

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.842.784 - MS (2019/0305468-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**RECORRIDO** : **LUCAS ALISON DA SILVA**  
**ADVOGADO** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local.

Consta nos autos que o recorrido foi denunciado nas sanções do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Sobreveio sentença sendo posteriormente condenado nas sanções do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, à sanção de advertência. Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs recurso de apelação pugnando pela condenação do recorrido no crime a que fora denunciado. O Tribunal *a quo*, aplicando o Princípio do *in dubio pro reo*, manteve a desclassificação operada pela sentença e negou provimento ao recurso, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 249):

*APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA – DESCLASSIFICAÇÃO DO ART. 33 PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06 – MANTIDA – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO – RECURSO NÃO PROVIDO.*

*A distribuição do ônus da prova, compreendido nos limites da presunção de inocência, impõe ao órgão ministerial a demonstração dos fatos afirmados na denúncia.*

*A deficiência probatória quanto aos atos de comércio afasta a certeza necessária para uma condenação. E havendo dúvida, deve o acusado ser favorecido, em atenção ao princípio in dubio pro reo.*

*Recurso não provido*

Apresentados embargos de declaração pelo recorrente, esses foram improvidos (e-STJ fls. 298):

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO.**

*Não se presta o recurso de embargos de declaração para a rediscussão da questão tratada na decisão hostilizada, em razão do inconformismo da parte com a solução adotada, sob falso argumento de omissão, porque esta espécie recursal destina-se apenas a integrar a prestação jurisdicional, retirando do julgado eventuais vícios previstos no art. 619 do CPP.*

*Recurso não provido.*

Nas razões do recurso especial alega a parte recorrente violação dos arts. 28, § 2º, 33 e 42 da Lei nº 11.343/2006, ao art. 156 do Código de Processo Penal e aos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, sustentando que "ao manter a desclassificação da conduta perpetrada pelo recorrido para a infração penal prevista no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/2006 (Drogas), o acórdão recorrido deixou de valorar ou valorou equivocadamente os elementos probatórios incontroversos e expressamente consignados no próprio decisum colegiado, em especial no voto vencido proferido pelo Revisor, o Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, bem como olvidou-se de considerar os critérios previstos no § 2º do art. 28 da mesma lei para a configuração do porte de drogas para consumo pessoal." (e-STJ fl. 321).

Alega que "a tipificação do crime de tráfico de drogas dispensa a presença de qualquer elemento subjetivo específico relacionado à intenção de comercializar dos entorpecentes, bastando o dolo (consciência e vontade) de praticar um dos dezoito verbos previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (Drogas)." (e-STJ fl. 322)

Sustenta que "diante de todo esse contexto, constituído exclusivamente de fatos incontroversos e expressos no próprio acórdão recorrido,

resta cristalino que a versão de porte de drogas para consumo pessoal, sustentada pelo recorrido apenas em juízo e dissociada das demais provas colhidas no decorrer da instrução criminal do feito – inclusive de suas próprias declarações em sede de inquérito policial – não merece qualquer credibilidade. Entender de modo diverso é afrontar a inteligência do art. 156, caput, do Código de Processo Penal, cuja redação é inequívoca: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]". (e-STJ fl. 332)

Aduz que "percebe-se, assim, que as circunstâncias do crime estão intrinsecamente relacionadas ao modo e às condições em que se dá o cometimento da infração penal, compreendendo, por exemplo, o local, o tempo, os meios e o comportamento do agente delitivo. Desse modo, quando as circunstâncias concretas que cercam a prática delitiva extrapolarem a normalidade do tipo penal, excedendo a reprovabilidade inerente à própria infração penal, e não constituírem elementares do próprio delito, é devido o recrudesimento da pena-base, mediante valoração negativa da circunstância judicial concernente às circunstâncias do crime."(e-STJ fl. 345)

Aponta que "por restar incontroverso no acórdão vergastado a maior gravidade e a acentuada reprovabilidade do *modus operandi* do fato criminoso, bem como a natureza excepcionalmente lesiva dos entorpecentes comercializados pelo recorrido, impõe-se a valoração negativa das circunstâncias judiciais relativas às circunstâncias do crime, consoante dispõe o art. 59 do Código Penal, e à natureza da droga, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006 (Drogas), com o consequente enrijecimento da pena-base, a fim de punir adequadamente a conduta mais censurável."(e-STJ fl. 358)

