

HABEAS CORPUS 233.239 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : GERSON OLIVEIRA FRANCO
IMPTE.(S) : HEITOR RODRIGUES DE SOUZA LEAO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 856.969 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática proferida no âmbito do STJ, que não conheceu do *habeas corpus* (eDOC 7).

Alega-se que a decisão impugnada merece ser reformada, para promover a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de drogas, tendo em vista a ínfima quantidade de droga apreendida (24,6g de cocaína), a confissão do paciente quanto à destinação da droga para consumo próprio e a ausência de provas sólidas quanto à finalidade mercantil.

Busca-se, em suma, a concessão da ordem, ainda que de ofício, para desclassificar a conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

É o relatório. **Decido.**

1. Cabimento do *habeas corpus*:

Inicialmente, destaco que esta Corte tem posição firme pela impossibilidade de admissão de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida por membro de Tribunal Superior, visto que, a teor do art. 102, I, *i*, da Constituição da República, sob o prisma da autoridade coatora, a competência originária do Supremo Tribunal Federal somente se perfectibiliza na hipótese em que Tribunal Superior, por meio de órgão colegiado, atue em tal condição. Nessa linha, cito o seguinte precedente:

É certo que a previsão constitucional do *habeas corpus* no artigo 5º, LXVIII, tem como escopo a proteção da liberdade. Contudo, não se há de vislumbrar antinomia na Constituição Federal, que **restringiu a competência desta Corte às hipóteses nas quais o ato imputado tenha sido proferido por Tribunal**

HC 233239 / MG

Superior. Entender de outro modo, para alcançar os atos praticados por membros de Tribunais Superiores, seria atribuir à Corte competência que não lhe foi outorgada pela Constituição. Assim, a pretexto de dar efetividade ao que se contém no inciso LXVIII do artigo 5º da mesma Carta, ter-se-ia, ao fim e ao cabo, o descumprimento do que previsto no artigo 102, I, i, da Constituição como regra de competência, estabelecendo antinomia entre normas constitucionais.

Ademais, com respaldo no disposto no artigo 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, pode o relator negar seguimento a pedido improcedente e incabível, fazendo-o como porta-voz do colegiado. Entretanto, **há de ser observado que a competência do Supremo Tribunal Federal apenas exsurge se coator for o Tribunal Superior (CF, artigo 102, inciso I, alínea i), e não a autoridade que subscreveu o ato impugnado.** Assim, **impunha-se a interposição de agravo regimental** (HC 114.557 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12.08.2014, *grifei*).

Não se inaugura a competência deste Supremo nas hipóteses em que não esgotada a jurisdição antecedente, visto que tal proceder acarretaria indevida supressão de instância, dado o **cabimento de agravo regimental**. Precedentes:

É inadmissível o habeas corpus que se volta contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente . (HC 141.316 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 05.05.2017)

1. [...] O exaurimento da jurisdição e o atendimento ao princípio da colegialidade, pelo tribunal prolator, se dá

HC 233239 / MG

justamente mediante o recurso de agravo interno, previsto em lei, que não pode simplesmente ser substituído por outra ação de habeas corpus, de competência de outro tribunal. 2. A se admitir essa possibilidade estar-se-á atribuindo ao impetrante a faculdade de eleger, segundo conveniências próprias, qual tribunal irá exercer o juízo de revisão da decisão monocrática: se o STJ, juízo natural indicado pelo art. 39 da Lei 8.038/1990, ou o STF, por via de habeas corpus substitutivo. O recurso interno para o órgão colegiado é medida indispensável não só para dar adequada atenção ao princípio do juiz natural, como para exaurir a instância recorrida, pressuposto para inaugurar a competência do STF. (HC 130.719 AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03.11.2015)

Ademais, a Corte compreende que, ordinariamente, o habeas corpus não se presta a rescindir provimento condenatório acobertado pelo manto da coisa julgada, daí a impossibilidade de figurar como sucedâneo de revisão criminal. Acerca do tema:

“O Supremo Tribunal Federal não admite a utilização do habeas corpus em substituição à ação de revisão criminal.” (HC 128693 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, *grifei*)

“O habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.” (HC 123430, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, *grifei*)

“(...) habeas corpus não pode ser utilizado, em regra, como sucedâneo de revisão criminal, a menos que haja manifesta ilegalidade ou abuso no ato praticado pelo tribunal superior.” (HC 86367, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008, *grifei*)

HC 233239 / MG

No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não merece conhecimento, na medida em que ataca decisão monocrática, sem ter manejado irresignação regimental, bem como funciona como sucedâneo de revisão criminal.

2. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:

Nada obstante, no caso, verifico ilegalidade flagrante a autorizar a concessão do *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

Inicialmente, esclareço que a análise da questão versada na inicial prescinde de revolvimento da matéria fático-probatória dos autos, providência que seria inviável na via estreita do *habeas corpus*. Em verdade, o caso desafia o enfrentamento de questão eminentemente jurídica, relativa à robustez da prova da autoria para a condenação do paciente como incurso no art. 33 da Lei 11.343/2006.

Tal proceder está em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de que a “*mera reavaliação jurídica dos fatos, a partir do acervo colhido nas instâncias ordinárias, distingue-se do revolvimento do conjunto fático e probatório dos autos.*” (HC 192.115 ED, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 17.02.2021).

Uma condenação não prescinde de provas concretas e objetivas de que o agente tenha praticado ou concorrido para a prática do crime.

Com efeito, o princípio da presunção de inocência, que tem sua origem no direito romano pela regra do *in dubio pro reo*, foi consagrado no

HC 233239 / MG

art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Trata-se de princípio vetor do processo penal brasileiro, orientado pelo sistema acusatório e que tem, dentre as suas características, o ônus da prova da culpa atribuído acusação.

Indissociável dos postulados do contraditório e da ampla defesa, a presunção de inocência impõe tanto um dever de tratamento quanto um dever de julgamento. O dever de tratamento exige que a pessoa acusada seja tratada, durante todo o curso da ação penal, como presumidamente inocente; por outro lado, o dever de julgamento significa que recai exclusivamente sobre o órgão de acusação o ônus de comprovar de maneira inequívoca a materialidade e a autoria do crime narrado na denúncia – e não sobre o acusado o ônus da demonstração de sua inocência –, de sorte que, ao final da instrução processual, a dúvida deve inexoravelmente gerar decisão favorável ao réu.

Nesse sentido, registro os seguintes precedentes deste Tribunal:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" [...] AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes.

- Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação

HC 233239 / MG

descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente.

- Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita. (HC 84580, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00222 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 500-513)

PENAL E PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO FUNDADA SOMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS OBTIDOS NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO CORROBORADOS EM JUÍZO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AÇÃO PENAL IMPROCEDENTE. 1. A presunção de inocência exige, para ser afastada, um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal. No sistema acusatório brasileiro, o ônus da prova é do Ministério Público, sendo imprescindíveis provas efetivas do alegado, produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, para a atribuição definitiva ao réu, de qualquer prática de conduta delitiva, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova. 2. Inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento seguro obtido na fase inquisitorial e apto a afastar dúvida

HC 233239 / MG

razoável no tocante à culpabilidade do réu.

3. Improcedência da ação penal.

(AP 883, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 20/03/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 11-05-2018 PUBLIC 14-05-2018)

No caso concreto, como se depreende das decisões emanadas pelas instâncias ordinárias, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e avistaram o paciente trafegando em uma motocicleta. O paciente tentou empreender fuga diante da aproximação da viatura policial. Ao notar a proximidade dos policiais, o paciente teria dispensado 09 (nove) porções de cocaína (24,60g).

A princípio, as circunstâncias narradas no flagrante não permitiriam discernir se o porte da cocaína se destinava a consumo próprio ou à mercancia. Não obstante, o Juízo de primeiro grau concluiu pela configuração do crime de tráfico de drogas com base nestes fundamentos (eDOC 5, p. 5/6):

Entrementes, em que pese a negativa do acusado quanto à prática do tráfico de entorpecentes, ele mesmo afirmou que a droga apreendida lhe pertencia, o que teria admitido aos policiais que o abordaram, conforme depoimentos. Além disso, os militares foram uníssomos em afirmar que o denunciado após a abordagem, teria lhes admitido a traficância.

Registra-se, ainda, que os policiais se deslocaram até a residência do réu e localizaram outras porções do mesmo entorpecente, ocultas no guarda-roupas daquele, dentro de uma meia, dando conta de que o acusado estava traficando. Não merece, pois, prosperar a alegação da Defesa quanto à ausência/insuficiência de provas para um decreto condenatório.

Deste modo, não há dúvidas quanto à autoria, que restou devidamente comprovada, principalmente pelo relato dos policiais militares que realizaram a abordagem do réu, que culminou na apreensão de 01 (um) papelote de cocaína, e, posteriormente, localizaram, na residência daquele, mais 09 (nove) invólucros da mesma substância, totalizando 24,60 g (vinte e quatro gramas), conforme laudo toxicológico definitivo (ff. 32/33).

Quanto à tese defensiva de que a conduta do acusado deve ser desclassificada para o delito do artigo 28, da Lei n. 11.343/06, não cabe acolhida.

Além disso, os policiais militares foram unânimes ao afirmar que o denunciado admitiu, inicialmente, que praticava a traficância, tendo, posteriormente, modificado sua versão, assinalando tratar-se de usuário de drogas e que os entorpecentes encontrados destinavam-se ao seu uso próprio.

Convém ressaltar que o valor do depoimento testemunhal, especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória. Tanto assim o é o depoimento prestado por policiais, que não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanar de agente estatal incumbido, por dever de ofício, da repressão penal.

Enfim, não restam dúvidas quanto à prática delituosa e sua autoria, sendo as provas produzidas nos autos válidas e suficientes para comprovarem os fatos.

No que tange à culpabilidade, também não restam dúvidas, uma vez que o acusado é imputável, possui potencial consciência da ilicitude e, na espécie, lhe era perfeitamente possível adotar conduta diversa.

Colhendo um resumo sobre todo o exposto, verifico que a ação desenvolvida pelo acusado é típica, antijurídica e culpável. Não vislumbro do processado quaisquer excludentes de

HC 233239 / MG

ilicitude ou culpabilidade, impondo-se a reprimenda penal pertinente.

Assim, a condenação do acusado Gerson Oliveira Franco pela prática do delito tipificado pelo artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06 é medida que se impõe.

Como se vê, a conclusão de que o paciente seria traficante e não usuário decorreu de suposta confissão informal e dos depoimentos dos agentes de polícia que teriam presenciado a confissão.

Todavia, a controvérsia acerca da obrigatoriedade da advertência ao direito ao silêncio em interrogatório informal realizado pela autoridade policial têm sido debatida de forma intensa por esta Suprema Corte recentemente.

Reconhecendo a relevância social e jurídica, submeti a matéria ao Plenário, que, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral do tema, em acórdão assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ART. 5º, INCISOS LXIII E LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESO. DIREITO AO SILÊNCIO. INTERROGATÓRIO INFORMAL. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. A controvérsia acerca da obrigatoriedade de o Estado informar ao preso do direito ao silêncio no momento da abordagem policial, e não somente no interrogatório formal, é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral.” (RE 1177984 RG, de minha relatoria, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/2021)

Conquanto ainda não finalizado o julgamento da repercussão geral acima mencionada, sedimentou-se na ambiência da Egrégia Segunda Turma deste STF a compreensão quanto à imprestabilidade de prova decorrente de diligência realizada em ofensa ao princípio do *nemo denetur*

HC 233239 / MG

se detegere.

Nesse sentido, a Segunda Turma deste Tribunal, no 170.843 AgR, julgado em 4.5.2021, e no RHC 192.798 AgR, no RHC 207.459 AgR, julgado em 25.04.2023, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, fixou a compreensão de que “[a] Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito”.

No voto condutor do primeiro dos mencionados precedentes, Sua Excelência rememorou julgado da Primeira Turma desta Corte, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual, no HC 80.949/RJ, julgado em 30.10.2001, estabeleceu que tanto a falta de advertência ao investigado a respeito de seu direito ao silêncio quanto a ausência de documentação formal desse aviso acarretam a ilicitude de seu interrogatório, seja ele formal ou sub-reptício. De acordo com aquele precedente, “o privilégio contra a auto-incriminação nemo tenetur se detegere, erigido em garantia fundamental pela Constituição além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em conversa informal gravada, clandestinamente ou não”.

Expostas essas premissas, resta clara a existência de ofensa ao direito a não auto incriminação na diligência policial, que deu início à persecução penal e foi determinante na formação do convencimento do magistrado quanto à configuração do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas.

Desse modo, afastada a confissão informal e as demais provas que dela decorreram (testemunho dos policiais), verifico que não restou devidamente demonstrado que o paciente exercia mercancia com a substância entorpecente encontrada.

HC 233239 / MG

Ressalto, ainda, que a quantidade de entorpecente apreendido não é, *a priori*, incompatível com a conduta de usuário.

Do mesmo modo, a existência de condenação anterior por tráfico de drogas não deve ser fator determinante para discernir acerca da subsunção do fato ao tipo legal.

Além disso, o paciente confessou ser usuário ao ser interrogado extrajudicialmente e confirmou essa versão em juízo.

Logo, considerando que não restou comprovada a destinação mercantil da substância, a situação deve ser solucionada em favor do acusado, à luz do princípio do *in dubio pro reo*, sendo, portanto, imperativa a desclassificação da conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

Como bem pontuou o Min. Alexandre de Moraes, em caso análogo ao presente, “[s]em precisar examinar a fundo a matéria fática, a solução adequada ao caso é a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, sendo certo, consoante antigo julgado desta CORTE, que é questão de direito definir o campo da livre apreciação das provas, para anular decisão calcada em dados meramente subjetivos, fruto de convicção íntima, haurida de elementos probatórios indiretos (HC 40.609, Rel. Min. EVANDRO LINS, Tribunal Pleno, DJ de 3/9/1964” (HC 181.630/SP, Relator Min. Alexandre de Moraes, j. 05.03.2020, grifei).

3. Posto isso, com fulcro no art. 21, § 1º do RISTF, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem de ofício para desclassificar a conduta de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) para posse de droga para consumo pessoal (art. 28, caput, da Lei 11.343/2006).

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 9 de outubro de 2023

Ministro EDSON FACHIN

HC 233239 / MG

Relator

Documento assinado digitalmente