas, foram apreendidos um triturador, armas de fogo e munições.

Desta forma, o pleito de desclassificação aventado pela defesa do

apelante se apresenta pouco crível, especialmente tendo em vista as circunstâncias do delito e os conclusivos depoimentos das testemunhas."

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância, foi flagrado com 26,6 gramas de maconha e 3,9 gramas de cocaína, em sua residência.

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 26,6 gramas de maconha e 3,9 gramas de cocaína, 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).

Considerando o parecer favorável do Ministério Público, o qual acolho, é o caso de deferimento da ordem.

A opinião do órgão acusador restou assim motivada:

"Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de Gustavo Santos Herculano, condenado às penas de 5 anos de reclusão e 1 ano de detenção, pela prática dos crimes de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06) e de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei nº 10.826/03), respectivamente. Consta dos autos que o paciente apelou ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo pedindo desclassificação de sua conduta prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/06 para a prevista no art. 28 da mesma lei. Sucessivamente pediu a redução da pena de multa e o benefício da gratuidade de justiça. O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, porém, negou provimento ao apelo. (fls. 454/455) Neste habeas corpus, o impetrante visa à cassação do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que negou a desclassificação da conduta do paciente, prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/06, para a prevista no art. 28 da mesma Lei. Alega que o paciente, quando ouvido em Juízo, confirmou que era usuário de drogas e que o entorpecente apreendido em sua posse não tinha fins mercantis. Sustenta que ele é primário, tem bons antecedentes e residência fixa. Também sustenta que a quantidade de drogas apreendida é ínfima: 3,9 gramas de cocaína e 26,6 gramas de maconha. Alega que o Supremo Tribunal Federal recentemente decidiu, no RE nº 635659, tratar-se de usuário de drogas, inserido no art. 28 da Lei nº 11.343/06, aquele que estiver em posse de até 40 gramas de maconha. Afirmou que também esta Superior Corte tem decidido no mesmo sentido, como no HC nº 907.631, da Relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Por fim, alega que o paciente preenche todos os requisitos para que seja reconhecido que ele era usuário, tendo sua conduta desclassificada para a do art. 28 da Lei nº 11.343/06. (fls. 3/17) A liminar foi indeferida. (fls. 380/381) Foram prestadas informações. II HC nº 927354/ES 2 Documento assinado via Token digitalmente por RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 18/10/2024 15:04. Para verificar a assinatura acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave 58e46ccb. d451b237.43749f89.3163580c(e-STJ Fl.720)STJ-Petição Eletrônica (ParMPF) 00924284/2024 recebida em 18/10/2024 15:04:57 Petição Eletrônica juntada ao processo em 18/10/2024 ?s 15:21:01 pelo usu?rio: SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS

AUTOMÁTICOS Documento eletrônico e-Pet nº 9443398 com assinatura eletrônica Signatário(a): RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE CPF: 24490350104 Recebido em 18/10/2024 15:04:57 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA O habeas corpus deve ser concedido. Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06), porque foi flagrado com 26,6 gramas de maconha e 3,9 gramas de cocaína, em sua residência. O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo negou provimento ao apelo do paciente, que pedia a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, pelos seguintes fundamentos:

A materialidade delitiva esta consubstanciada no APFD (fls. 02/26 - IP), no Boletim de Ocorrência Policial (fls. 27/28 - IP), no mandado de busca e apreensão (fls. 29/30 - IP), no Auto de Apreensão (fls. 31 - IP), no Auto de Constatação de Eficácia e Prestabilidade de Arma de Fogo (fl. 32 - IP), no Laudo Preliminar de Constata^{ção} de Substância Entorpecente (fl. 33 - IP), e no Laudo Toxicológico Definitivo (fls. 103/104 - IP). A autoria quanto ao crime de tráfico de drogas também é incontestável. O apelante, quando ouvido em juízo, confirmou que era usuário de drogas e disse que as drogas apreendidas não tinham a destinação mercantil. Todavia, a mera alegação dos acusados de sua condição de usuários não é suficiente para a pretendida desclassificação, uma vez que seus relatos contrastam com os seguros e harmônicos depoimentos dos policiais militares. Nesse sentido, a testemunha Rui Telles Amorim, policial militar que participou da prisão em flagrante, ao prestar depoimento em juízo (fls. 74/75), afirmou que conhecia o acusado pelo envolvimento com o tráfico de drogas no bairro Zumbi e que o mesmo era integrante do grupo criminoso conhecido por "BMD - "Bonde da Maria Dias". Consta que no dia dos fatos os militares cumpriram vários mandados de busca e apreensão, sendo que a informação que tinham era que os acusados estavam guardando armas para o grupo BMD, ou seja, para Altair e Leandro. No mesmo sentido, a testemunha Leonardo da Cruz Fim, policial rodoviário federal, ao prestar depoimento em juízo (fls. 74/75), afirmou que o acusado Gustavo era um dos investigados da "Operação Setembro Negro", que visava apurar o tráfico de drogas exercido no bairro Alto Eucalipto pelos corréus Altair e Luiz Cláudio. Apesar das ponderações defensivas, a palavra dos policiais, que atuavam de maneira direta na prisão dos agentes, não pode ser levada e nem considerada suspeita apenas em razão de sua função, pois seria inadmissível que o Estado, que lhes depositou a tarefa de proteção aos cidadãos, desconsiderasse suas palavras, justamente quando presta contas de suas diligências. (...) Por outro lado, a defesa apresentou versão dissociada dos elementos de prova colacionados aos autos. Registre-se que a definição típica do art. 33 da Lei nº 11.343/06 é de conteúdo variado, prevendo

diversas condutas como forma de um mesmo crime, tendo a ação perpetrada pelo apelante se enquadrado perfeitamente ao tipo penal. Releva registrar também, que o recorrente é conhecido por seu envolvimento com o tráfico de drogas, que o local e as circunstâncias da apreensão indicam o tráfico e que, além de quantidade considerável de drogas, foram apreendidos um triturador, armas de fogo e munições. Dessa forma, o pleito de desclassificação aventado pela defesa do apelante se apresenta pouco crível, especialmente tendo em vista as circunstâncias do delito e os conclusivos depoimentos das testemunhas. Ademais, verifica-se dos autos que a defesa não comprovou em momento algum a suposta condição de usuário do apelante, nem ao menos que as drogas apreendidas se destinavam ao consumo pessoal. No caso concreto, não afasto a hipótese de que o acusado seja também usuário, mas a traficância é nítida pelas circunstâncias da prisão e elementos probatórios carreados aos autos – seja porque sobre a fala do policial recai presunção de veracidade, seja porque a defesa não logrou demonstrar a destinação da droga para o exclusivo consumo pessoal do réu, ônus ao seu encargo (art. 156, do CPP) – não merecendo prosperar, pois, a pretensão da defesa para desclassificar a conduta do réu para o delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. (fls. 462/465)

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo transitou em julgado em março de 2023. No entanto, há constrangimento ilegal a ser sanado, capaz de desconstituir a coisa julgada. O Supremo Tribunal Federal decidiu o Tema 506, em sede de repercussão geral, no RE 635659, tendo firmado a seguinte tese:

1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. 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; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para HC nº 927354/ES 4 Documento assinado via Token digitalmente por RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 18/10/2024 15:04. Para verificar a assinatura acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave 58e46ccb. d451b237.43749f89.3163580c(e-STJ FI.722)STJ-Petição Eletrônica (ParMPF) 00924284/2024 recebida em 18/10/2024 15:04:57 Petição Eletrônica juntada ao processo em 18/10/2024 ?s 15:21:01 pelo usu?rio: SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS Documento eletrônico e-Pet nº 9443398 com assinatura eletrônicaSignatário(a): RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE CPF: 24490350104Recebido em 18/10/2024 15:04:57 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.

Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que aquele que for flagrado com até 40 gramas de cannabis sativa (maconha), será presumidamente considerado usuário, tendo sua conduta classificada nos termos do art. 28-§2º da Lei nº 11.343/06, caso não haja indícios de situação de mercancia. Este é o caso do paciente. Ele foi preso em sua residência, tendo em depósito 26,6 gramas de maconha em seu quarto. As circunstâncias do crime não demonstram que ele era traficante, visto que não foi flagrado em circunstância de mercancia. Ao contrário, o acórdão do Tribunal de Justiça afirma que não afasta a hipótese de que o paciente realmente seja usuário de drogas, mas acabou por manter a condenação pelo crime de tráfico de drogas em razão do depoimento dos policiais que efetuaram a prisão. Ademais, pelo que constou da denúncia, o irmão do paciente, Guilherme, correu nos autos, era quem guardava armas de fogo para traficantes pela quantia de R\$ 500,00 mensais. No entanto, em relação ao paciente, não restou demonstrado que o paciente fazia parte do esquema criminoso, devendo ser presumido,

pela quantidade de drogas – inferior a 40 gramas de maconha – que ele era apenas usuário, como afirmado em sua tese de defesa. Tal entendimento tem sido aplicado por esta Superior Corte, como no julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. USO DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (23 G DE MACONHA). ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. OBSERVÂNCIA DAS TESES FIXADAS NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.659/SP. PROVIMENTO QUE SE IMPÕE. DETERMINADA A REMESSA DOS AUTOS AO JECRIM COMPETENTE PARA A APURAÇÃO DO ILÍCITO ADMINISTRATIVO. 1. Em referência ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP pelo Supremo Tribunal Federal, realizado em 26/6/2024, verifica-se a necessidade de modificação na situação do agravante, haja vista a compatibilidade do caso concreto com as teses fixadas em sede de repercussão geral. HC nº 927354/ES 5 Documento assinado via Token digitalmente por RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 18/10/2024 15:04. Para verificar a assinatura acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave 58e46ccb. d451b237.43749f89.3163580c(e-STJ Fl.723)STJ-Petição Eletrônica (ParMPF) 00924284/2024 recebida em 18/10/2024 15:04:57 Petição Eletrônica juntada ao processo em 18/10/2024 ?s 15:21:01 pelo usu?rio: SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS Documento eletrônico e-Pet nº 9443398 com assinatura eletrônicaSignatário(a): RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE CPF: 24490350104Recebido em 18/10/2024 15:04:57 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA 2. Em consonância com a decisão agravada, desclassificada a conduta do agravante para aquela tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que foram apreendidos 23 g (vinte e três gramas) de maconha, impõe-se o acolhimento do pleito. 3. Nos termos da impugnação do Ministério Público do Paraná, deve ser reconhecida extinta a punibilidade do acusado, nos termos do art. 107, III do Código Penal, segundo o qual “extingue-se a punibilidade: III –pela retroatividade de lei que não mais considere o fato como criminoso”. [...] deve ser reconhecida extinta a punibilidade do réu, com a consequente remessa ao Juizado Especial Criminal competente para a apuração do ilícito administrativo, nos termos da decisão paradigma (RE 635.659/SP) - (fl. 650). 4. Agravo regimental provido para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelo agravante, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente para a apuração do ilícito administrativo, conforme tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP. (AgRg no R Esp n. 2.121.548/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em

13/8/2024, D Je de 15/8/2024)

Dessa forma, visto que o entendimento do Supremo Tribunal Federal trata de matéria descriminalizante e, portanto, de ordem pública, deve ser aplicada imediatamente, mesmo que a sentença condenatória tenha feito coisa julgada. Pelo exposto, opino pela concessão do habeas corpus, a fim de que a conduta do paciente seja desclassificada para a prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06."

Ante o exposto, **concedo 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.

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

É o voto.