



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2171550 - SP (2024/0356025-5)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : ROGER LIMA DOS REIS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA COSTA TEIXEIRA - DEFENSORA PÚBLICA - SP318411
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE NA ABORDAGEM. INOCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA PARA ABORDAGEM. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO FALSA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. RECURSO NÃO PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto por condenado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), que sustenta nulidade decorrente de suposta ilicitude na abordagem realizada por seguranças do aeroporto e busca a desclassificação do delito para o crime de posse para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) analisar a licitude da abordagem inicial realizada por seguranças e a posterior busca pessoal; e (ii) definir se a conduta pela qual o recorrente foi condenado amolda-se ao tipo penal de tráfico de drogas ou ao crime de posse para consumo próprio.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A abordagem inicial realizada por seguranças do aeroporto, seguida da condução do recorrente à autoridade policial, não configura ilegalidade, pois a conduta de solicitar documentos e conduzir o suspeito foi amparada pelo art. 301 do CPP, sendo facultada a qualquer cidadão. A busca pessoal foi efetivada apenas pela autoridade policial, o que não viola o procedimento legal.

4. A condenação pelo crime de tráfico de drogas não encontra lastro probatório suficiente, uma vez que a quantidade de droga apreendida (48,6g de maconha) não evidencia, por si só,

destinação à traficância.

5. A análise das circunstâncias fáticas, considerando o art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, como a pequena quantidade da substância e a ausência de outros elementos caracterizadores do tráfico, corrobora a alegação de uso pessoal.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio do in dubio pro reo impõe a desclassificação do crime de tráfico para o delito de posse para consumo próprio quando não há elementos inequívocos que demonstrem a intenção de comercialização.

IV. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO RECORRIDO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006, DETERMINANDO QUE AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NO REFERIDO DISPOSITIVO SEJAM APLICADAS PELO JUÍZO DE ORIGEM. CASO O RECORRIDO ESTEJA PRESO, DEVERÁ SER POSTO EM LIBERDADE, SALVO SE HOVER OUTRA CAUSA IMPEDITIVA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso, mas 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

RECURSO ESPECIAL Nº 2171550 - SP (2024/0356025-5)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : ROGER LIMA DOS REIS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA COSTA TEIXEIRA - DEFENSORA PÚBLICA - SP318411
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE NA ABORDAGEM. INOCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA PARA ABORDAGEM. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO FALSA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. RECURSO NÃO PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto por condenado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), que sustenta nulidade decorrente de suposta ilicitude na abordagem realizada por seguranças do aeroporto e busca a desclassificação do delito para o crime de posse para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) analisar a licitude da abordagem inicial realizada por seguranças e a posterior busca pessoal; e (ii) definir se a conduta pela qual o recorrente foi condenado amolda-se ao tipo penal de tráfico de drogas ou ao crime de posse para consumo próprio.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A abordagem inicial realizada por seguranças do aeroporto, seguida da condução do recorrente à autoridade policial, não configura ilegalidade, pois a conduta de solicitar documentos e conduzir o suspeito foi amparada pelo art. 301 do CPP, sendo facultada a qualquer cidadão. A busca pessoal foi efetivada apenas pela autoridade policial, o que não viola o procedimento legal.

4. A condenação pelo crime de tráfico de drogas não encontra lastro probatório suficiente, uma vez que a quantidade de droga apreendida (48,6g de maconha) não evidencia, por si só,

destinação à traficância.

5. A análise das circunstâncias fáticas, considerando o art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, como a pequena quantidade da substância e a ausência de outros elementos caracterizadores do tráfico, corrobora a alegação de uso pessoal.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio do in dubio pro reo impõe a desclassificação do crime de tráfico para o delito de posse para consumo próprio quando não há elementos inequívocos que demonstrem a intenção de comercialização.

IV. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO RECORRIDO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006, DETERMINANDO QUE AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NO REFERIDO DISPOSITIVO SEJAM APLICADAS PELO JUÍZO DE ORIGEM. CASO O RECORRIDO ESTEJA PRESO, DEVERÁ SER POSTO EM LIBERDADE, SALVO SE HOVER OUTRA CAUSA IMPEDITIVA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão, em regime fechado, mais 655 dias multa.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem lhe deu parcial provimento apenas para a fixação do regime semiaberto.

No presente recurso, sustenta a defesa, em síntese, violação do art. 157 do Código de Processo Penal, argumentando ilegalidade na abordagem policial.

Requer o provimento do apelo nobre, com a absolvição do réu em virtude da nulidade apontada.

Contraminuta apresentada.

É o relatório.

VOTO

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. 157 do CPP, sustentando nulidade na abordagem policial em relação efetuada.

A análise das razões motivadas na origem indica que se encontram em linha com o entendimento desta Corte, a indicar a incidência da Súmula nº 83/STJ, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fl. 272):

Não há que se falar em nulidade das provas produzidas, em razão da alegada ilegalidade da ação dos agentes de segurança.

Com a devida vênia, a manifestação lançada pelo Parquet, em sede de contrarrazões, equaciona a questão, ao sustentar, verbis:

“... o sentenciado somente foi abordado pelos seguranças. Não foi realizada nenhuma busca pessoal, pois o próprio denunciado abriu sua pochete e exibiu as drogas (fls. 07, 103 e 171/172). A conduta dos agentes foi levar o condenado à Autoridade Policial com atribuição para realizar a busca pessoal, ato permitido e facultado a qualquer cidadão (art. 301, do CPP)...” (fl. 215).

Consta também da sentença condenatória (e-STJ fls. 171-172):

Com efeito, a testemunha Eduardo Oliveira Troiani narrou que é segurança da empresa Gru Airport. Na data dos fatos, estava desempenhando suas atividades profissionais no saguão do Aeroporto Internacional de São Paulo, quando se deparou com o indivíduo que se identificou com nome , que posteriormente se verificou que era falso. Ele estava abordando diversos passageiros, motivo pelo qual se aproximou para apurar o que estava acontecendo, tomando então ciência que se tratava de um pedinte que pleiteava doações em dinheiro. A testemunha e seu colega de trabalho conduziram o réu até a Delegacia de Polícia. Na revista foram encontradas drogas em poder do réu.

[...].

Em seu interrogatório em juízo, o réu disse que pedia drogas no aeroporto e que as drogas que possuía eram para consumo próprio. Afirmou que se apresentou com o nome de seu irmão quando abordado, pois estava com medo.

Desse modo, não houve abordagem policial propriamente dita num primeiro momento, apenas a conduta, por parte dos seguranças do aeroporto de solicitar do suspeito seus documentos, eis que estava pedindo dinheiro para os passageiros dentro do terminal. Ao notarem que apresentou documentação falsa, os mesmos levaram o recorrente à autoridade policial, dentro do aeroporto, momento em que foi efetivada a busca pessoal e encontradas as drogas.

No mesmo sentido, cite-se o seguinte precedente da Quinta Turma, cujo entendimento se assemelha ao adotado pelo acórdão recorrido:

PENAL E PROCESSO PENAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NO HABEAS CORPUS. 1. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PEDIDO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. 2. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. ACESSO INDEVIDO AO CELULAR. VIOLAÇÃO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. PACIENTE EM FLAGRANTE DELITO. PORTE DE DOCUMENTO FALSO. CONHECIDO DOS MEIOS POLICIAIS. 4. PEDIDO CONHECIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL, A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Diante da ausência de previsão legal de pedido de reconsideração e verificada a observância ao prazo de interposição, conheço do presente pedido como agravo regimental.

2. Dentre as alegações defensivas, a Corte local analisou apenas a suscitada ilicitude do ingresso no domicílio do paciente, não tendo os demais temas sido previamente submetidos ao crivo do Tribunal de origem. Portanto, não houve manifestação da Corte local sobre as demais nulidades, motivo pelo qual não é possível conhecer do writ no ponto, sob pena de indevida supressão de instância.

- De fato, "é vedada a apreciação per saltum da pretensão defensiva, sob pena de supressão de instância, uma vez que compete ao Superior Tribunal de Justiça, na via processual do habeas corpus, apreciar ato de um dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça estaduais (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República)" (EDcl no HC 609.741/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2020, DJe 29/9/2020).

3. Não há se falar em ilicitude da busca domiciliar, uma vez que os policiais verificaram a situação de flagrante delito antes mesmo da diligência. De fato, os agentes só entraram na casa do paciente, que é conhecido como "chefe de comercialização de drogas", após verificarem que este estava portando documento falso e tinha fotos de drogas, além de ter indicado onde morava, bem como onde estava a droga. Constata-se, portanto, que a diligência não foi arbitrária, mas decorreu de coleta progressiva de elementos que levaram, de forma válida, à conclusão segura de ocorrência de crime permanente no local, não se verificando a nulidade apontada.

4. Pedido de reconsideração conhecido como agravo regimental, a que se nega provimento.

(RCD no HC n. 898.392/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/4/2024, DJe de 16/4/2024.)

Por fim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às

pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte.

Todavia, a controvérsia que se deve colocar em julgamento é se a conduta pela qual o recorrente 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 recorrente 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).

Deve-se perquirir 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).

No presente feito, a condenação restou calcada nos seguintes elementos (e-STJ fl. 278):

As circunstâncias evidenciam a prática do delito de tráfico de entorpecente pelo réu na modalidade 'trazer consigo' substância ilícita para consumo de terceiro, verbo nuclear trazido pelo tipo penal do art. 33, caput, da Lei 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 e seguranças do aeroporto.

Ocorre que a reavaliação das provas não permite afirmar, com a

segurança necessária ao édito condenatório, que a substância entorpecente que o recorrente tinha consigo era destinada à venda ou oferta.

De fato, em se tratando da apreensão de 48,6g de maconha, 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 recorrente 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).

Ante o exposto, **nego** provimento ao recurso, mas **concedo** a ordem de ofício para desclassificar a conduta do recorrente 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 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: 2024/0356025-5

REsp 2.171.550 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15027772520238260535 22698852023

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

RECORRENTE : ROGER LIMA DOS REIS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA COSTA TEIXEIRA - DEFENSORA PÚBLICA - SP318411
RECORRIDO : 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, negou provimento ao recurso, mas 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.