



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2548001 - SC (2023/0461375-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : PEDRO HENRIQUE BRASIL REIS
ADVOGADOS : GASPARINO SIQUEIRA CORRÊA - SC053085
MÁRJORI BONUGLI ROHDE - RS119594
MANON DE AGUIAR FERREIRA - SC055510
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

PEDRO HENRIQUE BRASIL REIS agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** nos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 5132096-10.2022.8.24.0023.

O agravante foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão mais multa, no regime inicial fechado, pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a defesa alega violação dos arts. 240 e 386, ambos do Código de Processo Penal e 28 da Lei de Drogas.

Requer a absolvição do réu ante a ilicitude na busca pessoal ou a desclassificação para o delito de porte de drogas para consumo pessoal.

O recurso foi inadmitido em juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal local, o que motivou a interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso.

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada, motivo pelo qual passo à análise do recurso especial.

I. Busca pessoal

Em consulta ao sistema informatizado do Superior Tribunal de Justiça, verifico que a pretensão defensiva já foi rejeitada por esta Corte no julgamento do **HC n. 862.522/SC**.

Dessa forma, por se tratar de reiteração de pedido, evidencia-se a superveniente perda do interesse-utilidade do recurso especial em relação ao aludido pleito.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte Superior entende que "a anterior manifestação desta Corte, em habeas corpus com idêntico objeto, torna prejudicado o julgamento do recurso especial" (AgRg no REsp n. 1.765.289/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/3/2019, DJe de 4/4/2019.)

II. Desclassificação para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei de Drogas

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta perpetrada pelo recorrente se amolda ao tipo previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 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 exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível nesta via recursal, a teor do que estabelecido na Súmula n. 7 do STJ.

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 as instâncias ordinárias não apontaram elementos suficientes para concluir pela prática do delito de tráfico de drogas**, senão vejamos.

O Tribunal de origem manteve a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas, com base nos seguintes fundamentos (fls. 464-465, grifei):

4. Os pleitos absolutório e desclassificatório são indignos de acolhimento.

Replico, por conveniência, a prova oral como atermada na sentença resistida:

Ouvido em Juízo, o Policial Militar Vinícius Bittencourt Volpato narrou que estavam recebendo muitas denúncias relacionadas ao tráfico de drogas; que a mercancia ilícita é muito comum naquela região do Bairro Canasvieiras, razão pela qual receberam ordens para intensificar o patrulhamento no local; que quando dobraram na Rua Madre Maria Vilac visualizaram o acusado e mais alguns indivíduos na esquina, **os quais empreenderam fuga ao perceberem a presença da guarnição, sentido praia**; que aceleraram a viatura e ficaram no encalço deles; que desceram do veículo e começaram a fazer uma varredura, oportunidade em que localizaram o réu escondido atrás de um quiosque; que era um espaço aberto que tinha dois ou três quiosques; que procederam à abordagem e encontraram com ele uma porção pequena de maconha e muito dinheiro, aproximadamente R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais); que o réu não soube explicar a origem do dinheiro; que, em uma busca mais minuciosa, obtiveram êxito em encontrar uma peteca grande de cocaína dentro da cueca do acusado, mais precisamente entre as nádegas; que, diante disso, conduziram o acusado à Delegacia de Polícia; que o réu havia sido solto em meados de setembro do ano passado e logo depois efetuaram nova prisão em desfavor dele; que o réu havia sido preso no mesmo local também por exercer a traficância; que haviam muitas reclamações na região sobre o tráfico de drogas, visto que os traficantes estão "tocando o terror"; que aquela região é dominada pela facção criminosa denominada PGC; que o que motivou a revista pessoal foi o fato de o réu ter empreendido fuga ao visualizar a guarnição e se escondido, além do fato de ele ter uma quantidade expressiva de dinheiro no bolso, do qual não soube explicar a procedência;

que tem certeza que o réu era um dos masculinos que havia empreendido fuga.

Aos elementos de prova acima mencionados some-se a narrativa dada pelo **Policial Militar Josiei Domingos da Silva**, o qual aduziu que no **Bairro Canasvieiras** há **vários pontos de tráfico de drogas**, praticamente em toda esquina; que estavam em rondas no local quando viram **um grupo de masculinos que empreendeu fuga ao perceber a presença dos policiais**; que conseguiram abordar o acusado e, em busca pessoal, encontraram na cueca dele uma certa quantidade de entorpecentes; **que o réu foi uma das pessoas que correram; que o acusado foi encontrado na rua, atrás de algo que não se recorda exatamente o que era**; que foi apreendido cerca de R\$ 800,00 (oitocentos reais) em dinheiro; que o acusado estava bastante nervoso, tendo assumido que estava "no corre" porque precisava de dinheiro; que essa região é controlada pelo PGC; que soube até mesmo de ameaças aos comerciantes locais, pois achavam que eles estavam "entregado para a polícia"; que a situação está bastante complicada devido a intensidade do tráfico de drogas no local; que já conhecem quem está no tráfico de drogas; **que a tendência de quem tem algo ilícito é correr e dispensar; que tem certeza absoluta que o réu foi uma das pessoas que empreenderam fuga**; que na alta temporada os traficantes ficam no meio da multidão e, inclusive, trocam de roupas para ludibriar a polícia; que já conhecem quem está traficando no local; que pela quantidade de droga que o réu escondeu entre as nádegas era perceptível durante a revista pessoal; **que está havendo muita denúncia de tráfico no local, por moradores e comerciantes**; que no dia dos fatos tinham determinação para fazer mais rondas naquela área de Canasvieiras, quando visualizaram o réu empreendendo fuga.

[...]

No que se refere à testemunha defensiva Vinicius Vieira da Rosa, nada soube esclarecer sobre os fatos descritos na denúncia, limitando-se a narrar que já viu o acusado usar maconha, mas não com muita frequência; **que ele é uma pessoa muito boa e tem vários amigos; que nunca soube de nenhum envolvimento dele com facções criminosas.**

Interrogado perante a Autoridade Policial, o réu asseverou que não fora apreendida nenhuma droga consigo, tendo os policiais enxertado a droga. **Interrogado em Juízo, negou a autoria dos fatos descritos na denúncia**, contando que apenas o dinheiro, proveniente do seu trabalho, era seu; que trabalhava como garçom em um quiosque no Bairro Ingleses; que estava no local dos fatos conversando com um amigo seu, que era garçom, quando começou uma correria; que em nenhum momento correu ou fugiu da polícia; que ficou parado; que **tinha consigo somente um pedaço de maconha para consumo, pois é usuário**; que não escondeu droga dentro da cueca, entre as nádegas (Evento 171).

Diante desse contexto, é inviável a absolvição. **A ação policial deveu-se, segundo afirmaram os Agentes Públicos, à existência de denúncias da prática do narcotráfico naquela região; o Recorrente, ao avistar a guarnição, empreendeu fuga; e ele portava consigo duas espécies distintas de entorpecentes (35,2g de maconha e 14,6g de cocaína: Evento 140), além de considerável quantidade de dinheiro (R\$ 842,00).**

A negativa por parte do Apelante Pedro Henrique Brasil Reis (ele disse, na fase pré-processual, que não tinha droga nenhuma consigo, e na judicial que portava apenas a quantidade de maconha, para seu próprio uso), nesse contexto, é contrariada pelas palavras dos Policiais Militares e não encontra amparo em nenhum outro elemento de prova.

As declarações de Vinícius Vieira da Rosa são de pouca utilidade. O Testigo declarou saber que o Recorrente consome maconha esporadicamente, fato além de controversia (dada a irrelevância dos hábitos do Apelante) e pouco útil à Defesa (considerando que não dá à cocaína destinação compatível com os pedidos absolutório ou desclassificatório).

Há, portanto, prova suficiente da ocorrência do fato e de sua autoria, e também há comprovação suficiente da destinação mercantil dos narcóticos. A condenação, portanto, deve ser mantida como proferida.

É imperioso o registro 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.

No caso, conforme visto, as instâncias ordinárias concluíram pela condenação do réu em relação à prática do crime de tráfico de drogas, com fundamento, basicamente, nos seguintes argumentos: **a) no local da prisão, há ocorrências de tráfico de drogas; b) foram encontradas as drogas com o réu.**

No entanto, **embora houvesse ocorrências de tráfico de drogas no local da abordagem, não se tratava, especificamente nesse caso, de**

averiguação de denúncia robusta e atual acerca da prática de tráfico de drogas pelo réu.

Verifico, ainda, que a quantidade de drogas encontrada foi bastante reduzida e perfeitamente compatível com o mero uso de entorpecentes. Ademais, em nenhum momento, o acusado foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros; ou seja, ele não foi encontrado, na rua, em situação de traficância.

De igual forma, não foram apreendidos materiais típicos para o preparo e comercialização de entorpecentes, tampouco balança de precisão, caderneta de anotações de venda de drogas ou rádio comunicador.

Além disso, **a confissão informal, isoladamente, não pode servir de arrimo à condenação**, sendo certo que este Superior Tribunal inclusive assim já se manifestou: "A eventual confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito" (HC n. 22.371/RJ, Rel. Ministro Paulo Gallotti, 6ª T., DJe 31/3/2003).

Faço menção ao fato de que a única conduta imputada pelo Ministério Público em sua denúncia – dentre as várias previstas no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) – foi a de trazer consigo, a qual também está prevista no tipo descrito no *caput* do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

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 apenas a intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrente.**

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 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, em sua dinâmica subjetiva – o ânimo a mover a conduta – decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

Apenas faço a observação de que nada impede que um portador de 1 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 - evidencia o equívoco da condenação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque não foi o réu surpreendido comercializando droga e, portanto, a conclusão sobre sua conduta decorreu de avaliação subjetiva não amparada em substrato probatório idôneo a corroborar a acusação.

Logo, impõe-se a desclassificação da conduta imputada ao recorrente para o delito descrito no art. 28, *caput*, da Lei de Drogas.

Releva, por 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 nesta via recursal.

O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos – já referidos linhas atrás, os quais estão delineados nos autos – e

das provas que 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.

III. Dispositivo

À vista do exposto, conheço do agravo para dar provimento parcial ao recurso especial, **a fim de desclassificar a conduta imputada ao recorrente para o delito descrito no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.**

Deve o Juízo da execução penal competente promover a adequação na respectiva dosimetria.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de julho de 2024.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator