



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2708031 - MG (2024/0287047-1)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : RAFAEL VITOR COSTA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PESSOAL. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE IRRISÓRIA DE DROGA. *IN DUBIO PRO REO*. CONDENAÇÃO DESCLASSIFICADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto por réu condenado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006). O recorrente pleiteia a desclassificação da conduta para o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), sustentando que a pequena quantidade de droga apreendida (duas pedras de crack, com peso de pouco mais de 0,15 gramas) não é indicativa de tráfico, devendo ser aplicada a presunção de usuário.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em definir se a conduta do recorrente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006) ou se deve ser desclassificada para o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), à luz dos fatos já provados nos autos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A diferenciação entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal deve ser realizada com base nos critérios estabelecidos no art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, levando-se em consideração a natureza e a quantidade da substância, as condições da apreensão, as circunstâncias pessoais e sociais do agente, além de seus antecedentes.

4. No presente caso, a pequena quantidade de droga apreendida (2 pedras de crack) e a ausência de outros elementos que indiquem atividade típica de traficância, como balanças, embalagens ou grande quantidade de droga, apontam para a destinação ao consumo pessoal.

5. A versão dos policiais, que afirmaram ter presenciado o

acusado entregando droga a um menor, não é corroborada por outros elementos de prova robustos que justifiquem a condenação por tráfico. Em casos de dúvida, prevalece o princípio in dubio pro reo, em conformidade com a jurisprudência consolidada desta Corte Superior.

6. A reavaliação das provas permite concluir que o réu mantinha a droga para uso próprio, não se justificando a subsunção dos fatos ao tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas. A conduta deve ser enquadrada no art. 28 da mesma Lei, que prevê sanções administrativas para a posse de drogas para consumo pessoal.

IV. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 29 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2708031 - MG (2024/0287047-1)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : RAFAEL VITOR COSTA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PESSOAL. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE IRRISÓRIA DE DROGA. *IN DUBIO PRO REO*. CONDENAÇÃO DESCLASSIFICADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto por réu condenado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006). O recorrente pleiteia a desclassificação da conduta para o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), sustentando que a pequena quantidade de droga apreendida (duas pedras de crack, com peso de pouco mais de 0,15 gramas) não é indicativa de tráfico, devendo ser aplicada a presunção de usuário.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em definir se a conduta do recorrente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006) ou se deve ser desclassificada para o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), à luz dos fatos já provados nos autos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A diferenciação entre tráfico de drogas e posse para consumo pessoal deve ser realizada com base nos critérios estabelecidos no art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, levando-se em consideração a natureza e a quantidade da substância, as condições da apreensão, as circunstâncias pessoais e sociais do agente, além de seus antecedentes.

4. No presente caso, a pequena quantidade de droga apreendida (2 pedras de crack) e a ausência de outros elementos que indiquem atividade típica de traficância, como balanças, embalagens ou grande quantidade de droga, apontam para a destinação ao consumo pessoal.

5. A versão dos policiais, que afirmaram ter presenciado o

acusado entregando droga a um menor, não é corroborada por outros elementos de prova robustos que justifiquem a condenação por tráfico. Em casos de dúvida, prevalece o princípio in dubio pro reo, em conformidade com a jurisprudência consolidada desta Corte Superior.

6. A reavaliação das provas permite concluir que o réu mantinha a droga para uso próprio, não se justificando a subsunção dos fatos ao tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas. A conduta deve ser enquadrada no art. 28 da mesma Lei, que prevê sanções administrativas para a posse de drogas para consumo pessoal.

IV. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

RELATÓRIO

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

Contraminuta apresentada, em que a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

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

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

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

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

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violado o seguinte dispositivo: art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

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 foi calcada nos seguintes elementos, sintetizados no acórdão que julgou os embargos de declaração da defesa (e-STJ fls. 329-330):

Como sabido, a obscuridade se configura quando a decisão é ininteligível, padecendo de clareza que impossibilita a compreensão do julgado.

Todavia, não é essa a hipótese dos autos, já que o acórdão ora combatido é autointeligível no que se refere aos fundamentos utilizados pela Turma Julgadora para manter a condenação do apelante pelo crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06 e art. 330 do CP.

A propósito, lembre-se:

"(...) A autoria também ressaí devidamente comprovada. A

guarnição policial, durante patrulhamento, visualizou o denunciado entregando um objeto ao menor A. M. C., tendo esse por sua vez dispensado o referido objeto ao notar a aproximação policial, pelo que os militares deram ordem de parada. Segundo consta, o adolescente aguardou a abordagem, enquanto o acusado tentou fugir em sua bicicleta, dispensando algo ao solo e levando a mão à boca. Os objetos dispensados pelo menor e pelo denunciado foram identificados como sendo cocaína, de acordo com os exames técnicos de ordem eletrônica 04/05. O policial militar Helvio Magno Junior, em juízo, confirmou seu depoimento da fase extrajudicial, declarou que viu o momento em que o acusado entregou a droga ao menor, que ele a dispensou ao solo, sendo esta arrecadada pelos militares. Narra que o adolescente assumiu que venderia os entorpecentes. Asseverou que o acusado não assumiu a destinação mercantil das substâncias, tendo dito que elas seriam destinadas ao seu consumo próprio. Por fim, relatou que já conhecia o acusado Rafael de outras abordagens. A testemunha Ronaldo Barbosa dos Santos, também policial militar, relatou em juízo que viu o acusado passando um objeto ao menor, que depois confirmou se tratar de substâncias ilícitas. Destacou que o local da abordagem era conhecido por ser ponto de tráfico. Declarou que durante sua tentativa de fuga, o acusado dispensou mais droga ao solo. Segundo esse militar, o apelante Rafael assumiu a propriedade das drogas, disse mais, que já o abordou em outras ocasiões. No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar Fabiano dos Santos. Por sua vez, o acusado negou os fatos na fase policial, disse que havia comprado 02 pedras de “crack” para consumo próprio e que em seguida encontrou o menor na praça, tendo parado apenas para cumprimentá-lo, momento em que a viatura deu ordem de parada e tentou se evadir, pois estava com as drogas. Rafael negou ter vendido a droga ao adolescente, asseverando que ele já estava com uma pedra de “crack”. Em juízo, o acusado negou o tráfico, asseverando que a droga apreendida seria para seu consumo e que não obedeceu a ordem de parada porque “foi no susto” e estava portando drogas entorpecentes. Ora, evidente que os dizeres do acusado não foram comprovados, vez que os militares o viram repassando a droga ao menor, não sendo possível acatar a tese de que o crime cometido tenha sido o de uso de drogas, não se podendo ignorar os dizeres dos policiais. Como é sabido, a própria lei de drogas normatiza os critérios para se avaliar o dolo do agente, descrevendo as circunstâncias que deverão ser observadas para determinar se a droga era destinada ao consumo pessoal ou para o tráfico. (...)Atento a tais circunstâncias, várias são as evidências a corroborar o entendimento do d. Sentenciante de que as substâncias ilícitas arrecadadas eram destinadas à mercancia. As testemunhas foram legalmente compromissadas, não tendo sido cogitado ou quicá comprovado que elas pretendessem acusar pessoa

sabidamente inocente, seus depoimentos, portanto, são válidos nos termos do art. 202 do CPP. Assim, é de se concluir que referida negativa é uma simples tentativa do acusado de se furtar da responsabilidade penal por seus atos. A bem da verdade, não restou minimamente demonstrada a alegada condição de simples usuário de drogas por parte do recorrente, ônus que incumbia Defesa, nos termos do artigo 156 CPP. Todas essas circunstâncias autorizam concluir pela destinação comercial das drogas, razão pela qual sustento a condenação do acusado pelo crime tipificado no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. (...)"

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância a quantidade de droga e o depoimento dos policiais.

Ocorre que a reavaliação das provas não permite afirmar, com a segurança necessária ao édito condenatório, que a substância entorpecente que o paciente tinha consigo era destinada à venda ou oferta.

De fato, em se tratando da apreensão de (2 pedras de *crack*, com pouco mais de 0,15 gramas), 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 do 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 art. 28 da Lei n. 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, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial a fim de desclassificar a conduta do paciente para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e determinar que as sanções administrativas correspondentes sejam aplicadas pelo Juízo de origem.

Se o recorrente 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: 2024/0287047-1

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.708.031 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00181774020228130313 10000231498163004

EM MESA

JULGADO: 27/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RAFAEL VITOR COSTA DE OLIVEIRA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO : 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, conheceu do recurso e deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.