Afirma que "Considerando-se, por conseguinte, o quantum da pena privativa de liberdade e a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo uma delas, inclusive, de caráter preponderante, impõe-se a fixação do regime inicial fechado para o início do cumprimento de pena, com fulcro no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal."(e-STJ fl. 361)

Requer o provimento do recurso para reformar o decisum e condenar o recorrido nas sanções do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 367/379), o Tribunal *a quo* admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 381/383), tendo o Ministério Público Federal opinado pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 393/396).

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível, tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

O recurso não merece acolhida.

O juiz sentenciante tratou do tema da desclassificação do delito em questão, da seguinte forma (e-STJ fl. 161/):

(...)

*A autoria do delito, por sua vez, não restou devidamente comprovada nos autos. Em juízo, o policial militar Jean Carlos Cardoso informou que estavam em patrulhamento e avistaram uma mulher que já era conhecida por ser usuária, saindo da residência que também era conhecida como ponto de venda de entorpecentes. A mulher foi abordada e localizada maconha em sua posse, que informou ter adquirido na residência do réu. No local, foram encontradas mais drogas. Que fizeram diligência na antiga residência do réu, onde encontraram outro usuário, com várias pedras de crack, que afirmou ter adquirido drogas com ele. O policial militar Talisson Pavarim da Luz informou que estavam em patrulhamento e sabiam que o local dos fatos era ponto de venda de drogas, onde em fato anterior já haviam recuperado bicicletas. Foi abordado uma mulher portando drogas que informou ter adquirido na residência do réu, com a pessoa conhecida como "vovozona", e em diligência foi encontrado mais drogas. Que foi realizada diligência em outro local, onde uma pessoa foi encontrada com drogas que também informou ter adquirido com o réu. No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar Rene Rodrigues.*

*A testemunha Vânia da Silva Alves informou que achou uma sacola contendo maconha, e foi até a casa do réu na intenção de vender, mas ele negou. Que a polícia a abordou a acusando*

*de ter comprado. Que não é usuária de droga. Que relatou tal fato na polícia, mas não acreditaram, e seu termo de depoimento feito na Delegacia foram colocados pelos policiais.*

*A testemunha Maria Izabel da Silva informou que o réu é usuário, e ele estava residindo sozinho há cerca de 30 dias. Que o réu fazia diárias.*

*Que já tentou internar o réu, mas ele se recusou. Que o acusado possuía uma vida simples. O réu Lucas Alison da Silva não confirmou os fatos.*

*Primeiramente, foi interrogado às fls. 105/106, e informou que não vendia e somente era usuário. Que havia comprado a droga um dia anterior. Que fuma maconha e pediu a uma mulher comprar droga para ele e ainda pediu a ela levar até sua casa, e no caminho a polícia a abordou e o acusou de ter vendido a ela. Que é usuário de maconha, cocaína e crack. Que já foi internado uma vez. Que não é verdade a versão prestada pelos policiais.*

*Já às fls. 129, o réu foi interrogado novamente, e informou que somente era usuário, não era traficante. Que trabalhava fazendo bicos. Que fez uma diária e com o dinheiro comprou 10g de crack para seu uso. Que a residência onde estava não era "boca de fumo" e estava residindo no local havia 03 dias. Que no local morava anteriormente uma pessoa que não conhece e já está preso.*

*Pois bem, conforme se vê dos autos, é inquestionável que o réu tinha em sua residência drogas, consistente em crack, porém, das provas colhidas nos autos, há razoáveis dúvidas que a mesma se destinava ao tráfico, e não ao uso. Inicialmente, cumpre ressaltar que não foram realizadas diligências pela polícia civil, a quem incumbe investigar os fatos, e a acusação baseia-se unicamente pela apreensão das drogas e pelas circunstâncias do momento dos fatos.*

*Primeiramente, quanto a maconha apreendida com a pessoa de Vânia, restam dúvidas sobre sua origem. Em juízo, a referida testemunha afirmou ter encontrado uma sacola contendo a droga e foi até a casa do réu para tentar vender, ou mesmo trocar por outra droga, já que, segundo ela, sabia que o local funcionava uma boca de fumo.*

*O réu, em seu primeiro interrogatório, afirmou que deu dinheiro a uma mulher, para que ela comprasse maconha e juntos consumirem em sua residência, e que no caminho, ela foi abordada pela polícia, que o acusou de ter vendido o*

*entorpecente a ela.*

*Ainda que as versões sejam contraditórias e obviamente inverossímeis, não há prova robusta de que essa pessoa de Vânia tenha realmente comprado a droga do réu.*

*Isso porque, na residência foram encontradas várias porções de crack, e nenhuma de maconha, não havendo nenhum elemento concreto que faça crer que o réu era traficante de maconha.*

*Já pela diligência realizada na residência do acusado feito pela polícia militar, foram encontradas 12 porções de crack e certa quantia em dinheiro, sendo que o réu, em seu interrogatório no inquérito policial, afirmou que era proveniente de uma venda de drogas feito um dia antes a pessoa de Ednaldo. Quanto a droga, disse que havia adquirido uma porção, e a fracionou em pequenas quantidades, para revender a dez reais cada (fls. 16).*

*Assim, os policiais afirmaram que foram até a casa dessa pessoa de nome Ednaldo, e lá o mesmo confirmou à guarnição que realmente tinha adquirido a droga do réu. No entanto, a pessoa de Ednaldo, que seria a pessoa que, segundo a acusação, adquiriu entorpecentes com o réu, não foi encontrada e não prestou depoimento em juízo.*

*De outro vértice, por sua vez, em juízo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, o réu negou tais fatos. Afirmou que adquiriu a droga, e a fracionou em pequenas porções para fazer uso.*

*Quanto ao entorpecente apreendido em sua residência, ou seja, 2,8g (dois vírgula oito gramas) de crack, é uma quantidade muito pequena para que, por si só, se presuma destinar ao tráfico.*

*Assim, os fatos alegados pela acusação baseiam-se unicamente em depoimentos não reproduzidos judicialmente, e sem nenhuma comprovação acerca da veracidade.*

*Com efeito, em que pese a versão fornecida pelos policiais, todavia, estas carecem de comprovação no âmbito material, de modo que, embora não se duvide das palavras dos policiais, entretanto, tal prova não é absoluta, e deve estar lastreada em elementos comprobatórios mínimos para formação da convicção jurisdicional.*

*Desta forma, não há provas cabais de que o réu possua qualquer envolvimento com a traficância, sendo que as contidas nos autos são frágeis, não consubstanciadas de certeza.*

*Por outro lado, restou claro nos autos que o réu é usuário de*

*entorpecente, e o entorpecente apreendido em sua residência é para seu consumo.*

*Portanto, não restando suficientemente configurada a prática do delito de tráfico de drogas, deve a conduta ser desclassificada para a infração de uso de substância entorpecente.*

*Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva contida em denúncia para o fim de DESCLASSIFICAR o delito descrito no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 para o tipo descrito no artigo 28 do mesmo diploma.*

*Considerando a reiterada jurisprudência da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - acerca da desnecessidade de declinação de competência aos Juizados Criminais - bem como levando-se em conta os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da efetividade jurisdicional, passo à análise do *meritum causae*, e nos termos acima fixados, CONDENO o réu Lucas Alison da Silva como incurso nas sanções do artigo 28 da Lei 11.343/06.*

*(...)*

Por sua vez, o Tribunal local manteve a desclassificação do delito do art. 33 para o do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 252/254):

*(...)*

*Muito embora o recorrente tenha sido surpreendido na posse de substâncias entorpecentes, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, as provas colhidas em juízo não permitem apontar qual seria a real destinação dos narcóticos, não sendo possível, portanto, condená-lo pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006.*

*Afinal, a quantidade de droga apreendida pelos policiais é irrisória e, por isso, incompatível, em princípio, com a finalidade mercantil. Aliás, vale salientar que em poder do réu foram encontrados apenas 2,8 gramas de "crack", haja vista que a "maconha" encontrava-se na posse de Vânia.*

*Apenas a título de comparação relativamente ao "crack", lembro que em artigo publicado na Revista Brasileira de Psiquiatria, que teve por objetivo avaliar a relação entre o padrão de uso da cocaína e a perfusão cerebral de dependentes da substância, foi apurado que em 30 usuários de cocaína do*

*sexo masculino estudados o consumo diário estimado, nos períodos de maior frequência, variou entre 0,5 a 19 gramas de cocaína aspirada e/ou fumada e variou de 1 a 15 gramas por dia de crack 1 .*

*Ademais, com o réu não foram encontrados petrechos comumente utilizados para preparar drogas para revenda. Além disso, valor apreendido é de pequena monta e compatível com a situação econômica do réu.*

*Por suas vezes, os depoimentos dos supostos usuários de drogas não foram ratificados em juízo, sob crivo do contraditório.*

*Os policiais responsáveis pela diligência foram ouvidos em juízo e, nessa ocasião, buscaram ratificar os indícios de traficância colhidos na fase de inquérito.*

*Contudo, nenhum deles disse ter visto o réu exercendo algum ato de comércio de substâncias ilícitas.*

*A testemunha arrolada pela defesa, de sua parte, aduziu que o réu é dependente de drogas, não exerce o tráfico de drogas e estava trabalhando ao tempo dos fatos. Por fim, denota-se que, embora o réu tenha confessado a traficância na seara extrajudicial, em juízo retratou-se dizendo que a droga encontrada seria destinada ao consumo pessoal.*

*Enfim, a prova vertida para os autos é bastante precária, não autorizando a condenação.*

*Aqui cabe uma ponderação: Se o réu era realmente traficante, não seria difícil aos órgãos responsáveis pela investigação comprovar tal fato. Constata-se, no entanto, que a ação policial foi um tanto açodada, não logrando identificar outros usuários de drogas ou localizar outros elementos eventualmente conducentes a demonstrar o suposto comércio ilícito desenvolvido por aquele.*

*Deveras, há um quadro de incerteza acerca da suposta traficância, que deve ser resolvido em favor do réu.*

*Como é sabido, não se pode condenar ninguém como traficante com base em suposições e sem prova cabal, ante a gravidade do crime e sua pena severíssima.*

*A condenação não pode estar alicerçada em probabilidade, mas apenas em firme certeza. Assim, em tema de comércio clandestino de entorpecentes, inadmissível a prolação de decreto condenatório sem lastro probatório seguro.*

*Aliás, o reconhecimento da prática de um crime, especialmente quando de tamanha gravidade, impõe total rigorismo na*



*apreciação das provas, especialmente no que pertine à correta observância da distribuição do ônus da prova.*

*O julgador é o destinatário das provas e, nessa condição, deve exigir elementos seguros para acolher a pretensão punitiva estatal. Não deve trazer para a si a responsabilidade de condenar alguém com base em persecução precariamente instruída, como no caso em tela.*

*Anoto ainda que indícios, ainda que veementes, não bastam por si só à prolação de decreto condenatório, sendo indispensável a tal desiderato a certeza da responsabilidade penal.*

*(...)*

*Tendo em vista as conclusões acima, impõe-se a manutenção da sentença que determinou a desclassificação do delito de tráfico de drogas para o tipo previsto no artigo 28, da Lei 11.343/2006.*

*(...)*

Quanto ao pedido de reforma para condenar o recorrido pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Entorpecentes, verifico que as instâncias de origem, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, decidiram que não havia provas nos autos capazes de comprovar o envolvimento do recorrido na traficância, restando claro nos autos que era apenas usuário de drogas. Assim, para alterar a referida conclusão e decidir pela condenação pelo crime de tráfico de drogas, como requer a parte recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, providência incabível em sede de recurso especial, ante o óbice contido no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Quanto aos demais pedidos do *Parquet*, quais sejam a consideração desfavorável das circunstâncias judiciais relativas à natureza da droga e as circunstâncias do crime para aumento da pena-base, o reconhecimento da atenuante na segunda fase dosimétrica e a negativa do tráfico privilegiado, fixando, ao final, uma pena definitiva de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado e 583 dias-multa, ficam prejudicados em face da manutenção do acórdão, que condenou o recorrido nas sanções do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso II, do RISTJ, **nego provimento ao recurso especial.**

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator