



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 726399 - SP (2022/0054986-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES E OUTRO  
**ADVOGADOS** : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639  
 LUCAS HENRIQUE DA SILVA - SP462073  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : EDSON ERNESTO DE SOUZA JUNIOR (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. DESCLASSIFICAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS (4,48 G DE COCAÍNA). PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006). EXCEPCIONALIDADE. HIPÓTESES CUMULATIVAS. DESNECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. ÍNFIMA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO (4,48 G DE COCAÍNA). INEXISTÊNCIA DE PROVA ROBUSTA DA MERCANCIA. PRECEDENTE DA SEXTA TURMA. CONDUTA DESCLASSIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER ACOLHIDO.

Ordem concedida nos termos do dispositivo.

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de Edson Ernesto de Souza Junior, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso de Apelação n. 1500721-72.2021.8.26.0637.

Ataca-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à apelação defensiva (fls. 14/28), mantendo a sentença prolatada na Ação Penal n. 1500721-72.2021.8.26.0637 (fls. 29/37), da Vara Única da comarca de Tupã/SP.

Alega-se constrangimento ilegal consistente na condenação pelo crime de tráfico de drogas.

Defende-se que a quantidade e natureza única do entorpecente apreendido (4,48 g de cocaína) são compatíveis com o art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Requer-se a concessão da ordem para que seja desclassificada a conduta para o delito de uso próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006) ou modificar a dosimetria da pena aplicada.

Os autos vieram a mim conclusos por prevenção do HC n. 673.586/SP, impetrado em favor do paciente.

Após as informações prestadas, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela concessão da ordem de ofício (fls. 220/225).

É o relatório.

Excepcionalmente, *tem-se admitido a desclassificação do delito quando para tanto bastar a reavaliação dos fatos e provas delineados no acórdão [...], especialmente quando se trata de ínfima quantidade de entorpecente apreendido e inexistir prova robusta, que indique, sem espaço para dúvida, a existência do crime e a prova de autoria* (AgInt no AREsp n. 741.686/RO, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 12/8/2021).

Pelos percucientes fundamentos, adoto também como razões de decidir o parecer do Ministério Público Federal, *in verbis* (fls. 220/225 - grifo nosso):

[...]

Nada obstante, há ilegalidade no acórdão impugnado, conforme será demonstrado na sequência.

Conforme relatado, impetrante pretende a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei de Drogas, ao argumento de que “[n]ão há qualquer prova da destinação da cocaína apreendida a terceiros, salvo pela suposição baseada no histórico criminal do Recorrente”.

No caso, o magistrado sentenciante, ao entender caracterizada a prática de traficância pelo paciente, assim dispôs:

“No caso em apreço, não merece acolhimento a tese defensiva de desclassificação do delito para o art. 28 da Lei de Drogas. Isso porque o acusado estava acompanhado de indivíduo não identificado, em local notório pela comercialização de entorpecentes, portando quantidade relevante de cocaína, e tentou se evadir da abordagem policial. Verdade que a vida pregressa do denunciado, por si só, não pode ser utilizada para convencimento acerca do intuito de comercialização dos entorpecentes, todavia, as circunstâncias em que cometido o delito, bem como a mudança de versão em sede policial e judicial, colocam em descrédito a alegação de que os entorpecentes de destinavam meramente ao uso pessoal. O réu possui condenações prévias pelo cometimento do crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, bem como por outros delitos, sendo conhecido dos meios policiais pela prática da traficância, e, na data dos fatos, estava em conhecido ponto de tráfico de entorpecentes em posse de diversas porções de cocaína, concluindo-se pela correta tipificação do delito, nos termos da denúncia. O acusado era, na data dos fatos, imputável, tinha plena

consciência da ilicitude de sua conduta, não havendo quaisquer excludentes de ilicitude ou de culpabilidade que possam beneficiá-lo. A prova é certa, segura e não deixa dúvidas de o réu praticou a conduta delitativa descrita na denúncia, devendo responder penalmente pelo praticado".

Já o Tribunal de origem, após fazer referência às provas dos autos, manteve a condenação, sob os seguintes fundamentos:

"Ressalte-se não ser crível a versão apresentada pelo acusado, segundo a qual os entorpecentes apreendidos se destinavam a consumo próprio. De outro lado, os policiais afirmaram de forma categórica terem avistado o acusado e um terceiro não identificado, ocupando uma motocicleta. Ao avistarem a viatura policial, apresentaram nervosismo e empreenderam fuga. Após algum tempo, o réu desembarcou do veículo e passou a empreender fuga a pé, sendo perseguido pelo policial Wagner, que avistou quando o acusado dispensou um capacete e uma sacola plástica escura. Detido, refizeram o trajeto percorrido pelo réu, encontrando a sacola por ele atirada, a qual continha as dez porções de cocaína apreendidas. Assim, em que pese a afirmação de que a droga se destinava a consumo próprio, os policiais afirmaram que o acusado já era conhecido do meio policial, havendo notícia de seu envolvimento com a mercancia ilícita. Além disso, responde a processo criminal pela prática de delito de mesma natureza (autos nº 1500274-93.2019.8.26.0592 fls. 51/58). Impunha-se, portanto, a condenação do réu, não havendo cogitar-se de absolvição por insuficiência probatória, ou mesmo a desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei de Drogas, já que suas atitudes se coadunam, perfeitamente, com a figura delitativa prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 (...)."

A partir da leitura da sentença, conjugada com o trecho do acórdão, nota-se que as instâncias ordinárias condenaram o paciente pelo crime de tráfico de drogas com base (i) na fuga empreendida, (ii) no fato de se encontrar em local conhecido pela comercialização de entorpecentes e (iii) no seu histórico criminal, sem indicar nenhum elemento concreto que demonstrasse efetivamente que a droga era destinada a consumo de terceiros. O contexto fático-probatório delineado nas decisões não é capaz de sustentar a condenação pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; mormente considerando a ínfima quantidade de cocaína apreendida com o paciente (4,48 g).

Dessa forma, inexistindo provas contundentes de que o paciente pretendia comercializar os entorpecentes com ele apreendidos, de rigor a desclassificação para conduta do art. 28 da Lei de Drogas. Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DEDROGAS. AUSÊNCIA DE PROVAS INEQUÍVOCAS DE COMÉRCIO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, *CAPUT*, DA LEI N.º 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

**1. Diante das circunstâncias fáticas, a forma como foi apreendida a droga não demonstra inequivocamente a sua destinação para a comercialização, além de não afastar a circunstância de ter sido apreendida quantidade não relevante.**

**2. Quanto ao material encontrado na posse no acusado, que afirmou ser usado na sua profissão de tatuador, também não restou categoricamente comprovado que fosse usado para o tráfico e não para a sua profissão. A quantidade de droga apreendida não é expressiva, tratando-se de 11 g de cocaína e 9 g de maconha o que caracteriza mais o consumo do que a traficância.**

**3. Considerando a apreensão de quantidade não expressiva de droga e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente, afigura-se mais razoável, considerando-se o princípio da presunção de inocência, adotar-se a interpretação mais**

favorável ao imputado.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 701.456/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DESCLASSIFICAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS (3,01 G DECOCAÍNA). PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006). EXCEPCIONALIDADE. HIPÓTESES CUMULATIVAS. DESNECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. ÍNFIMA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. INEXISTÊNCIA DE PROVA ROBUSTA DA MERCANCIA. PRECEDENTE DA SEXTA TURMA. CONDUTA DESCLASSIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA LIMINARMENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Excepcionalmente, tem-se admitido a desclassificação do delito quando, para tanto, bastar a reavaliação dos fatos e provas delineados no acórdão[...], especialmente quando se trata de ínfima quantidade de entorpecente apreendido e inexistir prova robusta que indique, sem espaço para dúvida, a existência do crime e a prova de autoria (AgInt no AREsp n. 741.686/RO, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 12/8/2021).

**2. In casu, razão não assiste ao agravante, pois a sentença condenatória não demonstrou o fim de mercancia ou afastou peremptoriamente a alegação de que o entorpecente se destinava ao consumo pessoal, além de se tratar de quantidade ínfima (3,01 g de cocaína). Precedentes.**

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 693.794/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 30/09/2021) (grifei).

Diante do acolhimento do pleito desclassificatório, resta prejudicada a análise do pedido subsidiário.  
[...]

Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, **concedo** a ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente na Ação Penal n. 1500721-72.2021.8.26.0637, da Vara Única da comarca de Tupã/SP, para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, devendo o Juízo da execução penal competente promover a adequação na respectiva dosimetria.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 27 de abril de 2022.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator