HABEAS CORPUS Nº 909601 - ES (2024/0151727-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	CARLOS HENRIQUE NASCIMENTO MARTINS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE DAS PROVAS. TRIBUNAL DE ORIGEM INDICOU MATERIALIDADE E AUTORIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA EVIDENCIADA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. USO E PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. INCOMPATIBILIDADE EVIDENCIADA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO NA NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. ART. 42, DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. PRECEDENTES. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Caso em exame

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que manteve a condenação do paciente à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). A defesa pleiteia a absolvição por falta de provas objetivas ou, subsidiariamente, a desclassificação para o delito de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/06) ou a redução da pena-base.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se a condenação por tráfico de drogas pode ser mantida diante da alegação de insuficiência de provas e se é possível a desclassificação para posse para consumo próprio.

3. A análise da dosimetria da pena, especificamente quanto à valoração da quantidade de entorpecentes apreendidos.

III. Razões de decidir

Documento eletrônico VDA44151682 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 15:18:07
Código de Controle do Documento: cd2d7dc0-62f3-494a-b161-861f86ce46ee

4. A jurisprudência não admite habeas corpus como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.
5. O Tribunal de origem concluiu pela materialidade e autoria delitivas com base em provas consistentes, incluindo depoimentos de policiais e laudo toxicológico, não sendo possível a reanálise de provas em habeas corpus.
6. A desclassificação para posse para consumo próprio foi afastada devido à quantidade e forma de acondicionamento das drogas, além das circunstâncias da apreensão.
7. No caso, as conclusões adotadas pelas instâncias de origem a respeito da autoria e materialidade do crime descrito no artigo 33 ou sobre a impossibilidade de desclassificação da conduta do paciente para aquela prevista no artigo 28, ambos da da Lei 11.343/2006, demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.
7. A dosimetria da pena foi considerada adequada, com a pena-base fixada acima do mínimo legal devido à quantidade e variedade das drogas, em conformidade com o art. 42 da Lei nº 11.343/06. No caso, encontra-se justificado o aumento em 1/5 da pena-base, não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a elevada quantidade/natureza das drogas apreendidas - 98 (noventa e oito) unidades de material em pó contidas em microtubos plásticos de substância cocaína, pesando ao todo 192,6g (cento e noventa e dois gramas e seis decigramas); e 07 (sete) porções de material compactado em pequenas pedras contidas em microtubos plásticos de crack com massa total de 13,0g (treze gramas) - em observância ao disposto no art. 42 da Lei n.11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP. Precedentes.

IV. Dispositivo

8. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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.

Documento eletrônico VDA44151682 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 15:18:07
Código de Controle do Documento: cd2d7dc0-62f3-494a-b161-861f86ce46ee

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44151682 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 15:18:07
Código de Controle do Documento: cd2d7dc0-62f3-494a-b161-861f86ce46ee

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 909601 - ES (2024/0151727-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	CARLOS HENRIQUE NASCIMENTO MARTINS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE DAS PROVAS. TRIBUNAL DE ORIGEM INDICOU MATERIALIDADE E AUTORIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA EVIDENCIADA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. USO E PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. INCOMPATIBILIDADE EVIDENCIADA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO NA NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. ART. 42, DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. PRECEDENTES. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Caso em exame

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que manteve a condenação do paciente à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). A defesa pleiteia a absolvição por falta de provas objetivas ou, subsidiariamente, a desclassificação para o delito de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/06) ou a redução da pena-base.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se a condenação por tráfico de drogas pode ser mantida diante da alegação de insuficiência de provas e se é possível a desclassificação para posse para consumo próprio.

3. A análise da dosimetria da pena, especificamente quanto à valoração da quantidade de entorpecentes apreendidos.

III. Razões de decidir

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

4. A jurisprudência não admite habeas corpus como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.
5. O Tribunal de origem concluiu pela materialidade e autoria delitivas com base em provas consistentes, incluindo depoimentos de policiais e laudo toxicológico, não sendo possível a reanálise de provas em habeas corpus.
6. A desclassificação para posse para consumo próprio foi afastada devido à quantidade e forma de acondicionamento das drogas, além das circunstâncias da apreensão.
7. No caso, as conclusões adotadas pelas instâncias de origem a respeito da autoria e materialidade do crime descrito no artigo 33 ou sobre a impossibilidade de desclassificação da conduta do paciente para aquela prevista no artigo 28, ambos da da Lei 11.343/2006, demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.
7. A dosimetria da pena foi considerada adequada, com a pena-base fixada acima do mínimo legal devido à quantidade e variedade das drogas, em conformidade com o art. 42 da Lei nº 11.343/06. No caso, encontra-se justificado o aumento em 1/5 da pena-base, não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a elevada quantidade/natureza das drogas apreendidas - 98 (noventa e oito) unidades de material em pó contidas em microtubos plásticos de substância cocaína, pesando ao todo 192,6g (cento e noventa e dois gramas e seis decigramas); e 07 (sete) porções de material compactado em pequenas pedras contidas em microtubos plásticos de crack com massa total de 13,0g (treze gramas) - em observância ao disposto no art. 42 da Lei n.11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP. Precedentes.
IV. Dispositivo
8. Ordem não conhecida.

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 do Ministério Público Federal (e-STJ, fls. 87):

> *O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, por sua 2ª Câmara Criminal, negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, mantendo a condenação de CARLOS HENRIQUE NASCIMENTO MARTINS à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, além da multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 (tráfico ilícito de entorpecentes), porquanto, em 19/01/2023, "trazia*

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

consigo, para fins de tráfico, noventa e oito pinos que continham a droga conhecida como 'cocaína' [192,6 gramas] e sete pinos que continham a droga conhecida como 'crack' [13 gramas]" (e-STJ fl. 20).

A defesa pleiteia, no presente habeas corpus, a absolvição do paciente, porquanto "não há constatação objetiva que valide a acusação de tráfico, além da suposição dos agentes públicos" (e-STJ fl 7).

Subsidiariamente, requer a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Caso não atendidos os pleitos antecedentes, requer a redução da pena-base pelo afastamento da valoração negativa da quantidade de entorpecentes apreendidos.

As informações foram prestadas (e-STJ, fls. 52/66 e 76/85)

Parecer do Ministério Público Federal pelo parcial concessão da ordem para fixar a pena-base no mínimo legal.

É o relatório.

VOTO

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*

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

> *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 do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade, o que ora passo a analisar.

O Tribunal de origem, assim se manifestou acerca da materialidade a autoria delitiva (e-STJ, fls. 19/23):

> *Sobre os fatos em apuração, destaca-se ter narrado a denúncia que no dia 19 de janeiro de 2023, por volta das 21 horas, na Escadaria José Caetano da Silva, no Bairro Cruzamento, Vitória/ES, o denunciado, acima qualificado, trazia consigo, para fins de tráfico, noventa e oito pinos que continham a droga conhecida como "cocaína" e sete pinos que continham a droga conhecida como "crack".*
>
> *Após regular instrução do feito, a sentença acolheu os fatos narrados na denúncia, fixando a pena em desfavor do recorrente em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, com a pena de multa fixada no mínimo legal.*
>
> ***AUTORIA***
>
> *Sustenta a defesa que não restou provada a autoria do crime descrito na denúncia, devendo ser absolvido o recorrente.*
>
> *A materialidade do crime está estampada nos autos conforme boletim unificado nº 50010938 (fls. 20/22), Auto de Apreensão (fl. 12), Auto Preliminar de Constatação das Drogas (fls. 13), Mandado de busca e apreensão que estava em aberto, devidamente cumprido (fls. 25/26), Formulário de cadeia de custódia (fls. 29/30), assim como o Laudo Toxicológico Definitivo n°. 697/23 (fls. 45/46).*
>
> *A primeira análise que entendo pertinente é sobre o crime de tráfico que, segundo os termos do art. 33 da Lei 11.343/2006:*
>
> *[...]*
>
> *Assim, o crime em destaque é de conteúdo típico alternativo, de perigo abstrato (exceção ao art. 39 do diploma normativo) sendo o tráfico crime material, mormente no que concerne a conduta de vender e, de igual forma, o "guardar", ambos se amoldando ao contexto legal.*

