**HABEAS CORPUS Nº 681.680 - SP (2021/0228712-5)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
|  |  | DANIELA BATALHA TRETTEL - SP236548 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : |  |
| INTERES. | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 1501388-12.2020.8.26.0599).

Consta dos autos que o paciente foi **condenado, em primeiro grau, à pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 10 meses**, como incurso no **art. 28, *caput***, da **Lei n. 11.343/2006.**

O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento ao recurso da acusação e condenou o réu a **7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão**, em regime inicial **fechado**, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

A defesa busca, por meio deste *writ*, a desclassificação da conduta imputada ao acusado para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Para tanto, afirma, em síntese, que, "em nenhum momento ficou evidenciado o intuito de comercialização da droga apreendida com o paciente (apenas 5 pedras de crack, peso líquido de 0,4 g). O paciente negou que estava comercializando o produto e confessou que é usuário, tendo comprado a droga na biqueira da praça em razão da abstinência" (fl. 7).

A liminar foi indeferida e, prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

**HABEAS CORPUS Nº 681.680 - SP (2021/0228712-5)**

**EMENTA**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. No processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

2. 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).

3. O alargamento da consideração sobre quem deve ser considerado traficante acaba levando à indevida 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.

4. Na espécie em julgamento, em que pese a existência de condenações, antigas no tempo, pela prática de delitos da mesma natureza em desfavor do acusado, em nenhum momento foi ele surpreendido comercializando, expondo à venda, entregando ou fornecendo drogas a consumo de terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades, a fim de eventualmente comprovar a alegação doMinistério Públicode que "estava comercializando entorpecentes na Praça Jardim Oriente, local amplamente conhecido como ponto de venda de entorpecentes".

5. Considerada a ínfima quantidade de droga apreendida (0,4 g de crack) e a afirmação do réu, em juízo, de que a substância apreendida seria para seu próprio consumo, opera-se a desclassificação da conduta a ele imputada, em respeito à regra de juízo, basilar ao processo moderno e derivada do princípio do *favor rei* e da presunção de inocência, de que a dúvida relevante em um processo penal resolve-se a favor do imputado.

6. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a *parte objecti*, quer a *parte subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorra de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

7. Por tal motivo, não se pode transferir ao acusado a prova daquilo que o Ministério Público afirma na imputação original e, no ponto, não se pode depreender a prática do crime mais grave – tráfico de drogas – tão somente a partir da apreensão de droga em poder do acusado ou de seu passado criminógeno. Salvo em casos de quantidades mais expressivas, ou quando afastada peremptoriamente a possibilidade de que a droga seja usada para consumo próprio do agente – e a instância de origem não afastou essa hipótese –, cumpre ao titular da ação penal comprovar, mediante o contraditório judicial, os fatos articulados na inicial acusatória, o que, no entanto, não ocorreu, como se depreende da leitura da sentença e do acórdão.

8. É de considerar-se, outrossim, que do Ministério Público, instituição que, acima de tudo, se caracteriza pela função fiscalizatória do direito (*custos iuris*), espera-se – mormente ante a necessidade de direcionar seus limitados recursos e esforços institucionais com equilibrada ponderação – uma atuação funcional imbuída da percepção de que o Direito Penal é o meio mais contundente de que dispõe o Estado para manter um grau de controle sobre o desvio do comportamento humano, e que, por isso mesmo, deve incidir apenas nos estritos limites de sua necessidade, não se mostrando, portanto, racionalmente defensável que a complexidade do atual perfil de atribuições "converta os agentes de execução do Ministério Público em simples 'despachantes criminais', ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico-penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena." (Paulo César Busato, O papel do Ministério Público no futuro Direito Penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais.* Doutrina Nacional. v. 2, n. 5, p. 105-124).

9. Ordem concedida, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que, desclassificando a imputação original, condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 1501388-12.2020.8.26.0599).

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

**I. Contextualização**

Informam os autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. O Ministério Público assim narrou os fatos em sua inicial acusatória, *in verbis* (fls. 29-30):

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 28 de outubro de 2020, por volta de 11h00min, na Rua Mauro Rodolfo Adamole, n.º 85, Bairro Água Branca, nesta cidade e Comarca de Piracicaba/SP, , qualificado e indiciado às fls. 06/07 e 16/19, trazia consigo, nas dependências da Praça Madre Maria Cenáculo, para entregar ou fornecer ao consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, **05 (cinco) invólucros contendo cocaína em forma de crack, com peso líquido de 0,4 g (quatro gramas)**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo consta, – que de longa data se dedica ao tráfico de drogas 1 – estava comercializando entorpecentes na Praça do Jardim Oriente, local amplamente conhecido como ponto de venda de entorpecentes.

Ocorre que sua atividade foi anonimamente relatada por moradores a policiais civis, detalhando-se que naquele momento ele trajava uma camiseta listrada nas cores azul e branca.

Apurando as informações, os policiais encontraram com a vestimenta descrita. Iniciada a abordagem, o denunciado fugiu em uma e dispensou um volume no chão.

Ao final detido, **os agentes localizaram as drogas e o dinheiro (R$ 5,00 – cinco reais) dispensados na fuga** [...]

Na delegacia, negou a traficância e afirmou que as drogas se destinavam ao próprio consumo [...]

Instruído o feito, o paciente foi condenado à pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 10 meses, como incurso no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. O Juiz sentenciante assim justificou a **desclassificação** da conduta imputada ao réu (fls. 53-54, grifei):

No caso dos autos, o réu alegou que a droga se destinava ao seu próprio consumo. A prova dos autos não conseguiu afastar a versão do réu. Vejamos.

Havia indicação de que uma pessoa com as vestimentas do réu estivesse na praça, praticando a mercancia ilícita de drogas e o local onde ele foi avistado é ponto de venda de drogas conhecido dos meios policiais.

Ocorre, contudo, que **o réu foi abordado depois de dispensar 05 porções de crack e R$ 5,00 em dinheiro e os policiais não conseguiram encontrar mais entorpecente no local**.

**Embora seja certo que o réu possui 03 condenações anteriores por tráfico de drogas** (fls. 50/53) **e exista contra ele a denúncia de que praticava esse mesmo delito**, **entendo que a quantidade de entorpecente e dinheiro é pequena e poderia se tratar de droga para seu próprio consumo**.

Por outro lado, o réu afirmou **residir na mesma rua** em que foi abordado, ou seja, poderia justificar-se a presença dele naquele local.

Nesse contexto, mesmo que provável que o réu estivesse no comércio ilícito de drogas, entendo que **a prova dos autos não é suficiente para a certeza da prática delitiva e a desclassificação se impõe**, para que o réu responda pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Inconformado com a desclassificação, o Ministério Público interpôs apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso e condenou o réu a **7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão**, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas, com base nos seguintes fundamentos (fls. 71-73, destaquei):

Como se vê, a prova coligida aponta no sentido da procedência da pretensão punitiva estatal, uma vez que o apelado foi **surpreendido em local conhecido como ponto de venda de drogas, por decorrência de denúncia apontando-o como quem estaria traficando no local**, trazendo consigo entorpecentes, acondicionados em porções individuais, prontos para a comercialização, além de dinheiro.

Nessa ordem de ideias, as circunstâncias da apreensão incompatibilizam os fatos com a figura do mero usuário, **notadamente o fato de que também não foi apreendido qualquer petrecho comumente utilizado para preparo e consumo do crack** (como cachimbo, v.g.), sem perder de vista e sempre reforçando que a ação policial adveio de notícias indicando que indivíduo com características coincidentes com as possuídas pelo apelado traficava drogas no local.

Por outro lado, diversamente do que quis fazer crer ao ser interrogado, os policiais notaram o acusado parado no ponto de venda de drogas (onde havia fluxo de usuários, segundo o policial Cristiano), e não retornando para sua casa, tendo ele, inclusive, tentado se desfazer das drogas e esquivar da abordagem policial, empreendendo fuga.

Quanto à alegação de que a **quantidade de drogas encontradas seria pequena, compatível com a figura do usuário, tal alegação, por si só, não exclui a possibilidade da traficância, mormente porque maior quantidade de substâncias ilícitas poderia estar ocultada nas imediações**, como é prática comum nessa modalidade criminosa, ou, ainda já terem sido comercializadas.

De outra parte, **mesmo que fosse usuário de entorpecentes, tal situação, de forma alguma, excluiria a possibilidade de que também se dedicasse à comercialização das substâncias ilícitas**, sendo, portanto, a análise das provas colhidas determinante da real destinação das drogas.

No caso em apreço, pelas razões já expostas, indubitável que as drogas apreendidas se reservavam a terceiros, não se olvidando que o referido **réu já foi condenado definitivamente por crime da mesma natureza em duas oportunidades anteriores** **(certidão a fls. 50/53 processos n. 0010194-84.2011.8.26.0451 e 0037540-10.2011.8.26.0451), fato que, não isoladamente, mas, em conjunto com os demais elementos de prova, sinaliza seu envolvimento com a espúria mercancia.**

[...]

Outrossim, vale lembrar, o crime em questão caracteriza-se por ser de conteúdo variado, com a previsão de diversas condutas, dentre as quais as de “trazer consigo”, de maneira que não se faz necessário presenciar atos de efetiva comercialização, desde que, como no caso dos autos, seja demonstrado elemento subjetivo da conduta, consistente na vontade livre e consciente de fornecer a droga a terceiras pessoas, ainda que gratuitamente.

Assim seguro, o quadro probatório alicerça firmemente a condenação lançada aos autos, já que o tipo penal se acha aperfeiçoado. Trata-se de réu que trazia consigo, para fins de tráfico, 05 porções de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não sendo cabível a desclassificação para uso próprio.

A condenação, destarte, é medida que se impõe.

**II. A crise do sistema penitenciário brasileiro**

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta perpetrada pelo paciente se amolda ao tipo previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 – como postula a defesa – ou ao delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da mesma lei).

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 em habeas corpus exige, **em regra**, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, na via mandamental, de cognição sumária.

Entretanto, **chama particular atenção** deste julgador o fato de o paciente haver sido condenado a mais de **7 anos de reclusão**, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, a despeito da reduzida quantidade de drogas apreendidas – **0,4 g de crack –, em acórdão que reformou sentença na qual se reconheceu insuficiência de provas acerca da traficância ilícita.**

Decerto que, no processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

Na espécie, contudo, entendo que a Corte estadual **não apontou elementos suficientes** para concluir pela prática do delito de tráfico de drogas, senão vejamos.

A conduta de porte de drogas para consumo próprio – delito pelo qual o paciente foi condenado **em primeiro grau** – está prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O § 2º do art. 28, por sua vez, esclarece que: "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."

É imperioso o registro, no entanto, de que 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. Não por outro motivo, a prática nos 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.

As estatísticas mostram que a mudança de tratamento promovida pela Lei n. 11.343/2006 – que aboliu a pena privativa de liberdade para a conduta de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28) – **não impediu um incremento substancial das condenações por crime de tráfico de drogas.**

Com efeito, a análise da população carcerária brasileira aponta que, entre os crimes cometidos que ensejaram o encarceramento, o tráfico de drogas (nacional e transnacional) corresponde a considerável percentual do total de encarcerados.

Conforme dados do **Sistema Integrado de Informação Penitenciária – Infopen**, em **2006, houve 47.472 prisões** por tráfico de drogas. A Lei n. 11.343/2006 entrou em vigor em outubro de 2006. No ano seguinte (2007), foram registradas 65.494 prisões por tráfico, um **aumento de 38%**. Essa escalada prosseguiu: em 2010, foram 106.491 prisões. A estatística relativa a dezembro de 2014 (divulgada em em abril de 2016) evidenciou que **28%** dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas (enquanto 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio).

Mais recentemente, os dados referentes ao período de j**ulho a dezembro de 2019** – fornecidos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (Sisdepen), do Departamento Penitenciário Nacional – demonstram que a população carcerária por crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368/1976 e art. 33 da Lei n. 11.343/2006) totalizou **169.093 indivíduos.** Se incluirmos também os delitos de associação para o tráfico de drogas (art. 14 da Lei n. 6.368/1976 e 35 da Lei n. 11.343/2006) e os de tráfico transnacional de drogas (art. 18 da Lei n. 6.368/1976 e 33, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), a população carcerária por tal ilicitude salta para **200.583 presos** (disponível em: **<**http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br> Acesso em set.2021).

Portanto, a atual (embora não recente) crise do sistema penitenciário brasileiro - com sistemática violação a direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal - e o fato de o Brasil possuir, hoje, uma das maiores populações carcerárias do mundo **justificam as ponderações feitas neste voto e reforçam**, já sob esse matiz, o descabimento da condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, ainda mais com a imposição de uma pena (**extremamente desarrazoada**, diga-se) de **7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão**, **por haver sido flagrado na posse de tão somente 0,4 gramas de crack.**

**III. Desclassificação – excepcionalidade configurada**

Registro que as condutas imputadas pelo Ministério Público em sua inicial acusatória – dentre as várias previstas no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) – foram as de **trazer consigo, entregar e fornecer a consumo de terceiros, bem como a de comercializar** (fl. 29).

A Corte de origem, ao concluir pela condenação do paciente, consignou o fato de ele haver sido surpreendido, após denúncia anônima, em local amplamente conhecido como ponto de venda de entorpecentes, trazendo consigo **5 invólucros contendo crack, com peso líquido de 0,4 gramas**, "acondicionados em porções individuais, prontos para a comercialização" (fl. 71), além de **R$ 5,00 em espécie**, elementos que, na visão da Corte estadual, comprovariam a prática do crime de tráfico de drogas.

Enfatizou, ainda, "o fato de que também **não foi apreendido qualquer petrecho** comumente utilizado para preparo e consumo do crack (como cachimbo, *v. g*.), sem perder de vista – e sempre reforçando – que a ação policial adveio de notícias indicando que indivíduo com características coincidentes com as possuídas pelo apelado traficava drogas no local" (fl. 71).

Por fim, para firmar a sua convicção, destacou a Corte estadual que "o referido réu **já foi condenado definitivamente por crime da mesma natureza em duas oportunidades anteriores** [...], fato que, não isoladamente, mas, em conjunto com os demais elementos de prova, sinaliza seu envolvimento com a espúria mercancia" (fl. 72).

No entanto, em nenhum momento, o paciente foi flagrado ou observado em ação de comercialização da droga, expondo à venda, entregando ou fornecendo drogas a consumo de terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades, a fim de eventualmente comprovar a alegação do *Parquet* de que o réu "estava comercializando entorpecentes na Praça Jardim Oriente, local amplamente conhecido como ponto de venda de entorpecentes" (fl. 29).

Vale dizer, a despeito de haver sido encontrada droga em poder do réu – em quantidade ínfima, reforce-se – em local conhecido como ponto de venda de substâncias entorpecentes, em nenhum momento foi encontrado em situação de traficância e não foram avistados usuários de drogas com ele ou mesmo sinais de que ali estava a comercializar drogas, tudo parecendo haver decorrido da circunstância de já ser condenado por práticas similares anteriormente. Ademais, consoante consignou o Juiz sentenciante, "o réu afirmou residir na mesma rua em que foi abordado, ou seja, **poderia justificar-se a presença dele naquele local**" (fl. 54).

Assim, não havendo sido presenciada situação de mercancia, tampouco de entrega de drogas a consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, remanesce somente a conduta de **trazer consigo** (fl. 29), **a qual também está prevista no tipo descrito no *caput* do art. 28 da Lei n. 11.343/2006**.

Portanto, consoante bem concluiu o próprio Magistrado de primeiro grau, que teve contato com as provas dos autos de maneira mais direta, os elementos produzidos ao longo da instrução não conseguiram afastar a versão do réu de que a droga apreendida se destinava a consumo próprio, principalmente porque, **em que pese a existência de condenações anteriores por crimes da mesma natureza, é ínfima a quantidade de substâncias entorpecentes e de dinheiro encontrados em seu poder: 0,4 g de crack e R$ 5,00 em espécie** (fl. 53).

Diante de tais considerações, entendo que **o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar o tráfico de drogas**. O que se tem dos elementos coligidos aos autos é uma **avaliação subjetiva** acerca de eventual traficância praticada pelo paciente, a partir de elementos insuficientes para lastrear uma condenação a pena tão grave.

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que **somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), pode lastrear uma condenação.** A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a *parte objecti*, quer a *parte subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

Em decorrência da presunção de inocência, em sua vertente de um *regra probatória*, não se pode transferir ao acusado a prova do que o Ministério Público afirma na imputação original e, no particular, **não se pode depreender a prática do crime mais grave – tráfico de drogas – tão somente a partir da apreensão de droga em poder do acusado**. Salvo em casos de quantidades mais expressivas, ou quando afastada peremptoriamente a possibilidade de que a droga seja usada para consumo próprio do agente – e a instância de origem não afastou essa hipótese –, cumpre ao titular da ação penal comprovar, mediante o contraditório judicial, os fatos articulados na inicial acusatória, **o que, no entanto, não ocorreu**, como se depreende da leitura da sentença e do acórdão.

Apenas faço a observação de que nada impede que um portador de 0,4 g de crack, a depender das peculiaridades do caso concreto, possa ser responsabilizado pelo delito de tráfico de drogas. Pode, evidentemente, estar travestido de usuário, até o ponto em que, contrastado pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, venha a ser condenado pelo comércio espúrio.

No entanto, no caso ora em análise, a ausência de diligências investigatórias que apontem, **de maneira inequívoca**, para a narcotraficância por parte do acusado – e não apenas a acenada existência de ponto de comércio de drogas no local em que ele se encontrava ou seu passado criminal – evidencia **ser desautorizada a condenação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006**, notadamente porque o ora paciente não foi flagrado ou observado comercializando drogas ou entregando substâncias entorpecentes a terceiros, de maneira que a conclusão sobre sua conduta **decorreu de avaliação subjetiva não amparada em substrato probatório idôneo a corroborar a acusação.**

**IV. A eficiência e a economia da atuação estatal**

Salta aos olhos, ainda, o fato de o **Ministério Público** haver direcionado seus recursos humanos e materiais – que se imagina não serem tantos, diante da quantidade de casos bem mais graves a investigar e a trazer ao Judiciário – para insurgir-se contra a sentença desclassificatória, que, corretamente, aplicou o princípio do *in dubio pro reo*. Preferiu interpor recurso de apelação e parece ter se dado por satisfeito ao ver um jovem flagrado com **menos da metade de um grama de crack** ser condenado a uma pena de mais de 7 anos de reclusão, **em um contexto de absoluta precariedade do sistema carcerário brasileiro, a ponto de nossa Corte Suprema atribuir-lhe um "estado de coisas inconstitucional"** (**ADPF n. 347/DF**, Rel. Ministro **Marco Aurélio**).

Não posso deixar de externar o entendimento de que do Ministério Público, instituição que, acima de tudo, se caracteriza pela função fiscalizatória do direito (*custos iuris*), se espera – mormente ante a necessidade de direcionar seus limitados recursos e esforços institucionais com equilibrada ponderação – uma atuação funcional imbuída da percepção de que o Direito Penal é o meio mais contundente de que dispõe o Estado para manter um grau de controle sobre o desvio do comportamento humano, e que, por isso mesmo, deve incidir apenas nos estritos limites de sua necessidade, não se mostrando, portanto, racionalmente defensável que a complexidade do atual perfil de atribuições "converta os agentes de execução do Ministério Público em simples 'despachantes criminais', ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico-penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena." (Paulo César Busato, O papel do Ministério Público no futuro Direito Penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais.* Doutrina Nacional. v. 2, n. 5, p. 105-124).

Será mesmo, em uma proposta de reflexão institucional, que se considera acertado o caminho trilhado pelo representante ministerial e acatado pela Corte estadual? É sustentável, no mundo atual – após uma frustrada guerra cinquentenária ao comércio de drogas – impor-se uma pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, a alguém flagrado com 0,4 g de crack?

**V. Desnecessidade de revolvimento de matéria fático-probatória**

Apenas por cautela, revela necessário enfatizar que, 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**, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

O caso em análise, diversamente, **requer apenas a revaloração de fatos incontroversos – já referidos linhas atrás, os quais já estão delineados nos autos – 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 pela instância 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.

Recentemente, em sessão de julgamento ocorrida em 14/9/2021, esta colenda Sexta Turma, em caso semelhante – apreensão de 4,8 gramas de cocaína –, também considerou devida a desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). EXCEPCIONAL AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO MINISTERIAL (ART. 33 DA LEI DE DROGAS). DESCLASSIFICAÇÃO. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. EXTINTA A PUNIBILIDADE, DE OFÍCIO.

1. 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 posse do Recorrente – 4,850g de cocaína –, muito menos nas declarações no sentido de que existiriam "denúncias apontando o acusado como traficante" (*noticia criminis* inqualificada), ou que ele teria demonstrado "inquietação incomum ao se deparar com a viatura policial, em área conhecida pelo comércio de entorpecentes". Vale dizer, o juízo condenatório é de certeza, não pode ser substituído por juízo de probabilidade. Precedentes do STJ.

2. No caso, a condenação está lastreada em depoimentos de policiais que, por sua vez, além de narrarem as insuficientes circunstâncias em que ocorreu o flagrante, reportaram apenas ao conteúdo de denúncias anônimas de que o Recorrente exerceria o tráfico.

3. Concluir que as instâncias ordinárias não se valeram do melhor direito na condenação do 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.

4. Nos termos do art. 30 da Lei n. 11.343/2006, tratando-se do delito de posse de drogas para consumo próprio, "[p]rescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas". E, sendo o Recorrente à época dos fatos, menor de 21 anos, deve tal prazo ser contado pela metade, nos termos do art. 115 do Código Penal, perfazendo-se, na hipótese, em 1 (um) ano, razão pela qual, de ofício, declaro a prescrição da pretensão punitiva estatal. No caso, entre a data do recebimento da denúncia – 12/06/2018 – e a data do acórdão condenatório – 25/06/2019 –, transcorreu lapso temporal superior a 1 (um) ano e, por consequência, consumou-se a prescrição.

5. Recurso especial provido para desclassificar a conduta imputada ao Recorrente para o delito tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, de ofício, é declarada a extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos dos arts. 107, inciso IV, e 115, ambos do Código Penal, c.c. o art. 30 da Lei n. 11.343/2006.

(**REsp n. 1.915.287/PA**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., acórdão pendente de publicação).

Por fim, esclareço que, embora desclassificada a conduta para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, **não há**, ao menos por ora, elementos **suficientes** nos autos para que seja eventualmente reconhecida a ocorrência da prescrição em favor do paciente, diante do cumprimento de medida mais severa do que a pena aplicável, haja vista que ele ostenta outras duas condenações pela prática do delito de tráfico de drogas (Processo n. 0010194-84.2011.8.26.0451 e Processo n. 0037540-10.2011.8.26.0451).

**VI. Dispositivo**

À vista do exposto, **concedo a ordem**, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 1501388-12.2020.8.26.0599).

Ainda, determino a imediata expedição de alvará de soltura em favor do acusado, **se** por outro motivo não estiver ou não houver a necessidade de ser preso.