

HABEAS CORPUS 240.099 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
PACTE.(S) : KENNEDY RICARDO CORREA
IMPTE.(S) : JAMIL ANTONIO NICOLAU FILHO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO RESP Nº 2.035.615 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2.035.615/SP, submetido à relatoria do Ministro JOEL ILAN PACIORNIK.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006), porque trazia consigo 16,7g de maconha.

Regularmente processado, o Juízo de origem julgou *parcialmente procedente a pretensão punitiva para condenar o réu KENNEDY RICARDO CORREA à pena de 3 meses de prestação de serviços à comunidade, por incurso nas sanções previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06.*

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao apelo do Ministério Público, para condenar o paciente a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, pelo cometimento do delito de tráfico de drogas.

Na sequência, a defesa interpôs Recurso Especial, que, inadmitido na origem, ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça por meio de Agravo, conhecido pelo Ministro relator, para dar parcial provimento ao apelo especial, de modo a estabelecer a pena no patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão, mantido o regime prisional. Interposto Agravo Regimental, a Quinta Turma decidiu nos termos da seguinte ementa:

[...]

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, as

contrarrazões são cabíveis apenas para impugnar os fundamentos de eventual recurso interposto pela parte contrária, com o intuito de manter a sentença exarada, mostrando-se como via inadequada para pleitear a reforma da decisão, consoante o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* (EDcl no REsp 1.584.898/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 10/8/2016).

2. Na hipótese, as alegadas nulidades deveriam ter sido suscitadas pela defesa em sede de apelação (ou recurso adesivo) e não nas contrarrazões apresentadas ao apelo ministerial, de modo que as matérias foram atingidas pela preclusão. Não se vislumbra, dessa forma, omissão a ser sanada por este Tribunal Superior.

3. A despeito de ter sido imposta reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, trata-se de réu reincidente, não havendo que se falar em fixação do regime prisional semiaberto, ante a ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal. Assim, a manutenção do regime inicial fechado estabelecido pelo Tribunal de origem é medida que se impõe.

4. Agravo regimental desprovido.

Nesta ação, a defesa alega, em suma: *ausência de fundamentação idônea dos critérios jurídicos adotados no Acórdão para se chegar à conclusão de que as drogas era destinadas ao comércio ilegal, os quais, ao ver dos Impetrantes, não são suficientes para o reconhecimento do crime do artigo 33 da Lei 11.343/06.*

Requer, assim, a concessão da ordem, *para seja desclassificada a conduta do Paciente para o crime de posse de drogas para consumo pessoal, restabelecendo-se assim a sentença proferida na origem.*

É o relatório. Decido.

No particular, embora o Superior Tribunal de Justiça não tenha enfrentado a matéria, os elementos constantes dos autos mostram-se relevantes, o que autoriza a intervenção deste SUPREMO TRIBUNAL.

Isso porque a presente hipótese apresenta excepcionalidade, **em**

virtude da pequena quantidade de droga apreendida e das circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, indicando a necessidade de ser analisada a possibilidade de desclassificação do delito, uma vez que a condenação do paciente a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, se deu com base em acusação por tráfico ilícito de entorpecentes, em razão da apreensão de apenas **16,7g de maconha**.

Importante destacar que, em face do Princípio da Presunção de Inocência, a situação de *dúvida razoável* somente pode beneficiar o réu, pois, como destacado pelo Ministro CELSO DE MELLO ao proferir voto no julgamento da Ação Penal 858/DF,

[...] nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia.

Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo o princípio da não culpabilidade (ou do estado de inocência) das pessoas sujeitas a procedimentos persecutórios.

Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo o princípio da não culpabilidade (ou do estado de inocência) das pessoas sujeitas a procedimentos persecutórios.

No particular, eis os fundamentos adotados pelo Juízo sentenciante para desclassificar a conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006:

O réu, nos dois interrogatórios, policial e em juízo, manteve a versão de que a droga era para o seu consumo [...].

Os policiais ouvidos em juízo também não trouxeram dados concretos quanto a ser a droga apreendida destinada ao

tráfico. Os policiais pontuaram, tão somente que o réu já havia sido condenado por crime de tráfico. Quanto ao uso da motocicleta, narraram, de forma genérica que havia denúncias de que era utilizada pela réu, mas não foi esclarecido que naquele dia houve denúncia nesse sentido. Nesse contexto, ciente de que foi apreendido em posse do réu 20 (vinte) porções de “maconha”, com peso líquido total aproximado de 16,7g; que não houve denúncia previa específica quanto ao tráfico, tampouco foi visualizado qualquer ato à traficância, é caso de afastar a condenação por tráfico, pois o contrário corresponderia a condenar pelo simples fato de o réu já ter histórico de tráfico, numa clara demonstração do direito penal do autor.

Não é demais salientar que a abordagem foi feita de imediato, ou seja, não houve observação prévia da conduta do réu que pudesse indicar condutas próprias da traficância, o que, aliás, poderia ter sido feito, já que um dos policiais disse que estavam abordando de uma viatura descaracterizada, o que facilitaria a campana. Também não foi relatado pelos policiais movimentação de possíveis usuários nas cercanias naquele momento [...].

Nesse contexto, como se vê, a prova dos autos não indica a realização de nenhum ato de mercancia realizado pelo acusado e a circunstância de ter sido encontrada droga em seu poder durante a abordagem policial não indica, com segurança, que o entorpecente se destinava ao comércio.

