AgRg no HABEAS CORPUS Nº 901941 - SP (2024/0109582-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	JOSE ROSA GOMES (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIO JACYNTHO SORGE - DEFENSOR PÚBLICO - SP247667
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 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

Documento eletrônico VDA43584435 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 24/09/2024 16:49:15
Código de Controle do Documento: 34aab1a4-a2bf-48df-b140-daa29a38c3c5

de toda a instrução probatória.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 17/09/2024 a 23/09/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2024.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator

Documento eletrônico VDA43584435 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 24/09/2024 16:49:15
Código de Controle do Documento: 34aab1a4-a2bf-48df-b140-daa29a38c3c5

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 901941 - SP (2024/0109582-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	JOSE ROSA GOMES (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIO JACYNTHO SORGE - DEFENSOR PÚBLICO - SP247667
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 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

Documento eletrônico VDA43425021 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 13/09/2024 15:39:25
Código de Controle do Documento: 43d6807e-938d-43f8-bc36-1565fb2bd545

de toda a instrução probatória.

4. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que concedi habeas corpus para desclassificar a conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

No regimental, o agravante alega a existência de provas suficientes para a configuração do delito de tráfico de drogas.

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* anteriormente proferido ou a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Em que pesem os argumentos despendidos pelo agravante, entendo que não lhe assiste razão.

O Tribunal de origem manteve a condenação do acusado pelo delito de tráfico de drogas, com base nos seguintes fundamentos (fls. 313-314, destaquei):

> Descabidas, do mesmo modo, as teses defensivas de desclassificação para o delito de uso compartilhado de drogas (artigo 33, §3°, Lei 11.343/06) e de uso de entorpecentes (artigo 28 da citada lei).
> Dispõe o §3°, do artigo 33, da lei acima citada:
> [...]
> Daiane não era pessoa do relacionamento do réu, mas sim uma mulher que estava ali para fazer programa sexual em troca de entorpecente, não tipificando, assim, a hipótese descrita no tipo legal.
> Por outro lado, para aferição se a droga se destinava a consumo pessoal ou ao tráfico, deve-se verificar a quantidade de substância apreendida, o local, as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem

Documento eletrônico VDA43425021 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 13/09/2024 15:39:25
Código de Controle do Documento: 43d6807e-938d-43f8-bc36-1565fb2bd545

como a conduta e os antecedentes do agente, conforme dispõe o artigo 28, § 2°, da Lei n° 11343/06.
No presente caso, as circunstâncias em que se deram o flagrante, bem como a quantidade de droga apreendida em poder do réu, que não pode ser considerada irrisória, e a forma de seu acondicionamento, evidenciam a traficância.
Assim, resta evidente que a condição de usuário foi aventada a fim de afastar a responsabilidade do recorrente sobre os fatos ora apurados, os quais foram devidamente comprovados pela prova oral e pericial acostada aos autos, aliadas às demais circunstâncias.
Acrescente-se que eventual condição de usuário do acusado não afasta, por si só, a incidência do delito de tráfico de drogas, visto ser plenamente possível — e comum, encontrar, em uma mesma pessoa, as figuras de usuário e traficante, sem que com isso o agente saia ileso do crime de maior gravidade.

I. A crise do sistema penitenciário brasileiro

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta perpetrada pelo réu se amolda ao tipo previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 ou ao delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da mesma lei) – como postula o Ministério Público.

Em regra, é tarefa deveras complexa avaliar o elemento subjetivo a animar a conduta de quem porta certa quantidade de drogas, daí a dificuldade de se atender a pleitos de desclassificação do tipo do art. 33 para o do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, não se desconhece o entendimento pacífico da jurisprudência – tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal – de que a pretensão de desclassificação de um delito em habeas corpus exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, na via mandamental, de cognição sumária.

Entretanto, no caso, conforme assinalei na decisão agravada, as evidências indicam ser consistente o direito que dá substrato ao pedido formulado pela defesa em favor do acusado, que foi condenado, pela prática do crime de tráfico de drogas, a **5 anos e 10 meses de reclusão**, no regime fechado, por haver sido flagrado trazendo consigo **5,85 g de cocaína**.

Documento eletrônico VDA43425021 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 13/09/2024 15:39:25
Código de Controle do Documento: 43d6807e-938d-43f8-bc36-1565fb2bd545

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

A conduta de porte de drogas para consumo próprio está prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006:

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;
> II - prestação de serviços à comunidade;
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O § 2º do art. 28, por sua vez, esclarece que: "Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".

É imperioso o registro, no entanto, de que a Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976) – e que continua na legislação atual.

Não por outro motivo, a prática nos tem evidenciado que a concepção expansiva da figura de quem é traficante acaba levando à inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado (art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006), de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais.

As estatísticas mostram que a mudança de tratamento promovida pela Lei n. 11.343/2006 – que aboliu a pena privativa de liberdade para a conduta de

Documento eletrônico VDA43425021 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 13/09/2024 15:39:25
Código de Controle do Documento: 43d6807e-938d-43f8-bc36-1565fb2bd545

porte de drogas para consumo pessoal (art. 28) – não impediu um incremento substancial das condenações por crime de tráfico de drogas.

Com efeito, a análise da população carcerária brasileira aponta que, entre os crimes cometidos que ensejaram o encarceramento, o tráfico de drogas (nacional e transnacional) corresponde a considerável percentual do total de encarcerados.

Conforme dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária – Infopen, em 2006, houve 47.472 prisões por tráfico de drogas. A Lei n. 11.343/2006 entrou em vigor em outubro de 2006. No ano seguinte (2007), foram registradas 65.494 prisões por tráfico, um aumento de 38%. Essa escalada prosseguiu: em 2010, foram 106.491 prisões.

A estatística relativa a dezembro de 2014 (divulgada em abril de 2016) evidenciou que 28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas (enquanto 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio).

Mais recentemente, os dados referentes ao período de julho a dezembro de 2019 – fornecidos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (Sisdepen), do Departamento Penitenciário Nacional – demonstram que a população carcerária por crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368/1976 e art. 33 da Lei n. 11.343/2006) totalizou 169.093 indivíduos. Se incluirmos também os delitos de associação para o tráfico de drogas (art. 14 da Lei n. 6.368/1976 e 35 da Lei n. 11.343/2006) e os de tráfico transnacional de drogas (art. 18 da Lei n. 6.368/1976 e 33, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), a população carcerária por tal ilicitude salta para 200.583 presos (Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br. Acesso em: set. 2021).

Ainda, faço menção ao fato de que o Brasil ficou em último lugar no Índice Global de Políticas de Drogas, lançado em 8/11/2021. O estudo, que avaliou 30 países, foi elaborado pelo *Harm Reduction Consortium*, que reúne organizações que defendem a chamada política de redução de danos, voltada para mitigar consequências negativas do uso de drogas.

Documento eletrônico VDA43425021 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 13/09/2024 15:39:25
Código de Controle do Documento: 43d6807e-938d-43f8-bc36-1565fb2bd545

Um dos quesitos que fizeram com que o Brasil obtivesse a menor nota no ranking foi o alto número de mortes provocadas pela polícia em operações contra o tráfico de drogas, a exemplo do massacre que ocorreu em Jacarezinho – RJ, em maio de 2021, que culminou com a morte de 28 pessoas na favela carioca durante uma operação policial (Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/11/08/brasil-fica- em-ultimo-lugar-em-estudo-sobre-politica-de-drogas-de-30-paises.htm. Acesso em: dez. 2021).

Portanto, a atual (embora não recente) crise do sistema penitenciário brasileiro – com sistemática violação de direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal – e o fato de o Brasil ter, hoje, uma das maiores populações carcerárias do mundo justificam as ponderações feitas nesta decisão e reforçam, já sob esse matiz, o descabimento da condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas, por haver sido flagrado na posse de quantidade não expressiva de cocaína.

II. Desclassificação – excepcionalidade configurada

A instância ordinária concluiu pela condenação do agravado em relação à prática do crime de tráfico de drogas, com fundamento, basicamente, **no fato de ele estar na posse de drogas (5,85 g de cocaína).**

No entanto, **além de não haver sido expressiva a quantidade de drogas, também não há notícias de maiores averiguações acerca do tráfico**, **não foram apreendidos petrechos relacionado à mercancia ilícita e as circunstâncias da prisão mencionadas pelo Tribunal não conduzem à certeza da comercialização de entorpecentes**.

Assim, a despeito de haver sido encontrada droga em poder do réu – em pequena quantidade, reforce-se – e não obstante os relatos dos agentes, considero que **os elementos produzidos ao longo da instrução criminal não conseguiram afastar a versão da defesa de que a droga apreendida se destinava a consumo próprio.**

Documento eletrônico VDA43425021 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 13/09/2024 15:39:25
Código de Controle do Documento: 43d6807e-938d-43f8-bc36-1565fb2bd545

Em síntese, entendo que o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar o tráfico de drogas. O que se tem, com base nos elementos coligidos aos autos é uma avaliação subjetiva sobre eventual traficância praticada pelo acusado, a partir de elementos insuficientes para lastrear uma condenação a pena tão grave.

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do recorrido contra juízos fundados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), pode lastrear uma condenação.

A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer *a parte objecti*, quer a *parte subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

Em decorrência da presunção de inocência, em sua vertente de regra probatória, não se pode transferir ao acusado a prova do que o Ministério Público afirma na imputação original e, no particular, não se pode depreender a prática do crime mais grave – tráfico de drogas – tão somente a partir da apreensão de droga em poder do réu.

Salvo em casos de quantidades mais expressivas, ou quando afastada peremptoriamente a possibilidade de que a droga seja usada para consumo próprio do agente – e a instância de origem não afastou essa hipótese –, cumpre ao titular da ação penal comprovar, mediante o contraditório judicial, os fatos articulados na inicial acusatória, o que, no entanto, não ocorreu, como se depreende da leitura dos autos.

Apenas por cautela, faço a observação de que nada impede que um portador de 5g de crack, a depender das peculiaridades do caso concreto, possa ser responsabilizado pelo delito de tráfico de drogas.

Documento eletrônico VDA43425021 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 13/09/2024 15:39:25
Código de Controle do Documento: 43d6807e-938d-43f8-bc36-1565fb2bd545

Pode, evidentemente, estar travestido de usuário, até o ponto em que, contrastado pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, venha a ser condenado pelo comércio espúrio.

No entanto, no caso ora em análise, a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância por parte do acusado evidencia ser desautorizada a condenação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, considerados os fundamentos já exaustivamente delineados anteriormente.

III. Desnecessidade de revolvimento de matéria fático-probatória

Enfatizo também que, ao contrário do alegado pelo Ministério Público, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado no *writ*.

O caso em análise, diversamente, requer apenas a revaloração de fatos incontroversos – já referidos linhas atrás, os quais estão delineados nos autos – e das provas que 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 acusado pela prática do crime de tráfico de drogas, *vis-à-vis* os elementos (subjetivos e objetivos) do tipo penal respectivo.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

Documento eletrônico VDA43425021 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 13/09/2024 15:39:25
Código de Controle do Documento: 43d6807e-938d-43f8-bc36-1565fb2bd545

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

AgRg no HC 901.941 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0109582-5

Número de Origem:
15036952920228260320 22757788920228260000 23063832022 255612022

Sessão Virtual de 17/09/2024 a 23/09/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIO JACYNTHO SORGE - DEFENSOR PÚBLICO - SP247667
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSE ROSA GOMES (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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: JOSE ROSA GOMES (PRESO)
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIO JACYNTHO SORGE - DEFENSOR PÚBLICO - SP247667
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Documento eletrônico VDA43567181 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 24/09/2024 00:45:05
Código de Controle do Documento: 5d974eb6-0f18-4d4c-a4b3-d4e947958825

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 17/09/2024 a 23/09/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 23 de setembro de 2024

Documento eletrônico VDA43567181 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 24/09/2024 00:45:05
Código de Controle do Documento: 5d974eb6-0f18-4d4c-a4b3-d4e947958825