

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO, HERMAN BENJAMIN, PRESIDENTE DESTA
C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

URGENTE | PACIENTE PRESO

ORIGEM | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS SEM COMPROVAÇÃO NOS AUTOS

ANDRÉ LUIS DE OLIVEIRA GOMES, brasileiro, solteiro, advogado inscrito na OAB/DF sob nº 72.935, e **LUIGI ROBERTO RODRIGUES BERZOINI**, brasileiro, solteiro, advogado inscrito na OAB/DF sob nº 74.686, vêm, respeitosamente, perante V. Excelência, em favor de **WENDEL SÁVIO BATISTA COSTA**, brasileiro, solteiro, garimpeiro, inscrito no CPF n. 014.794.622-09, residente e domiciliado em Rua 15 de Novembro, n. 116, Cachoeira Velho – Centro, Cachoeira do Piriá – PA, impetrar a presente

ORDEM DE *HABEAS CORPUS*

em face do constrangimento ilegal oriundo **da 1ª Turma do E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará – TJPA, que por unanimidade, negou provimento ao recurso de Apelação n. 0002702-56.2019.8.14.0140**, com supedâneo no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal e nos artigos 647 e 648, I, Código de Processo Penal, amparando-se nos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir descritos:

I – DA CABIMENTO DO PRESENTE WRIT.

1. *Ab initio*, é importante ressaltar que a presente via do *habeas corpus* é cabível, apesar de não ser a ideal, mesmo que se trate de impetração em substituição a recurso próprio, sendo **dever** deste Superior Tribunal de Justiça - STJ conceder a ordem nos casos em que se encontrar ilegalidade que importe em restrição a liberdade do paciente.

2. O texto constitucional vigente no inc. LXVIII, do art. 5º, dispõe que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

3. Com efeito, independentemente de qualquer formalismo que possa existir, **a análise da ilegalidade ou abuso de poder** exposta é um dever constitucionalmente assegurado, pois tais violações afetam diretamente a liberdade de locomoção.

4. Dada a notória importância da via do *habeas corpus*, que a Lei n. 14.836, de 8 de abril de 2024, fez relevante alteração no Código de Processo Penal, incorporando a possibilidade de concessão *ex officio* da ordem quando se verificar constrangimento a liberdade de locomoção em razão de violação ao ordenamento jurídico, vejamos:

“Art. 647-A. No âmbito de sua competência jurisdicional, qualquer autoridade judicial poderá expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, individual ou coletivo, quando, no curso de qualquer processo judicial, verificar que, por violação ao ordenamento jurídico, alguém sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

*Parágrafo único. A ordem de *habeas corpus* poderá ser concedida de ofício pelo juiz ou pelo tribunal em processo de competência originária ou recursal, ainda que não conhecidos a ação ou o recurso em que veiculado o pedido de cessação de coação ilegal.”*

5. Portanto, não restam dúvidas sobre o cabimento da presente impetração, devendo o *habeas corpus* ser conhecido e seu mérito analisado por esta Corte Superior de Justiça, em razão de que se trata

de violação decorrente de Acórdão oriundo do e. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, trazendo a competência originaria a este STJ.

II – BREVE RESUMO DOS FATOS.

6. Trata-se, originalmente, de denúncia oferecida pela Ministério Público do Estado do Pará contra o ora paciente, Wendel Sávio Batista Costa, e o corréu, Irineu de Moraes da Silva, sob a alegação de descumprimento dos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/06.

7. Colhe-se dos autos de origem que no dia 30.06.2019, por volta das 03:30 da madrugada, o paciente foi preso em flagrante por portar consigo 1,196 gramas de substância entorpecente e R\$ 70,00 (setenta reais).

8. Momentos antes da abordagem, a guarnição da Polícia Militar estava fazendo rondas ostensivas próximo de uma festa que ocorria no município de Cachoeira do Piriá/PA. Ao realizarem a abordagem no paciente, foi encontrado 10 (dez) “petecas” do entorpecente pesando exatos 1,196 gramas e uma pequena quantidade de dinheiro.

9. Após toda a instrução criminal necessária com os depoimentos dos acusados, das testemunhas e dos agentes militares, a denúncia foi recebida em 17.12.2019.

10. Em 14.04.2020, foi proferida sentença condenatória ao ora paciente fixando uma pena de 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, além do pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, pelo suposto descumprimento dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico em concurso material de crimes (arts. 33 e 35, da Lei n. 11.343/06 c/c art. 69, do CP).

11. O ora paciente interpôs recurso de Apelação requerendo a reforma da Sentença proferida postulando pela desclassificação para o crime do artigo 28, da Lei n. 11.343/06, relativo ao porte de drogas para consumo pessoal.

12. Nesse compasso, o e. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade, conheceu do recurso interposto e, no mérito, negou-lhe provimento, conforme a ementa transcrita abaixo:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO EM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. ARTIGOS 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006 C/C ARTIGO 69, DO CÓDIGO PENAL.

(...)

2. RECURSO INTERPOSTO EM FAVOR DE WENDEL SÁVIO BATISTA COSTA:

A. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO: NÃO ACOLHIDO.

- RESTOU CARACTERIZADA, DE FORMA ROBUSTA, A AUTORIA E A MATERIALIDADE DOS CRIMES CAPITULADOS NOS ARTIGOS 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06, PRINCIPALMENTE NO QUE TANGE AO NÚCLEO "TRAZER CONSIGO", NÃO HAVENDO COMO PROSPERAR A TESE DEFENSIVA DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO, DE TAL SORTE QUE A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ORA GUERREADA É MEDIDA QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O RESPEITÁVEL PARECER MINISTERIAL."

13. Após o trânsito em julgado do Acórdão em 25.10.2022, os autos foram remetidos para a primeira instância para que a pena fosse executada em definitivo.

14. Em 03.09.2024, o ora paciente foi preso em definitivo, realizando a audiência de custódia e depois sendo encaminhado ao estabelecimento prisional.

15. Eis o necessário a se relatar.

III – DO MÉRITO DO PRESENTE WRIT.

16. A tese apresentada no presente *habeas corpus* é uma só: o decreto condenatório imposto ao ora paciente, sem as devidas provas concretas que comprovem a comercialização e participação no tráfico de drogas, viola expressamente o princípio do *in dubio pro reo*, a presunção de inocência e o devido processo legal, configurando-se um evidente constrangimento ilegal.

17. Subsidiariamente, caso V. Excelência não entenda pela absolvição por ausência de provas de traficância e associação ao tráfico, confirmando-se o decreto condenatório oriundo do e. TJPA, requer-se desde já, a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, por estarem preenchidos os requisitos do benefício em seu patamar máximo.

III. 1 - DECRETO CONDENATÓRIO COM BASE NOS ARTIGOS 33 E 35, DA LEI N. 11.343/06. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS CONCRETAS DA TRAFICÂNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. NECESSIDADE DE ABSOLVIÇÃO. PRECEDENTES DESTES STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE.

18. Superadas essas questões preliminares concernentes ao cabimento da via eleita e competência deste STJ para processar e julgar o presente *Habeas Corpus*.

19. Verifica-se que no estreito campo de conhecimento do presente *writ*, o constrangimento ilegal ao paciente em razão da **ausência de provas concretas da traficância** que ensejou sua condenação pelos arts. 33 e 35, da Lei n. 11.343/06 é **evidente**.

20. Nos autos em questão, **não estão presentes os mínimos elementos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas e associação para o tráfico**. Mesmo que tenha sido encontrada a substância entorpecente, esse fato isolado, sem outras provas robustas e suficientes, não podem levar a interpretação automática de indício de envolvimento do paciente em atividades relacionadas ao tráfico de drogas.

21. O simples porte de quantidade **ínfima** de drogas não pode, por si só, configurar o crime de tráfico, sendo imprescindível a demonstração inequívoca de que o réu se dedicava a atividade criminosa de forma habitual e organizada, com intuito de lucrar com o comércio ilícito de entorpecentes.

22. Com efeito, o ônus da prova quando envolve matéria criminal cabe ao Ministério Público, devendo o órgão acusatório provar, cabalmente, os fatos deduzidos na denúncia, não cabendo ao réu alegar fato algum, uma vez que a sua inocência é presumida e a dúvida sempre o socorrerá.

23. A presunção de inocência tem proteção constitucional, especificamente no artigo 5º, inc. LVII¹, que impõe que a condenação só deve ocorrer quando houver provas incontestáveis da autoria e da materialidade do crime.

24. Inclusive, o *in dubio pro reo* é um princípio jurídico que se aplica no processo penal, quando há dúvidas sobre a culpabilidade do acusado, a interpretação nesses casos será favorável ao réu.

25. *In casu*, não há provas de que o paciente utilizava o tráfico de drogas como meio de vida, tampouco que estivesse envolvido em uma associação criminosa para o cometimento desse delito, como exige o art. 35 da Lei de Drogas. **Em verdade, o Ministério Público do Estado do Pará não se desincumbiu de seu mister, o que deve afastar incontinenti o édito condenatório.**

26. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AREsp n. 1.676.635/MG, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, ficou destacado que:

"O ônus da prova no processo penal cabe ao órgão acusador, e é inadmissível em um Estado Constitucional Democrático de Direito entregar ao acusado o ônus da prova de sua inocência.

No Processo penal, somente a prova firme e incontroversa está apta a ensejar juízo de culpabilidade. **De forma que, se for frágil a prova incriminatória, a absolvição é medida que se impõe em observância ao princípio in dubio pro reo**, que, segundo René Ariel Dotti, se aplica "sempre que se caracterizar uma situação

¹ CF. Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

de prova dúbia, pois a dúvida em relação à existência ou não de determinado fato deve ser resolvida em favor do imputado."
(SOUZA NETTO, José Laurindo. *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 155).

27. Ademais, deve-se observar também o princípio da proporcionalidade, pois a condenação imposta ao paciente, de 8 anos de reclusão, **é evidentemente desproporcional** em face da pequena quantidade de droga apreendida (1,196 gramas de substância entorpecente), inexistindo nos autos qualquer indício que corrobore com a versão acusatória e os depoimentos dos policiais de que o réu estava envolvido na prática de tráfico e associação para o tráfico.

28. É notório que uma condenação criminal com base em elementos tão frágeis viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

29. Com efeito, quando os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório não são devidamente respeitados, a garantia da presunção de inocência transforma-se em uma fórmula vazia, pois os acusados são tratados como meros instrumentos de expiação, em evidente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, legitimando condenações pré-determinadas.

30. O professor Neviton Guedes², ao tratar sobre o devido processo legal como garantia da presunção de inocência³ reflete sobre uma situação jurídica cujo objetivo é, essencialmente, punir. Vejamos (grifos nossos):

² Desembargador do TRF da 1ª Região. Doutor pela Universidade de Coimbra e Professor de Direito Constitucional.

³ Repensar a Justiça: estudos em homenagem a Ministra Assusete Magalhães / Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca coordenação ; Bianca Barbosa Heringer ... [et al.] organização. – 1. Ed. – Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2023, p. 649.

“Os grupos sociais saem reforçados em sua (auto)legitimação depois de castigar e redimir os próprios pecados com a punição de um terceiro que, segundo algum espetáculo confirmatório, com certeza, merece ser punido.

Obviamente, em especial nos momentos em que as sociedades confrontam grave crise de identidade e de coesão, não terá grande importância, ou significado, pelo menos para a finalidade de recompor a sua unidade, saber se o acusado é culpado ou inocente. De qualquer sorte, é sempre reconfortante a consciência humana ter a tranquilidade de satisfazer-se com o sacrifício de pessoas em relação as quais, independentemente da qualidade do procedimento, se possa ter a certeza, de antemão, de sua (confirmação) culpa e responsabilidade.

Não se trata, pois, em boa parte das vezes, de punir com justiça, mas simplesmente de punir. Tudo isso explica por que, muito embora não possamos negar que todos erramos, no curso da história humana, as sociedades preferem, numa trágica reincidência de comportamentos, escolher algumas vítimas que, por distinção e azar social/político/religioso/cultural, podem ser sacrificadas, seletivamente, em espetáculos públicos, sem grave comprometimento de nosso senso de justiça.

(...)

Bem observados os fatos, a verdade, ou a justiça, das acusações feitas tinha pouquíssimo significado, seja porque, de antemão, o público e os acusados já tinham determinado a culpa, seja porque o crime, ou pecado, era condição do acusado (por exemplo, ser judeu, seja porque, em muitos casos, a função de catarse tinha mais importância do que propriamente o interesse de se fazer justiça. A recusa de alguns acusados, apesar do recurso regular e legitimado da tortura, de confessarem seus pecados e crimes, em vez de colocar em dúvida o procedimento, apenas atestava para o público a culpa e a perversidade dos recalcitrantes.

Em síntese, na ausência do devido processo legal e da presunção de inocência, quanto mais insistisse em sua inocência, mais o acusado se confirmava culpado.”

31. Quanto mais a sociedade presume a culpa de seus inimigos, sejam eles simbólicos ou reais, maior é a importância de se garantir os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

32. No caso em questão, é importante destacar que os policiais militares em momento algum afirmaram de forma específica que

presenciaram o paciente realizando qualquer ato de comercialização da substância.

33. Ademais, não há no acervo probatório da origem nenhum depoimento ou prova que demonstre cabalmente que o paciente estava exercendo a traficância ou que tenha envolvimento com o tráfico de entorpecentes.

34. Em resumo, os policiais abordaram o paciente e encontraram as substancias entorpecentes e R\$ 70,00 (setenta reais). O paciente estava próximo de uma festa. **É evidente que o paciente é um usuário de drogas.**

35. Em sede de interrogatório, o paciente negou a prática de comercialização de entorpecentes argumentando que as drogas eram para o seu consumo após a festa e que em momento nenhum estaria comercializando as substâncias. Vejamos trecho das declarações do paciente em juízo:

Em interrogatório em juízo disse: Que foi encontrado em uma festa com umas petecas de OXI; Que eram 10 petecas; Que estavam todas juntas e seria para seu uso; Que é usuário desde 22 anos; Que nunca vendeu; Que chegou usar 6 gramas por dia; Que adquiriu de Irineu a droga; Que o conhecia desde pequeno; Que usa Maconha e Oxi; Que foi a primeira vez que adquiriu a droga de Irineu; Que emprestou a moto para Irineu; Que quando foi preso, sua irmã foi atrás de advogado; Que não sabe porque sua irma disse que o acusado Irineu iria lhe patrocinar a defesa; Que não comprou a droga de Irineu; Que era para uso dos dois; Que estava bêbado e pegou a droga; Que acha que a quantia de droga dava para usar naquela noite; Que trabalha no garimpo e é furador e tinha recebido 100,00 reais naquele dia e foi para a rua, gastando 30,00 reais e ficou com 70,00 reais; Que não comprou a droga; Que não sabe de quem Irineu comprou a droga; Que Irineu tinha saído no momento em que foi preso, pois tinha emprestado a moto para o depoente; Que não teve audiência de custódia; Que Irineu tinha dado a droga para o depoente guardar; Que guardou a droga para usarem depois da festa. Que não responde a nenhum processo.

36. Ao contrário das provas dos autos, o magistrado julgador de primeiro grau, em sede de sentença, entendeu que estava suficientemente comprovada a autoria do delito, nos seguintes termos:

Além disso, merecem especial atenção entre os depoimentos prestados na audiência de instrução e julgamento os dos policiais, pois, descrevem minuciosamente como efetivamente aconteceu a diligência, o qual está em sincronismo com as demais provas existentes nos autos. Desta feita, observa-se que os policiais encontraram a substância em posse do réu WENDEL, que estavam em uma festa, onde foi encontrado com o acusado, 10(dez) petecas, vulgarmente conhecido como oxi, além da quantia em dinheiro de R\$ 70,00 (setenta) reais. Desta forma, entendo existir prova suficiente para reconhecimento da autoria do delito na pessoa do acusado WENDEL ao contrário do que afirma a defesa dos acusados.

37. Ao analisar e julgar as razões do recurso de Apelação interposto pelo paciente, a 1ª Turma de Direito Penal do e. TJPA conheceu do recurso e o negou provimento, mantendo-se *in totum* a condenação oriunda do juízo de primeiro grau, sob a seguinte fundamentação (grifos originais):

“(…)

No caso em tela, os ora apelantes foram presos em flagrante delito trazendo consigo **10 (dez) “papelotes”**, apresentando aparência característica do entorpecente “óxi”, pesando aproximadamente **1,196g (um grama, cento e noventa e seis miligramas)**, sendo positivado pelo **Lauda Toxicológico Definitivo**, ID 5215904, para a substância química **Benzoilmetilecgonina**, princípio ativo da **“cocaína”**, como também fora mencionado pelo douto magistrado de primeira entrância em sede do decisum condenatório prolatado, restando, portanto, definida a materialidade do crime.

A **autoria delitiva**, por sua vez, estaria evidenciada por meio da prova testemunhal, a qual, de forma harmoniosa com as demais provas constantes dos autos, corrobora com o édito condenatório, sendo os depoimentos dos Policiais Militares que efetuaram o flagrante uníssonos em apontar o ora apelante Irineu Moraes da Silva como um dos autores da prática delituosa narrada na denúncia.

Por oportuno, cumpre ressaltar que o depoimento prestado por policial é revestido de validade e credibilidade, pois além de ostentar fé pública, na medida em que provém de agente público no exercício de sua função, fora prestado mediante compromisso legal. Aliás, é bem sabido que não fura a lei validade ao depoimento do policial, tanto que não o elenca entre os impedidos os suspeitos, não o dispensa do compromisso de dizer apenas a verdade, nem o poupa dos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venha a sonegar a realidade dos acontecimentos.

(…)

Ora, da análise pormenorizada dos excertos testemunhais colhidos ao longo da persecução criminal, verifica-se que os depoimentos prestados pelos policiais corroboraram para a exata elucidação dos fatos sub iudice, sendo cediço que tais meios de prova gozam da mais elevada credibilidade, eis que coesos e harmônicos.

(…)

Nesse contexto, entendo que restou caracterizada a autoria e a materialidade dos crimes capitulados nos artigos 33 e 35, ambos da

Lei nº 11.343/06, principalmente no que tange ao núcleo “trazer consigo”, não havendo como prosperar a tese de defesa relativa de absolvição por insuficiência de provas, de tal sorte que a manutenção da sentença ora guerreada é medida que se impõe.

B. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO:

Adianto, desde logo, que a pretensão desclassificatória pretendida pela defesa **não merece ser acolhida**, consoante será explanado.

De acordo com o exposto acima, não existem dúvidas que a substância entorpecente apreendida em posse do apelante destinava-se a sua mercancia ilícita, sendo, portanto, descabida a cognição que seria utilizada unicamente para consumo próprio.

Assim, não demonstrada, cabalmente, a condição de mero usuário, torna-se inadequada a desclassificação para a conduta ilícita prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006.

