



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2734334 - BA (2024/0327115-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : DOGIVAL DE SOUZA COSTA JUNIOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE. 10,07G DE CRACK. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. PARECER FAVORÁVEL DO MPF. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial por incidência das Súmulas 7 e 83 do STJ. O agravante foi condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, e 120 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. No recurso especial, o recorrente requereu a absolvição com base no art. 386, VII, do CPP, alegando uso de provas ilícitas. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. De ofício, a questão em discussão consiste em saber se a conduta do agravante se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou ao de posse para consumo próprio, considerando a quantidade de droga apreendida e a ausência de elementos concretos de traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A reavaliação das provas não permite afirmar, com segurança, que a substância entorpecente apreendida era destinada à venda, considerando a pequena quantidade de droga e a ausência de elementos típicos de traficância.

5. *In casu*, não há fundamentos concretos indicadores da traficância, pois em momento algum o recorrente foi pego vendendo o entorpecente, além de não ter sido condenado por em outro delito no caso em apreço, relatando, ainda, a agente da PM, que "quando abordamos ele estava com simulacro e várias

pedras de *crack*, porque além de fumar, ele vende para uma senhora de nome Elizangela, próximo a boca de fumo que ele fica". No entanto, como dito, não foi pego comercializando a droga com ele encontrada.

6. O princípio do *in dubio pro reo* deve prevalecer, justificando a desclassificação da conduta para o tipo penal de posse para consumo próprio, conforme o art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

7. A jurisprudência do STJ estabelece que, em caso de dúvida sobre a destinação da droga, deve prevalecer o tipo penal menos gravoso, aplicando-se o art. 28 da Lei de Drogas.

IV. AGRAVO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA O TIPO DESCRITO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial, contudo conceder habeas corpus de ofício, 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, 19 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2734334 - BA (2024/0327115-0)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : DOGIVAL DE SOUZA COSTA JUNIOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE. 10,07G DE CRACK. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. PARECER FAVORÁVEL DO MPF. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial por incidência das Súmulas 7 e 83 do STJ. O agravante foi condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, e 120 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. No recurso especial, o recorrente requereu a absolvição com base no art. 386, VII, do CPP, alegando uso de provas ilícitas. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. De ofício, a questão em discussão consiste em saber se a conduta do agravante se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou ao de posse para consumo próprio, considerando a quantidade de droga apreendida e a ausência de elementos concretos de traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A reavaliação das provas não permite afirmar, com segurança, que a substância entorpecente apreendida era destinada à venda, considerando a pequena quantidade de droga e a ausência de elementos típicos de traficância.

5. *In casu*, não há fundamentos concretos indicadores da traficância, pois em momento algum o recorrente foi pego vendendo o entorpecente, além de não ter sido condenado por em outro delito no caso em apreço, relatando, ainda, a agente da PM, que "quando abordamos ele estava com simulacro e várias

pedras de *crack*, porque além de fumar, ele vende para uma senhora de nome Elizangela, próximo a boca de fumo que ele fica". No entanto, como dito, não foi pego comercializando a droga com ele encontrada.

6. O princípio do *in dubio pro reo* deve prevalecer, justificando a desclassificação da conduta para o tipo penal de posse para consumo próprio, conforme o art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

7. A jurisprudência do STJ estabelece que, em caso de dúvida sobre a destinação da droga, deve prevalecer o tipo penal menos gravoso, aplicando-se o art. 28 da Lei de Drogas.

IV. AGRAVO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA O TIPO DESCRITO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial por incidência das Súmulas n. 7 e 83/STJ.

O agravante foi condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, e 120 dias-multa, em regime inicial aberto, pela prática delitiva tipificada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Neste recurso, sustenta, em suma, não ser o caso de incidência do mencionado óbice sumular, a teor das alegações constantes do agravo (e-STJ, fls. 275-283), requerendo, ao final, o seu provimento.

No recurso especial, a defesa requereu o "reconhecimento da absolvição da pessoa do Recorrente, fulcrada no art. 386, VII (não existir prova suficiente para a condenação), em face do uso de provas ilícitas" (e-STJ, fl. 241).

Apresentada contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo "conhecimento do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, para declarar a nulidade das provas obtidas ilicitamente, bem como as delas derivadas, anulando-se, por consequência, a sentença condenatória" (e-STJ, fl. 320).

É o relatório.

VOTO

Analiso, de ofício, se a conduta pela qual o recorrente foi condenado é realmente típica de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) ou se amolda ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 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 506).

No presente feito, a condenação foi calcada nos seguintes elementos (e-STJ, fls. 188-191):

[...] No presente caso, conforme se extrai dos elementos probatórios coligidos aos autos, constata-se que os policiais militares receberam informações de membros da comunidade sobre a prática de assaltos por parte de um indivíduo, de prenome Júnior, na rua localizada atrás do Posto Frei Samião. Diante dessas informações, os policiais militares se deslocaram até o referido local, onde encontraram o Acusado portando substâncias entorpecentes e um simulacro de arma de fogo.

[...]

Nesse contexto, diante da presença de informações concretas e precisas sobre as ações do Apelante, a abordagem realizada pelos policias militares mostra-se plenamente legal, não sendo cabível a alegação de ilegalidade na prisão.

[...]

Portanto, conforme bem ressaltado pelo Juízo primevo, ao analisar o pleito defensivo de nulidade das provas por suposta ilegalidade da abordagem policial, "Nada há nos autos indica ter havido arbitrariedade na abordagem ou mesmo a sua ilegalidade, firmando-se a regularidade a partir da confirmação da prática de ato ilícito com a apreensão das drogas, sendo que as fundadas suspeitas eram presentes, porque a guarnição tinha informação específica do cometimento de crimes por Dogival, que estava em um local de alta incidência de delitos, sendo, portanto, plausível a necessidade da abordagem pelos agentes da lei."

Dessa forma, ficou evidenciado que as particularidades do caso em concreto, respaldadas por informações concretas e precisas sobre as ações do Recorrente, justificaram plenamente a abordagem do ora Apelante, culminando em sua prisão em flagrante.[...]

Como visto, ressaltou o Tribunal estadual que "diante da presença de informações concretas e precisas sobre as ações do Apelante, a abordagem realizada pelos policiais militares mostra-se plenamente legal, não sendo cabível a alegação de ilegalidade na prisão".

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, extraindo-se do aresto impugnado que foram apreendidos "28 (vinte e oito) invólucros revestidos por papel alumínio, contendo substâncias sólidas amareladas, sugestivas de *crack*, apresentando massa bruta total de, aproximadamente, 10,07g" (e-STJ, fl. 179).

Cabe destacar que não há fundamentos concretos indicadores da traficância, pois em momento algum o recorrente foi pego traficando e/ou comercializando os entorpecentes, além de não ter sido condenado por furto ou roubo no caso em apreço, relatando, ainda, a agente da PM que "quando abordamos ele estava com simulacro e várias pedras de *crack*, porque além de fumar, ele vende para uma senhora de nome Elizangela, próximo a boca de fumo que ele fica" (e-STJ, fl. 189). No entanto, como dito, não foi pego comercializando a droga com ele encontrada.

Logo, considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do recorrente, 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 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 artigo 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 e **nego provimento** ao recurso especial, mas de ofício **concedo o writ** para desclassificar a conduta de DOGIVAL DE SOUZA COSTA JUNIOR para o tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e determinar que as respectivas sanções administrativas lhe sejam aplicadas pelo Juízo de origem (Processo n. 8005054-37.2023.8.05.0146 - 2ª VARA CRIMINAL DE JUAZEIRO/BA).

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: 2024/0327115-0

AREsp 2.734.334 /
BA
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 80050543720238050146

PAUTA: 17/12/2024

JULGADO: 17/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. PAULA BAJER FERNANDES

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DOGIVAL DE SOUZA COSTA JUNIOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

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 agravo e negou provimento ao recurso especial, contudo concedeu habeas corpus de ofício, 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.