



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 746034 - SP (2022/0165135-5)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : GILMAR VALIENTES (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO AUGUSTO PAGANUCCI LODI - SP307983
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVAS INEQUÍVOCAS DE COMÉRCIO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. VÍCIO INEXISTENTE.

1. Apenas se admite embargos de declaração quando evidenciada deficiência no acórdão recorrido com efetiva obscuridade, contradição, ambiguidade ou omissão, conforme o art. 619 do CPP, situações jurídicas que não se fazem presentes.

2. Considerando a apreensão de quantidade não expressiva de droga e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente, afigura-se mais razoável, considerando-se o princípio da presunção de inocência, adotar-se a interpretação mais favorável ao imputado.

3. Não se prestam os embargos de declaração à rediscussão do julgado com o fim de modificar a sua conclusão.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de fevereiro de 2023.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 746034 - SP (2022/0165135-5)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : GILMAR VALIENTES (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO AUGUSTO PAGANUCCI LODI - SP307983
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVAS INEQUÍVOCAS DE COMÉRCIO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. VÍCIO INEXISTENTE.

1. Apenas se admite embargos de declaração quando evidenciada deficiência no acórdão recorrido com efetiva obscuridade, contradição, ambiguidade ou omissão, conforme o art. 619 do CPP, situações jurídicas que não se fazem presentes.

2. Considerando a apreensão de quantidade não expressiva de droga e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente, afigura-se mais razoável, considerando-se o princípio da presunção de inocência, adotar-se a interpretação mais favorável ao imputado.

3. Não se prestam os embargos de declaração à rediscussão do julgado com o fim de modificar a sua conclusão.

4. Embargos de declaração rejeitados.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem de *habeas corpus* (fls. 326-332).

Sustenta o Ministério Público que, ao contrário do que entabulado por esta Corte na decisão monocrática — em que desclassificada a conduta imputada ao embargado para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 —, “o Magistrado sentenciante, para a caracterização da traficância, apontou expressamente não apenas a

quantidade de droga apreendida (33,41g de maconha, distribuída em 28 porções individuais), ou as circunstâncias da apreensão e os testemunhos dos policiais, mas igualmente o histórico criminal do réu (e-STJ fl. 213), haja vista a Certidão de Antecedentes juntada aos autos, com vários registros de tráfico (e-STJ fls. 81/87)” (fl. 344).

Alega que não é possível dizer “que os fundamentos utilizados pelo TJ/SP para ratificar a condenação do réu foram meramente dedutivos. Mesmo que não tenha sido apreendido nenhum apetrecho relacionado à traficância” (fl. 345).

Requer, assim, o saneamento da omissão/contradição indicada para que seja restabelecida a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas.

É o relatório.

VOTO

Consoante relatado, busca o embargante o restabelecimento da condenação do imputado pelo delito de tráfico de drogas.

A decisão embargada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, foi proferida nos seguintes termos (fls. 327-332):

Quanto à condenação do paciente, o Tribunal de origem assim dispôs (fls. 282-283):

Segundo a denúncia, Gilmar era suspeito de vender drogas e, ao notar viatura da PM, empreendeu fuga. Os policiais logo o detiveram, em sua cueca encontrando 27 porções de maconha. Outra foi apreendida na revista efetuada na delegacia.

Interrogado, o réu afirmou que o entorpecente se destinava a consumo pessoal. O policial militar Aguinaldo Dias dos Santos relatou que, averiguado por conta do nervosismo com a aproximação da viatura, **Gilmar foi flagrado portando várias porções de maconha na roupa íntima**. Mais tarde, na delegacia, localizou-se mais uma. O acusado já era conhecido como traficante e tentou evitar a abordagem.

Na mesma linha a narrativa do PM Bruno Henrique Morales da Silva.

As porções foram periciadas, apurando-se 33,41 g de maconha (fls. 60/62 e 136/138).

Como se pode ver, nenhuma dúvida de que o apelante portava a droga. Além de firmemente incriminado pelos policiais, admitiu o fato.

Quanto ao propósito mercantil, evidenciado pelo número de porções individuais, prontas para entrega a consumo. Mas não é só. A versão de posse para uso próprio destoa das declarações prestadas pelo recorrente na fase inquisitiva. Na ocasião, assistido por advogado, alegou que só trazia consigo um cigarro de maconha (fl. 09).

Logo, a condenação por tráfico era mesmo medida que se impunha, não

havendo que se cogitar de falta de provas nem da desclassificação requerida.

Por oportuno, extrai-se da sentença (fls. 210-213):

A materialidade encontra-se positivada por toda a prova oral colhida no decorrer da instrução processual, bem como pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 01 e 12), boletim de ocorrência alusivo aos fatos (fls. 05/06), auto de exibição e apreensão (fls. 07/08), laudo pericial de constatação provisória (fls. 60/61), relatório final (fls. 139) e exame químico toxicológico (fls. 136/138), que constatou a natureza dos entorpecentes apreendidos, a denotar nocividade à saúde pública. Ademais, neste tópico não há divergência entre as partes. Assim, presente a materialidade, resta indagar a autoria e eventual propósito de traficância. A autoria e propósito de traficância são incontestes. O acusado, ouvido em solo policial declarou “Que está sendo assistido por seu Advogado Dr. Edivaldo da Silva Souza Júnior, OAB/SP n. 444.440. Familiares forma cientificados acerca de sua prisão flagrancial. Com relação aos fatos esclareceu que está em liberdade há cerca de 05 meses após cumprir pena de 05 anos por crime de tráfico de drogas. Disse que pernitoou na casa de sua esposa e por volta das 08h00min estava na Rua Timborés, pois estava se dirigindo à casa de sua genitora quando foi abordado por policiais militares. Alegou que portava apenas um "cigarro de maconha" e que se preparava para acendê-lo no momento em que foi abordado por policiais militares. O interrogando negou estar portando e trazendo consigo 27 porções de maconha que estavam dentro de um saco plástico transparente dentro de sua cueca e negou, ainda, que a porção de maconha encontrada em suas vestes durante uma revista já na sede do plantão policial também era sua.” (fls. 09/10) A testemunha **AGUINALDO DIAS DOS SANTOS**, ouvido em solo policial declarou: “Que estavam em patrulhamento e, por volta das 07h00min prestaram apoio em uma ocorrência envolvendo possível embriaguez ao volante nas proximidades da Praça João Colucci, localizada no Parque Universitário. Que por volta das 08h00min deram continuidade ao patrulhamento e quando passavam pela Rua Timborés, mais precisamente na confluência com a Rua Chavantes, **avistaram a pessoa de Gilmar Valientes, vulgo “Petit”, indivíduo conhecido nos meios policiais pela prática de crime de tráfico de drogas. Que ao avistar a viatura policial o suspeito demonstrou nervosismo e tentou se evadir.** Que conseguiram efetuar a abordagem do suspeito e localizaram dentro de sua cueca um saco plástico transparente contendo 27 porções de substância esverdeada muito semelhante a maconha. Que durante a abordagem o suspeito tentou resistir e passou a gritar, motivo pelo qual foi algemado. Que em poder do suspeito também foi encontrado um aparelho de telefone celular. Diante dos fatos o suspeito recebeu voz de prisão em flagrante delito e foi encaminhado ao Plantão Policial Permanente. Que em nova revista pessoal no suspeito já nas dependências do Plantão Policial Permanente foi localizada mais 01 porção de substância esverdeada semelhante a maconha envolta em plástico de cor preta. O depoente acrescentou que após a realização de exame pericial de constatação provisória ficou comprovado que as substâncias apreendidas em poder do

Suspeito Gilmar Valientes, vulgo “Petit”, realmente se tratava de maconha, sendo então ratificada a voz de prisão em flagrante delito pela Autoridade Policial Plantonista.” (fls. 02/03). **Em juízo, declarou que no dia em questão estavam em patrulhamento, após ter prestado apoio a ocorrência anterior; que na rua Timborés com a rua Chavantes avistaram o réu, que é conhecido dos meios policiais; que o réu mostrou nervosismo ao avistar a viatura; que o réu esbaçava reação no sentido de não ser abordado; que no interior da cueca dele encontraram um saco plástico com porções de entorpecentes; que foi o réu conduzido ao CPJ, ratificada a voz de prisão, porém no local, na cela, foi feita nova busca, mais minuciosa, onde encontrada mais uma porção de maconha.** A testemunha **BRUNO HENRIQUE MORALES DA SILVA**, ouvido em solo policial disse: “Que estava em patrulhamento juntamente com SGT/PM Dias e, por volta das 07h00min prestaram apoio em uma ocorrência envolvendo possível embriaguez ao volante nas proximidades da Praça João Colucci, localizada no Parque Universitário. Que por volta das 08h00min deram continuidade ao patrulhamento e quando passavam pela Rua Timborés, mais precisamente na confluência com a Rua Chavantes, avistaram a pessoa de Gilmar Valientes, vulgo “Petit”, **indivíduo conhecido nos meios policiais pela prática de crime de tráfico de drogas. Que ao avistar a viatura policial o suspeito demonstrou nervosismo e tentou se evadir.** Que conseguiram efetuar a abordagem do suspeito e localizaram dentro de sua cueca um saco plástico transparente contendo 27 porções de substância esverdeada muito semelhante a maconha. Que durante a abordagem o suspeito tentou resistir e passou a gritar, motivo pelo qual foi algemado. Que em poder do suspeito também foi encontrado um aparelho de telefone celular. Diante dos fatos o suspeito recebeu voz de prisão em flagrante delito e foi encaminhado ao Plantão Policial Permanente. Que em nova revista pessoal no suspeito já nas dependências do Plantão Policial Permanente foi localizada mais 01 porção de substância esverdeada semelhante a maconha envolta em plástico de cor preta. O depoente acrescentou que após a realização de exame pericial de constatação provisória ficou comprovado que as substâncias apreendidas em poder do Suspeito Gilmar Valientes, vulgo “Petit”, realmente se tratava de maconha, sendo então ratificada a voz de prisão em flagrante delito pela Autoridade Policial Plantonista.” (fls. 4). **Em juízo, declarou que estavam em patrulhamento quando avistaram GILMAR, conhecido dos meios policiais por promover o tráfico, que ao avistar a viatura mostrou nervosismo, tentando se evadir ao avistar a viatura; que encontraram em suas vestes íntimas uma sacola com porções de maconha, momento em que o réu passou a gritar e tentar se evadir, gritando muito; que em na Delegacia de Polícia foi possível revista mais minuciosa, quando encontraram mais uma porção com o réu; que havia informações de que o réu estava traficando; que não olharam o celular do réu porque não havia serventia.** O réu, interrogado em juízo, negou a traficância, afirmando que a droga apreendida é inteiramente destinada a consumo próprio. Disse que no dia estava com a droga, mas que era destinada a uso pessoal, pois seu filho e sobrinhos vieram visita-lo e compraram R\$90 reais em drogas, nas porções mencionadas; que no dia seguinte, saiu para ir

para a casa de sua mãe e então foi abordada na esquina de sua casa; que não esboçou tentativa de fuga e que gritou para sua mulher ouvir; que sua casa foi revistada; que tem um filho autista de 05 anos de idade, passando dificuldades, sem luz ou água. Entretanto, em que pesem as alegações, **por toda a prova colhida, forçoso concluir que o réu se dedicava ao comércio ilícito de drogas. Dos uníssonos relatos acima reproduzidos, conclui-se que o acusado trazia consigo, com a finalidade de entregar ao consumo de terceiro, sem autorização e em desacordo com determinação legal, 28 (vinte e oito) porções de Cannabis Sativa L., popularmente conhecida como maconha, com peso líquido total de 33,41g** - conforme auto de exibição e apreensão de fls. 07/08 e laudo de constatação de substância entorpecente juntado às fls. 60/62 e 136/138. **Tanto na fase policial, como em Juízo, os policiais cuidaram de detalhar a diligência realizada e o desenrolar dos fatos, não existindo incongruência ou imprecisão capaz de colocar em xeque a higidez dos relatos** dos prestimosos agentes da lei, os quais sempre noticiaram de modo linear os principais pormenores da diligência. A tentativa do acusado de tentar se esquivar da responsabilidade penal alegando ser mero usuário de drogas não merece credibilidade, além de não ter encontrado qualquer guarida diante do conjunto probatório que ampara a acusação. Aquele que adquire droga para consumo próprio não o faz em grandes quantidades. Pequenas porções, ideais ao deleite do vício, são adquiridas em momentos distintos, segundo as condições financeiras do consumidor. Esse proceder, aliás, não se afigura incomum nem mesmo entre traficantes, sempre com o propósito de ver vingar, acaso descobertos, a assertiva de que se destinava ao próprio uso.

Como se vê, as instâncias ordinárias concluíram, com base, sobretudo, no depoimento dos policiais militares, que o paciente se dedicava ao comércio ilícito de drogas. Consoante consignado na sentença, “o acusado trazia consigo, com a finalidade de entregar ao consumo de terceiro, sem autorização e em desacordo com determinação legal, 28 (vinte e oito) porções de Cannabis Sativa L., popularmente conhecida como maconha, com peso líquido total de 33,41g”.

Outrossim, acrescentou a Corte estadual que o propósito mercantil restou “evidenciado pelo número de porções individuais, prontas para entrega a consumo”. [...]. Logo, a condenação por tráfico era mesmo medida que se impunha, não havendo que se cogitar de falta de provas nem da desclassificação requerida”.

Quanto à alegação de insuficiência probatória, verifica-se que, assim como demonstrado pelas instâncias de origem, houve a apreensão de droga com o acusado, motivo pelo qual a apreciação da pretensão absolutória, com a revisão dessa circunstância concreta, demandaria o revolvimento do material fático-probatório dos autos, o que não é possível em sede de habeas corpus.

No entanto, considerando-se as provas valoradas na origem, tem-se que a quantidade de droga apreendida não se mostra relevante – 33,41g de maconha – e, em que pese o Tribunal de origem ter afirmado que o modo de acondicionamento como os entorpecentes foram encontrados evidenciavam a prática do tráfico, não se verifica, na hipótese, a apreensão de nenhum apetrecho relacionado à traficância, não se podendo presumir traficância tão somente pelo fato de o imputado ser conhecido nos meios policiais pela prática de crime de tráfico de drogas, ou mesmo demonstração de nervosismo e tentativa de fuga.

Assim, mantido o quadro fático reconhecido pelas instâncias ordinárias, é cabível nova qualificação jurídica por esta Corte para reconhecer a ausência de mínima prova de vinculação do paciente em relação à prática do tráfico de drogas, concluindo-se que os fundamentos utilizados pelo Tribunal local para reconhecer que o paciente praticou tal ilícito não se mostraram concretos, mas meramente dedutivos, mormente se considerados os depoimentos dos agentes policiais, que nada afirmaram nesse sentido, e, outrossim, a quantidade de droga apreendida. Nesse sentido:

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. No processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

2. 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).

3. O alargamento da consideração sobre quem deve ser considerado traficante acaba levando à indevida inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado (art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006), de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais.

4. Na espécie em julgamento, o réu, em nenhum momento, foi flagrado ou observado em ação de comercialização da droga, expondo à venda, entregando ou fornecendo substâncias entorpecentes a consumo de terceiros. Ademais, o acusado, em juízo, negou a prática do delito e alegou apenas que comprou droga para seu próprio consumo. Vale dizer, a despeito de haver sido encontrada substância entorpecente em poder do réu – em quantidade ínfima, reforce-se –, em nenhum momento foi encontrado em situação de traficância e não foram avistados usuários de drogas com ele ou mesmo sinais de que ali estava a comercializar drogas, tudo parecendo haver decorrido da circunstância de já ser condenado anteriormente.

5. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória. Depende, ademais, da definição, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias de origem para condenar o réu pela prática do crime de tráfico de drogas, vis-à-vis os elementos (subjetivos e objetivos) do tipo penal respectivo.

6. Ordem concedida, para, confirmada a liminar anteriormente deferida, desclassificar a conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 1500638-60.2021.8.26.0571), devendo o Juízo da execução penal competente promover a adequação na respectiva dosimetria. Ainda, fica determinada a imediata expedição de alvará de soltura em favor do acusado, se por outro motivo não estiver ou não houver a necessidade de ser preso (HC n. 727.297/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe 17/5/2022.)

Ante o exposto, concedo o habeas corpus para desclassificar a conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28, caput, da Lei 11.343/2006, relativamente à ação

penal n. 1500003-16.2021.8.26.0592, devendo juízo de origem promover a adequação da dosimetria, nos termos dos incisos I a III do art. 28, ao tempo em que determino a imediata expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

De início, percebe-se que não há omissão/contradição, tendo em vista que, mesmo de forma sucinta, o tema abordado pelo embargante foi expressamente infirmado na decisão embargada.

Consoante delineado, além de a quantidade de droga apreendida não ser expressiva, é preciso aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente estava traficando e não consumindo, o que não ficou evidenciado nos autos.

Ante o exposto, ausente a suscitada omissão/contradição, rejeito os embargos de declaração, mantendo a decisão recorrida.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2022/0165135-5

**EDcl no
HC 746.034 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15000031620218260592 20220000361423

EM MESA

JULGADO: 07/02/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO AUGUSTO PAGANUCCI LODI - SP307983
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR VALIENTES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : GILMAR VALIENTES (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO AUGUSTO PAGANUCCI LODI - SP307983
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.