



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 927720 - SP (2024/0248603-1)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIK LUCAS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO. POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. QUANTIDADE IRRELEVANTE DE DROGA. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. VIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de paciente condenado por tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) a 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 777 dias-multa. A condenação baseou-se em apreensão de pequena quantidade de *crack* (0,51 decigramas) e depoimentos policiais. A defesa alega insuficiência de provas e requer a absolvição.

II. Questão em discussão

2. De ofício, a questão em discussão consiste em determinar 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 reavaliação das provas não permite afirmar, com segurança, que a droga apreendida era destinada à venda.

4. A quantidade de droga apreendida é pequena (0,51 decigramas de *crack*), o que justifica a desclassificação para posse para consumo próprio, prevalecendo-se, assim, o princípio do *in dubio pro reo*.

5. Ordem concedida. Desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (Processo n. 1500264-87.2023.8.26.0631 - 1ª Vara de Amparo/SP).

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 927720 - SP (2024/0248603-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIK LUCAS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO. POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. QUANTIDADE IRRELEVANTE DE DROGA. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. VIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de paciente condenado por tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) a 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 777 dias-multa. A condenação baseou-se em apreensão de pequena quantidade de *crack* (0,51 decigramas) e depoimentos policiais. A defesa alega insuficiência de provas e requer a absolvição.

II. Questão em discussão

2. De ofício, a questão em discussão consiste em determinar 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 reavaliação das provas não permite afirmar, com segurança, que a droga apreendida era destinada à venda.

4. A quantidade de droga apreendida é pequena (0,51 decigramas de *crack*), o que justifica a desclassificação para posse para consumo próprio, prevalecendo-se, assim, o princípio do *in dubio pro reo*.

5. Ordem concedida. Desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (Processo n. 1500264-87.2023.8.26.0631 - 1ª Vara de Amparo/SP).

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. 251-252 (e-STJ):

[...] Trata-se de Habeas Corpus impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em favor de ERIK LUCAS SANTOS (e-STJ fls. 03/10), contra o Acórdão proferido pela 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento ao apelo defensivo.

Consta na sentença que o ora Paciente foi condenado pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei de Drogas, à pena de 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 777 dias-multa, pois conforme consta:

[...].

no dia 07 de julho de 2023, por volta das 15 horas, na Avenida Dr Carlos Burgos, nº 3130, Beira do rio, Loteamento Nardini, na cidade e comarca de Amparo, o apelante vendeu e entregou a consumo de terceiros 01 pedra de crack, bem como trazia consigo mais 4 pedras da mesma, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Contra o decreto condenatório a Defesa interpôs Apelação, tendo a Corte a quo negado provimento.

Eis a ementa do acórdão:

EMENTA - Apelação criminal. Tráfico de drogas. Artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006. Recurso defensivo. Absolução por insuficiência de provas incabível. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas. Idoneidade dos testemunhos dos policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, em consonância das demais provas. Desclassificação para delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas inviável. Circunstâncias evidenciam a prática do tráfico. Penas corretamente aplicadas. Fração de exasperação em primeira fase de acordo com vetoriais consideradas, devidamente fundamentada. Reincidência específica presente. Incabível a aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em face justamente da recidiva específica. Regime fechado, o mais adequado ao caso dos autos. Custódia necessária para manutenção da ordem pública. Detração a ser apreciada pelo Juízo das Execuções. Negado provimento ao recurso.

No presente writ se alega que “o decreto condenatório se deu com base em provas frágeis e insuficientes, com base exclusiva nos depoimentos policiais, não havendo outros elementos robustos que comprovem sua suposta participação no crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei de Drogas”.

Requer “a absolvição do paciente do crime que lhe foi imputado”. [...]

As informações foram prestadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do writ ou sua denegação.

É o relatório.

VOTO

Por ser questão 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 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.)

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 autoria, assim se manifestou o Tribunal local (e-STJ, fls. 17 e 21-23):

*[...] O réu, em seu interrogatório, relatou que no dia dos fatos saiu de casa às 15 horas e foi para a biqueira do buraco para comprar uma pedra para seu consumo, **não sendo traficante, apenas usuário**. Fazia a compra de bicicleta e ia embora. Não viu ninguém em campana e foi abordado em um carro descaracterizado e, como não deve nada, parou tranquilamente e foi enquadrado. Salientou que tem família, tem passado errante, e tentou correr dos agentes, frustrando-se.*

Não procede a venda de droga para Cirineu e tinha apenas R\$70,00 em dinheiro e seu aparelho celular que, inclusive, tem nota fiscal. Salientou que foi apenas no local para comprar uma pedra de crack, mas que em final de semana compra de 3 a 4 pedras. Disse que foi na biqueira para comprar de Cirineu e não o

contrário. Aduziu que já conhecia o policial Clayton. Tem duas condenações por tráfico de drogas (Mídia fls. 153, 12:22 18:32).

[...]

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória. Ela, ao reverso, é plena, categórica.

O conjunto probatório estava mesmo apto e suficiente para embasar o decreto condenatório, revelando-se desarrazoado cogitar da incidência, na espécie, de qualquer das hipóteses de absolvição previstas no artigo 386 do Código de Processo Penal, tendo o édito condenatório sido proferido em consonância com os princípios constitucionais penais e processuais penais norteadores do ordenamento pátrio.

Não há dúvida, pois, de que as drogas apreendidas pertenciam ao acusado e se destinavam ao consumo de terceiros, principalmente pelas circunstâncias da prisão, além do dinheiro apreendido sem comprovação lícita, **não ficando margem mínima para a desclassificação do tipo penal para a figura do porte para mero uso.**

Em casos tais, desnecessária fica a prova de ato de comércio, bastando que o agente traga consigo ou mantenha em depósito a droga para essa destinação, ainda que futura, na medida em que a consumação não exige resultado. O tráfico ilícito de entorpecente é infração que se integra de várias fases sucessivas, articuladas umas com as outras, desde a produção até sua entrega ao consumo, com atos de comércio propriamente ditos, bem como os que lhe são preparatórios, acessórios ou complementares e alguns até despidos de caráter de mercancia.

Como seria extremamente, para não se dizer praticamente impossível apurar em conjunto e em sua integralidade, todas as fases em que se desenvolve essa atividade criminosa, contenta-se a lei, no esforço de combater as toxicomanias, em admitir que qualquer delas configura, por si só, delito contra a saúde pública (AC n. 172.880-3/7-00 Relator Desembargador Cunha Camargo TJSP).

As circunstâncias revelam, com suficiente segurança, a prática do crime de tráfico, conforme relato dos policiais, seguros e coerentes em demonstrar pelos indícios apontados a intenção do tráfico.

Inviável, diante da prova coligida, a desclassificação do crime praticado pelo réu para de uso de entorpecente, previsto no artigo 28, caput, da Lei Federal 11343/06, mesmo porque a defesa não fez prova de que as drogas eram, realmente, para o consumo único e exclusivo do réu, sendo certo por outro lado, mesmo sendo o acusado viciado, o fato não o isenta de sua responsabilidade no crime que lhe foi imputado na inicial acusatória, tendo em vista que a grande maioria

das pessoas que se envolvem nesse tipo de delito, busca satisfazer seu próprio vício, recebendo porções de tóxicos como forma de pagamento pela mercancia ilícita que praticam. Portanto, a condição de usuário não exclui a de traficante.

Nessa esteira, já se manifestou esta Corte: "A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade" (TJSP RJTJSP, 101/498).

Na verdade, a conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no artigo 33, da Lei de Drogas, implica em tráfico, onde o dolo é sempre genérico.

Ademais, as demais circunstâncias do caso concreto afastam a possibilidade de desclassificação para o delito de consumo, nos moldes do artigo 28, § segundo, da Lei Federal 11343/06.[...]

Como visto, ressaltou o Tribunal estadual que "[a]s circunstâncias revelam, com suficiente segurança, a prática do crime de tráfico, conforme relato dos policiais, seguros e coerentes em demonstrar pelos indícios apontados a intenção do tráfico".

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 sentença que foi apreendida "1 (uma) pedra de 'crack', pesando 0,03g (três decigramas) para Cirineu Daolio Júnior e trazido consigo 04 (quatro) pedras de 'crack', pesando 0,48g (quarenta e oito decigramas)" (e-STJ, fl. 218).

Efetivamente, considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do paciente, de que seria usuário de drogas; respaldada pela inexpressiva quantidade de droga apreendida, mesmo em se tratando de uma droga nociva como é o *crack*, fazendo jus, portanto, ao pleito desclassificatório, autorizando 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, "42,2 gramas 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 ERIK LUCAS SANTOS para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e determinar que as sanções administrativas respectivas 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.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2024/0248603-1

HC 927.720 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15002648720238260631

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIK LUCAS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.