

HABEAS CORPUS 234.806 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. ANDRÉ MENDONÇA
PACTE.(S) : JEFERSON FOGAS DE ALMEIDA
IMPTE.(S) : FELIPE FOLCHINI MACHADO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DESTINADA AO CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI Nº 11.343, DE 2006). PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão mediante o qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 843.143/SC.

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 832 dias-multa, ante a prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343, de 2006 (tráfico de drogas).

3. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu parcial provimento à apelação interposta pela defesa, redimensionando a pena em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, mantendo no mais a sentença. Inconformada, impetrou-se *habeas corpus* perante o STJ, tendo o Relator denegado a ordem, ao que se seguiu o citado agravo regimental.

4. Neste *habeas corpus*, o impetrante destaca a pequena quantidade de droga apreendida — 2,17 gramas de crack —, e a ausência de

HC 234806 / SC

comprovação acerca de atos de mercancia, indicando se amoldar a conduta ao disposto no art. 28 da Lei de Drogas. Pontua que a droga apreendida estava na posse da corr . Afirma que a condena o está fundamentada, exclusivamente, no depoimento dos policiais. Refere-se a precedentes desta Corte.

5. Requer, em âmbito liminar e no mérito, a desclassifica o.

  o relatório.

Decido.

6. O Juízo sentenciante teve como comprovadas **a materialidade e a autoria delitivas relativas ao tráfico de drogas**, nos seguintes termos:

“A materialidade encontra-se demonstrada pelos seguintes elementos juntados no processo n. 50015574920218240068, em apenso: Boletim de Ocorrência n. 0704729/2021-BO -0054.2021.0000341; Auto de exib o e Apreensão de uma porão de crack (15 pedras); Auto de constata o n. 0066/2021; Relatório deo APF n. 584.21.00207; Laudo Pericial n  2021.18.01509.21.001-88 (juntado no evento 189 - laudo 2) (...).

Passo a análise da autoria.

Transcrevo, em síntese, a prova testemunhal produzida em juízo.

O Policial Militar Thomaz Gustavo Benke relatou: que se recorda da ocorrência; que acredita que era em um sábado; que **no dia estavam fazendo opera o de fiscaliza o de trânsito**, na saída para It -SC; que não fazia muito que haviam chegado; que estavam abordando uma moto, quando ouviram um som alto de um veículo; que o veículo estava indo no sentido It -SC;

HC 234806 / SC

que o veículo era um VW/Santana de cor prata; **que já conheciam o veículo do Jeferson**; que deram ordem de parada; que foi feito o procedimento de abordagem; que **na busca pessoal foi localizado uma grande quantidade de dinheiro; que não chegou a contar**; que Jeferson estava junto com Elisandra; que **durante a abordagem, a acusada saiu do veículo e tentou esconder um envelope de tecido, em suas vestes**; que não podem revistar indivíduos femininas, mas pediram para que a acusada entregasse o envelope; que a acusada se recusou a entregar e começou a tumultuar a ocorrência; que a acusada tirou algo e jogou na beirada da rua; que havia um barranco próximo; que não podiam averiguar o que era no momento, pois estavam em abordagem; que havia mais dois na motocicleta sendo abordados; que como estavam tumultuando demais, acharam por bem algemar o Jeferson, mas não chegaram a algemá-lo; que Jeferson se recusou a cooperar e começou a ir de um lado para o outro; que neste momento a feminina começou a se evadir do local a pé; que tiveram que usar a arma de choque; que a arma de choque não funcionou; que Jeferson conseguiu se evadir; que terminaram a abordagem dos dois masculinos da motocicleta; que solicitaram apoio e foram de atrás dos acusados; que localizaram no barranco um potinho com algumas pedras de crack; que Jeferson conseguiu pegar o dinheiro que estava em cima do veículo no momento do tumulto; que conseguiram localizar a feminina escondida no meio do mato; que foi solicitado uma agente feminina para fazer busca pessoal na acusada, sendo localizado mais quatro pedras de crack; **que as pedras estavam escondidas no peito da acusada**; que acusada tentou se desvencilhar das algemas e tentou fugir depois novamente; que foi uma ocorrência bem tumultuada; que Jeferson não foi localizado no dia; que como **já era de conhecimento que Jeferson estaria envolvido com tráfico de drogas**, a feminina foi conduzida para a delegacia de Concórdia-SC; que o veículo foi guinchado, pois o para-brisa e os pneus estavam danificados; que Jeferson estava com sua

HC 234806 / SC

habilitação suspensa; que **o acusado já é conhecido pela guarnição; que há passagens por ameaça, desacato e tráfico;** que a família de Jeferson tem envolvimento, pois a irmã e o cunhado foram presos; que acredita que a Elisandra é companheira do Jeferson; que **não sabe dizer se tinham conhecimento se Elisandra é envolvida com tráfico;** que **no dia do fato, a acusada estava com as drogas;** que informou que estaria passeando e que reside no Rio Grande Do Sul; que **não se recorda se a Elisandra fez uso da droga na sua frente; que Elisandra estava bem alterada, mas não sabe dizer se estava drogada;** que geralmente a abordagem com os acusados é bem tumultuada; que pediram para **Elisandra ficar dentro do carro e acredita que, neste momento, ela fez o uso de cocaína; que acredita que foi achado apenas crack;** que não sabe dizer se foi encontrado cocaína; que Jeferson estava conduzindo o veículo como uma velocidade elevada e quando foi dado ordem para parada, demorou para acatar a ordem; que **foi apontado a arma em direção do carro devido a alta velocidade; que a abordagem se deu por conta que estavam fazendo uma operação de trânsito;** que foi uma abordagem normal; que não chegou a algemar o Jeferson, pois quando tentou, ele acabou fugindo.

O Policial Militar Antônio Vinício Fernandes Farias relatou: (...) que **não conhecia o Jeferson, devido o pouco tempo de serviço na cidade, mas que já era de conhecimento de seus colegas sobre o masculino; que Jeferson há várias passagem, inclusive por tráfico de drogas; que já é de conhecimento que Jeferson traficava;** que Elisandra falou que é ex-companheira de Jeferson; que **a abordagem foi pela velocidade elevada;** que não dava para ouvir som; que os vidros do carro estavam fechados; que **a droga foi encontrada com a acusada,** mas os dois demoraram para sair de dentro do veículo; que no dia estava fazendo uma operação de trânsito; que **por Jeferson ser conhecido pelo meio policial, não**

HC 234806 / SC

significa que será abordado quando for visualizado; que não sabiam que era o Jeferson; que ficaram sabendo depois que Jeferson saiu do veículo; que a acusada tentou fazer o uso de drogas, mas não dentro da viatura; que cuidam para não usar a força com indivíduos femininos; que não se recorda se a Elisandra permaneceu alguns minutos há mais dentro do veículo; que Elisandra estava alterada, mas não sabe se era devido a ter usado drogas; que é muito difícil perceber se o indivíduo fez uso de drogas; que no começo da abordagem, Elisandra estava normal e depois começou a ficar alterada.

(...)

O acusado **Jeferson Fogas de Almeida** relatou: que não sabia que Elisandra estava com drogas; que fugiu porque os policiais queriam o algemar; que disse para os policiais que não sabia que Elisandra tinha drogas; que falou para Elisandra entregar o que estava escondendo; que estava dando carona para Elisandra no dia; que foi abastecer o carro e Elisandra pediu carona; que Elisandra estava bem alterada; que estava na casa de sua mãe; que **tinha dinheiro que seu pai lhe deu; que estava com uns R\$ 250,00; que não trabalha com drogas; que é usuário;** que conheceu Elisandra com 15 anos; que Elisandra está perdida nas drogas; que, no dia da apreensão, Elisandra estava com a mãe dele; que ela está residindo no local porque não tem onde morar por estar perdida nas drogas; que encontrou a Elisandra no dia, que ela estava tomando banho; que foi visitar suas filhas; que encontrou a Elisandra na frente da "Picoli"; que Elisandra pediu se ia para a cidade e pediu se ele daria carona; que falou que ia até o posto Coopér dia, mas não sabe em que lugar ela ia; que viu a polícia; que acatou as ordens dos policiais; que não sabe para onde Elisandra ia; **que trabalhava com o seu pai com corte de lenha; que pedia para seu pai lhe dar dinheiro; que seu pai já tentou o internar; que no dia que seu pai falou que ia o internar, usou muita droga e ficou escondido uns dois dias; que tentou se matar, por causa**

HC 234806 / SC

da droga; que tem interesse de fazer tratamento para tentar parar de usar drogas; que tentou suicídio várias vezes por causa das drogas; que Elisandra faz uso de drogas também; que acredita que Elisandra estava até roubando roupas da mãe para usar drogas.

(...)

Acresce a isso, o fato de que o acusado Jeferson já é conhecido no meio policial como traficante de drogas, como narrado pelos policiais nos depoimentos prestados judicialmente.” (e-doc.4, p. 5-12; grifos nossos)

7. O Tribunal de Justiça, reafirmando a visão adotada na primeira instância, **rejeitou a desclassificação pretendida pela defesa**, a partir das seguintes premissas, constantes do voto condutor do acórdão:

“In casu, a materialidade e autoria delitiva, em relação a ambos os réus, encontram-se demonstradas mediante o boletim de ocorrência (doc. 2, fls. 3-7, do inquérito policial), auto de exibição e apreensão (doc. 2, fl. 12, do inquérito policial), auto de constatação (doc. 2, fl. 14, do inquérito policial), laudo pericial (doc. 62 da ação penal) **e a prova oral colhida ao longo do feito.**

(...)

Desde já, quanto aos depoimentos dos agentes públicos, salienta-se que não restou suficientemente comprovada qualquer má-fé ou intenção de prejudicar os réus, logo seus testemunhos merecem confiança, inclusive porquanto, no caso, foram ouvidos em audiência judicial e prestaram compromisso de dizer a verdade, inexistindo contradita da defesa.

(...)

Além disso, ao longo da marcha processual, os agentes

HC 234806 / SC

policiais confirmaram a localização, em poder do réu J., de **grande quantidade de dinheiro, em notas diversas**. Destaca-se do boletim de ocorrência (doc. 2, fl. 4, do inquérito policial): "[...] que ao ser realizada a revista pessoal no masculino foi localizado em seu bolso uma grande quantidade de dinheiro, que o dinheiro estava envolto com borracha e foi percebido que havia notas de diversos valores que ao ser questionado teria dito que o dinheiro era pra pegar a parcela do seu veículo [...]". **Salienta-se, nesse ponto, que não há provas de que o dinheiro era destinado a pagar alguma parcela de dívida do veículo - tese que sequer foi levantada em interrogatório judicial. Aliás, tampouco há provas suficientes de que o acusado recebeu tal dinheiro do seu pai, em razão do exercício de trabalho lícito.**

Inclusive, nem restou provado de forma cabal que J. exercia algum trabalho lícito, à época dos fatos. Nesse ponto, tem-se o relato judicial da testemunha Solange da Silva, o qual se revelou, a bem da verdade, genérico. Ademais, nada foi juntado pela defesa nos autos.

(...)

Dessa maneira, considerando as peculiaridades ressaltadas da abordagem, a constatação de grande quantidade de dinheiro em poder do réu J., **o relato dos agentes policiais no sentido de que o acusado J. já era conhecido, inclusive, pelo envolvimento com a narcotraficância e a apreensão de drogas fracionadas (prontas para a venda) dispensadas e escondidas pela ré E.**, tem-se demonstrado, em relação a ambos os réus, o dolo genérico exigido pelo tipo penal em análise, o qual consiste na *"vontade livre e consciente de realizar uma das modalidades descritas na lei, não sendo necessário nenhum fim especial por parte do autor"* (CAPEZ, FERNANDO. Curso de direito penal, v. 4: legislação penal especial. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 686).

HC 234806 / SC

Logo, razão não assiste à defesa ao pretender a desclassificação das aludidas condutas para o art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que suficientemente comprovado pelos elementos probatórios o crime de tráfico de drogas, até porque sabe-se que eventual condição de usuário de entorpecentes não elide a responsabilidade criminal pela venda de substâncias ilícitas.” (e-doc. 6, p. 5-14; grifos nossos).

8. O Superior Tribunal de Justiça não dissentiu, ressaltando a inviabilidade da modificação da decisão, *“porquanto é iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser imprópria a via do habeas corpus para a análise de teses de insuficiência probatória, de negativa de autoria, ou até mesmo de desclassificação de delitos, em razão da necessidade de incursão no acervo fático-probatório.”* (e-doc. 11, p. 9).

9. Lidos os atos decisórios, constata-se que a condenação se lastreou na apreensão de **15 porções de crack**, pesando **2,17 gramas**; na quantidade, indeterminada, de dinheiro encontrado com o paciente; nos **depoimentos prestados pelos policiais e o seu histórico criminal, o qual teria revelado o envolvimento do paciente com o tráfico de drogas na região.**

10. Antes de se passar à análise do caso concreto, convém observar, conforme destacou o eminente Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RHC nº 206.846/SP (Segunda Turma, j. 22/02/2022, p. 25/05/2022), que, em *habeas corpus* *“não é possível se proceder à dilação probatória, mas nada impede que o julgador analise as provas e documentos que já estão nos autos”*. Se não for assim, *“de nada adianta exigir do impetrante que ‘apresente prova pré-constituída’ no momento da impetração”* (p. 5 do acórdão).

11. Ainda em sede preambular, observo que os tipos penais dos arts. 28 e 33, *caput*, da Lei de Drogas compartilham alguns verbos (núcleos do

HC 234806 / SC

tipo), de modo que o enquadramento de uma conduta neste ou naquele delito há de ser feito em virtude da **destinação da substância ilícita**, com a utilização dos **critérios previstos no art. 28, § 2º**, do mesmo diploma. Eis o teor dos referidos preceitos:

“Art. 28. Quem **adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal**, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

(...)

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à **natureza e à quantidade** da substância apreendida, **ao local e às condições em que se desenvolveu a ação**, às **circunstâncias sociais e pessoais**, bem como à conduta e aos **antecedentes do agente**.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, **adquirir**, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar**, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...)”

12. Assim, o fato de terem sido encontrados, **15 porções de crack**, em posse da corré, não comprova, por si só, que a substância entorpecente destinava-se à traficância, sobretudo considerando a **ínfima quantidade (2,17 gramas)**. No que diz respeito ao dinheiro encontrado com o paciente, os atos decisórios proferidos nas instâncias ordinárias atribuíram ao paciente o ônus de comprovar a origem lícita dos valores, presumindo-os produto de crime.

HC 234806 / SC

13. Sucede que a **quantia sequer foi apurada e inexistente demonstração inequívoca de que derivara de venda de entorpecentes**. O próprio paciente, ao ser interrogado, afirmou que trabalhava com seu pai com corte de lenha, em consonância com o depoimento da testemunha de defesa. Não cabe ao Órgão julgador, portanto, presumir que qualquer dinheiro encontrado na posse do paciente decorreria de atividade ilícita. Com efeito, o ônus da prova da culpabilidade do agente incumbe ao Ministério Público.

14. De todo o exposto, não se depreende conjunto probatório idôneo que aponte para a responsabilidade do paciente, havendo dúvida razoável quanto à subsunção da conduta ao tipo penal de tráfico de drogas. Não tendo o Ministério Público se desincumbido do ônus da prova, impõe-se a incidência do **princípio in dubio pro reo**, desclassificando-se a conduta, nos termos postulados. Com efeito, em razão do **princípio da presunção de inocência**, a existência de dúvida razoável somente pode beneficiar o réu, nunca prejudicá-lo. Nessa linha:

“RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – INVIABILIDADE DE INSTAURAR-SE PERSECUÇÃO PENAL CONTRA ALGUÉM PELO FATO DE OSTENTAR A CONDIÇÃO DE “RESPONSÁVEL PELO GERENCIAMENTO E EXECUÇÃO DAS ATIVIDADES” DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM QUESTÃO – PRECEDENTES – DOCTRINA – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO, NA PEÇA ACUSATÓRIA, DE NEXO CAUSAL QUE ESTABELEÇA RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A CONDUTA ATRIBUÍDA AO AGENTE E O RESULTADO DELA DECORRENTE (CP, ART. 13, “CAPUT”) – MAGISTÉRIO DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL – INEXISTÊNCIA, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, DA RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA – PREVALÊNCIA, EM SEDE CRIMINAL, COMO PRINCÍPIO DOMINANTE DO MODELO

HC 234806 / SC

NORMATIVO VIGENTE EM NOSSO PAÍS, DO DOGMA DA RESPONSABILIDADE COM CULPA – “*NULLUM CRIMEN SINE CULPA*” – NÃO SE REVELA CONSTITUCIONALMENTE POSSÍVEL IMPOR CONDENAÇÃO CRIMINAL POR EXCLUSÃO, MERA SUSPEITA OU SIMPLES PRESUNÇÃO – IMPÕE-SE AO MINISTÉRIO PÚBLICO O GRAVÍSSIMO ÔNUS DE COMPROVAR, LICITAMENTE, PARA ALÉM DE QUALQUER DÚVIDA RAZOÁVEL, OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA ACUSAÇÃO (AUTORIA, MATERIALIDADE E EXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL), DE UM LADO, E A CULPABILIDADE DO RÉU, DE OUTRO – PRECEDENTES – RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” PROVIDO – RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS.”

(RHC nº 186.159 AgR-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 03/10/2020, p. 08/10/2020; grifos nossos).

15. Não se desconhece a orientação desta Suprema Corte, segundo a qual, em regra, *“não se admite, na via estreita do habeas corpus, a qual não comporta dilação probatória, o reexame, com vistas ao acolhimento da tese defensiva – desclassificação do crime de tráfico de drogas para porte de entorpecente para uso pessoal –, do conjunto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias”* (HC nº 227.205 AgR/SP, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. 08/08/2023, p. 25/08/2023).

16. No caso dos autos, porém, adotando-se as premissas lançadas na sentença condenatória e no acórdão confirmatório, em sede de apelação, tem-se por evidente a precariedade do acervo probatório utilizado pelas instâncias ordinárias para sustentar a condenação, conclusão harmônica com a jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal, no sentido de que a *“mera reavaliação jurídica dos fatos, a partir do acervo colhido nas*

HC 234806 / SC

instâncias ordinárias, distingue-se do revolvimento do conjunto fático e probatório dos autos” (HC nº 192.115-ED/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 08/02/2021, p. 17/02/2021).

17. Na linha ora adotada, destaco decisões monocráticas recentes de Ministros desta Corte: HC nº 171.088/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 26/05/2019, p. 29/05/2019; e RHC nº 227.592/SC, Rel. Min. Edson Fachin, j. 31/05/2023, p. 02/06/2023. E ainda:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CONDUTA DESCLASSIFICADA PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. EXTINTA A PUNIBILIDADE DO AGENTE TENDO EM VISTA O CUMPRIMENTO DE MEDIDA MAIS SEVERA DO QUE A PENA APLICÁVEL À CONDUTA RECLASSIFICADA. PLEITO PELA RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

(RHC nº 205.077-AgR/MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 05/09/2021, p. 20/09/2021; grifos nossos).

18. Ante o exposto, **concedo a ordem**, com base no art. 192 do RISTF, **para desclassificar a conduta do paciente para aquela prevista no art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006 (porte de drogas para consumo pessoal)**.

Comunique-se.

Publique-se.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024.

HC 234806 / SC

Ministro ANDRÉ MENDONÇA
Relator