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

> *Neste sentido, a prova contundente da traficância deriva, não só da declaração dos policiais, mas também da quantidade e diversidade das substâncias apreendidas, bem como pela confissão do recorrente.*
>
> *Assim, restou indene de dúvidas pelo interrogatório e pelas declarações das testemunhas ouvidas em juízo e na esfera policial, demonstrando o liame subjetivo do recorrente com as substâncias apreendidas e demonstrada a subsunção de sua conduta ao delito descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06.*
>
> *A despeito do esforço argumentativo, entendo que a pretensão de absolvição não merece acolhida, já que restou demonstrado que o acusado foi detido por policiais, em local de intenso tráfico, de posse de considerável quantidade de entorpecentes, com as drogas já embaladas para a venda, conforme narraram os policiais que participaram da ação para deter o recorrente.*
>
> *[...]*
>
> *Neste sentido, coerente com os depoimentos que foram proferidos em juízo, quando localizaram o acusado de posse das substâncias, em local de intenso tráfico, ainda que vários outros estivessem no local, com o recorrente fora apreendida a droga periciada. Assim, comprovada a autoria do crime em questão.*

Verifica-se que o Tribunal de origem, soberano na análise das provas, concluiu pela **existência de materialidade e autoria delitivas**, não só com base na prova oral consistente no depoimento dos policiais, mas com fundamento no mandado de busca e apreensão que estava em aberto, formulário de cadeia de custódia, auto de prisão em flagrante e laudo de exame químico-toxicológico positivo para indicar que a substância arrecadada consistia em 98 (noventa e oito) unidades de material em pó, de cor branco, contidas em microtubos plásticos, de éster metílico da benzoilecgonina, popularmente conhecida como COCAÍNA, pesando ao todo 192,6g (cento e noventa e dois gramas e seis decigramas); e 07 (sete) porções de material compactado em pequenas pedras, de cor bege, contidas em microtubos plásticos, de éster metílico da benzoilecgonina, popularmente conhecida como CRACK, com massa total de 13,0g (treze gramas). Ademais disso, consignou que as circunstâncias indicam se tratar de considerável quantidade e variedade da substância entorpecente já embaladas para venda em local de intenso tráfico.

Assim, alterar o quadro formado, no sentido pela insuficiência probatória e absolver o paciente, demanda inviável dilação probatória na via de *habeas corpus*.

Noutro giro, assim se manifestou acerca do pleito de desclassificação (e-STJ fl.24/28):

> *Pretende a defesa que seja reconhecida a possibilidade de desclassificação do delito de tráfico para aquele previsto no art. 28 da Lei de Drogas, ou seja, na condição de usuário.*
>
> *Válido ressaltar, que conforme orientação há muito sedimentada na Corte Superior, "O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente*

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova," (AgRg no AR Esp 1142626/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, D Je 13/12/2017), como verificado in casu.

[...]

A ausência de precedentes em relação ao caso em concreto deixa de ser preponderante a luz da fundamentação reproduzida da sentença, posto que o acusado possuía diversas substâncias em seu poder.

[...]

De posse dos autos, bem como aquilatando a análise pormenorizada efetuada pelo magistrado, não se observam equívocos a serem sanados por esta corte, já que a redação do art. 28, em seu §2º, determina:

> *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*

Assim, o contexto dos autos encontra-se em ***sentido contrário ao acolhimento da tese de desclassificação, já que a droga estava fracionada e devidamente embalada, apta a comercialização.***

Dessa forma, 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:

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

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.

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

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

506).

No presente feito, **em relação a desclassificação** para posse de drogas para consumo pessoal, o acórdão destacou que, no contexto dos autos, além da quantidade e variedade de drogas apreendidas - 98 (noventa e oito) unidades de material em pó, de cor branco, contidas em microtubos plásticos, de éster metílico da benzoilecgonina, popularmente conhecida como COCAÍNA, pesando ao todo 192,6g (cento e noventa e dois gramas e seis decigramas); e 07 (sete) porções de material compactado em pequenas pedras, de cor bege, contidas em microtubos plásticos, de éster metílico da benzoilecgonina, popularmente conhecida como CRACK, com massa total de 13,0g (treze gramas) -, as circunstâncias de apreensão dos entorpecentes em local conhecido como de intenso tráfico, cuja quantidade estava fracionada e devidamente embalada de maneira apta a comercialização são contrárias para determinação de que os entorpecentes seriam destinados ao consumo pessoal.

Assim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões de absolutória ou de desclassificação da conduta, seria imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório, o que impede a atuação excepcional desta Corte, sobretudo na estreita via do habeas corpus. A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTIMAÇÃO DO RÉU SOLTO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. COLHEITA DE PROVAS NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. A previsão de intimação pessoal prevista no art. 392, do Código de Processo Penal - CPP somente se aplica ao condenado preso, preventivamente ou em decorrência de outras condenações, e em relação às sentenças de primeiro grau, não existindo direito subjetivo do réu solto de ser intimado pessoalmente da data do julgamento do recurso de apelação ou de seu resultado.*
>
> *2. A alegada nulidade resultante da colheita das provas no estabelecimento comercial da agravante não foi debatida na instância ordinária, circunstância que impede o pronunciamento deste Tribunal Superior a respeito, sob pena de indevida supressão de instância.*
>
> ***3. Afastar as conclusões adotadas na origem, a respeito da autoria e materialidade dos crimes descritos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06, demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.***
>
> *4. Agravo regimental desprovido.*
>
> *(AgRg no HC n. 878.278/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik,*

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

Quinta Turma, julgado em 1/7/2024, DJe de 3/7/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PATAMAR DE 1/6 DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. 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 pela impossibilidade de desclassificação da conduta do paciente para aquela prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006, com fulcro nos depoimentos dos policiais, na quantidade, na forma de acondicionamento dos entorpecentes e na confissão informal do agravante, no sentido da traficância, elementos aptos a ensejar a conclusão pelo dolo da mercancia, 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. 910.030/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 18/6/2024, DJe de 21/6/2024.)

Por fim, sobre a dosimetria da pena, o Tribunal de origem assim consignou sobre **a fixação da pena-base** (e-STJ, fls. 28/29):

Em continuidade, invoca a defesa que seja na fixação no mínimo legal, eis que não há substrato fático a uma reprimenda mais elevada.

Ao observar os termos fixados na sentença, extraio que o magistrado, a luz do que está documentado às fls. 27 e verso do IP que faz parte dos arquivos da ação principal, reconheceu como causa suficiente a elevação da pena a quantidade de droga apreendida. E, assim o fazendo, elevando a pena em um ano, não destoou do entendimento jurisprudencial, razão pela qual, a luz do art. 42 da Lei de Drogas, não encontro respaldo a corrigir a sentença proferida.

Corretamente observou o juiz da sentença que o acusado, com menoridade relativa, aplicou a regra do art. 65, I, do CPB, no que concluiu para fixar a pena em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Assim, sem retoques a condenação fixada.

Na sentença, por sua vez, assim restou consignado sobre a dosimetria (e-STJ, fls.42/43):

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

Diante do exposto e dos elementos de convicção obtidos, JULGO PROCEDENTE a PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL e CONDENO o acusado CARLOS HENRIQUE NASCIMENTO MARTINS, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do art. 33, "caput", da Lei Federal nº. 11.343/06.

Passo à dosimetria da pena, dentro de um critério de proporcionalidade, em observância ao disposto nos artigos 59, 60 e 68, todos do Código Penal, e no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República, para a perfeita individualização da pena, através do sistema trifásico de NELSON HUNGRIA, adotado pela nossa legislação penal, visando a reprovação e prevenção, geral e especial, bem como a ressocialização do réu.

CULPABILIDADE evidenciada. Não obstante a nocividade, variedade e quantidade de drogas apreendidas, ***tenho por não valorá-las na espécie, para o fim de considerar tais circunstâncias balizadoras de pena na forma do art. 42 da Lei 11.343/06****; ANTECEDENTES imaculados, com base no entendimento sumular nº. 444 do STJ; sem informações nos autos a respeito de sua CONDUTA SOCIAL; não há elementos suficientes para a aferição da PERSONALIDADE do agente, haja vista que tal circunstância se refere ao caráter do acusado, como pessoa humana, a demonstração de sua índole, seu temperamento, e para avaliar tal circunstância, deve-se mergulhar no interior do agente, tarefa inviável tão somente ao julgador [Inquéritos ou ações penais em andamento não maculam o réu como detentor de maus antecedentes, tampouco com má conduta social e personalidade desvirtuada. (STJ, HC 509.012/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 11/06/2019)]; os MOTIVOS DO CRIME, razões que moveram o agente a cometê-lo, não foram revelados, uma vez que o acusado sustentou ser mero usuário [Súmula nº. 630 do STJ: "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio"]; as CIRCUNSTÂNCIAS do delito são comuns à espécie, nada tendo a valorar; as CONSEQUÊNCIAS do crime são graves, ante a disseminação do vício das drogas, inclusive fomentando outros crimes. No entanto, é própria da norma penal; a VÍTIMA em questão é a coletividade que se vê exposta a perigo pela prática de uma das condutas típicas do crime em questão; sem informações o suficiente para aferição da SITUAÇÃO ECONÔMICA do acusado.*

