

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.088 - SP (2019/0296015-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO GRUPPI CARLOS DA COSTA - SP389339
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIO FERREIRA PAES LANDIM COSTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **FABIO FERREIRA PAES LANDIM COSTA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (APC n. 00014509-60.2015.8.26.0405), tendo sido condenado a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, mantido o regime fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa pelo delito tipificado no art 33, §4º da lei n. 11.343/16.

O impetrante sustenta que a) "no tocante à conduta atribuída ao recorrente, ainda que se empreste credibilidade aos depoimentos dos milicianos, deve-se reconhecer que a capitulação do delito dada pelo Ministério Público, qual seja a do art. 33 da Lei nº 11.343/06, mostra-se equivocada, tendo em vista que o apelante, em juízo, afirmou ser usuário de drogas" (e-STJ, fl. 4) b) "o recorrente foi condenado à pena de 01 (um) e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 (quinhentos) dias-multa, de modo que, com fulcro no artigo 33, § 2º, alínea "c" do Código Penal, o regime cabível seria o aberto"(fl. 6, e-STJ).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja desclassificada sua conduta para uso de entorpecentes ou subsidiariamente, fixação do regime aberto, deferindo-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, tem-se como manifesto o constrangimento ilegal imposto ao paciente, a autorizar a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem afastou os pleitos de absolvição e de desclassificação do delito de tráfico para uso de drogas, com a seguinte fundamentação:

"A denúncia descreve episódio em que, no dia 10 de junho de 2015, por volta das 17h20, na Avenida Maria Campos, nº 110, na cidade e comarca de Osasco, o acusado vendia e guardava, para entrega a consumo de terceiros, 7 invólucros plásticos, do tipo 'eppendorf', contendo 2,2g de cocaína, 5 invólucros plásticos contendo 0,8g de crack e 5 "trouxinhas" contendo 6,3g de maconha, entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (fls.1D/3D).

A materialidade delitiva remanesceu incontroversa nos autos e devidamente comprovada a autoria da infração penal na origem, não

se constatando qualquer incoerência na prova acusatória.

Não passou despercebido que foram apreendidos 7 invólucros contendo cocaína, 5 pedras de crack e 5 porções de maconha, pesando, respectivamente, as massas líquidas de 2,2g, 0,8g e 6,3g.

E conforme decisão publicada na RT 546/327 para fazer um fininho ou bagana de maconha são necessários 0,33g da referida droga, de modo que no caso 'sub judice' teríamos cerca de 19 porções individuais deste estupefaciente.

Realce-se que, consoante a literatura médica e a jurisprudência, a dose letal aos usuários de cocaína corresponde a 0,02g do tóxico; portanto, a quantidade da substância apreendida (2,2g) representa, pelo menos, 110 porções “insuportáveis”, ensejando quadro de overdose (Delton Croce e Delton Croce Júnior, “Manual de Medicina Legal”, 5ª edição, Editora Saraiva, 2.004, nº. 14.2.11.3, pg. 636; Guilherme Oswaldo Arbenz, “Medicina Legal e Antropologia Forense”, 1ª edição, 1.988, nº. 42, pg. 539; STJ, HC 235.257/DF, DJe 26-3-2013; TJESP, Apelação Criminal nº. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO), detalhe apto a reforçar o vil comércio.

Deste modo, não se há cogitar que a quantidade de estupefacientes seria diminuta para configurar a traficância.

Observo que os depoimentos dos agentes públicos, encarregados da diligência, são firmes e congruentes entre si, ambos imputando a autoria do crime ao increpado.

Os policiais civis Marco Antônio e Wellington confirmaram que, após receberem delação indicando a prática do tráfico pelo réu, dirigiram-se ao local e presenciaram o apelante realizando o nefasto comércio, entregando substância entorpecente a um usuário e recebendo quantia de dinheiro em troca. E, no local onde o irrogado se dirigiu para buscar o estupefaciente, foram localizadas as substâncias proscritas descritas na exordial. Disseram, ainda, que o usuário confirmou ter adquirido a droga do sentenciado.

Não há nenhuma circunstância que autoriza suscitar, sequer, dúvidas quanto ao aproveitamento da prova testemunhal e os depoimentos policiais são válidos como meio de prova.

O Col. Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento nesse sentido ao decidir que “(...) o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (HC nº. 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello) ('verbis').

