



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 779693 - SP (2022/0338260-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MATHEUS HENRIQUE MACHADO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE MUZZI LOPES DE VASCONCELOS - MG166796
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E REINCIDÊNCIA DO RÉU. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em favor de Matheus Henrique Machado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso de apelação, redimensionando a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006). A defesa pleiteia a desclassificação para porte para consumo pessoal (art. 28 da Lei de Drogas).

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou ao de posse para consumo próprio.

III. Razões de decidir

3. O *habeas corpus* não é conhecido por ser substitutivo de recurso especial, conforme jurisprudência pacífica.

4. Não há flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

5. A conduta de comercializar drogas é incompatível com o tipo penal de posse para consumo próprio.

6. A pequena quantidade de droga apreendida não permite a desclassificação, considerando as circunstâncias do caso e a reincidência do paciente.

IV. Dispositivo e tese

7. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 21 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 779693 - SP (2022/0338260-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MATHEUS HENRIQUE MACHADO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE MUZZI LOPES DE VASCONCELOS - MG166796
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E REINCIDÊNCIA DO RÉU. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em favor de Matheus Henrique Machado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso de apelação, redimensionando a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006). A defesa pleiteia a desclassificação para porte para consumo pessoal (art. 28 da Lei de Drogas).

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou ao de posse para consumo próprio.

III. Razões de decidir

3. O *habeas corpus* não é conhecido por ser substitutivo de recurso especial, conforme jurisprudência pacífica.

4. Não há flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

5. A conduta de comercializar drogas é incompatível com o tipo penal de posse para consumo próprio.

6. A pequena quantidade de droga apreendida não permite a desclassificação, considerando as circunstâncias do caso e a reincidência do paciente.

IV. Dispositivo e tese

7. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos (e-STJ, fls. 148-149).

O agravante requer a reconsideração da decisão ou o provimento de seu recurso pelo colegiado.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido.

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 148-152):

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 83.

[...]. Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de MATHEUS HENRIQUE MACHADO em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação n. 1501082-36.2022.8.26.0320).

Noticiam os autos que o paciente foi condenado pela prática do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 dias-multa.

O Tribunal local deu provimento parcial ao apelo defensivo para redimensionar a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa.

A impetrante sustenta que estão presentes os requisitos necessários para a desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei de Drogas.

Alega que não há nos autos elementos aptos a comprovar o desígnio mercantil.

Requer, liminarmente, a suspensão da execução da pena até o julgamento do presente writ. No mérito, pugna pela concessão da ordem para que seja desclassificada a conduta para o porte para consumo pessoal.

É o relatório [...]

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 83-84). As informações foram prestadas às e-STJ fls. 89-91 e 94-119.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 121-125).

Intimada para se manifestar, a defesa noticia que remanesce o interesse no julgamento desta impetração (e-STJ fls. 136).

É o relatório.

Decido.

O presente habeas corpus foi impetrado em face de acórdão do Tribunal de Justiça, que deu parcial provimento ao recurso de apelação, razão pela qual é substitutivo de recurso especial e, enquanto tal, não deve ser conhecido, nos termos da jurisprudência pacífica desta col. Corte.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. PRISÃO PREVENTIVA. ARTIGO 33, CAPUT, C/C ARTIGO 40, V, E 35, C/C ARTIGO 40, V, TODOS DA LEI N. 11343/2006. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCABÍVEL SUBSTITUIÇÃO POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES MAIS BRANDAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

[...]

(AgRg no HC n. 878.857/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 26/2/2024 - grifos acrescidos).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. HABITUALIDADE DELITIVA. NECESSIDADE REVOLVIMENTO DO ACERVO FATICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

[...]

(AgRg no HC n. 853.767/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023 - grifos acrescidos).

Ademais, no exame de ofício, não vislumbro flagrante ilegalidade capaz de fundamentar a concessão da ordem.

A controvérsia posta em julgamento é se a conduta pela qual o Paciente foi condenado é realmente típica de tráfico de drogas (art. 33,

caput, da Lei nº 11.343/06) ou se amolda-se ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

Da leitura dos tipos penais em questão, é possível observar que ambos criminalizam as condutas de "trazer consigo e guardar" drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A diferença entre elas está na destinação que o portador da droga pretende conferir a ela. Isso porque o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/06 criminaliza tais condutas quando o indivíduo tiver por objetivo o "consumo pessoal". Já o art. 33 da mesma Lei não exige especial destinação.

Para verificar essa especial intenção, o §2º do art. 28 apresenta os seguintes parâmetros: (i) natureza da droga; (ii) quantidade da substância; (iii) local e as condições em que se desenvolveu a ação; (iv) as circunstâncias sociais e pessoais e (v) conduta e antecedentes.

No caso, o Paciente foi denunciado e ao final condenado porque, atuando em concurso com outro indivíduo,

[...] vendiam, traziam consigo e guardavam, com intuito de tráfico ilícito, uma porção da substância entorpecente denominada Erythroxylon coca (cocaína) e sete porções da substância entorpecente denominada Cannabis sativa L. (maconha) [...] (e-STJ fls. 38 - grifos acrescidos)

Essas substâncias apreendidas foram assim descritas pelo laudo de exame químico-toxicológico: "uma porção de cocaína em pedra, com volume de 0,05 g., além de sete porções de maconha com volume de 25,9 g" (e-STJ fls. 39).

A partir desses fatos, a sentença negou sua subsunção ao art. 28 da Lei nº 11.343/08 pelos seguintes fundamentos:

[...] E tendo em vista o conjunto probatório acostado aos autos, perfeitamente possível atribuir aos réus a posse de tóxicos destinados ao consumo de terceiros, perfazendo-se a conduta que lhes foi atribuída na denúncia, notadamente pelos depoimentos prestados pelos policiais civis inquiridos nos autos

[...]

Não há como se desclassificar a conduta do réu Matheus para a posse de drogas destinada ao consumo próprio, pois os policiais civis foram categóricos ao afirmarem que era ele quem entregava a droga para Guilherme vender, sendo vistas ao menos duas vendas, inclusive com a apreensão de valores.

Da mesma forma, não há como se afastar a participação do réu Matheus, negada, inclusive pelo réu Guilherme, pois os policiais civis realizaram campana prévia e viram o réu Matheus entregar algo para o outro réu e aí ele veio a realizar duas vendas [...] (e-STJ fls. 39-40 - grifos acrescidos).

Já o acórdão confirmou tal entendimento afirmando:

[...]. Impende ressaltar que a quantidade de droga apreendida, embora não seja significativa, não pode ser desprezada. Sabe-se que é estratégia comum entre os traficantes, trazer consigo poucas porções,

com a pretensão de descaracterizar o delito de tráfico ilícito diante de eventual abordagem policial. E os policiais civis são acostumados com ocorrências desta natureza e normalmente não se enganam quanto à constatação de movimentação típica da mercancia ilícita.

Todas essas peculiaridades foram avaliadas pelo Magistrado de Primeiro Grau, que estava em contato com quem pode colher a narrativa e conduzia o feito. Não se tem configurado o porte de drogas [...] (e-STJ fls. 72).

Extraí-se desses excertos dos autos que a quantidade da droga apreendida era realmente pequena. Ocorre que essa característica não permite a desclassificação no caso por dois motivos:

Em primeiro lugar, a conduta pela qual o Paciente foi denunciado e condenado não era simplesmente a de portar a droga com a qual foi preso, mas sim a de antes de ser preso estar comercializando aquele tipo de substância. Essa conduta não se amolda a nenhum dos verbos núcleo do tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/06 exatamente porque é incompatível com o especial fim de consumo próprio. Quem vende não tem intenção de consumir a substância vendida. Logo, ainda que a substância apreendida seja de pequena quantidade, a conduta praticada pelo Paciente se amolda ao comportamento proibido pelo tipo penal do art. 33 da Lei nº 11.343/06 de vender droga, que é incompatível com a figura do art. 28.

Ressalte-se que não há espaço na via do habeas corpus para reexaminar o conjunto probatório produzido para verificar se o Paciente efetivamente comercializava substâncias ou não drogas. As instâncias ordinárias entenderam que estava presente prova de que o Paciente praticava a atividade de comércio da droga e sobre essa conclusão não há como se debruçar aqui.

Em segundo lugar, ainda que o Paciente fosse denunciado e condenado somente pela conduta de portar a substância com a qual foi preso, que se amoldaria ao comportamento proibido nos dois tipos penais de trazer consigo e guardar drogas, o §2º do art. 28 estabelece diversos parâmetros para se verificar a presença ou não do especial fim de consumo próprio e, no caso, pelas narrativas destacadas pela sentença e pelo acórdão, verifica-se que (i) o local e as condições em que se desenvolveu a ação, mais especificamente estarem as drogas embaladas de forma igual, prontas para o comércio, e a movimentação prévia de compartilhamento de coisas entre o Paciente, o outro réu e terceiros que se aproximavam em veículos, e (ii) as condições pessoais do Paciente, enquanto reincidente, permitem afirmar que aquelas drogas não eram destinadas a seu consumo pessoal.

Portanto, os argumentos trazidos na sentença e no acórdão são idôneos para negar a desclassificação requerida pela Defesa.

Ante todo o exposto, não conheço da impetração e, na análise de ofício, não vislumbro ilegalidade flagrante a fundamentar a concessão da ordem.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Reforço que a decisão monocrática agravada está de acordo com a jurisprudência da 5ª Turma desta Corte. Veja-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR. ABSOLVIÇÃO. JUSTA CAUSA PARA A DILIGÊNCIA POLICIAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ART. 28, DA LEI N. 11.343/2006. DEMONSTRADA A DESTINAÇÃO MERCANTIL DO MATERIAL ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. REITERAÇÃO DE PEDIDO FORMULADO NO ARESP N. 2.335.793/SC. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, Repercussão Geral - DJE 9/5/1016 Public. 10/5/2016).

- Consta, do acórdão da origem, que o ingresso no domicílio do agravante, para a apreensão das provas de materialidade e de autoria delitivas, foi precedido de "monitoramento policial para constatar a narcotraficância desenvolvida na sua residência" (fl. 100). Dessa forma, não há que falar em ilegalidade na diligência, já que antes se averiguou a fundada suspeita da ocorrência de delito em flagrante no interior da residência invadida.

- Ademais, não tem lugar a desclassificação da condenação do tipo criminal de tráfico de entorpecentes para o de posse de droga para uso próprio, pois o testemunho dos policiais indica, concretamente, a atividade de traficante desenvolvida pelo agravante, sendo de se destacar, além do que indicado pelo prévio monitoramento da residência onde encontradas as drogas, que foram apreendidos "um celular contendo mensagens ligadas à mercancia espúria, também 09 (nove) pedras de crack, com massa bruta de 2,4 g (dois gramas e quatro decigramas), mais 01 (uma) porção de crack, com massa bruta de 3,5 g (três gramas e cinco decigramas), sendo que, no imóvel em questão, foi encontrado outro celular que, conforme relatado por um dos menores envolvidos no caso, havia sido dado em pagamento por um usuário para aquisição de drogas com o grupo" (fl. 100). De todo modo, não é possível a reforma do quadro fático-probatório firmado, na origem, na via estreita, de cognição sumária, do writ.

- Quanto ao pedido de aplicação da redutora do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, sobre ele já se pronunciou este Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 2.335.792/SC, de maneira que, no ponto, o mandamus devia ser inadmitido, por reiteração de pedido.

- Naquela ocasião, este Superior Tribunal de Justiça decidiu que a configuração dos maus antecedentes (fl. 50) do apenado impediria o reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ausência do cumprimento dos requisitos legais.

- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 832.982/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 18/9/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO

DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO CONFIGURADA.

I - O Superior Tribunal de Justiça não admite o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes.

II - Havendo ilegalidade flagrante ou coação ilegal, concede-se a ordem de ofício.

III - No presente caso, a Corte de origem concluiu pela impossibilidade de desclassificação da conduta do paciente para aquela prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 com fulcro nos depoimentos dos policiais, na quantidade e na forma de acondicionamento dos entorpecentes e no local em que ocorreu o flagrante, ressaltando-se, ainda, o fato de ser o agravante reincidente específico, tudo em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IV - O rito do habeas corpus não admite o revolvimento de matéria fático-probatória, de modo que não há que se falar em desconstituição da conclusão bem exarada pelo Tribunal local.

Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 883.611/ES, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 11/6/2024, DJe de 17/6/2024.)

Por fim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 779.693 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2022/0338260-0

Número de Origem:

15010823620228260320 20954872022

Sessão Virtual de 10/10/2024 a 16/10/2024

Relator do AgRg

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE MUZZI LOPES DE VASCONCELOS - MG166796

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MATHEUS HENRIQUE MACHADO (PRESO)

CORRÉU : GUILHERME VIEIRA ROSA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MATHEUS HENRIQUE MACHADO (PRESO)

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE MUZZI LOPES DE VASCONCELOS - MG166796

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

"A QUINTA TURMA, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 16 de outubro de 2024