Ante a análise precedida, tomando por base a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, conforme o Laudo Pericial nº. 697/2023 à fl. 45 [98 (noventa e oito) unidades de material em pó, de cor branco, contidas em microtubos plásticos, de éster metílico da benzoilecgonina, popularmente conhecida como COCAÍNA, pesando ao todo 192,6g (cento e noventa e dois gramas e seis decigramas); e 07 (sete) porções de material compactado em pequenas pedras, de cor bege, contidas em microtubos plásticos, de éster metílico da benzoilecgonina, popularmente conhecida como CRACK, com massa total de 13,0g (treze gramas)], conforme preceitua o art. 42 da Lei 11.343/06, fixo as penas, em base, em 06 (seis) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30° (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Tendo em vista se tratar de acusado relativamente menor, circunstância atenuante elencada no art. 65, inciso I, do CPB, atenuo as penas em 06 (seis) meses de reclusão, fixado-as em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantendo a pena de multa, haja vista que fixada em seu mínimo legal.

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

Inexistem circunstâncias agravantes.

Deixo de valorar a causa especial de diminuição de pena, prevista no §4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, conhecida pela doutrina e jurisprudência por tráfico privilegiado, uma vez que o acusado é possuidor de registros penais, por prática de crime da mesma espécie, o que, aliado às circunstâncias da apreensão, quantidade, nocividade e variedade de entorpecentes encontrados consigo, bem como o fato de ter fugido do sistema prisional, estando com mandado em aberto quando abordado pela PMES, demonstra sua dedicação à práticas delituosas, o que afasta a concessão da benesse, como fundamentado no corpo da sentença.

Sem causas de aumento de penas, e, assim torno em definitivas as penas até aqui apuradas.

Considero que os elementos apresentados pelas instâncias ordinárias são idôneos e se encontram de acordo com a jurisprudência desta Corte de Justiça, de forma que inexistente o constrangimento ilegal.

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. E**XASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

1. No caso, encontra-se justificado o aumento em 1/5 da pena-base, não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a elevada quantidade/natureza das drogas apreendidas - 22 porções de crack, com peso líquido de 7,73g, 126 porções de cocaína, com peso líquido de 31,08g e 206 porções de maconha, com peso líquido de 174,58g -, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n.11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 915.303/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 14/8/2024.)

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. ***EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ART. 42, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR.*** *AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Com efeito, o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a quantidade, natureza e diversidade das substâncias ou dos produtos apreendidos, a personalidade e a conduta social do agente.

III - Na presente hipótese, verifica-se a maior reprovabilidade da conduta dos pacientes, em razão da quantidade e variedade das drogas apreendidas (100g de maconha, 16g de cocaína e 10g de

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

> ***crack - fls. 619-620), bem como pela natureza de duas delas (cocaína e crack), não evidenciando nenhuma ilegalidade manifesta na exasperação das penas-base em 6 (seis) anos de reclusão para ambos os pacientes (fl. 632 e fl. 1138).***
>
> ***IV - Vale dizer, uma vez que foram apontados argumentos concretos e específicos dos autos para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo de proporcionalidade feito pelas instâncias de origem, para, a pretexto de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, ou mesmo de violação do art. 59 do Código Penal, reduzir a reprimenda-base.***
>
> *Agravo regimental desprovido.*
>
> *(AgRg no HC n. 784.101/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 12/5/2023.)*

Ressalto que é uníssona a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*[a] individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade"* (AgRg no REsp n. 2.118.260/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024).

A revisão da dosimetria somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (AgRg no REsp n. 2.042.325/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023).

Quanto ao tema, destaca-se que "*[a] legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade"* (EDcl no HC n. 908.566/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024).

Com efeito, alterar o quadro formado no Tribunal de origem demanda inviável dilação probatória em sede de *habeas corpus*.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Documento eletrônico VDA44151501 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 15:21:02
Código de Controle do Documento: f86e62d4-168e-473f-b882-0b7c04b49d6b

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0151727-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 909.601 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004402220238080024 4402220238080024

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	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	CARLOS HENRIQUE NASCIMENTO MARTINS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, não conheceu do pedido."

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 VDA44127768 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 12:49:52
Código de Controle do Documento: 1BEDCB11-EA59-4296-B3A0-D4A187C713F2