



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 782145 - RS (2022/0350728-7)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : UILIAM SILVA DA ROSA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. MÍNIMA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE 1,7 GRAMA DE COCAÍNA. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA CONFIGURAÇÃO DO TRÁFICO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Uiliam Silva da Rosa, condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, substituída por restritivas de direitos, pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006). A defesa alega nulidade da busca domiciliar e ausência de provas que justifiquem a condenação por tráfico, solicitando a desclassificação da conduta para o crime de posse de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), visto a apreensão de 1,7g de cocaína.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se a busca domiciliar sem mandado judicial foi lícita; e (ii) se a conduta do paciente deve ser desclassificada para o crime de posse de droga para uso próprio, considerando a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A análise da legalidade da busca domiciliar, baseada apenas em denúncia anônima e sem comprovação de autorização expressa do morador, sugere violação da inviolabilidade do domicílio, conforme art. 5º, XI, da Constituição Federal.

4. Quanto à tipificação da conduta, a pequena quantidade de droga apreendida (1,7g de cocaína) e a ausência de provas concretas sobre a traficância indicam que a subsunção correta

dos fatos é ao crime de posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), conforme precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

5. Considerando a inexistência de outros elementos que configurariam o tráfico de drogas, como balança de precisão ou quantidades significativas de dinheiro, e tendo o paciente permanecido preso preventivamente, já cumprindo a sanção aplicável ao crime de posse de drogas, reconhece-se a extinção da punibilidade.

6. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para desclassificar a conduta para o crime de posse de droga para consumo próprio, nos termos do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e declarar extinta a punibilidade em razão do cumprimento da pena.

IV.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, 29 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 782145 - RS (2022/0350728-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : UILIAM SILVA DA ROSA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. MÍNIMA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE 1,7 GRAMA DE COCAÍNA. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA CONFIGURAÇÃO DO TRÁFICO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de Uiliam Silva da Rosa, condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, substituída por restritivas de direitos, pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006). A defesa alega nulidade da busca domiciliar e ausência de provas que justifiquem a condenação por tráfico, solicitando a desclassificação da conduta para o crime de posse de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), visto a apreensão de 1,7g de cocaína.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se a busca domiciliar sem mandado judicial foi lícita; e (ii) se a conduta do paciente deve ser desclassificada para o crime de posse de droga para uso próprio, considerando a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A análise da legalidade da busca domiciliar, baseada apenas em denúncia anônima e sem comprovação de autorização expressa do morador, sugere violação da inviolabilidade do domicílio, conforme art. 5º, XI, da Constituição Federal.

4. Quanto à tipificação da conduta, a pequena quantidade de droga apreendida (1,7g de cocaína) e a ausência de provas concretas sobre a traficância indicam que a subsunção correta

dos fatos é ao crime de posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), conforme precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

5. Considerando a inexistência de outros elementos que configurariam o tráfico de drogas, como balança de precisão ou quantidades significativas de dinheiro, e tendo o paciente permanecido preso preventivamente, já cumprindo a sanção aplicável ao crime de posse de drogas, reconhece-se a extinção da punibilidade.

6. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para desclassificar a conduta para o crime de posse de droga para consumo próprio, nos termos do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e declarar extinta a punibilidade em razão do cumprimento da pena.

IV.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. 446-447).

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

Intimado, o agravado não se manifestou (e-STJ fl. 475).

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. 446-452):

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. 374 (e-STJ).

Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de UILIAM SILVA DA ROSA contra acórdão proferido pelo

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Criminal n. 5003762-61.2020.8.21.0006.

O paciente foi condenado às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, substituída a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos.

Inconformada, a defesa apelou perante a Corte de origem, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena de multa.

Nesta via, sustenta a impetrante a nulidade da busca e apreensão, pois a polícia teria ingressado na residência do paciente sem mandado judicial e sem legítima comprovação de autorização, sendo de rigor a absolvição.

Aduz que a conduta deveria ser desclassificada para a prevista no art. 28 da Lei de Drogas, diante da ínfima quantidade de entorpecente apreendido – 1,7g de cocaína – e da ausência de provas da traficância.

Diz que o acórdão recorrido seria contrário ao entendimento sedimentado na Terceira Seção desta Corte sobre a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em sua fração máxima.

Requer, liminarmente, a suspensão da execução da condenação. No mérito, pugna pela absolvição do paciente ou, subsidiariamente, pela desclassificação da conduta ou, ainda, pela aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo “ou em grau que deste se aproxime, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos” (e-STJ f. 14).

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal promoveu a denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

"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. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

"Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

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).

Antes de adentrar na discussão posta, esclareço que ela não implica em revolvimento fático-probatório, pois não se está a discutir aqui se o fato histórico narrado na denúncia e pelo qual o Paciente foi condenado existiu ou não.

Vale dizer, a pergunta colocada não é se o Paciente estava ou não em posse da droga ou se as substâncias foram ou não encontradas em sua residência (essas sim, discussões que demandariam nova avaliação das provas produzidas nos autos).

A pergunta colocada é se o fato narrado na denúncia, que incontestavelmente aconteceu, se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas ou, na realidade, se amolda ao tipo penal da posse para consumo próprio, o que exige somente o necessário esforço interpretativo da norma penal e o juízo de subsunção dessa norma a tais fatos, já provados.

Essa Corte já entendeu pela possibilidade de analisar a desclassificação quando o caso exigia somente a "reavaliação de fatos incontroversos", como é a hipótese em questão. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

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 (Lei n. 6.368/1976).

2. Na espécie em julgamento, não constam dos autos elementos mínimos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas, haja vista a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, bem como a ausência de provas concretas sobre a traficância.

3. 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. 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.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 19/2/2024).

Passo assim à análise da controvérsia.

Da leitura dos tipos penais em questão, é possível observar que ambos criminalizam as condutas de "ter em depósito e trazer consigo" 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.

O §2º do art. 28 ainda apresenta os parâmetros para se definir se a destinação da droga era para consumo próprio ou não, que são: (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.

Nesse sentido, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela desclassificação da conduta do indivíduo para o tipo

penal de posse para consumo próprio nos seguintes termos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verificada excepcionalidade, supera-se o óbice ao conhecimento da ordem impetrada neste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que se impugna decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

2. A pequena quantidade de droga apreendida (4,68g de crack) e as circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação indicam, sem precisar examinar a fundo a matéria fática, que a solução adequada ao caso é a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006.

3. Agravo Regimental provido, para desclassificar a conduta de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) para posse de droga para consumo pessoal (art. 28, caput, da Lei 11.343/2006) e, por consequência, declarar extinta a punibilidade do agente, tendo em vista o cumprimento de medida mais severa do que a pena aplicável.

(HC 231041 AgR, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 27-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 19-01-2024 PUBLIC 22-01-2024)

No presente feito, a condenação lavrada em segunda instância restou calcada nos seguintes elementos (e-STJ Fl. 21- 22):

"Tem-se que a narrativa dos agentes de polícia foi firme e coerente, tanto em sede policial quanto em juízo, expondo os acontecimentos de forma condizente com os demais elementos probatórios. Importante acrescentar que compartilho do entendimento majoritário relativamente à validade dos depoimentos de policiais como meio de prova para sustentar condenação, uma vez que seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem-estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes.

Nesse passo, para afastar a presumida idoneidade dos policiais acima referidos (ou ao menos suscitar dúvida, o que já favoreceria a ré), seria preciso constatar importantes contradições em seus relatos ou demonstrar alguma desavença com o acusado, o que não foi minimamente demonstrado nos autos.

Ademais, durante patrulhamento, os policiais flagraram o menor Ezequiel na posse de buchas de cocaína, logrando êxito, portanto, na apreensão dos entorpecentes em quantidade, acondicionamento e circunstâncias incompatíveis para uso, refutando-se assim a negativa de autoria do acusado.

Dessa forma, restou demonstrada a traficância exercida pelo réu, seja porque sua negativa de autoria não convence, seja

pelas apreensões e demais elementos de prova que robusteceram o caderno processual, confirmando-se a inicial acusatória.

Por outro lado, é insubsistente a alegação que busca a desclassificação do delito de tráfico para o de posse de drogas. Embora seja possível supor que o acusado efetivamente fosse usuário de drogas, essa circunstância de ser ele também usuário não afasta a caracterização do crime de tráfico, sendo inclusive comum usuários praticarem o tráfico para sustentar o consumo, como no presente caso."

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância o depoimento dos policiais que narraram a ocorrência de denúncias anônimas acerca da traficância.

Ocorre que a reavaliação das provas não permite afirmar, com a segurança necessária ao édito condenatório, que a substância entorpecente que o paciente tinha consigo em depósito era destinada à venda ou oferta.

De fato, em se tratando da apreensão de 1,7g de cocaína, não se pode cogitar, na forma da jurisprudência desta corte, da tipificação do delito na modalidade "ter em depósito".

De outro lado, a narrativa de que o menor apreendido com as drogas estava a mando do paciente não restou corroborada em juízo por outras provas que dessem conta da efetiva prática de atos de traficância, tendo o paciente aduzido ser usuário.

Vale lembrar, no particular, acerca da "confissão informal" retratada em juízo, o que recentemente decidido pela Terceira Seção deste Tribunal, ocasião em que se firmou as seguintes teses:

(...) 11.1: A confissão extrajudicial somente será admissível no processo judicial se feita formalmente e de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial. Tais garantias não podem ser renunciadas pelo interrogado e, se alguma delas não for cumprida, a prova será inadmissível. A inadmissibilidade permanece mesmo que a acusação tente introduzir a confissão extrajudicial no processo por outros meios de prova (como, por exemplo, o testemunho do policial que a colheu). 11.2: A confissão extrajudicial admissível pode servir apenas como meio de obtenção de provas, indicando à polícia ou ao Ministério Público possíveis fontes de provas na investigação, mas não pode embasar a sentença condenatória. 11.3: A confissão judicial, em princípio, é, obviamente, lícita. Todavia, para a condenação, apenas será considerada a confissão que encontre algum sustento nas demais provas, tudo à luz do art. 197 do CPP. (...)

(AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2123334 - MG, RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, Publicação no DJe/STJ nº 3898 de 02/07/2024)

Efetivamente, considerando o princípio do "in dubio pro reo", há de prevalecer sobre a narrativa das testemunhas policiais acerca das denúncias anônimas a alegação do paciente de que seria usuário de

drogas, respaldada pela quantia apreendida e pela inexistência de provas cabais acerca de atos de traficância.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando de maneira clara acerca da necessidade da consolidação de quadro seguro acerca da autoria e materialidade para que se possa dar o réu por incurso no tráfico, prevalecendo, em caso de dúvida, o tipo do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Nesse sentido:

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, "42,2gramas 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)

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem de ofício para desclassificar a conduta do Paciente para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 e, considerando que ficou preso preventivamente ao longo da instrução, entendo que já houve o cumprimento de sanção prevista no mencionado tipo penal, razão pela qual declaro extinta a punibilidade do agente.

O paciente deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se outro motivo justificar sua prisão.

Comunique-se com urgência o Tribunal de origem e o Juízo singular.

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

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.)

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 782.145 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2022/0350728-7

Número de Origem:

00039590420208210006 00622000032351 3462020152215 622000032351 39590420208210006
50037626120208210006

Sessão Virtual de 17/10/2024 a 23/10/2024

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 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 : UÍLIAM SILVA DA ROSA

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVADO : UÍLIAM SILVA DA ROSA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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, 23 de outubro de 2024