Por sua vez, o acusado confessou a prática delitiva na Delegacia (fls. 9/10). Em seguida, não foi localizado nos endereços por ele fornecidos e teve sua revelia decretada (fl. 183).

Importante salientar que a confissão policial, desde que corroborada por outros elementos de convicção, tem grande valor probatório.

Superior Tribunal de Justiça

Segundo a doutrina e a jurisprudência, é inegável o valor probatório da confissão policial entrosada com outros elementos de convicção (arts. 6º, inc. V, 199, 155 e 197, do CPP; mais Eduardo Espínola Filho, 'in' Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 2ª ed., F. Bastos, 1945, vol. II, nº 423, págs. 579-80; Edgard Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, 3ª ed., Saraiva, 1969, nº 65, pág. 119, texto e nota 10; José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed. atualizada, Bookseller, 1997, vol. II, ns. 483 e 484, págs. 303-5; Adalberto José Q. T. Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, 1994, cap. XVIII, nº 4, pág. 195; RTJ, 81/337, 88/371, 90/750, 93/131, 95/563 e 143/306).

E, para perder o seu valor probatório, a confissão perante a autoridade policial precisa ser infirmada por outro elemento de prova, como bem observaram o Col. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma, REC 115.957/SP, rel. Min. Oscar Corrêa, 'in' RTJ, 127/293) e outros tribunais nacionais (cf. RT, 666/333, 675/395, 681/385, 723/636, 729/583, 741/640 e 801/606; JTACrimSP, 15/213, 26/361, 43/372, 49/398, 54/31, 58/165 e 65/371; RJDTACrimSP, 16/77, 25/318, 38/88 e 55/111).

A propósito, quem é inocente desde logo vocifera, berra sem escrúpulos a temeridade da increpação ou, cf. lição do Des. DAMIÃO COGAN, deste Tribunal de Justiça, “(...) se é certo que ao denunciado não se impõe o dever de manifestar-se acerca dos fatos criminosos a ele imputados, não é menos certo que, em sendo inocente, procurará, através de meios e formas jurídicas, declarar e demonstrar explícita, contundente e seguramente a propalada inocência” ('in' Apel. Criminal 349.756-3/6-00, Guarulhos, 5ª Câm. de Direito Criminal, j. 7.2.2002).

Não confessa na delegacia e deixa em aberto as razões pelas quais admitiu originariamente a infração, ausentando-se em Juízo.

Ademais, no caso em comento, a confissão extrajudicial do acusado foi corroborada pelos depoimentos dos policiais civis em Juízo.

Com efeito, as palavras dos agentes policiais (testemunhas não contraditadas e arroladas em comum, cf. fl. 119), a variedade de estupefacientes apreendidos, o modo como estavam acondicionados, o dinheiro encontrado sem a demonstração de sua origem lícita, as condições em que se desenvolveu a ação delituosa, o local em que ocorreu a prisão e a confissão extrajudicial do réu, corroborada pelas palavras dos policiais civis em Juízo, são suficientes para demonstrar que seriam destinados ao consumo de terceiros.

O delito de tráfico de substâncias entorpecentes, inscrito no art. 33, 'caput' da Lei 11.343/06, consiste em tipo misto de conteúdo variado ou ação múltipla, consuma-se, pois, com a prática de qualquer uma das condutas identificadas no núcleo do tipo, e, na hipótese, o crime foi deflagrado ao menos pelos verbos “vender” e “guardar” ('verbis'). Cuida-se, pois, de texto congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento.

Por outro lado, a figura prevista no art. 28 da mesma Lei, este sim,

Superior Tribunal de Justiça

como 'delictum sui generis', apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo uso próprio.

Nesse sentido: STJ REsp 1133943/MG 5ª T. rel. Des. Felix Fischer j. 6.4.2010.

E inexistente comprovação cabal sobre tal ponto.

É certo que a conduta inserida nos verbos contidos no art. 33 da Lei de Drogas exige dolo, que é sempre genérico (cf. Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi, Lei de Drogas Anotada, 1ª ed., Saraiva, 2007, art. 33, nº 4, pág. 81; RTJ, 149/521; RT, 727/478, 747/642, 750/590, 789/536, 793/576, 793/727, 807/597, 810/578 e 831/614).

Daí ser dispensável para o caso a prova efetiva e direta de qualquer ação de comércio clandestino de droga, bastando a prova do conjunto de indícios e presunções (circunstâncias ligadas ao fato probando) envolvendo o acusado.

Com efeito, é possível o acolhimento da pretensão punitiva a partir de prova que, ainda que não conducente à certeza plena, afaste a presença de dúvida razoável.

Falamos da prevalência das provas indiciárias.

Ou seja, se a prova produzida nos autos nos fornece única dedução lógica no sentido de que o crime foi praticado pela pessoa denunciada, esta é suficiente para sustentar a condenação.

A este respeito assim tem se pronunciado o E. Superior Tribunal de Justiça, confira-se no AgRg no Ag 1206993/RS, de rel. do Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 05.03.2013.

Desse modo, a circunstância de ser o réu considerado usuário ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de estupefacientes, mormente quando comprovada a sua condição de traficante e a considerável quantidade com ele apreendida. Nesse sentido: STF HC 73197 MC/GO 2ª T. rel. Min. Maurício Corrêa j. 2.4.1996.

Ora, perfeitamente possível coexistirem as figuras do consumidor e do traficante de tóxicos, não se descartando a possibilidade de que o réu tenha se envolvido com a mercancia espúria justamente para auferir ou complementar renda de modo fácil e, assim, manter o invocado vício.

Isso porque, jamais fez prova da percepção de proventos de ordem regular.

Daí porque, não se há de acolher a pretensão de desclassificação para a figura típica prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Então, o acervo probatório concorre em desfavor do apelante e autoriza a manutenção do r. decreto condenatório" (e-STJ, fls. 24-38, grifou-se).

Como se verifica, o conjunto probatório trazido como fundamento na sentença condenatória e no acórdão recorrido tendo sido destacados os depoimentos judiciais dos policiais responsáveis pelo flagrante, a confissão extrajudicial do agente e demais provas acostadas nos autos, comprovaram que o paciente foi surpreendido na posse de diversos tipos de entorpecentes, de forma acondicionada para o comércio, encontrado dinheiro de origem lícita não comprovada e ainda o local da prisão, tendo configurado a conduta que subsume perfeitamente ao tipo penal do art. 33, *caput*, da Lei

Superior Tribunal de Justiça

n. 11.343/2006.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, "para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Vale anotar, ainda, que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; HC 393.516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Dessa forma, apoiada a condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes em prova suficiente, o acolhimento do pedido de absolvição ou de desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.340/2006 demanda o exame aprofundado dos fatos, o que é inviável em *habeas corpus* (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1º/6/2017, DJe 7/6/2017; HC 377414/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017).

Neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (45,1 G DE MACONHA). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 28 E 33, § 4º, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE TRÁFICO PARA USO DE DROGAS. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ.

1. De rigor, a aplicação do óbice contido na Súmula 7/STJ, porquanto tendo a Corte de origem concluído que, diante do contexto fático-probatório, a conduta praticada pelos agravantes se amolda à prevista no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, seria inviável entender de modo diverso, dada a necessidade de revisão dos elementos fático-probatórios, vedada na via recursal eleita.

2. A análise da tese recursal, no sentido de desclassificar o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) para a conduta tipificada no art. 28 da mesma lei (posse de substância entorpecente para uso próprio) demanda necessária incursão na seara probatória, vedada no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte (AgRg no AREsp n. 1.012.231/CE, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 7/4/2017).

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1719973/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 29/05/2018).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXCLUDENTE DE ESTADO DE NECESSIDADE E DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O reconhecimento do estado de necessidade, bem como a desclassificação do crime para porte de drogas para uso próprio depende do revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

2. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1193020/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 02/04/2018).

Contudo, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento as diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, o regime mais gravoso (fechado) foi imposto com base em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Dessa forma, estabelecida a pena final em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e a análise favorável das circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, sobretudo quando não significativa a quantia de entorpecente apreendido (2,2g de cocaína, 0,8g de crack e 6,3g de maconha).

No mesmo sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento

Superior Tribunal de Justiça

da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Conforme o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade abstrata acerca do crime, não justifica a fixação de regime prisional mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese. Viola o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. O quantum da condenação (3 anos e 6 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

4. Havendo o paciente preenchido os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por penas restritivas de direitos.

5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo competente." (HC 327.852/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo de primeiro grau (AgRg no REsp 1.622.395/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, **de ofício**, para fixar o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva, assim como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator