HABEAS CORPUS Nº 792008 - SP (2022/0398686-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS	:	EDE DONIZETI DA SILVA JUNIOR - SP461409
		VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EVERTON HENRIQUE DA SILVA PIRES (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. LEGITIMIDADE DA PROVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. FRAÇÃO DE INCREMENTO NA PENA PELA REINCIÊNCIA. ELEVAÇÃO ADEQUADA. ORDEM DENEGADA.

I. CASO EM EXAME

1.Habeas corpus impetrado em favor de Everton Henrique da Silva Peres, condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006). A defesa sustenta nulidade da busca pessoal realizada sem justa causa, requer a desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei de Drogas), questiona a majoração da pena pela reincidência e pleiteia a fixação de regime inicial semiaberto.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) se a busca pessoal foi realizada com a devida fundamentação legal; (ii) se a conduta do paciente deve ser desclassificada para a posse de drogas para consumo próprio; e (iii) se houve erro na dosimetria da pena em relação à reincidência e ao regime de cumprimento de pena.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. A busca pessoal foi devidamente fundamentada, com base em denúncias prévias sobre a traficância e a atitude suspeita do

Documento eletrônico VDA44152055 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:15:58
Código de Controle do Documento: 0dd37f63-78d2-4b61-95c1-60d4c753d379

paciente, que tentou se evadir e dispensou uma sacola contendo drogas. Tais circunstâncias justificam a busca, conforme previsto no art. 244 do CPP e na jurisprudência consolidada desta Corte.

5. A desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo próprio é inviável, uma vez que a quantidade de drogas apreendidas (39,2 g de maconha), a presença de uma balança de precisão e as circunstâncias da apreensão indicam a prática de tráfico de entorpecentes, conforme bem fundamentado pelas instâncias ordinárias.

6. A majoração da pena em razão da reincidência foi corretamente aplicada, sendo a fração de 1/6 adequada às circunstâncias do caso. Ademais, o regime inicial fechado é o adequado, considerando o montante da pena e a reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

7. O pedido de reexame das provas para desconstituir a conclusão sobre a prática do tráfico de drogas não é viável na via estreita do habeas corpus, que não admite dilação probatória.

IV. ORDEM DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, denegar a ordem.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 24 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44152055 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:15:58
Código de Controle do Documento: 0dd37f63-78d2-4b61-95c1-60d4c753d379

HABEAS CORPUS Nº 792008 - SP (2022/0398686-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS	:	EDE DONIZETI DA SILVA JUNIOR - SP461409
		VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EVERTON HENRIQUE DA SILVA PIRES (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. LEGITIMIDADE DA PROVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. FRAÇÃO DE INCREMENTO NA PENA PELA REINCIÊNCIA. ELEVAÇÃO ADEQUADA. ORDEM DENEGADA.

I. CASO EM EXAME

1.Habeas corpus impetrado em favor de Everton Henrique da Silva Peres, condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006). A defesa sustenta nulidade da busca pessoal realizada sem justa causa, requer a desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei de Drogas), questiona a majoração da pena pela reincidência e pleiteia a fixação de regime inicial semiaberto.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) se a busca pessoal foi realizada com a devida fundamentação legal; (ii) se a conduta do paciente deve ser desclassificada para a posse de drogas para consumo próprio; e (iii) se houve erro na dosimetria da pena em relação à reincidência e ao regime de cumprimento de pena.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. A busca pessoal foi devidamente fundamentada, com base em denúncias prévias sobre a traficância e a atitude suspeita do

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

paciente, que tentou se evadir e dispensou uma sacola contendo drogas. Tais circunstâncias justificam a busca, conforme previsto no art. 244 do CPP e na jurisprudência consolidada desta Corte.
5. A desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo próprio é inviável, uma vez que a quantidade de drogas apreendidas (39,2 g de maconha), a presença de uma balança de precisão e as circunstâncias da apreensão indicam a prática de tráfico de entorpecentes, conforme bem fundamentado pelas instâncias ordinárias.
6. A majoração da pena em razão da reincidência foi corretamente aplicada, sendo a fração de 1/6 adequada às circunstâncias do caso. Ademais, o regime inicial fechado é o adequado, considerando o montante da pena e a reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.
7. O pedido de reexame das provas para desconstituir a conclusão sobre a prática do tráfico de drogas não é viável na via estreita do habeas corpus, que não admite dilação probatória.
IV. ORDEM DENEGADA.

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 relatório de fl. 429 (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de EVERTON HENRIQUE DA SILVA PERES em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação n. 1500398-52.2022.8.26.0081).
Noticiam os autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 666 dias-multa.
O Tribunal local deu provimento parcial aos apelos defensivo e ministerial para fixar a pena do paciente em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e o pagamento de 680 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.
Os impetrantes sustentam haver nulidade em razão da busca pessoal efetuada sem justa causa.
Alegam que a conduta deve ser desclassificada para a prevista no art. 28, caput, da Lei de Drogas, argumentando que a quantidade e a natureza do entorpecente – 39,2g de maconha – são compatíveis com a figura do uso próprio.
Aduzem a ausência de fundamentação para a majoração da pena em 1/3 em razão da reincidência.
Entendem que o regime de cumprimento adequado é o semiaberto, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis e os enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.
Requerem, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação e a expedição de alvará de soltura em favor do paciente até o julgamento do presente writ. No mérito, pugnam pela concessão da ordem para

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

que seja reconhecida a nulidade da busca pessoal e das provas dela derivadas ou, subsidiariamente, seja a conduta desclassificada para a posse de drogas para consumo pessoal, reduzida a fração de aumento da reincidência para 1/6 e fixado o regime inicial semiaberto.

A defesa alega, em síntese, a ocorrência de erro na dosimetria da pena.

Requer a concessão da ordem para obter a redução da pena aplicada ao paciente.

É o relatório.

VOTO

A Constituição Federal elenca como uma das garantias dos indivíduos a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CF). Essa garantia, no entanto, pode sofrer restrições em determinadas hipóteses, como, por exemplo, a realização da busca pessoal (BADARÓ, Gustavo. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1091).

Porém, para que se respeite os direitos à intimidade e à vida privada, não se pode admitir a realização de busca pessoal sem que existam limitações às autoridades policiais, que poderão, então, realizar a medida baseadas exclusivamente na sua qualidade de representantes do Estado e em seu próprio subjetivismo.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que "[N]ão satisfazem a exigência legal, por si sós [para a realização de busca pessoal/veicular], **meras informações de fonte não identificada** (e. g. denúncias anônimas) **ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial**. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP" (RHC n. 158.580/BA, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 19/4/2022, DJe 25/4/2022) - grifos acrescidos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem defendido ser necessário "(a) que a polícia indique as circunstâncias objetivas pelas quais se promove uma detenção ou busca sem ordem judicial e sempre com relação concreta

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

com a prática de uma infração penal; (b) que tais circunstâncias devem ser prévias a todo o ´procedimento e de interpretação restritiva; (c) que devem dar-se em uma situação de urgência que impeça o requerimento de uma ordem judicial; (d) que as forças de segurança devem registrar exaustivamente nas atas do procedimento os motivos que deram origem à detenção ou à busca; (e) a não utilização de critérios discriminatórios para a realização de uma detenção" (WANDERLEY, Gisela Aguiar. **Quando é fundada a suspeita? O standard probatório para a busca pessoal.** *In:* Homenagem ao Ministro Rogério Schietti - 10 anos de STJ, Migalhas, p.399).

Por fim, cumpre ressaltar que o direito penal e o processo penal, enquanto instrumentos legais dotados de racionalidade, possuem como principal função, num Estado Democrático, a contenção do poder punitivo do Estado, pois a legitimidade deste poder está condicionada ao seu exercício controlado, à luz do arcabouço normativo (regras e princípios) de tais Diplomas. Nesse sentido, não é demais relembrar as lições de Luigi Ferrajoli, a partir de Ana Cláudia Pinho e Fernando da Silva Albuquerque:

> *[...] Ferrajoli demonstra que a tutela dos direitos fundamentais somente poderá ser efetivada a partir da minimização do exercício do poder, evitando-se o arbítrio (com a adoção de regras racionais de limitação e controle), e da maximização das garantias e liberdades individuais. Para tanto, propõe como critério metodológico o uso irrenunciável da razão nos sentidos epistemológico, axiológico e normativo [...]". ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; PINHO, Ana Cláudia Bastos. Precisamos falar cobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir. Empório do direito, p. 38. "*

Esta Corte Superior, "por ocasião do julgamento do RHC n. 158.580/BA (rel. Min. Rogerio Schietti, 6ª T, DJe 25/4/2022), propôs criteriosa análise sobre a realização de buscas pessoais. Conforme o referido julgado, "o art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata" (HC n. 852.356/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 16/11/2023.).

Nesse sentido:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ILICITUDE DA PROVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL DEVIDO. RECURSO NÃO*

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

PROVIDO.
1. De acordo com o art. 244 do Código de Processo Penal, a busca pessoal poderá ser realizada, independente de mandado judicial, nas hipóteses de prisão em flagrante ou quando houver suspeita de que o agente esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.
2. No caso, não houve a indicação de qualquer atitude suspeita de estar o réu na posse de material objeto de ilícito ou na prática de algum crime. Logo, é ilegal a busca pessoal realizada sem fundadas razões, e, por conseguinte, toda a prova recolhida em consequência dessa medida arbitrária.
3. Recurso não provido.
(AgRg no HC n. 884.607/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 18/4/2024)

No caso, a corte de origem tratou da temática da busca pessoal com base nos seguintes argumentos (e-STJ fls. 27-29):

> Sustenta a defesa ausência de fundadas suspeitas para a abordagem policial. Sem razão, entretanto.
> **Com efeito, sempre que ouvidos, os policiais militares responsáveis pelo flagrante sustentaram que, após receberem comunicação no sentido de pessoa conhecida por "Tô", trajando veste de pedreiro e utilizando-se de uma motocicleta, estaria se dedicando à traficância, realizavam patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, quando o apelante, conduzindo uma motocicleta, ao cruzar com a viatura, efetuou manobra pela contramão de direção, dispensando algo ao solo.**
> Nessa medida, há de se reconhecer que os policiais apontaram situação deveras suspeita, indicativa de que o acusado estivesse praticando alguma conduta ilícita.
> E não à toa que, na sacola por ele dispensada, foram apreendidos 04 invólucros de maconha (39,2 g) e uma balança de precisão.
> Com efeito, a palavra dos policiais, assim como vale para dar atestado do que presenciaram e do que apreenderam com o acusado, vale para justificar a abordagem e a fundada suspeita, cuja prova decorre menos do quanto disseram e mais do que efetivamente encontraram. Ou seja, não há maior atestado de que a suspeita era fundada do que o encontro da droga com o sujeito alvo da busca pessoal e a consequente prisão em flagrante.

A análise realizada encontra-se em linha com a jurisprudência desta Corte acerca da validade da diligência.

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. BUSCA PESSOAL. DISPENSA DE DROGAS. TENTATIVA DE FUGA. FUNDADAS RAZÕES PRESENTES. 2. BUSCA DOMICILIAR. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE. AUTORIZAÇÃO PARA INGRESSO. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. 3. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE PARA CONSUMO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE REVELAM A PRÁTICA DE TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

> *1.* ***A abordagem do paciente encontra-se embasada em fundadas razões, uma vez que, além da existência de denúncias anônimas especificadas e do fato de o paciente ser conhecido nos meios policiais, foi abordado em virtude de atitude suspeita consistente na tentativa de se evadir dispensando algo no chão, no momento em que visualizou os policiais. Nesse contexto, verifica-se que as circunstâncias indicadas, em conjunto, ultrapassam o mero subjetivismo e indicam a existência de fundada suspeita de que o paciente estaria na posse de objeto ilícitos, em especial de substâncias entorpecentes.***
>
> *2. O contexto que autorizou a abordagem do paciente também revela fundadas razões aptas a justificar a busca domiciliar, traduzindo referida diligência em exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial, com fundamento em dados concretos, objetivos e idôneos. Ainda que assim não fosse, consta que esposa do paciente consentiu no ingresso, circunstância que esvazia a alegação de nulidade.*
>
> *3. Quanto ao pedido de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de porte para consumo, verifico que a Corte local consignou que "a quantidade dos entorpecentes apreendidos e sua forma de acondicionamento, aliando-se às demais circunstâncias em que ocorreu o flagrante" não se coaduna à mera posse para consumo.*
>
> *Dessa forma, para desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento dos fatos e das provas, o que não é possível na via eleita.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento.*
>
> *(AgRg no HC n. 868.888/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 30/11/2023, DJe de 5/12/2023.)*

Alterar o quadro formado no Tribunal de origem demanda inviável dilação probatória em sede de *habeas corpus*.

Ademais, questionou-se 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

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

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 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.

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

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 fl. 33-35)

> Assim, praticada uma das condutas elencadas pelo seu tipo, a condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes se impõe.
> Ademais, nem sempre a apreensão de pequena quantidade de droga leva à conclusão de que se destinava ao uso. Tudo está a depender do contexto em que os fatos ocorreram.
> **No caso presente, as condições da apreensão, a quantidade e a maneira como estava acondicionada a maconha, em 04 invólucros plásticos, além da balança de precisão, local em que também foi localizada a presença de THC, revelam que se destinava à mercancia.**
> A eventual condição de usuário de drogas não exclui a possibilidade de que Everton Henrique também se dedicasse à comercialização de entorpecentes, sendo a análise das provas determinante para a verificação da real destinação da substância ilícita.
> [...]
> **Desse modo, não há que se falar em desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, pois a prova produzida nos autos indica, com a certeza processual necessária, que o réu se dedicava ao comércio ilícito de entorpecentes.**
> Portanto, a condenação do réu por violação ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, era a medida que se impunha, não havendo falar em insuficiência probatória, tampouco em desclassificação para porte de drogas para consumo próprio.

Observa-se, portanto, que o Tribunal de origem houve por bem apontar como elementos indicadores da traficância a apreensão de **"04 invólucros de maconha (39,2 g) e uma balança de precisão."** (e-STJ fl. 28).

Assim, a análise realizada pelo Tribunal de origem está em linha com a jurisprudência desta Corte acerca da temática.

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE*

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

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

I - Não se conhece de habeas corpus substitutivo de revisão criminal.

II - Na hipótese de ilegalidade flagrante, concede-se a ordem de ofício. Precedentes.

III - No presente caso, a Corte de origem concluiu fundamentadamente pela impossibilidade de absolvição por insuficiência de provas ou de desclassificação da conduta do paciente para aquela prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, com fulcro na quantidade e na forma de acondicionamento dos entorpecentes, na apreensão de rolo de papel filme nos pertences do agravante, no local em que foram apreendidas as drogas, após cumprimento de mandado de busca e apreensão precedido por investigações prévias, e nos depoimentos dos policiais, 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. 908.683/RS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 18/6/2024, DJe de 24/6/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LAD. ALEGADA NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS SOBRE A PRÁTICA DA MERCANCIA ILÍCITA PARA LASTREAR A BUSCA PESSOAL REALIZADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO MANDAMUS. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS LEGAIS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. QUANTUM DA PENA E REINCIDÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO PREVISTO EM LEI. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, "A busca pessoal é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto" (AgRg no RHC n. 164.112/MG, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe 8/8/2022.). Precedentes.

2. A abordagem policial realizada no paciente não foi arbitrária e motivada por "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas teve por objetivo a produção de provas decorrentes de várias denúncias anônimas prévias que apontavam o paciente como traficante de drogas.

Desse modo, ao ser avistado pelos policiais nas proximidades da residência sobre a qual havia denúncias anteriores sobre a realização de mercancia ilícita, ele foi abordado e foram apreendidos em seu poder duas porções de maconha, além da quantia de R$ 156,00 em notas diversas, além de 21 porções de maconha, com peso líquido de

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

48,5 gramas, 46 porções de cocaína, com peso líquido de 25,8 gramas, e 03 porções de cocaína, na forma popularmente conhecida como crack, com peso líquido de 170,6 gramas, além de elevada quantia em dinheiro. Na residência foram apreendidos mais 50 porções de maconha, idênticas àquelas que ele trazia consigo, bem como outras 06 porções maiores embaladas em plástico filme e 01 porção à granel que estava dentro de um pote de vidro, droga que seria comercializada por ele. Em seguida, sobre a mesa, os milicianos encontraram a quantia de R$ 522,00, proveniente da mercancia ilícita, além de 02 facas, 02 balanças de precisão, 03 pacotes com embalagens de "zip lock" novas, 94 eppendorfs vazios e anotações de contabilidade do tráfico (e-STJ fl. 41).

3. ***Desse modo, havendo fundadas suspeitas sobre a prática do crime de tráfico de drogas pelo paciente, não há que se falar em nulidade das provas oriundas da busca pessoal realizada pela polícia e, tampouco, na desclassificação da conduta para a de posse de drogas para uso próprio, dada sua incompatibilidade com o montante de entorpecentes e de petrechos de mercancia apreendidos.***

4. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do mandamus, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes.

5. A reincidência do paciente é óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado, ante a ausência de primariedade, inexistindo ilegalidade a ser sanada nesse ponto.

6. Inalterado o montante da sanção em 5 anos e 6 meses de reclusão e considerando-se sua reincidência, o regime inicial fechado é o adequado por expressa determinação legal, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 792.411/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2023, DJe de 3/5/2023.)

No que se refere à dosimetria, mormente à questão da fração de aumento pela reincidência, não há reparos a serem feitos, uma vez que a dosagem penal é matéria afeta à discricionariedade judicial, que encontra-se vinculada à lei e à consciência do julgador, não havendo, tampouco, ilegalidade na escolha da elevação em 1/6 adotada por ambas as instâncias ordinárias. Conforme já se decidiu "Na hipótese, as instâncias ordinárias agravaram a pena do crime de tráfico de drogas em 1 ano, correspondente à fração de 1/6, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. Portanto, inexiste o alegado constrangimento ilegal." (AgRg no HC n. 843.477/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023.)

Mantido o regime aplicado, eis que em consonância com aquilo previsto

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

no art. 33, §§ 3º e 4º do CP.

Alterar o quadro formado no Tribunal de origem demanda inviável dilação probatória em sede de *habeas corpus*.

Ante o exposto, **denego a ordem** pleiteada no presente *habeas corpus.*

É o voto.

Documento eletrônico VDA44151414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 24/10/2024 15:18:44
Código de Controle do Documento: 59e13f15-0cc4-43a4-aa83-6bafae990d86

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0398686-4 **HC 792.008 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15003985220228260081 20779602022 991612022

EM MESA JULGADO: 22/10/2024

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS	:	VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639
		EDE DONIZETI DA SILVA JUNIOR - SP461409
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EVERTON HENRIQUE DA SILVA PIRES (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, denegou a ordem."

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

Documento eletrônico VDA44127423 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 23/10/2024 12:44:18
Código de Controle do Documento: 9FD2C87D-16A7-47F0-9D06-5155FACD3A6A