É assente na jurisprudência que existindo dúvida quanto à tipificação do fato como delito de tráfico de substância entorpecente e a quantidade de tóxico apreendido em sendo pequena, como no caso presente, sugerindo que se trate de porte para uso próprio, deve o delito enquadrar-se na figura do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Incumbe à acusação provar de forma inequívoca a destinação mercantil do entorpecente apreendido, ônus do qual não se desincumbiu.

A dúvida favorece ao acusado, na medida em que a

sentença penal condenatória somente pode se embasar em elementos concretos de prova ou prova cabal da ação delituosa, do que não se cogita na hipótese.

Neste contexto, inexistindo evidência da finalidade mercantil da droga, o crime imputado ao réu deve ser desclassificado para o porte para uso próprio.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, condenou o paciente pela prática de tráfico de drogas com arrimo nos seguintes fundamentos:

Em que pese os fundamentos adotados pela r. sentença recorrida, a análise do conjunto probatório reunido leva à conclusão de que o apelado Kennedy, efetivamente, praticou o delito de tráfico de entorpecentes que lhe foi imputado, de forma que o provimento do apelo ministerial é medida que se impõe, de modo a ensejar sua condenação.

As testemunhas de defesa arroladas nada trouxeram aos autos no sentido de afastar do apelado a responsabilidade criminal do crime que lhe foi irrogado.

Ainda que o apelado tivesse confirmado ser o responsável pelas porções de droga, aduzindo sua destinação para o consumo próprio, tal assertiva não convenceu diante das informações anônimas recebidas no sentido de que Kennedy exercia o tráfico de drogas utilizando sua motocicleta, realizando o sistema “delivery” para as encomendas realizadas pelo “disk-droga”, bem como pelo panorama fático descrito pelos agentes de segurança, quando o avistaram no motociclo, sendo com ele localizados dinheiro e considerável quantidade de porções de maconha, além daquelas que mantinha em sua residência.

Sua versão dos fatos, no sentido de que tais drogas se destinavam exclusivamente ao seu consumo pessoal, além de não corroborada por qualquer outra prova trazida aos autos, é inverossímil.

HC 240099 / SP

Como se sabe, a Lei 11.343/2006 não fixou uma quantidade de substância entorpecente como referencial para diferenciar o tráfico de drogas do uso de substância entorpecente, até porque nada impede que um portador de pequena quantidade seja um traficante. É o contexto descrito na denúncia, amparado pelas provas colhidas ao longo da persecução criminal, que permitirá a autoridade judiciária verificar se a droga encontrada com o agente realmente era destinada à mercancia ou ao próprio consumo. Para tanto, devem ser observados os parâmetros estabelecidos pelo art. 28, §2º, da Lei de Drogas, cuja redação é a seguinte:

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.

Da simples leitura do acórdão condenatório, é possível constatar que a Corte estadual, à míngua de qualquer elemento robusto que evidenciasse a prática da mercancia ilícita, concluiu que *a considerável quantidade da droga indica que não se destinava ao consumo de um único usuário, permitindo concluir ter o apelado praticado o delito de tráfico de substância entorpecente que lhe está sendo imputado.*

Dessa maneira, não se demonstrou, cabalmente, que a droga apreendida era destinada ao comércio, sobretudo se considerado que o paciente não foi flagrado vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros.

Nesse sentido, aliás, o próprio Ministério Público estadual, em manifestação apresentada perante o Tribunal de origem, consignou:

Correta a desclassificação do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) para a posse de drogas para consumo próprio (art. 28, caput, da referida Lei), pois a instrução criminal não comprovou suficientemente que o acusado, de fato, trazia consigo, guardava e tinha em depósito

drogas para fins de mercancia ilícita, pelo contrário, deixou dúvidas sobre a destinação das substâncias, a corroborar a versão do réu de que se destinavam ao consumo próprio.

[...] as circunstâncias da prisão e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, evidenciam que as drogas se destinavam ao consumo pessoal do réu. Assim, a condenação do réu pelo delito do art. 28, caput, da Lei 11.343/2006 está correta e a r. sentença merece ser mantida, porquanto as provas constantes dos autos indicam que as drogas apreendidas eram para o uso do réu, viciado em substâncias entorpecentes.

Desse modo, a r. sentença é adequada ao promover a desclassificação do delito, em observância às circunstâncias específicas do caso.

Tendo em vista tais fatos e fundamentos jurídicos, o parecer da Procuradoria de Justiça é no sentido do improvimento do recurso do MP, para manutenção da r. sentença na íntegra, por observância dos elementos probatórios acostados aos autos.

Na mesma linha de consideração, registrou o Ministério Público Federal, em parecer ofertado no âmbito do STJ:

[...] na espécie, é de ser concedida a ordem de habeas corpus de ofício, a fim de se absolver o réu da imputação do delito de tráfico de drogas, realizada na ação penal nº 1500685-22.2020.8.26.0360, em virtude da ausência de provas de que o entorpecente se destinaria ao comércio ilegal.

Nessas circunstâncias, é temerária a manutenção da condenação do paciente à acentuada pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, em decorrência de apreensão de 16,7 gramas de maconha.

Diante do exposto, com fundamento no art. 192, *caput*, do Regimento Interno desta CORTE, **CONCEDO A ORDEM DE HABEAS CORPUS**, para **DECLASSIFICAR A CONDUTA DO AGENTE** para aquela prevista

HC 240099 / SP

no art. 28 da Lei 11.343/2006 e, assim, restabelecer a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Mococa/SP (Ação Penal 1500685-22.2020.8.26.0360).

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 19 de abril de 2024.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

Documento assinado digitalmente