



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.364 - RS (2016/0258397-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
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 : RAFAEL FOHO DA ROSA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.
2. 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.
3. Em nenhum momento, o paciente foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades. Ademais, os próprios policiais ouvidos em juízo afirmaram que "não foi encontrado qualquer outro apetrecho que comprovasse o comércio da droga". Some-se a isso o fato de o Tribunal de origem haver negado a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 sem nenhuma justificativa concreta (fl. 228). Ainda, o paciente, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes. Assim, não havendo sido presenciada situação de mercancia, remanescem somente as condutas de guardar e trazer consigo, ambas previstas no tipo descrito no *caput* do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.
4. A apreensão de apenas 0,7 g de crack e a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

narcotraficância evidenciam ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

5. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação do delito imputado ao paciente não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento, de fato, vedado na via estreita do habeas corpus. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

6. Habeas corpus concedido, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e, consequentemente, declarou extinta a sua punibilidade, diante do cumprimento de medida mais severa do que a pena aplicável. Ainda, confirmada a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.364 - RS (2016/0258397-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

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 : RAFAEL FOHO DA ROSA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

RAFAEL FOHO DA ROSA, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70069060606).

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006. O Juiz de primeiro grau, no entanto, desclassificou a conduta a ele imputada para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, oportunidade em que declarou extinta a sua punibilidade, diante do cumprimento de medida mais severa do que a pena aplicável.

Inconformado com a desclassificação, o Ministério Público interpôs apelação ao Tribunal de origem, havendo sido dado provimento ao recurso, para condenar o paciente à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, condenação esta mantida em embargos infringentes e de nulidade.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de não haver provas que justifiquem a condenação por tráfico de drogas, notadamente porque, no caso, foi apreendida quantidade irrisória de substância entorpecente (menos de 1 g de crack).

Requer a concessão da ordem, para que a conduta imputada ao paciente seja desclassificada para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, seja declarada extinta a sua punibilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi por mim **deferida**, nos termos da decisão de fls. 272-273, "**para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento de mérito deste habeas corpus** e, caso tenha sido preso em razão desta ação penal, que seja colocado em liberdade".

Depois de as informações haverem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.364 - RS (2016/0258397-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.

2. 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.

3. Em nenhum momento, o paciente foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades. Ademais, os próprios policiais ouvidos em juízo afirmaram que "não foi encontrado qualquer outro apetrecho que comprovasse o comércio da droga". Some-se a isso o fato de o Tribunal de origem haver negado a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 sem nenhuma justificativa concreta (fl. 228). Ainda, o paciente, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes. Assim, não havendo sido presenciada situação de mercancia, remanescem somente as condutas de guardar e trazer consigo, ambas previstas no tipo descrito no *caput* do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

4. A apreensão de apenas 0,7 g de crack e a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância evidenciam ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

5. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação do delito imputado ao paciente não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento, de fato, vedado na via estreita do habeas corpus. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

6. Habeas corpus concedido, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e, consequentemente, declarou extinta a sua punibilidade, diante do cumprimento de medida mais severa do que a pena aplicável. Ainda, confirmada a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006. O Ministério Público assim narrou os fatos em sua inicial acusatória (fls. 10-11):

No dia 24 de março de 2015 [...], em via pública, o denunciado RAFAEL FOHO DA ROSA vendia, expunha à venda, oferecia, transportava, guardava e trazia consigo, para fins de entrega a consumo alheio, **09 (nove) pedras de crack, pesando 0,70 gramas**, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de 02 (dois) aparelhos de telefone celular e a quantia em dinheiro de R\$ 218,00 [...]

Na ocasião, policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo, ao passo que próximo ao Colégio Ernesto Dorneles avistaram o denunciado em atitude suspeita. Ao notar a presença dos agentes, o denunciado tentou fugir do local.

Ato contínuo, os policiais saíram em perseguição ao denunciado, sendo este alcançado e abordado. Após, em revista pessoal, foram encontradas as pedras de crack acima descritas.

O Juiz de primeiro grau, no entanto, desclassificou a conduta imputada ao acusado para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, em decisão assim fundamentada, no que interessa (fls. 173-177):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com relação à tipicidade, não há provas suficientes nos autos de que a droga encontrada destinava-se à traficância.

[...]

A testemunha de defesa ELIANE FERNANDES asseverou que o acusado é usuário de drogas, afirmando que já viu ele usando. Referiu que Rafael sempre trabalhou [...]

[...] verifico que as provas deste feito revelam-se frágeis, inaptas para uma decisão condenatória segura e indubitosa contra o acusado com relação ao crime de tráfico de drogas.

[...]

Tenho que, em sede de condenação criminal, ser necessária a formação do juízo de certeza sobre a autoria do delito com a adequada valoração da prova produzida, demonstrativa da verdade substancial. Ausente a demonstração da prática de ato concreto, não se autoriza uma condenação, pois o primado do direito de liberdade exige que uma sentença penal condenatória seja fundada em prova segura e idônea, demonstrativa da certeza sobre a autoria, de modo a atrair a legítima atuação punitiva do Estado.

Verifico, analisando a prova coligida neste feito, ser possível apenas chegarmos a um juízo de probabilidade, de verossimilhança, sobre o envolvimento do acusado Rafael com o tráfico de entorpecentes. Elementos suficientes, sem dúvida, para o impulso inicial da ação penal, todavia, incapaz de ensejar uma condenação, pois presentes apenas suspeitas e não provas concretas. [...]

Com isso, não se está a afirmar que o réu é inocente, mas sim, que não restou devidamente comprovado o delito de tráfico de drogas por parte de RAFAEL FOHO. **O que restou demonstrado, por outro lado, foi o fato de o acusado ser usuário de entorpecentes.**

Inconformado com a desclassificação, o Ministério Público interpôs apelação ao Tribunal de origem, havendo sido dado provimento ao recurso para, reportando-se aos fundamentos lançados nas razões ministeriais, condenar o paciente à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. A propósito, confira-se excerto do voto do Relator, Desembargador Sylvio Baptista Neto (fls. 225-228):

2. O apelo procede. A questão foi bem analisada pelo ilustre Procurador de Justiça, Dr. Sérgio Guimarães Britto, motivo pelo qual, concordando com os seus argumentos, transcrevo seu parecer, fazendo dele as minhas razões de decidir. Afirmou com propriedade:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“Da análise das provas produzidas nos autos, apura-se que a condenação do acusado é medida impositiva, merecendo reforma a decisão hostilizada.

A materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas estão sobejamente comprovadas através...

O acusado Rafael, em seu interrogatório (fl. 106-CD), negou a prática do delito... Aduziu que com parte do dinheiro, aproximadamente, R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta), reais comprou 01 gr. de pedra e uma carteira de cigarros. Disse que quando saiu de sua residência, foi abordado por policiais militares, tendo sido encontrado em seu poder a porção apontada no auto de apreensão. Referiu que tinha fumado uma lasca dessa pedra de crack, sendo que os policiais repartiram a pedra em nove pedrinhas...

Em sentido contrário à alegação do acusado de ser mero usuário de entorpecentes, os relatos firmes e coerentes dos policiais militares que realizaram a abordagem e a prisão em flagrante do réu.

A Policial Militar Rubia, em juízo (fl. 106-CD), relatou que quando Rafael avistou os policiais, correu, sendo que seu colega “Montanha” conseguiu fazer a abordagem. Relatou que ao revistarem o réu foi encontrada a droga e uma quantia em dinheiro. Informou que a esposa do acusado, no dia do fato, referiu que ele não estava trabalhando. Por fim, aduziu ter o acusado alegado ser usuário de drogas.

Cláudio, policial militar, em juízo (fl. 106-CD), contou que realizaram a abordagem do acusado, sendo que foi encontrada a droga e uma certa quantia em dinheiro. Referiu que denunciado afirmou ser usuário.

Corroborando os relatos de seus colegas, Jair, em juízo (fl. 106-CD), narrou que o acusado ao avistar os policiais tentou fugir. Informou que conseguiu alcançar o réu e ao fazer a revista encontrou as pedras de crack, o dinheiro e os celulares na posse do acusado. Mencionou que o réu alegou ser usuário de entorpecente e que o dinheiro era fruto de seu trabalho.

As testemunhas defensivas Eliane, Gleice e Aline, em juízo (fl. 119-CD), asseveraram que o acusado é usuário de drogas, e que Rafael sempre foi trabalhador e que mora perto da Escola Ernesto Dorneles.

Por fim, a informante Loice, em juízo (fl. 119-CD), companheira do acusado, referiu que Rafael não é traficante e sim usuário de drogas...



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, muito embora o apelante tenha admitido ser usuário de drogas, e as testemunhas defensivas confirmem tal fato, referida condição não tem o condão de impedir o reconhecimento da prática do crime de tráfico de drogas.

Como bem aduzido nas razões de apelo pela Dra. Promotora de Justiça Jocelaine (fl. 153):

“... ”

Contudo, a condição de usuário não excluiu, tampouco é incompatível com o quadro fático descrito pelos policiais. Pelo contrário, consabido que muitos usuários de drogas também se dedicam à comercialização de entorpecentes, até mesmo como forma de sustentar seu vício.

Ainda, cumpre ressaltar que o artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é multifacetário, ou seja, abstratamente prevê várias condutas típicas ou vários verbos nucleares, bastando que a conduta do réu se enquadre em apenas um deles para haver a incidência do tipo penal, sendo prescindível que ele esteja, no momento da prisão, comercializando.

Por fim, não há razões para se desacreditar a palavra dos policiais militares. A propósito, os depoimentos de policiais, sejam civis, militares ou federais, que participam das ocorrências policiais têm sido agasalhados pela doutrina e jurisprudência como suficientes para um juízo condenatório, mormente quando nenhum fato sério, objetivo, concreto, consistente e convincente é alegado em relação à idoneidade e credibilidade daqueles.

“... ”

Ademais, pelo relato uníssono dos policiais, Rafael trazia consigo o crack, o que por si, só, caracteriza o delito de tráfico de drogas, sendo desnecessária a comprovação e flagrante da sua venda e distribuição.

[...]

“... Frente ao conjunto de provas produzidas, não há espaço para manter a desclassificação do réu, uma vez que comprovada a ocorrência do tráfico de entorpecentes. Ainda, a ausência de flagrante de atos de mercancia não é capaz de eximir a responsabilidade penal do agente, já que para a consumação do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, basta o cometimento de, ao menos, um dos verbos do tipo penal. Igualmente, o uso de drogas não impede o concomitante desempenho do tráfico...” (Apelação 70031355555, Segunda Câmara Criminal do TJRS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels...).

Logo, impositiva a reforma da decisão para seja o acusado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rafael condenado nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, pela prática do fato delitivo narrado na exordial acusatória, pelas razões exaradas no presente parecer.”

Na sequência, foram interpostos embargos infringentes e de nulidade, ocasião em que foi mantida a condenação do agente por tráfico de drogas, nos seguintes termos (fl. 256):

Os agentes estatais foram enfáticos ao afirmarem terem procedido à abordagem em virtude da atitude suspeita praticada pelo acusado, que saiu correndo ao perceber a presença dos agentes estatais no local. A abordagem, portanto, não foi fruto do acusado: decorreu da observação dos policiais, já familiarizados com os comportamentos típicos dos agentes que exercitam a narcotraficância.

[...]

Ainda sobre a questão da autoria do ilícito, refiro apenas que o art. 33 da Lei 11.343/06 possui diversos verbos nucleares, razão pela qual o fato de o apelante "guardar" ou "trazer consigo" a droga já caracteriza o delito de tráfico, sendo desnecessário o flagrante do ato de mercancia para configuração do ilícito. Demonstrado, como, *in casu*, que a substância entorpecente apreendida, trazida pelo acusado, destinava-se ao consumo de terceiros, o delito de tráfico de drogas está configurado.

[...]

II. Tráfico de drogas – ausência de elementos concretos

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

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 reversão operada pelo acórdão de apelação é confirmada em embargos infringentes, tal como ocorreu na espécie.

Entretanto, chama particular atenção o fato de o paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tecnicamente primário ao tempo do delito, haver sido condenado, por tráfico de drogas, à elevada pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 700 dias-multa, **a despeito da reduzida quantidade de drogas apreendidas em seu poder (0,7 g de crack), em acórdão que reformou sentença na qual se reconheceu insuficiência de provas acerca da traficância ilícita.**

A conduta de porte de drogas para consumo próprio – delito pelo qual o paciente foi condenado em primeiro grau – está prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

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:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O § 2º do art. 28, por sua vez, esclarece que: "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."

No entanto, 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.

As estatísticas mostram que a mudança de tratamento promovida pela Lei n. 11.343/2006 – que aboliu a pena privativa de liberdade para a conduta de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28) – não impediu um incremento substancial das condenações por crime de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas.

Com efeito, a análise da população carcerária brasileira aponta que, entre os crimes cometidos que ensejaram o encarceramento, o tráfico de drogas (nacional e transnacional) corresponde a considerável percentual do total de encarcerados. Conforme dados do **Sistema Integrado de Informação Penitenciária – Infopen**, em 2006, houve 47.472 prisões por tráfico de drogas. A Lei n. 11.343/2006 entrou em vigor em outubro de 2006. No ano seguinte (2007), foram registradas 65.494 prisões por tráfico, um **aumento de 38%**. Essa escalada prosseguiu: em 2010, foram 106.491 prisões. A estatística relativa à dezembro de 2014 (divulgada em abril de 2016) evidenciou que **28%** dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas (enquanto 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio).

Além disso, dados inéditos obtidos pelo *Jornal O Globo*, divulgados em 3/2/2017, evidenciaram que **as prisões por tráfico de drogas no Brasil aumentaram 480% nos últimos 10 anos** (isso sem contar que 5 dos 27 estados da federação disseram não possuir dados disponíveis) – fonte: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>.

Também é de se destacar que, em entrevista concedida a jornalistas no dia 1º/2/2017, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, afirmou que "A crise no sistema penitenciário coloca agudamente na agenda brasileira a discussão da questão das drogas". Na avaliação do Ministro, "nós temos uma política de drogas que é **contraproducente**. Ela faz mal ao país" (disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/barroso-defende-legalizacao-da-maconha-da-cocaina-contra-crise-penitenciaria-20858339>>).

Portanto, a atual (embora não recente) crise do sistema penitenciário brasileiro e o fato de o Brasil possuir, hoje, a quarta maior população carcerária do mundo – segundo o Centro Internacional de Estudos Prisionais – ICPS (*International Centre for Prison Studies*) – **justificam as ponderações feitas neste caso concreto** de que, efetivamente, não há como subsistir a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, ainda mais com a imposição de uma pena (extremamente desarrazoada, diga-se) de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Registro que as condutas imputadas pelo Ministério Público – dentre as várias previstas no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) – foram as de vender, expor à venda, oferecer, transportar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

guardar e trazer consigo (fl. 10).

No entanto, em nenhum momento, o paciente foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades. Ademais, os próprios policiais ouvidos em juízo afirmaram que "não foi encontrado qualquer outro apetrecho que comprovasse o comércio da droga" (fl. 174). Some-se a isso o fato de o Tribunal de origem haver negado a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 sem nenhuma justificativa concreta (fl. 228). Ainda, mas não menos importante, vale o registro que o paciente, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes. Assim, não havendo sido presenciada situação de mercancia, remanescem somente as condutas de guardar e trazer consigo, **ambas previstas no tipo descrito no caput do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.**

Apenas faço a observação de que nada impede que um portador de 0,7 g de crack, a depender das peculiaridades do caso concreto, seja um traficante, travestido de usuário, ocasião em que, "desmascarado" pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, deverá ser assim condenado. No entanto, na espécie ora em análise, a apreensão de apenas 0,7 g de crack e a ausência de diligências investigatórias que apontem, **de maneira inequívoca**, para a narcotraficância evidenciam, a meu ver, ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, o que conduz à cassação do acórdão impugnado e ao consequente restabelecimento da decisão de primeiro grau, notadamente porque o Magistrado, que teve contato com as provas de maneira direta, chegou, inclusive, a desclassificar a conduta imputada ao paciente para o delito de posse de drogas para consumo pessoal.

Por fim, apenas *ad cautelam*, ressalto que, **especificamente no caso dos autos**, a conclusão pela desclassificação do delito imputado ao paciente não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento, de fato, vedado na via estreita do habeas corpus. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a **reavaliação de fatos incontroversos** que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

III. Dispositivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista do exposto, **concedo a ordem** postulada, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e, consequentemente, declarou extinta a sua punibilidade, diante do cumprimento de medida mais severa do que a pena aplicável (Processo n. 037/2.15.0002240-6). Ainda, confirmo a soltura do paciente, assegurada em liminar, e nessa condição o mantenho, **se por outro motivo não estiver preso.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0258397-3

HC 373.364 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03721500022406 3721500022406 70067588384 70069060606

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

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	: RAFAEL FOHO DA ROSA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.