HABEAS CORPUS Nº 503.326 - MS (2019/0100248-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL VERA REGINA PRADO MARTINS - MS003925
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	FLAVIO AUGUSTO DA SILVA SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FLAVIO AUGUSTO DA SILVA SANTOS contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul nos autos da Apelação Criminal n.º 0001712-64.2018.8.12.0008.

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Isso porque, conforme a inicial acusatória, o Denunciado "*guardava e trazia consigo, para posterior venda e entrega a consumo de terceiros, com intuito de lucro e em típica atividade de traficância* [...] *diversos papelotes de substância análoga a cocaína, pesando um total de 13g (treze gramas)*" (fl. 22).

Em sentença de fls. 177-181, o Magistrado de primeiro grau desclassificou a conduta do Paciente para o crime previsto no art. 28 do aludido diploma legal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação.

O Tribunal de origem proveu o recurso do *Parquet* e condenou o Paciente como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c.c. os arts. 33, § 4.º, e 40, inciso III, todos da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, nos termos do acórdão de fls. 246-254.

Daí o presente *writ*, em que a Defesa postula a desclassificação da conduta do Paciente para o delito tipificado no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, restabelecendo-se a decisão de primeira instância.

Para tanto, aduz, em síntese, que:

> *"[e]m Direito Penal, em que vigem a legalidade estrita e a certeza como pressuposto para condenação, não cabem presunções*

contra o agente. Quando se discute a utilização do Direito Penal como instrumento de repressão à posse de drogas para consumo pessoal, questiona-se sobre a existência de bem jurídico digno de proteção nesse campo, tendo em vista tratar-se de conduta que causaria, quando muito, dano apenas ao usuário e não a terceiros [...]" (fl. 10).

Alega a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (fl. 20), e requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para que seja desclassificada a conduta do Paciente para o delito previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006.

É o relatório.

Passo a decidir o pedido urgente.

Não se mostram presentes os pressupostos autorizadores da medida urgente requerida.

Com efeito, o Tribunal impetrado, ao reformar a sentença e impor ao Paciente a condenação pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. os arts. 33, § 4.º, e 40, inciso III, todos da Lei n.º 11.343/2006, decidiu a controvérsia à luz das provas carreadas aos autos, manifestando-se nos seguintes termos (fls. 250-251; sem grifos no original):

"[...] *Segundo o artigo 155, do Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sob a égide do contraditório judicial. Isto significa dizer que os elementos de prova produzidos no inquérito policial possuem validade relativa, e para assumirem condições de auxiliar na busca da verdade real devem ser confirmados em juízo.*

Tem-se, assim, que os policiais, após denúncia anônima direcionada a um garçon do estabelecimento, que estaria exercendo o tráfico no local, flagraram o apelado, garçon do 'Bar do Miguel', em pleno exercício de sua profissão, na posse de 37 (trinta e sete) invólucros contendo cocaína, dos quais tentou livrar-se para evitar a prisão. Além disso, com ele localizaram quantia em dinheiro da qual não soube precisar a origem.

É absolutamente impossível que um garçon mantenha consigo tamanha quantidade de papelotes de cocaína durante o exercício de seu trabalho lícito, no interior de um bar onde serve inúmeros fregueses, sendo do conhecimento comum que a quantidade de substância entorpecente que qualquer usuário traz consigo para consumo próprio é a mínima, apenas o suficiente para o seu consumo, fato muito distinto daquele que traz consigo 37 (trinta e sete) papelotes de cocaína, além de elevada quantia em dinheiro de origem desconhecida, já que até então, segundo declarou na polícia, nada tinha recebido a título de salário.

Por fim, é de se destacar que ***a polícia, ao chegar no estabelecimento, concentrou sua atenção no apelado, justamente***

> ***porque a denúncia anônima recebida via 190 fora no sentido de que um garçon daquele estabelecimento estava traficando no local***.
>
> *Sem nenhuma dúvida, estes são elementos de extrema importância para o esclarecimento dos fatos, assumindo plena validade como prova mormente quando, como no caso em apreço, foram repetidos em juízo, mantendo coerência com os demais elementos de prova extraídos do caderno processual* [...]."

Dessa forma, verifica-se, em juízo perfunctório, que o acolhimento do pleito de desclassificação da conduta do Paciente para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas parece demandar reexame do acervo fático-probatório dos autos, providência incabível na via eleita.

Nesse sentido:

> "HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. PRESENÇA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*
>
> ***1. A tese de que o paciente deve ser enquadrado como usuário, conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, segundo a jurisprudência desta Corte Superior, demandaria, necessariamente, exame do acervo fático-probatório, o que não se coaduna com a via estreita do*** **habeas corpus*.***
>
> [...] *6. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, permitindo-se ao Juízo de origem, de forma fundamentada, a fixação de outras medidas cautelares que entender pertinentes.*" (HC 373.784/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 02/03/2017, sem grifos no original.)

Conclui-se, assim, que o caso em análise não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável neste juízo perfunctório, devendo a controvérsia ser decidida após a tramitação completa do feito.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Requisitem-se informações ao Tribunal de origem e ao Juízo de primeira instância, solicitando-lhes, ainda, chave de acesso às informações processuais.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para o parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora