



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 898195 - RS (2024/0086499-4)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VICTOR GABRIEL DOS SANTOS RODRIGUES (PRESO)
CORRÉU : WAGNER ROSA DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado em favor de VICTOR GABRIEL DOS SANTOS RODRIGUES, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5040238-84.2018.8.21.0001/RS).

O Paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, c/c o pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (e-STJ fl. 499).

O recurso apresentado pela defesa foi negado, requerida a expedição do mandado de prisão em vista dos maus antecedentes, por meio de acórdão assim relatado (e-STJ fl. 499):

"Trata-se de apelação interposta por VICTOR GABRIEL DOS SANTOS RODRIGUES, por intermédio da Defensoria Pública, inconformado com a sentença proferida pelo Dr. Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, que julgou procedente a denúncia, para condená-lo como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, impondo-lhe a pena de 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, c/c o pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, à razão mínima (evento 3, PROCJUDIC8 fls 03-16).

Em suas razões, a defesa busca a absolvição do acusado, alegando insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Em relação à pena, pede a redução da pena-base, o afastamento da pena de multa e por fim, prequestiona a matéria (evento 3, PROCJUDIC8 fls 29-40).

Em contrarrazões, o Ministério Público opina pelo desprovimento do apelo (evento 3, PROCJUDIC8 fls 43-50 e evento 3, PROCJUDIC9 fls 01-11).

Subiram os autos a esta Corte, operando-se sua distribuição mediante sorteio.

Colheu-se o parecer escrito da douta Procuradoria de Justiça, a qual se manifesta no rumo do desprovimento do apelo (evento

7,PROMOÇÃO1).

Após, os autos vieram conclusos."

Liminarmente, requer a defesa a expedição de contramandado de prisão, para que o Paciente aguarde em liberdade o julgamento do mérito do presente writ (e-STJ fl. 15).

No mérito, a defesa seja concedida a ordem de habeas corpus para desclassificar a imputação contida na denúncia para o tipo inserto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, adequando-se a pena entre as previstas para o tipo penal (e-STJ fl. 15).

É o relatório.

Decido.

No que toca a admissibilidade do presente *habeas corpus*, há restrita possibilidade de admissão recairá em casos de existência de ilegalidades suscetíveis de impugnação por via própria (HC539.611/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019; AgRg no HC 477.526/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 25/10/2019; HC 407.295/AL, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/09/2019, DJe 12/09/2019).

Sem que se desconsidere, no entanto, a viabilidade de concessão da ordem de ofício, se constatada flagrante ilegalidade em ato judicial impugnado, entendimento pacificado por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 535.063/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 10/6/2020, DJe de 25/8/2020; AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018).

O entendimento desta Corte Superior acerca do ocorrido in casu repousa na necessidade de prova acerca da prática constância de mercância de substâncias ilícitas, neste sentido, "é prescindível a prova do comércio ilícito, sendo suficiente a demonstração de que o agente praticou uma das ações descritas no tipo legal, a exemplo de guardar e ter em depósito", diante do que "os depoimentos dos policiais" acabam por ser elementos insuficientes como base probatória para uma condenação:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. POSSE PARA CONSUMO PESSOAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DA MERCANCIA. EXCEPCIONAL AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO MINISTERIAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSUMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU. DE OFÍCIO, DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, EM RELAÇÃO À RECORRENTE E AO CORRÉU. 1. Ao refutar a possibilidade de se tratar de mera posse de drogas para consumo pessoal e concluir que as substâncias se destinavam à mercancia ilícita, o Tribunal local apontou os seguintes fundamentos: (i) confissões extrajudiciais de ambos os Réus, no sentido de que a Recorrente teria auxiliado o Corrêu a preparar os entorpecentes, que

seriam destinados à venda; (ii) depoimentos policiais prestados em juízo. 2. As confissões extrajudiciais foram retratadas em juízo, tendo ambos os Réus declarado que os entorpecentes eram destinados ao uso próprio. A retratação, por si só, não seria suficiente para infirmar a conclusão sobre a prática do crime de tráfico de drogas, se efetivamente fosse corroborada por elementos suficientes produzidos sob o crivo do contraditório, o que não ocorreu. 3. Os depoimentos policiais limitam-se a mencionar a existência prévia de denúncias anônimas com as características físicas do casal que estaria praticando a narcotraficância e as confissões informais dos Acusados no momento do flagrante. 4. Além da notória precariedade das denúncias anônimas, o fato de que teriam os Acusados admitido, apenas aos policiais, que venderiam os entorpecentes, não é suficiente para dar suporte a uma condenação pelo delito de tráfico de drogas, sobretudo porque a quantidade de tóxicos era compatível com o consumo pessoal e não foram apreendidos objetos indicativos da traficância (e.g. balança de precisão ou anotações relativas à contabilidade do tráfico). 5. Se nem mesmo uma confissão feita em Juízo, pode autorizar uma condenação, sem que haja outras provas concretas, nos termos do art. 197 do Código de Processo Penal, muito menos o poderá um depoimento de testemunha, na parte em que se limita a reproduzir o que lhe teria sido dito pelo Acusado. Quanto a esse aspecto do depoimento dos policiais, em que apenas repetem declarações que teriam sido a eles informalmente prestadas pelos Acusados, não se pode atribuir a força de prova testemunhal, mas devem ser valoradas com a parcimônia que uma confissão informal e que não foi documentada nos autos deve receber. 6. A partir da análise dos elementos fáticos expressamente delineados no acórdão recorrido, à luz da presunção de não culpabilidade, revelase necessária a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas, pois a tese defensiva de que as porções de droga destinavam-se ao consumo pessoal não está completamente desconectada das provas dos autos e a Acusação não desincumbiu seu ônus de demonstrar, por meio de provas juridicamente idôneas, a prática do tráfico. 7. Diante da desclassificação ora empreendida, constata-se que se consumou a prescrição da pretensão punitiva estatal. Isso porque transcorreu período de tempo superior a dois anos (art. 30 da Lei n. 11.343/06) entre o recebimento da denúncia (26/10/2016) e a publicação da sentença condenatória (09/10/2019), bem como entre este último marco interruptivo e a publicação do acórdão confirmatório da condenação, na sessão de julgamento do apelo defensivo (08/03/2022). 8. Presente a identidade objetiva de situações, os efeitos do provimento do recurso devem ser estendidos ao Corrêu, CARLOS ROSA DA SILVA, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. 9. Recurso especial provido, a fim de desclassificar a conduta da Recorrente para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas, com extensão dos efeitos ao Corrêu CARLOS ROSA DA SILVA. De ofício, é declarada extinta a punibilidade da Recorrente e do referido Corrêu, em razão da prescrição da pretensão punitiva. (REsp n. 2.040.636/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 26/5/2023.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO. POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL. REVALORAÇÃO JURÍDICA. CONTROVÉRSIA PASSÍVEL DE COMPREENSÃO. SÚMULAS 284/STF E 7/STJ AFASTADAS. RECURSO CONHECIDO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS

CARACTERIZADORES DO TRÁFICO. I - A Súmula nº 284, STF, deve ser afastada quando for possível compreender a controvérsia a partir do inteiro teor da petição recursal. II - Não se aplica a Súmula nº 7, STJ, quando o recurso especial pretende discutir a tipificação a ser dada à situação tal qual reconhecida no acórdão recorrido, por meio da reavaliação jurídica dos fatos, sem que seja necessário o reexame de fatos e provas. Precedentes. III - Na hipótese dos autos, o agravante foi condenado como incurso no 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 porque portava, em via pública, 0,32 g de crack e 164,80 g de ácido bórico. IV - A posse de ácido bórico, por si só, é um indiferente penal, haja vista que é largamente utilizado para fins lícitos, como tratamentos de saúde, desinsetização, adubamento ou retardação de chamas, podendo ser adquirido com relativa facilidade em farmácias ou lojas de insumos para agricultura, em preparações que vão de 50 g até 1 kg. V - Não se está a ignorar que o ácido bórico seja utilizado, também, para os fins de preparação de drogas ilícitas. Ocorre que, nesses casos, a condenação deve se pautar em outros elementos que apontem, de modo inequívoco, para a traficância, como a apreensão de consideráveis quantidades de droga, balanças de precisão, embalagens plásticas, somas de dinheiro etc. Precedentes. VI - Presumir, nas circunstâncias dos autos, que a conduta constituiu tráfico de drogas, pelo simples fato de o réu portar ácido bórico e pequena quantidade de crack, importa em ignorar a realidade social que, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, deveria ter sido avaliada para os fins de determinar se o entorpecente encontrado se destinava ao consumo pessoal. VII - Em 2016, pesquisadoras da Fiocruz, da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Federal de São Paulo entrevistaram 1.062 usuários de crack e observaram que 54,3% deles já haviam utilizado o chamado "pó virado", consistente na mistura de crack ao ácido bórico para os fins de consumo pela via nasal. Em outro estudo, pesquisadoras observaram que a preparação do "pó virado" é feita pelos próprios usuários, em grupos e de forma compartilhada, a fim de obter efeito mais duradouro e, conseqüentemente, menores níveis de fissura e paranoia decorrentes do uso da droga. Além disso, não raro o "pó virado" era uma alternativa para os usuários de cocaína que precisavam lidar com a abstinência diante da impossibilidade de obter sua droga de escolha. VIII - Diante desses achados, é preciso cuidado redobrado ao avaliar se a conduta de portar drogas e ácido bórico deve ser tipificada como tráfico de drogas ou posse de drogas para uso pessoal. IX - Na hipótese dos autos, a pequena quantidade da droga apreendida (0,32g de crack), bem como a ausência de outros elementos caracterizadores da traficância, levam à conclusão de que os fatos se ajustam melhor ao disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. X - Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça já reconheceram que a apreensão de pequenas quantidades de droga junto com o ácido bórico não implica, necessariamente, a conduta tipificada no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, e que é possível caracterizar a posse de drogas para uso pessoal em circunstâncias envolvendo a apreensão de entorpecentes em quantidade superior à dos autos. XI - Convém destacar, ainda, que o agravante possuía duas anotações por posse de drogas para uso pessoal em sua folha de antecedentes e que, inicialmente, os primeiros agentes de segurança pública que tiveram contato com os fatos não identificaram elementos caracterizadores de traficância. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e lhe dar provimento para desclassificar a conduta imputada ao agravante para aquela descrita no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006. (AgRg no AREsp n. 2.271.420/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 3/7/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N.11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É possível examinar em habeas corpus a legitimidade da condenação imposta desde que não seja necessário que se proceda à dilação probatória. 2. Para a imposição de uma condenação criminal, faz-se necessário que seja prolatada uma sentença, após regular instrução probatória, na qual haja a indicação expressa de provas suficientes acerca da comprovação da autoria e da materialidade do delito, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. 3. Insta salientar, ainda, que a avaliação do acervo probatório deve ser realizada balizada pelo princípio do favor rei. Ou seja, remanescendo dúvida sobre a responsabilidade penal do acusado, imperiosa será a sua absolvição, tendo em vista que sobre a acusação recai o inafastável ônus de provar o que foi veiculado na denúncia. 4. A apreensão da droga em poder do acusado, por si só, não indica a realização do tipo inserto no art. 33 da Lei de Drogas, notadamente se considerada a pouca quantidade que foi encontrada. Além disso, não foram localizados petrechos comuns a essa prática (balança de precisão, calculadora, recipientes para embalar a droga, etc). Em suma, baseou-se a sentença apenas na apreensão dos entorpecentes, cuja quantidade, a meu ver, "42,2 gramas de maconha, em 50 porções; 2,38 gramas de cocaína, em 12 porções; e 4,34 gramas de crack, em 22 porções" (e-STJ fls.151/152), ajusta-se ao que prescreve o art. 28 da Lei de Drogas, autorizando concluir que o réu a tinha para uso próprio. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 687674/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 15/2/2022, DJe de 18/2/2022)

Diante do caso concreto, bem como da ilegalidade do acórdão ante a fragilidade probatória para condenação do paciente no crime de tráfico de drogas, **concedo a ordem de habeas corpus** para cassar o acórdão do Tribunal de Origem, absolvendo o paciente e desclassificando a conduta para o art. 28 da Lei n. 11.343/06, sendo submetido à duas penas restritivas de direitos, a saber: prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O paciente deverá ser imediatamente posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. Expeça-se, **com urgência**, o respectivo **alvará de soltura**, bem como as demais comunicações pertinentes ao Tribunal de origem e ao Juízo a quo.

Após, ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 31 de março de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora