



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA – RELATOR DO
HABEAS CORPUS 213.387 – 2ª TURMA – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1,3g de cocaína
3,3g de maconha

HC 213.387

Agravantes: Júlio César Flauzino Pinheiro e Hellen Carolina Borges de Campos

JÚLIO CÉSAR FLAUZINO PINHEIRO e HELLEN CAROLINA BORGES

DE CAMPOS, já devidamente qualificados nos autos, vêm, respeitosamente, à presença de V. Exa., por intermédio do Defensor Público-Geral Federal, por meio do Defensor designado, conforme Portaria 233, de 14 de março de 2019, interpor recurso de **AGRAVO**, previsto no artigo 317 do RISTF, em face de decisão monocrática que negou seguimento ao **HABEAS CORPUS 213.387**, interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo regimental no REsp 1.969.028/PR.

Requerem seja recebido, conhecido e provido o recurso, rogando, ainda, caso não exercido o juízo de retratação, seja ele levado à Turma para que esta lhe dê provimento.

COLENDAS TURMAS

1. BREVE RELATO DOS FATOS

Os recorrentes foram condenados pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto,

substituída por restritivas de direito, para Hellen; e à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, para Júlio.

Em face da referida sentença, a defesa interpôs recurso de apelação requerendo, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade das provas, pois obtidas mediante violação de domicílio, e, no mérito, a absolvição por insuficiência de provas. No entanto, o Tribunal negou provimento ao recurso.

Foi, então, interposto recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça. Este, no entanto, não foi conhecido, sob o argumento de que entender de modo diverso do estabelecido pelo Tribunal demandaria revolvimento fático-probatório.

Em face dessa decisão, foi interposto agravo regimental. Entretanto, o colegiado negou provimento ao recurso.

Tendo em vista o flagrante constrangimento ilegal, foi impetrado o presente habeas corpus, pleiteando a absolvição por ausência de provas (CPP, art. 386, V e VII). Em sede de decisão monocrática, no entanto, o Ministro Relator negou seguimento ao habeas corpus, sob o fundamento de que a superação do entendimento firmado nas instâncias ordinárias demandaria o revolvimento de fatos e provas.

Todavia, a mencionada decisão não deve prevalecer, como será a seguir demonstrado.

2. DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE AGRAVO

A Defensoria Pública-Geral da União foi intimada eletronicamente em 05 de dezembro de 2022, segunda-feira.

A parte está assistida pela Defensoria Pública, o que impõe a contagem em dobro dos prazos processuais, na forma do art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/1994.

Portanto, o prazo final para a interposição do recurso pertinente é o dia 15 de dezembro de 2022, quinta-feira.

3. DAS RAZÕES RECURSAIS

A decisão recorrida afirmou que para a superação do entendimento firmado nas instâncias ordinárias seria necessário o revolvimento de fatos e provas, “*incabível na via estreita do habeas corpus*”. No entanto, tal entendimento não merece prosperar.

Essa Corte já firmou entendimento de que nada impede que o julgador analise as provas e documentos que já estão nos autos. O que não se admite em sede de habeas corpus é apenas a dilação probatória. Se assim não fosse, não haveria qualquer motivo para que o impetrante apresentasse provas quando do ajuizamento do habeas corpus.

É exatamente nesse sentido o trecho abaixo transcrito do voto condutor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RHC 206846:

“De igual modo, não há impedimento para determinada incursão fático-probatória em sede de habeas corpus, como já decidiu a Segunda Turma desta Corte.

Em habeas corpus, não é possível se proceder à dilação probatória, mas nada impede que o julgador analise as provas e documentos que já estão nos autos. Se não for possível examiná-los, de nada adianta exigir do impetrante que “apresente prova pré-constituída” no momento da impetração. Nesse sentido:

“Agravos regimentais no habeas corpus. 2. No habeas corpus, é vedada a dilação probatória, devendo o impetrante instruí-lo com provas préconstituídas, nas quais fundamenta seu pedido. Possibilidade de reexame, que não se confunde com dilação probatória. 3. Concessão da ordem de ofício diante de manifesta e ululante ilegalidade. Possibilidade. 4. Agravo regimental não provido.” (AgR no

HC 174.977, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 12.2.2020)

Ademais, existem temas que inerentemente demandam análise de elementos que constem nos autos. Por exemplo, como se pode examinar a existência de *fumus commissi delicti* para uma prisão preventiva sem verificar os fundamentos fáticos que a legitimam?

Portanto, a análise em sede de habeas corpus possui uma cognição limitada ao Tribunal ad quem. Não se trata de vedar, abstratamente, qualquer reexame fático ou probatório. Contudo, a via estreita do habeas corpus permite um contato limitado com a situação fática do caso concreto. Essa ação constitucional tem como objetivo tutelar direitos fundamentais do imputado, que coloquem em risco a sua liberdade ainda que indiretamente.

Nesses termos, a partir dos elementos juntados aos autos e, especialmente, dos fundamentos assentados nas decisões dos juízos anteriores, deve-se verificar a ocorrência de ilegalidade de modo a garantir-se a proteção efetiva dos direitos fundamentais no processo penal.” (RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022)

Assim sendo, imperioso que este Egrégio Tribunal analise os autos do presente recurso, o que possibilitará que se profira decisão com base no caso concreto em discussão. Há que se rememorar que cada habeas corpus representa a vida de uma pessoa e um possível cerceamento ilegal à sua liberdade.

No caso em tela, o constrangimento ilegal encontra-se consubstanciado na condenação dos recorrentes sem provas de autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas.

Descreveu a denúncia que os recorrentes “*traziam consigo, de forma compartilhada, para comercialização, o primeiro, 5 (cinco) porções da substância entorpecente vulgarmente conhecida como “cocaína”, pesando **1,3 gramas** e, a*

segunda, **3,3 gramas** da substância entorpecente vulgarmente conhecida como “maconha”. Narrou, ainda, que teriam sido apreendidos R\$ 1.859,00 dentro do sutiã da recorrente.

De acordo com os depoimentos idênticos dos policiais, estes teriam recebido uma denúncia de que estaria ocorrendo tráfico de drogas no endereço onde foram abordados os recorrentes. Afirmaram que revistaram os recorrentes, encontrando **1,3 gramas** de cocaína e quantia em dinheiro no sutiã da recorrente, e na garagem foram localizadas **3,3 gramas** de maconha. (e-STJ Fls. 11 a 16)

Nesse ponto, é de suma importância analisar que as provas juntadas aos autos, quais sejam, as mínimas quantidades de drogas e o dinheiro, não são suficientes para lastrear uma condenação por tráfico de drogas. Quando muito, apenas poderiam ter sido os recorrentes denunciados pela conduta do art. 28 da Lei de Drogas.

Toda a condenação se baseou unicamente no depoimento dos policiais, que não possui credibilidade. Inicialmente, os depoimentos perdem sua confiabilidade a partir do momento em que se percebe que são **cópias, cada palavra utilizada no depoimento de Arnaldo foi copiada e colada no depoimento de Edson** (e-STJ Fls. 11 a 16), em um claro esforço de manter as versões consistentes.

Além disso, **os policiais afirmam que teriam localizado o dinheiro no sutiã da recorrente, com a ajuda de uma policial feminina. No entanto, na descrição da ocorrência não há qualquer menção a uma policial feminina, um nome, NADA.** (e-STJ Fl. 36). Aliás, como confrontar, interrogar, inquirir uma agente do Estado oculta, anônima? A policial participou do ato sem se identificar, sem registrar nada? Trata-se de narrativa completamente inverossímil. Convenhamos, não há a menor credibilidade em tal afirmação.

Já em juízo, o policial Edson acrescentou algumas informações em seu depoimento (e-STJ Fl. 424). Afirmou que havia mais duas pessoas fora os réus e que todos foram abordados e liberados. Ora, se haviam outras testemunhas, porque nenhum dos indivíduos foi arrolado como testemunha?

De fato, a condenação se baseou apenas no depoimento dos policiais militares, mesmo tendo sido exposto que no momento da abordagem policial estavam

presentes outras pessoas, as quais não foram identificadas e tampouco ouvidas em juízo, a fim de esclarecer os fatos.

Neste depoimento, ainda, o policial afirmou que a maconha foi encontrada no quintal. Ora, como é possível que uma droga encontrada no quintal tenha sua propriedade atribuída aos réus, que nem mesmo são donos da residência, ainda mais que no local, **segundo o próprio policial**, existiam várias outras pessoas?

Extrai-se do termo dos depoimentos dos policiais (e-STJ Fls. 12 e 15):

“(…) FOI POSSÍVEL PERCEBER QUE SE TRATAVA DE UMA CASA ABANDONADA NÃO POSSUIA LUZ ELÉTRICA POREM HAVIA ALGUNS INDIVÍDUOS NO INTERIOR (…)” (em maiúsculas no original)

Agora, transcreve-se trecho da sentença (e-STJ Fl. 466):

“O policial militar **Edson Neves dos Santos**, ouvido no seq. 150.1, disse que:

“(…)”

Era um ponto de venda de drogas. Não havia energia elétrica, não era habitada. (…)
A cocaína foi localizada com Júlio César e a maconha no quintal. (…)” (destaques no original)

Além disso, afirmaram os policiais que o local é conhecido por ser um ponto de tráfico de drogas. Ora, em um local de tráfico de drogas haverá traficantes, mas também usuários. Não é possível que toda e qualquer pessoa lá presente seja denunciada por tráfico de drogas, até porque só há venda se existirem compradores, conclusão lógica.

Ao contrário dos depoimentos dos policiais, que carecem de credibilidade, os interrogatórios dos recorrentes são claros e consistentes. Eles afirmaram que teriam sido convidados por um conhecido (Gustavo) para consumir drogas naquele endereço (e-STJ Fl. 26 e 31). Que ambos eram usuários de droga,

mas **não estavam envolvidos com o tráfico**. Ora, além de não haver inconsistências entre os depoimentos dos recorrentes, a versão por eles apresentada condiz com a minúscula quantidade de droga encontrada, **1,3 gramas** de cocaína e **3,3 gramas** de maconha que se encaixa em um contexto de consumo pessoal (art. 28 da Lei de Drogas) - isso sem contar que parte dela estava em um quintal de uma casa repleta de pessoas.

Calha repisar: nenhum dos agravantes tinha envolvimento com o tráfico, nem mesmo o agravante Júlio, que tinha condenação anterior, mas por roubo e não por tráfico de drogas.

Não há indicação de qual o elemento de prova o juízo considerou para concluir que os recorrentes estariam, no momento da abordagem, praticando a traficância, mas somente a mera presunção de que, como foram encontrados na posse de entorpecentes, estavam a vendê-los. Nesse ponto, cumpre rememorar que o processo penal deve ser regido pelo princípio do *in dubio pro reo*.

Ainda, ambos os recorrentes negam veementemente estar na posse de R\$ 1.859,00, que supostamente teriam sido encontrados no sutiã de Hellen. A recorrente afirmou que possuía apenas R\$ 350,00 na capa de seu celular, dinheiro oriundo de seu trabalho, fato comprovado pela declaração da empregadora (e-STJ Fl. 150).

Aliás, a quantidade de droga encontrada foi ínfima. Portanto, seriam necessários outros indicativos de que se tratava de traficância além da droga, que poderia ser – como de fato era – para uso. Supostamente, o dinheiro encontrado no sutiã (local íntimo, portanto) da agravante seria a prova da venda de drogas. Por que razão então, sendo esse aspecto tão relevante, o Ministério Público não arrolou a policial feminina que teria feito a revista na agravante na denúncia? Certamente pela sua inexistência, já que tal pessoa foi mencionada diversas, mas nunca indicada adequadamente, com nome, endereço profissional. Pode o Estado agir de forma oculta? Sem se identificar? A resposta é negativa. Não há como se confrontar acusador oculto.

Dessa forma, ao contrário do asseverado ao longo do processo, a autoria e a materialidade do delito não estão comprovadas ou incontestes, em verdade, não

há nem mesmo indícios da ocorrência do delito de tráfico de drogas por partes dos recorrentes, no máximo a diminuta quantidade de droga poderia caracterizar a conduta do usuário.

A condição de usuário de drogas por si só não pode servir como justificativa para incriminar o acusado pela conduta de tráfico, visto que não estamos tratando do direito penal do autor, vedado pelo direito penal brasileiro, mas sim do fato em si, comprovado através de fundamentos concretos e inequívocos da prática delitiva.

Relevante apontar que, em caso semelhante ao presente, HC 123.221, a Segunda Turma do STF concedeu a ordem, reconhecendo não haver provas aptas a justificar uma condenação por tráfico de drogas. O Ministro Gilmar Mendes, relator, ainda frisou que diversos casos que antes eram vistos como de consumo pessoal, têm sido tratados como tráfico, após a alteração da Lei 11.343 no que tange ao usuário. Veja-se:

Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. 3. Deficiência de fundamentação a justificar a diminuição da pena aplicada, o regime de cumprimento e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 4. Ordem concedida de ofício.

(HC 123221, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015)

Colhe-se do voto condutor:

“A pequena apreensão de droga (1,5g de maconha) e a ausência de outras diligências investigatórias, no meu entender, apontam que a instauração da ação penal com **consequente condenação representa medida nitidamente descabida.**

(...)

Após exame detalhado de todos os volumes dos autos, entendo que, com relação ao paciente, **não existem elementos probatórios**



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

suficientes a justificar a condenação. Assim, está demonstrado patente constrangimento ilegal, que merece ser reparado.

Nesses termos, meu voto é no sentido de **conceder a ordem, de ofício, para absolver o paciente Felipe Bruno Malavasi Brega, em razão de ausência de prova da existência do fato** (CPP, art. 386, inciso II).

Por fim, vislumbro indicativos de que a mudança de tratamento promovida pela Lei 11.343/06, que aboliu a pena privativa de liberdade para usuário (art. 28), provocou uma reação inesperada e indesejável: **atos limítrofes, anteriormente registrados como uso, passaram a ser tratados como tráfico de drogas.** Conforme dados do Infopen, em 2006, houve 47.472 prisões por tráfico de drogas. A Lei 11.343/06 entrou em vigor em outubro de 2006. No ano seguinte (2007), foram registradas 65.494 prisões por tráfico, um aumento de 38%. E essa escalada prosseguiu. Em 2010, foram 106.491 prisões.” (Grifo nosso)

Importa, por fim, transcrever as ponderações lançadas pelos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, no feito invocado acima (HC 123221)

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – (Relator):

Presidente, tenho a impressão de que é necessário que algo mais seja feito no sentido de uma atividade de coordenação, de organização, tendo em vista que, pelos indícios que nós temos, essa lei que aparentemente veio para abrandar a aplicação penal e, claro, tratar mais rigorosamente o traficante, sobretudo aquele que atua em organização criminosa, parece que está contribuindo densamente com o aumento da população carcerária.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Brasil, hoje, possui uma das maiores populações carcerárias em escala global, circunstância que justifica a ponderação feita pelo eminente Relator.”

Resta evidente que o viés punitivista incrustado na sociedade brasileira tem se sobressaído e gerado consequências desastrosas. Pessoas abordadas com menos de 5 gramas de droga, sem qualquer envolvimento prévio com o tráfico, ou mesmo com qualquer crime, como o caso da agravante Hellen, têm sido denunciadas e condenadas por tráfico de drogas, à míngua de qualquer indício de traficância.

Assim sendo, tendo em vista que não há qualquer prova nos autos apta a sustentar uma condenação por tráfico de drogas, imperioso que sejam os réus absolvidos por falta de provas.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, requerem seja exercido o juízo de retratação por Vossa Excelência, com o conhecimento do recurso e a concessão da ordem para reconhecer a ausência de provas para a manutenção da condenação, e, por conseguinte, a absolvição dos recorrentes.

Caso mantida a decisão agravada, pedem seja o presente agravo levado à Turma em destaque para que esta dê provimento ao recurso e conceda a ordem.

Pugnam, ainda, pela intimação pessoal da Defensoria Pública-Geral da União para a sessão de julgamento do *writ*.

Nestes termos,
Pedem deferimento.

Brasília, 15 de dezembro de 2022.

Gustavo de Almeida Ribeiro
Defensor Público Federal