



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 584359 - SP (2020/0123877-2)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES
ADVOGADO : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ██████████ (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

██████████ alega ser vítima de constrangimento ilegal em seu direito a locomoção, em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 1500025-79.2018.8.26.0592.

Consta dos autos que o paciente foi **condenado pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006**, a 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante a Corte de origem, que lhe deu parcial provimento, a fim de reduzir a sanção para 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão.

Neste *writ*, a defesa requer, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura por considerar inidôneo o fundamento utilizado em sentença para negar o direito de o réu recorrer em liberdade.

Busca, ainda, a desclassificação do delito para o tipo previsto no art. 28 da Lei de Drogas. Subsidiariamente, pugna para que seja afastada a reincidência, aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e fixado o regime aberto para cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida e, prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem para que seja afastada a agravante da reincidência.

Decido.

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta perpetrada pelo paciente se amolda ao tipo previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 – como postula o impetrante – ou ao delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da mesma lei).

Não se desconhece o entendimento pacífico da jurisprudência – tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal – de que a pretensão de desclassificação de um delito em habeas corpus exige, **em regra**, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, na via mandamental, de cognição sumária, notadamente quando a sentença condenatória é confirmada, em apelação, pelo Tribunal de Justiça estadual, tal como ocorreu na espécie.

Entretanto, **chama particular atenção** deste julgador o fato de o paciente haver sido condenado à **pena de 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão**, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, a despeito da reduzida quantidade de drogas apreendidas: **14,22 g de maconha e 3 plantas de maconha (0,6 g)**.

Decerto que, no processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

Na espécie, contudo, entendo que as instâncias ordinárias **não apontaram elementos suficientes** para concluir pela prática do delito de tráfico de drogas, senão vejamos.

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do paciente, destacou que, apesar de o réu, em juízo, afirmar que possuía a droga para consumo próprio, "quando da abordagem do acusado pelos milicianos, este confessou que os R\$5,00 (cinco reais) consigo encontrados referem-se à venda de entorpecente que acabara de realizar" (fl. 113).

Destacou, ainda, o Magistrado que "Os policiais apontaram em seus depoimentos que já tinham recebido informações de que o indiciado estava praticando tráfico de drogas, pois pairavam sobre ele denúncias anônimas (*notitia criminis*) nesse sentido há cerca de um mês" (fl. 113).

É imperioso o registro de que 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 (n. 6.368/1976) – e que continua na legislação atual. Não por outro motivo, a prática nos tem evidenciado que a concepção expansiva da figura de quem é traficante acaba levando à inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais.

No entanto, além de ter sido **pequena a quantidade de droga apreendida**, em nenhum momento, o agravante foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros. Ademais, em juízo, o recorrente alegou que possuía a droga para consumo próprio.

Além disso, a confissão informal, isoladamente, não pode servir de arrimo à condenação, sendo certo que este Superior Tribunal inclusive assim já se manifestou: "A eventual confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito" (**HC n. 22.371/RJ**, Rel. Ministro **Paulo Gallotti**, 6ª T., DJe 31/3/2003).

Destaco, ainda, que, embora houvesse notícia de denúncia anônima, **não**

se tratava, especificamente nesse caso, de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da prática de tráfico de drogas pelo paciente. De igual modo, faço menção ao fato de que as **únicas condutas** imputadas pelo Ministério Público em sua denúncia – dentre as várias previstas no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) – foram a de **guardar e ter em depósito** (fl. 70), a qual também está prevista no tipo descrito no *caput* do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Diante de tais considerações, entendo que **o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar o tráfico de drogas**. O que se tem dos elementos coligidos aos autos é **apenas a intuição** acerca de eventual traficância praticada pelo paciente.

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer *a parte objecti*, quer *a parte subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa, em sua dinâmica subjetiva - o ânimo a mover a conduta - decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

Apenas faço a observação de que nada impede que um portador de 1 g de crack, a depender das peculiaridades do caso concreto, possa ser responsabilizado pelo delito de tráfico de drogas. Pode, evidentemente, estar travestido de usuário, até o ponto em que, contrastado pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, venha a ser condenado pelo comércio espúrio.

No entanto, no caso ora em análise, a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância por parte do acusado - e não apenas a acenada existência de ponto de comércio de drogas no local em que ele se encontrava - evidencia **o equívoco da condenação** pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque o ora paciente não foi

flagrado comercializando droga e, portanto, a conclusão sobre sua conduta decorreu de avaliação subjetiva não amparada em substrato probatório idôneo a corroborar a acusação. Logo, impõe-se **a desclassificação da conduta imputada ao paciente para o delito descrito no art. 28, caput, da Lei de Drogas.**

Releva, por necessário, enfatizar que, 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 fáticoprobatória**, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. O caso em análise, diversamente, **requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos - já referidos linhas atrás, os quais já estão delineados nos autos - 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.

Por fim, esclareço que, até mesmo em caso de **reincidência** as penas previstas nos incisos II e III do *caput* do art. 28 da Lei de Drogas (prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo) serão aplicadas pelo **prazo máximo de 10 meses**, consoante o disposto no art. 28, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Assim, uma vez que o paciente foi preso em flagrante em 6/9/2018, **respondeu preso a todo o processo e teve negado o direito de recorrer em liberdade**, deve ser declarada **extinta a punibilidade** do fato a ele imputado, diante do cumprimento de pena em quantidade e natureza mais severa do que a sanção cabível.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem**, para **desclassificar** a conduta imputada ao paciente para o delito descrito no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e, conseqüentemente, **julgar extinta a punibilidade** do fato por ele perpetrado.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Expeça-se, de imediato, alvará de soltura a favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

Publique-se e intímese.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2020.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator