HABEAS CORPUS Nº 789441 - SP (2022/0388150-3)

RELATORA	:	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO - SP286535
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DYLAN MILANI MATEUS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de Dylan Milani Mateus contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve sua condenação por tráfico de drogas (art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006), redimensionando a pena para 6 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão em regime inicial fechado, além de 610 dias-multa. A defesa alega ilegalidade na dosimetria da pena, sustentando que a reincidência não justifica a exasperação da pena-base e requerendo o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea e a compensação com a agravante de reincidência.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) determinar se a conduta do paciente se enquadra no crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006) ou de posse para consumo próprio (art. 28 da mesma lei); (ii) definir se há ilegalidade na dosimetria da pena, especificamente em relação à aplicação das agravantes e atenuantes.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O fato de o paciente ter sido encontrado com 5,3 gramas de cocaína distribuídos em 16 microtubos, aliado à ausência de outros elementos concretos que indicassem a traficância, não permite, com a segurança exigida, a conclusão de que a substância se destinava ao comércio ilegal.

4. Em conformidade com o princípio do in dubio pro reo, deve prevalecer a versão de que o paciente era usuário de drogas,

Documento eletrônico VDA44367275 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:20:08
Código de Controle do Documento: a461eeb4-1784-4693-8cd4-494502e0fe81

considerando a quantidade de entorpecente apreendido e a jurisprudência desta Corte, que estabelece critérios claros para diferenciar a posse para consumo do tráfico de drogas.

5. A revaloração dos fatos incontroversos, sem necessidade de revolvimento de provas, permite a desclassificação da conduta para o crime de posse de drogas para consumo pessoal, conforme o art. 28 da Lei 11.343/2006.

6. Quanto à dosimetria da pena, resta prejudicado o exame em razão da desclassificação da conduta.

IV. ORDEM CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder a ordem, 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, 07 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44367275 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:20:08
Código de Controle do Documento: a461eeb4-1784-4693-8cd4-494502e0fe81

HABEAS CORPUS Nº 789441 - SP (2022/0388150-3)

RELATORA	:	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO - SP286535
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DYLAN MILANI MATEUS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de Dylan Milani Mateus contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve sua condenação por tráfico de drogas (art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006), redimensionando a pena para 6 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão em regime inicial fechado, além de 610 dias-multa. A defesa alega ilegalidade na dosimetria da pena, sustentando que a reincidência não justifica a exasperação da pena-base e requerendo o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea e a compensação com a agravante de reincidência.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) determinar se a conduta do paciente se enquadra no crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006) ou de posse para consumo próprio (art. 28 da mesma lei); (ii) definir se há ilegalidade na dosimetria da pena, especificamente em relação à aplicação das agravantes e atenuantes.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O fato de o paciente ter sido encontrado com 5,3 gramas de cocaína distribuídos em 16 microtubos, aliado à ausência de outros elementos concretos que indicassem a traficância, não permite, com a segurança exigida, a conclusão de que a substância se destinava ao comércio ilegal.

4. Em conformidade com o princípio do in dubio pro reo, deve prevalecer a versão de que o paciente era usuário de drogas,

Documento eletrônico VDA44367058 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:39
Código de Controle do Documento: 8e4c742a-b26f-4e64-bd91-d80234b7a745

considerando a quantidade de entorpecente apreendido e a jurisprudência desta Corte, que estabelece critérios claros para diferenciar a posse para consumo do tráfico de drogas.
5. A revaloração dos fatos incontroversos, sem necessidade de revolvimento de provas, permite a desclassificação da conduta para o crime de posse de drogas para consumo pessoal, conforme o art. 28 da Lei 11.343/2006.
6. Quanto à dosimetria da pena, resta prejudicado o exame em razão da desclassificação da conduta.
IV. ORDEM CONCEDIDA.

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 fl. 138).

> *Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de DYLAN MILANI MATEUS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 1503842-40.2022.8.26.0228.*
>
> *O paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 550 dias-multa,* ***como incurso no artigo 33 "caput" da Lei 11.343/2006, c/c o artigo 61, inciso II, alínea "j" do Código Penal.***
>
> *Inconformados, o Parquet e a defesa interpuseram, cada um, recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo defensivo e acolheu as razões ministerial para redimensionar a sanção para 6 anos, 1 meses e 10 dias de reclusão e 610 dias-multa, em regime inicial fechado.*
>
> *Nesta via, aponta a ocorrência de ilegalidade na dosimetria, defendendo que a reincidência não constitui motivação idônea para justificar a exasperação da pena-base, que, portanto, deve ser fixada no mínimo legal.*
>
> *Alega que a atenuante de confissão espontânea deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria, pois "o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória. Por isso, viola o princípio da estrita legalidade (CR, art. 5º, XXXIX) condicionar a atenuação da pena à citação da confissão na sentença como razão decisória, mormente porque o direito subjetivo e preexistente do réu não pode ficar disponível ao arbítrio do julgador" (e-STJ fl. 5).*
>
> *Argumenta, ainda, haver a necessidade de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, estabilizando a pena provisória sem acréscimos.*
>
> *Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja reavaliada a dosimetria da pena cominada ao paciente.*

Documento eletrônico VDA44367058 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:39
Código de Controle do Documento: 8e4c742a-b26f-4e64-bd91-d80234b7a745

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

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 11.343/2006) ou se amolda-se ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

Antes de adentrar na discussão posta, esclareço que ela não implica 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 "revaloração 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*

Documento eletrônico VDA44367058 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:39
Código de Controle do Documento: 8e4c742a-b26f-4e64-bd91-d80234b7a745

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 revaloração 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 11.343/2006 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 houve por bem firmar a seguinte tese: "Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito" (Tema 506).

No presente feito, a condenação restou calcada nos seguintes elementos (e-STJ fls. 121-122 e 124-125)

Segundo consta, no dia 15 de fevereiro de 2022, por volta das 12h30min, na Rua Garcia de Souza, 40, Córrego - Raposo Tavares, na cidade e comarca de São Paulo, DYLAN MILANI MATEUS, adquiriu, trazia consigo e guardava sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar e visando o comércio ilegal, ***5,3 gramas de cocaína distribuídos em 16 microtubos.***

Documento eletrônico VDA44367058 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:39
Código de Controle do Documento: 8e4c742a-b26f-4e64-bd91-d80234b7a745

[...].

Registre-se, por oportuno, que apesar da reduzida quantidade de entorpecente apreendido, 15 porções de cocaína, com peso líquido de 5,3g, o contexto da prisão supra descrita, bem como a forma como estas porções estavam embaladas e as circunstâncias da ação delituosa, tornam tal cenário incompatível com a figura de usuário.

Portanto, o pedido de desclassificação para o artigo 28 da Lei de Drogas tampouco merece prosperar, eis que apesar da pouca quantidade de droga apreendida, não restou dúvidas de que o produto se destinava à mercancia ilícita, incompatível com a figura de usuário, descabendo operar a desclassificação, até porque eventual condição de usuário, por si só, não afasta a de traficante.

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância a quantidade de droga e o depoimento dos policiais.

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

De fato, em se tratando da apreensão de ***5,3 gramas de cocaína*** (e-STJ fl. 122), não se pode cogitar, na forma da jurisprudência desta Corte, da tipificação do delito na modalidade "ter em depósito".

Efetivamente, considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do paciente de que seria usuário de drogas, respaldada pela quantidade apreendida.

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

Documento eletrônico VDA44367058 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:39
Código de Controle do Documento: 8e4c742a-b26f-4e64-bd91-d80234b7a745

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, em12 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. em *15/2/2022, DJe de 18/2/2022).*

Por fim, quanto à dosimetria da pena, resta prejudicado o exame em razão da desclassificação da conduta.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para desclassificar a conduta do paciente para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e determinar que as sanções administrativas do art. 28 da Lei Antidrogas lhe sejam aplicadas pelo juízo de origem.

Se o paciente estiver preso, deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se outro motivo justificar sua prisão.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44367058 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:39
Código de Controle do Documento: 8e4c742a-b26f-4e64-bd91-d80234b7a745

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0388150-3 **HC 789.441 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15038424020228260228

EM MESA JULGADO: 05/11/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO - SP286535
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DYLAN MILANI MATEUS (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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, 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.

Documento eletrônico VDA44346245 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 06/11/2024 17:29:09
Código de Controle do Documento: 35BFA8A3-C1BB-4C46-A421-86861CA0C985