

*Superior Tribunal de Justiça*

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 664.403 - SC (2021/0135805-7)**

AGRAVANTE : JOHN LUCAS DA SILVA PEREIRA (PRESO)  
ADVOGADOS : ROSIMEIRE DA SILVA MEIRA - SC026835  
EDUARDO DALMEDICO RIBEIRO E OUTRO - SC060450  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**RELATÓRIO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Trata-se de agravo regimental interposto por JOHN LUCAS DA SILVA PEREIRA contra decisão de minha lavra, por meio da qual não conheci da impetração, nos termos da seguinte ementa (fl. 343):

*"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. MANEJO DO WRIT COMO REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE APTA A ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. WRIT NÃO CONHECIDO."*

Em suas razões, a Parte Agravante sustenta, em síntese, que a decisão impugnada merece ser revista, de forma que se promova a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de drogas, conforme condenação na primeira instância, pois *"no presente caso não ficou comprovado extreme de dúvida que a droga apreendida na residência do Agravante se destinava ao comércio espúrio"* (fl. 355).

Alega que *"os objetos, que comumente são usados para o tráfico, balança de precisão e o papel-filme, que foram apreendidos na residência do Agravante eram utilizados por sua esposa na confecção de doces e bolos"* (fl. 360); e que *"para alguém que possuía uma dependência de grau moderado, não é irrazoável ser apreendido com 58,7 gramas de crack e 28,2 gramas de maconha"* (fl. 363, sem grifos no original).

Assim, requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso assim não se entenda, a apreciação do agravo regimental pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com o provimento do recurso e a concessão da ordem pleiteada.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 664.403 - SC (2021/0135805-7)

## EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. MANEJO DO *WRIT* COMO REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA *E*, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ILEGALIDADE PATENTE APTA A ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). EXCEPCIONAL AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO MINISTERIAL. DESCLASSIFICAÇÃO. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU RESTABELECIDA. AGRAVO DESPROVIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não deve ser conhecido o *habeas corpus*, manejado como substitutivo de revisão criminal, em hipótese na qual não houve inauguração da competência desta Corte. De fato, nos termos do art. 105, inciso I, alínea *e*, da Constituição da República, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, originariamente, "*as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados*", o que não obsta a concessão de *habeas corpus*, de ofício, nas hipóteses em que se constata manifesta ilegalidade, como na espécie.

2. Na distribuição estática do ônus da prova, no processo penal, compete ao Ministério Público provar os elementos do fato típico, e, na hipótese em apreço, não se pode concluir pela prática do crime de tráfico de drogas somente com base na quantidade de entorpecente apreendido na residência do Agravante, sobretudo diante da conclusão do Juízo de primeiro grau de que as testemunhas não souberam informar que o Acusado praticava o comércio e, ainda, que a perícia na balança de precisão resultou negativa para resquícios de entorpecentes. Vale dizer, o juízo condenatório é de certeza, não pode ser substituído por juízo de probabilidade.

3. Concluir que o Tribunal de origem não se valeu do melhor direito na condenação do Agravante não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 33 da Lei de Drogas. No sistema acusatório, repita-se, constitui ônus estatal demonstrar de forma inequívoca a configuração do fato típico.

4. À luz do contexto fático destacado nos julgados das instâncias de origem, deve ser restabelecida a sentença de primeiro grau que promoveu a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

5. Agravo regimental desprovido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para restabelecer a sentença que desclassificou a conduta.

## VOTO

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):**

Como já exposto, o Paciente foi denunciado pela prática do ilícito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois guardava **58,7 gramas de crack e 28,2 gramas de maconha** (fls. 42-44).

# *Superior Tribunal de Justiça*

O **Magistrado sentenciante** julgou parcialmente procedente a acusação, **desclassificando a conduta criminosa para a prevista no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006** e condenando o Paciente à pena restritiva de direitos concernente à prestação de serviços à comunidade pelo período de 2 (dois) meses (fls. 230-235).

Inconformado, o Ministério Público interpôs **apelação**, tendo a Corte de origem dado provimento para **desclassificar uma vez mais a conduta delituosa para a do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006**, condenando o Paciente à pena privativa de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (fls. 30-309).

Descontente, a Defesa impetrou *habeas corpus* neste Tribunal, do qual não conheci (fls. 343-346).

Pois bem.

Em consulta ao *site* mantido pela Corte estadual, pude constatar que o **acórdão da apelação transitou em julgado para a Defesa em 28/08/2019**. Diante dessa situação, não conheci da impetração, manejada como substitutivo de revisão criminal, em hipótese na qual não foi inaugurada a competência desta Corte.

De fato, nos termos do art. 105, inciso I, alínea *e*, da Constituição da República, compete ao Superior Tribunal de Justiça, originariamente, "*as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados*".

Sobre a questão, cito os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE RESISTÊNCIA. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. MANEJO DO WRIT COMO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. HABEAS CORPUS LIMINARMENTE INDEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

**1. Não deve ser conhecido o habeas corpus, manejado como substitutivo de revisão criminal, em hipótese na qual não houve inauguração da competência desta Corte. De fato, nos termos do art. 105, inciso I, alínea e, da Constituição da República, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, originariamente, 'as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados'.**

**2. A tese de nulidade da condenação por ausência de provas não encontra espaço na via estreita do habeas corpus, pois a aferição da alegada fragilidade probatória exigiria incursão em matéria fática, o que não está ao alcance deste instrumento processual, especialmente quando se trata de condenação albergada pelo trânsito em julgado.**

**3. No caso em apreço, é absolutamente inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, pois a referida**

# *Superior Tribunal de Justiça*

*substituição é reservada aos crimes praticados sem o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa (art. 44, inciso I, do Código Penal), o que não é a hipótese, pois o Paciente opôs-se a execução de ato legal mediante violência.*

4. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no HC 642.726/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 19/03/2021; sem grifos no original.)

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.**

1. *Uma vez que se trata de condenação já transitada em julgado, este habeas corpus é sucedâneo de revisão criminal.*

2. *Como não existe, neste Tribunal, julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pela paciente, forçoso reconhecer a incompetência desta Corte Superior para processar e julgar o presente pedido.*

3. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 632.108/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021; sem grifos no original.)

**"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. HIPÓTESE DE NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

[...]

4. *Tratando-se de impetração que se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, já transitado em julgado, contra o qual seria cabível a interposição de revisão criminal, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.*

5. *Tendo sido proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial adotado neste Sodalício deve ser mantida a decisão impugnada, pelos seus próprios fundamentos.*

6. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 486.185/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019; sem grifos no original.)

No entanto, após percuciente análise dos autos, verifico ilegalidade apta a ensejar a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Ao fundamentar a condenação, o Tribunal de origem assim se manifestou:

*"não se olvida que não foram encontrados traços de entorpecentes na*

# *Superior Tribunal de Justiça*

***balança*** (o que poderia ser explicado com uma simples limpeza do aparelho) e que a defesa apresentou tese de que tais utensílios eram de uso da esposa do acusado, porém, há certa dúvida sobre isso, até porque a prova sobre isso, à exclusão do relato do réu e sua esposa, resume-se ao depoimento de uma vizinha do casal, ao passo que nenhum documento ou prova da eventual prestação de tal serviço foi acostada ao feito" (fl. 306; sem grifos no original).

O julgador monocrático, por sua vez, entendeu que não havia provas da traficância, apontando que:

***"Contudo, não exsurge, pelas provas produzidas, a sua destinação comercial. É que, levando em consideração os parâmetros previstos no artigo 28, §2º, da Lei 11.343/06, para se analisar a destinação da droga, percebe-se que, a par da quantidade de entorpecentes, que não é ínfima, mas também não se pode reputá-la considerável, nenhum outro elemento vem a socorrer a tese da mercancia.***

*Os apetrechos [sic] apreendidos, como a balança de precisão e os papeis para embalagem, não indicam, aqui, que serviam a preparação para comercialização do entorpecente.*

***Note-se que a balança foi periciada e o resquício de substância nela encontrada não [são] substâncias de interesse forense, como evidencia o Laudo Pericial nº 9200.18.08726 (fls. 139/195).***

***No mais, os policiais não souberam informar se o acusado teria ou não participação no tráfico de entorpecentes.***

***Diante desse quadro probatório anêmico, a dúvida pende para favorecer o réu."*** (fls. 230-235; sem grifos no original).

Não se desconhece a copiosa manifestação desta Corte Superior no sentido de que o pleito de absolvição ou de desclassificação do crime de tráfico exige, em tese, o revolvimento fático-probatório, providência não cabível no espectro de cognição do recurso especial. Contudo, esse não é o caso dos autos.

Na inicial acusatória, foi imputada ao Agravante a conduta de guardar e manter em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 1 (uma) embalagem plástica contendo 58,7g (cinquenta e oito gramas e sete decigramas) de crack e 1 (uma) porção envolta em fita adesiva e plástico filme contendo 28,2g (vinte e oito gramas e dois decigramas) de maconha.

Porém, o quadro fático incontroverso consignado no acórdão recorrido não demonstra satisfatoriamente o fim comercial da droga apreendida, nem afasta a afirmação do Recorrente de que a substância apreendida se destinava ao consumo pessoal. Nesse ponto, vale considerar que o Juízo de origem destacou que, tanto na delegacia, como em Juízo, o Agravante afirmou ser usuário e, como também confirmaram os policiais, indicou

# Superior Tribunal de Justiça

espontaneamente onde se encontrava a droga.

Para uma abordagem do que representa o tráfico de drogas especificamente em relação ao *crack*, **apenas para estabelecer minimamente uma baliza objetiva para este caso**, registro que a Fundação Oswaldo Cruz em parceria com o Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde (2014), em uma pesquisa nacional do uso de *crack*, estabeleceu a média de uso diário do referido entorpecente no Brasil, **sendo de 13,42 pedras num dia normal (padrão)**, observando, contudo, não haver "*como definir de forma minimamente precisa o peso em gramas e conteúdo do que cada usuário denomina pedra*" (Disponível em <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/10019>>; pág 60; acesso em 1º./07/2021).

Não obstante, compulsando o estudo técnico para sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei n. 11.343/2006, em trabalho capitaneado pela Dra. MARIA TEREZA UILLE GOMES, então Secretária de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado do Paraná (2014), podem ser extraídos alguns índices suplementares no que diz respeito ao uso diário do *crack*.

Por exemplo, há referência a um estudo realizado na Santa Casa de Misericórdia de Curitiba/PR, com 18 pacientes, para aferir as repercussões otorrinolaringológicas do abuso de cocaína e/ou *crack* em dependentes de drogas, através de *anamnese* e exame clínico. Apesar do resultado inconclusivo para o fim que se destinava, consta que "[a] *frequência no uso do crack era semelhante: dos 14 pacientes viciados nesta droga, 11 (78,6%) a utilizavam todos os dias e os três pacientes restantes (21,4%) afirmaram utilizá-la numa frequência de cerca de cinco vezes por semana. A quantidade variou de 1 a 15 gramas, sendo, em média, de 5,2 gramas de crack por dia.*" (A. C. N. Nassif Filho, S. G. Bettega, S. Lunedo, J. E. Maestri, F. Gortz; disponível em <<https://www.scielo.br/j/ramb/a/MTvK7C9XLdLNKCFjxgJzkzH/?lang=pt>>; acesso em 1.º/07/2020).

No caso, da simples leitura do acórdão recorrido, sobreleva o fato de o Recorrente ter sido condenado por tráfico de drogas, **a despeito de não haver sido mencionado nenhum elemento concreto nos autos que indique a efetiva destinação comercial das substâncias apreendidas.**

Na distribuição estática do ônus da prova, no processo penal, compete ao Ministério Público provar os elementos do fato típico e, na hipótese em apreço, **não se pode concluir pela prática do crime de tráfico de drogas somente com base na quantidade de**

# *Superior Tribunal de Justiça*

**entorpecente apreendido na residência do Agravante, como bem reconheceu o julgador monocrático.** Vale dizer, o juízo condenatório é de certeza, não pode ser substituído por juízo de probabilidade.

Não se confirmou a prática da traficância, pois a apreensão decorreu de busca domiciliar e os policiais (testemunhas) não confirmaram ter conhecimento de que o Agravante praticava o comércio, apenas constataram o encontro de balança cujo laudo não apontou o resquício de qualquer substância.

Nesse contexto, a toda evidência, assiste razão à Defesa. Em consequência, não havendo juízo de certeza amparado em provas indicadas no *decisum*, de que as drogas apreendidas na residência do Recorrente não se destinavam ao consumo pessoal – como confessou – mas para mercancia, **ressai que cometeu-se a conduta de trazer consigo a droga, para consumo pessoal, tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.**

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, cito o recente julgado da Sexta Turma desta Corte, de minha relatoria:

*"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). AUSÊNCIA DE PROVA DA MERCANCIA. EXCEPCIONAL AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO MINISTERIAL. ABSOLVIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*

*1. Não se desconhece a copiosa manifestação desta Corte Superior no sentido de que o pleito de absolvição ou de desclassificação do crime de tráfico exige, em tese, o revolvimento de fatos e provas, providência não cabível no espectro de cognição do recurso especial.*

*Contudo, é possível a esta Corte Superior verificar se a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias é juridicamente idônea e suficiente para dar suporte à condenação, o que não configura reexame de provas, pois a discussão é eminentemente jurídica e não fático-probatória.*

*2. Na inicial acusatória, foi imputada à Recorrente a conduta de ter em depósito, com o fim de mercancia, 3,7g de crack. Porém, o quadro fático incontroverso consignado no acórdão recorrido não demonstra satisfatoriamente o fim de mercancia da droga apreendida, nem afasta a afirmação da Recorrente de que a substância apreendida se destinava ao consumo por parte de seu cônjuge.*

*3. Da simples leitura do acórdão recorrido, sobreleva o fato de a Recorrente ter sido condenada por tráfico de drogas, a despeito da diminuta quantidade de entorpecente apreendido em sua residência (3, 7g de crack) e de não haver sido mencionado nenhum elemento concreto nos autos que indique a efetiva destinação comercial da substância. A condenação está lastreada tão-somente em depoimentos de policiais que, por sua vez, se limitaram a reportar o conteúdo de denúncias anônimas de que a Recorrente exerceria o tráfico, bem assim na ausência de ocupação lícita.*

*4. Na distribuição estática do ônus da prova, no processo penal, compete ao Ministério Público provar os elementos do fato típico e, na hipótese em apreço, não se pode concluir pela prática do crime de tráfico de drogas*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*somente com base na quantidade de entorpecente apreendido na residência da Recorrente - 3,7g de crack -, muito menos nas declarações no sentido de que existiriam "denúncias apontando a acusada como traficante", ou seja, notícia criminis inqualificada. Vale dizer, o juízo condenatório é de certeza, não pode ser substituído por juízo de probabilidade.*

*5. Concluir que as instâncias ordinárias não se valeram do melhor direito na condenação da Recorrente não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 33 da Lei de Drogas. No sistema acusatório, repita-se, constitui ônus estatal demonstrar de forma inequívoca a configuração do fato típico.*

*6. Mostra se descabida a eventual desclassificação para o crime de posse (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), uma vez que este encontra-se com a punibilidade extinta, pela consumação da prescrição punitiva.*

*7. Recurso especial provido para absolver a Recorrente da imputação da prática do crime do art. 33. caput, da Lei n. 11.343/2006, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal." (REsp 1.917.988/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 25/05/2021; sem grifos no original.)*

E mais:

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO COM BASE NO DEPOIMENTO DE UM POLICIAL MILITAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO TRÁFICO. CERTEZA IMPRESCINDÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.**

*1. Sem revalorar a prova, mas se tendo como certa a mera localização de pequena quantidade de droga, possível e devida é a reavaliação jurídica do fato.*

*2. Foi o paciente flagrado na posse de 146 gramas de maconha, em veículo com amigos, assumiu a propriedade da droga e se disse viciado, não possuindo antecedentes criminais e tampouco existindo qualquer mínima indicação de atuação no tráfico, mesmo pela testemunha policial que o abordou. Nesse limite de fatos incontroversos, correta é a definição jurídica dada pela sentença classificando o fato como no art. 28, caput, da lei de drogas.*

*3. Habeas corpus concedido para restabelecer a definição jurídica dada pela sentença condenatória." (HC 512.344/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)*

**"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO. DESNECESSÁRIO REVOLVIMENTO DE PROVAS. ALEGADA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE PROVA DA TRAFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL. REGRA PROBATÓRIA DECORRENTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO PROVIDO.**

*1. 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 exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, em sede de recurso especial.*



# *Superior Tribunal de Justiça*

2. *Todavia, a moldura fática delineada na sentença e no acórdão não demonstrou o fim de mercancia, nem afastou de forma incontestada a afirmação do réu de que a droga apreendida destinava-se ao seu consumo pessoal.*

3. *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.*

4. *Não por outro motivo, a prática tem evidenciado que a concepção expansiva da figura de quem é traficante acaba levando à inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais.*

5. *A atual (embora não recente) crise do sistema penitenciário brasileiro e o fato de o Brasil possuir, hoje, a terceira maior população carcerária do mundo - segundo o Centro Internacional de Estudos Prisionais – ICPS (International Centre for Prison Studies) – recomendam não desconsiderar as ponderações feitas neste caso concreto de que efetivamente é temerária, também sob essa perspectiva, a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas.*

6. *A conduta imputada pelo Ministério Público – dentre as várias previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) - foi a de trazer consigo '11 (onze) pedras de crack, divididas em papélotes individuais e escondidas em suas partes íntimas'. Em nenhum momento, o acusado foi visto vendendo, expondo à venda ou oferecendo entorpecentes a terceiros.*

7. *Não foram mencionados elementos que demonstrem, de modo satisfatório, a destinação comercial do entorpecente localizado com o recorrente. Com efeito, não houve campana policial para averiguação da conduta do recorrente, mas tão somente uma abordagem pessoal em virtude do fato de o coacusado – que conduzia a motocicleta – ter se evadido ao avistar a autoridade policial.*

8. *O Ministério Público – sobre quem pesa o ônus da prova dos fatos alegados na acusação – não comprovou a ocorrência de mercancia ilícita da droga encontrada em poder do recorrente, ou que a tanto se destinava, de modo que remanesce somente a conduta de trazer consigo a droga, para consumo pessoal, prevista no tipo do caput do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.*

9. *Dada a primariedade do recorrente (conforme reconhecido na sentença), a reprimenda prevista para o delito de posse de drogas para consumo próprio – prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo – não pode superar o prazo de 5 meses (art. 28, § 3º, da Lei n. 11.343/2006).*

10. *Entretanto, o acusado respondeu ao processo cautelarmente privado de sua liberdade (desde sua prisão em flagrante, em 6/3/2017), e sua custódia preventiva foi mantida na sentença condenatória.*

11. *Como ele está preso a um lapso temporal superior ao da reprimenda que lhe seria imposta, deve ser reconhecida a extinção de sua punibilidade.*

12. *Recurso provido para desclassificar a conduta imputada ao réu para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, já cumprido o prazo máximo da sanção cabível – de modo até mais oneroso –, julgar extinta sua punibilidade." (REsp 1.769.822/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 13/12/2018.)*

*Superior Tribunal de Justiça*

Por fim, vale ressaltar que concluir que as instâncias ordinárias não se valeram do melhor direito na condenação do Recorrente (HC 172.128/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 11/06/2014) **não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 33 da Lei de Drogas.** No sistema acusatório, repita-se, constitui ônus estatal demonstrar de forma inequívoca a configuração do fato típico.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo regimental para não conhecer do *writ* substitutivo de revisão criminal, CONCEDENDO, no entanto, ordem de *habeas corpus*, de ofício, para restabelecer a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau.

É o voto.