



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 933525 - SP (2024/0285355-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - DEFENSOR PÚBLICO - SP324570
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENILSON NUNES DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES. FUGA AO AVISTAR A POLÍCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, com pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 680 dias-multa, em regime fechado. A defesa pleiteia a nulidade da busca pessoal e a desclassificação do crime para posse de drogas para consumo próprio.

II. Questões em discussão

2. As questões em discussão consistem em verificar a legalidade da busca pessoal realizada sem mandado judicial, com base em suspeita de porte de arma, e a consequente validade das provas obtidas, e se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou de posse para consumo próprio.

III. Razões de decidir

3. A busca pessoal é permitida sem mandado judicial apenas em casos de flagrante delito ou fundada suspeita de posse de objetos ilícitos, conforme art. 244 do CPP.

4. No caso, a suspeita foi considerada fundada devido à atitude do réu ao avistar a viatura (fuga), justificando a abordagem e a busca pessoal.

5. A reavaliação das provas não permite afirmar com segurança que a droga apreendida era destinada à venda.

6. A pequena quantidade de droga apreendida – 26,7 gramas de cocaína – e a ausência de elementos concretos de traficância respaldam a desclassificação.

7. O princípio do *in dubio pro reo* favorece a desclassificação para o tipo penal de posse para consumo próprio.

8. Ordem concedida. Desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 1502269-30.2023.8.26.0616 - 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes/SP).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 01 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 933525 - SP (2024/0285355-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - DEFENSOR PÚBLICO - SP324570
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENILSON NUNES DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES. FUGA AO AVISTAR A POLÍCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONSUMO PRÓPRIO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, com pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 680 dias-multa, em regime fechado. A defesa pleiteia a nulidade da busca pessoal e a desclassificação do crime para posse de drogas para consumo próprio.

II. Questões em discussão

2. As questões em discussão consistem em verificar a legalidade da busca pessoal realizada sem mandado judicial, com base em suspeita de porte de arma, e a consequente validade das provas obtidas, e se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou de posse para consumo próprio.

III. Razões de decidir

3. A busca pessoal é permitida sem mandado judicial apenas em casos de flagrante delito ou fundada suspeita de posse de objetos ilícitos, conforme art. 244 do CPP.

4. No caso, a suspeita foi considerada fundada devido à atitude do réu ao avistar a viatura (fuga), justificando a abordagem e a busca pessoal.

5. A reavaliação das provas não permite afirmar com segurança que a droga apreendida era destinada à venda.

6. A pequena quantidade de droga apreendida – 26,7 gramas de cocaína – e a ausência de elementos concretos de traficância respaldam a desclassificação.

7. O princípio do *in dubio pro reo* favorece a desclassificação para o tipo penal de posse para consumo próprio.
8. Ordem concedida. Desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 1502269-30.2023.8.26.0616 - 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes/SP).

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. 85 (e-STJ):

[...] Ao relatório da r. sentença acrescento que DENILSON NUNES DE SOUZA foi condenado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes, nos autos de Processo Crime nº 1502269-30. 2023.8.26.0616, às penas de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado e, 680 dias-multa, no valor diário mínimo, por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 c.c. art. 61, I, do Código Penal (fls. 147/155).

Inconformado, DENILSON interpôs Apelação pleiteando em suas Razões, a declaração de nulidade do processo haja em vista a ilegalidade da busca pessoal, devido à ausência de fundada suspeita para a intervenção policial, a absolvição por insuficiência probatória; e, subsidiariamente, a desclassificação do crime para o previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/06 (fls. 189/198).[...]

O paciente foi condenado pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei de Drogas, c/c o art. 61, I, do Código Penal, a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 680 dias-multa.

Contra o decreto condenatório, a defesa interpôs apelação, tendo a Corte *a quo* negado provimento ao recurso.

Neste *writ*, requer a concessão da ordem a fim de ser reconhecida a ilegalidade da busca pessoal, com a consequente absolvição, ou a desclassificação da conduta.

As informações foram prestadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou, caso dele se conheça, pela sua denegação.

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 acrescentados.

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 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 lembrar 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 sobre 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 TJDF), 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 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 86-87):

[...] O Apelante foi condenado porque no dia 30 de agosto de 2023, por volta de 17h47min, na Rua Princesa Isabel de Bragança, nº 79, na cidade e comarca de Mogi das Cruzes, trazia consigo, para fim de entrega a consumo de terceiros, 40 porções de cocaína, com peso aproximado de 26,7g, droga que causa dependência física e psíquica, assim o fazendo sem autorização e em desacordo com determinação

legal ou regulamentar.

*1. PRELIMINARMENTE, no que diz respeito a abordagem pessoal sem justa causa, alegada pelo Apelante, o que se verifica é que os policiais militares Sérgio Aparecido da Silva e Marcelo Pereira da Costa, ouvidos em ambas as fases da persecução penal, narraram que estavam em patrulhamento na região, e avistaram o Apelante com um volume na cintura e que acreditava tratar-se de uma arma e ele **ao perceber que iria ser abordado, fugiu**. O volume na cintura, que acreditavam tratar-se de uma arma de fogo gerou a justa causa para abordagem.*

Com isso, ao contrário do que alega o Apelante, houve sim justa causa para sua abordagem e busca pessoal, pois apresentou atitude suspeita ao avistar a viatura.

Assim, devidamente justificada a busca pessoal.[...]

Nessas hipóteses, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posiciona no mesmo sentido em situações similares, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO EVIDENCIADA.

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, as instâncias ordinárias assentaram que os policiais militares faziam patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes, quando avistaram o agravante, já conhecido no meio policial pelo envolvimento com o tráfico, o qual acelerou o passo, com vistas a empreender fuga, tendo sido apreendidos na revista pessoal 14 (quatorze) pinos de cocaína, não havendo que se falar em ausência de fundada suspeita para a busca pessoal. Precedentes.

IV - No presente caso, a Corte de origem concluiu pela impossibilidade de desclassificação da conduta do paciente para aquela prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 com fulcro nos depoimentos dos policiais e na quantidade e na forma de acondicionamento dos entorpecentes, a ensejar a conclusão pelo dolo da mercancia, tudo em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

V - O rito do habeas corpus não admite o revolvimento de matéria fático-probatória, de modo que não há que se falar em desconstituição das conclusões bem exaradas pelo Tribunal local.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 913025 / SP, Relator Ministro MESSOD AZULAY NETO, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 06/08/2024, Data da Publicação/Fonte DJe 19/08/2024.)

A verificação da divergência do quadro fático aduzido como pressuposto ao firmamento da tese da origem demandaria inviável dilação probatória "habeas corpus".

A respeito do pedido subsidiário – desclassificação para o art. 28 da lei em apreço –, a controvérsia posta em julgamento é se a conduta é realmente típica de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006) ou se amolda 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 "reavaliação de fatos incontroversos", como é a hipótese em questão. Nesse sentido:

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

1. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (Lei n. 6.368/1976).

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

3. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória. O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução

probatória. Depende, ademais, da definição, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias de origem para condenar o réu pela prática do crime de tráfico de drogas, vis-à-vis os elementos (subjetivos e objetivos) do tipo penal respectivo.

4. Agravo regimental não provido.

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

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 trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito" (Tema 506).

A respeito da pretensão aqui trazida, assim se manifestou o Tribunal local (e-STJ, fls. 87-89):

*[...] Quanto a autoria, o Apelante ouvido em ambas as fases da persecução penal negou o tráfico, afirmou que a droga encontrada era para uso pessoal. Acrescentou que tinha algumas passagens, e por tal motivo, comprava uma boa quantidade, para que não precisasse ir até a biqueira todo dia para comprar droga. **Que comprou as 40 porções e que usava cerca de 08 a 09 por dia.** Que tinha R\$ 400,00 e usou para comprar aquela droga. Quando desceu na estação, iria chamar um Uber, mas foi abordado. Que o policial falou para ele encostar, ele se assustou, pois estava com a droga e resolveu correr. Um rapaz deu uma rasteira o que fez com que ele caísse. Os policiais então o algemaram e perguntaram por que ele havia corrido, se havia roubado alguma coisa, que respondeu negativamente. **Que então falou ao policial que tinha drogas, mas***

que era para seu consumo. Que o policial ainda perguntou se ele tinha alguma passagem por tráfico, respondendo novamente de forma negativa e com isso o policial disse que então seria o primeiro e o levou para Delegacia. Tinha comprado essa droga no mesmo dia, por volta de umas 15h00, na zona leste, veio de trem e a abordagem se deu assim que chegou na estação e se dirigia para pegar o Uber (fls. 09/12 e gravação audiovisual).

De se destacar insubsistentes as evasivas do Apelante quanto ao crime mais grave, que não encontram sustentáculo no corpo probatório. Dele não era mesmo de se esperar que viesse a confessar a prática de crime tão grave em Juízo, produzindo provas em seu desfavor, devendo suas negativas serem tomadas como ato natural de defesa, diante dos demais elementos do conjunto probatório.

Os policiais militares Sérgio Aparecido da Silva e Marcelo Pereira da Costa, ouvidos em ambas as fases da persecução penal, narraram que durante o patrulhamento pelo centro de Mogi das Cruzes, avistaram o Apelante que possuía um certo volume na cintura, o que gerou a fundada suspeita de que estaria armado. Quando percebeu que seria abordado, empreendeu fuga. Com a ajuda de um civil que estava na rua e colidiu com ele, o Apelante caiu e conseguiram aborda-lo. Encontraram na busca pessoal, 40 porções de cocaína e, após indagado, o Apelante confirmou que estaria traficando. Não tinha dinheiro com o Apelante (fls. 03/08 e gravação audiovisual).

Não há nos autos o menor indício de que as testemunhas, policiais, tenham se unido para, no conjunto, atribuírem ao Apelante, crime tão grave de que o sabe inocente; nenhum motivo sério restou devidamente comprovado a permitir tal conclusão, devendo, por isso, ser afastada qualquer ideia de imputação malévola.

Destaco ainda a validade do depoimento policial, cuja atuação revestiu-se da mais absoluta legalidade.[...]

Como visto, ressaltou o Tribunal estadual que "[n]ão há nos autos o menor indício de que as testemunhas, policiais, tenham se unido para, no conjunto, atribuírem ao Apelante, crime tão grave de que o sabe inocente; nenhum motivo sério restou devidamente comprovado a permitir tal conclusão, devendo, por isso, ser afastada qualquer ideia de imputação malévola".

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

Ocorre que a reavaliação das provas não permite afirmar, com a segurança necessária ao édito condenatório, que a substância entorpecente que o paciente tinha consigo era destinada à venda ou oferta, extraíndo-se da sentença que foram apreendidos "40 porções de cocaína, com peso aproximado de 26,7g" (e-STJ, fl. 86).

Efetivamente, considerando o princípio do *in dubio pro reo*, há de prevalecer a alegação do paciente; respaldada pela inexpressiva quantidade de droga apreendida. Fazendo jus, portanto, ao pleito desclassificatório, o que autoriza a concessão da ordem de ofício diante da flagrante ilegalidade.

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

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N.11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É possível examinar em habeas corpus a legitimidade da condenação imposta desde que não seja necessário que se proceda à dilação probatória.

2. Para a imposição de uma condenação criminal, faz-se necessário que seja prolatada uma sentença, após regular instrução probatória, na qual haja a indicação expressa de provas suficientes acerca da comprovação da autoria e da materialidade do delito, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal.

3. Insta salientar, ainda, que a avaliação do acervo probatório deve ser realizada balizada pelo princípio do favor rei. Ou seja, remanescendo dúvida sobre a responsabilidade penal do acusado, imperiosa será a sua absolvição, tendo em vista que sobre a acusação recai o inafastável ônus de provar o que foi veiculado na denúncia.

4. A apreensão da droga em poder do acusado, por si só, não indica a realização do tipo inserto no art. 33 da Lei de Drogas, notadamente se considerada a pouca quantidade que foi encontrada. Além disso, não foram localizados petrechos comuns a essa prática (balança de precisão, calculadora, recipientes para embalar a droga, etc). Em suma, baseou-se a sentença apenas na apreensão dos entorpecentes, cuja quantidade, a meu ver, "42,2gramas de maconha, em 50 porções; 2,38 gramas de cocaína, em 12 porções; e 4,34 gramas de crack, em 22 porções" (e-STJ fls.151/152), ajusta-se ao que prescreve o art. 28 da Lei de Drogas, autorizando concluir que o réu a tinha para uso próprio.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 687674/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 15/2/2022, DJe de 18/2/2022.)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para desclassificar a conduta de DENILSON NUNES DE SOUZA para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e determinar que as respectivas sanções administrativas lhe sejam aplicadas pelo Juízo de origem.

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

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0285355-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 933.525 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15022693020238260616 22539962023

EM MESA

JULGADO: 01/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - DEFENSOR PÚBLICO -
SP324570
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENILSON NUNES DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico
Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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