Nesta linha de entendimento, encarto os seguintes julgados:

“APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO – INVIABILIDADE – (...). 1. Deve ser mantida a condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de drogas, se as provas produzidas demonstram de forma suficiente que os entorpecentes apreendidos eram de propriedade do réu e não se destinavam apenas ao consumo pessoal. (...). (TJ/MG – APR 0014401-21.2020.8.13.0016, Relator: Paulo Calmon Nogueira da Gama, Data de Julgamento: 21 de julho de 2021, 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/07/2021).

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO PESSOAL. APELOS MINISTERIAL E DEFENSIVO. NÃO CONHECIMENTO DESTE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO NA FORMA SIMPLES DO ILÍCITO. Sendo o réu preso em flagrante, em via pública, na posse de grande quantidade de crack e em companhia de um usuário, o qual confirmou, em sede policial, pois faleceu no decorrer do feito, ter adquirido a pedra de crack apreendida em seu poder do acusado, não há outra saída possível que não a condenação. (...). (TJ/RS – APR 0282694-71.2019.8.21.7000 RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Data de Julgamento: 10 de setembro de 2020, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 19/10/2020). Grifei

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28 DA MESMA LEI). INVIABILIDADE. PROVAS DA NARCOTRAFICÂNCIA INCONTESTES. (...). – Inviável a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de posse para consumo pessoal se da análise dos elementos contidos no art. 28, §2º, da Lei n. 11.343/2006 for possível constatar a destinação do entorpecente apreendido ao comércio espúrio. (...). (TJ/SC – APR 0003842-79.2019.8.24.0033 Itajaí, Relator: Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Data de Julgamento: 12 de março de 2020, Primeira Câmara Criminal). Grifei

Por tais assertivas, **não acolho** o presente pedido desclassificatório."

38. Ora, dada máxima vênia, tal entendimento não merece prosperar e deve ser reformado.

39. O acórdão do Tribunal *a quo* evidentemente **faz confusão com o verbo "trazer consigo" ao fundamentar a autoria e materialidade** do crime e, principalmente, ao não observar a semelhança do verbo citado nos artigos 28⁴ e 33⁵ da Lei n. 11.343/06.

40. Em síntese, no primeiro artigo o agente é visto como usuário, alguém que possui ou transporta a droga para uso próprio. Já no segundo artigo, o foco principal é a destinação do entorpecente ao comércio ilícito, representando uma conduta que visa o lucro ou a difusão da droga a terceiros.

41. Apesar da semelhança nos verbos, as condutas relacionadas ao uso e tráfico de entorpecentes **indicam atividades distintas**, refletindo na gradação das penas e no tratamento jurídico dado a cada conduta.

42. Ao contrário do que foi decidido em pelo e. TJPA, **as provas e depoimentos constantes nos autos evidenciam de forma notória que o paciente é usuário de drogas e trabalhador**, restando claro que não tem envolvimento com o tráfico de drogas e que não exerceu a suposta traficância.

43. Não menos importante, o paciente trabalha com Serviços Gerais no Garimpo do Sr. Miguel dos Santos Galvão, bem como é pai cuidadoso de uma menina chamada Mônica Suellem da Silva Costa,

⁴ Lei n. 11.343. Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouzer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

⁵ Lei n. 11.343. Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

com apenas 7 anos de idade. Ainda cuida de sua mãe idosa, com quem reside desde pequeno.

44. Em verdade, em toda instrução processual resta cristalino que o *parquet* estadual não se incumbiu em comprovar a traficância e associação ao tráfico que formalizou na denúncia.

45. **Não há nos autos nenhuma notícia de investigação prévia a respeito do descumprimento do art. 33 e 35, da LAD.** Pelo contrário, **as provas nos autos evidenciam de forma inequívoca que o ora paciente é usuário de drogas e no momento da abordagem policial estava comprando as substâncias entorpecentes.**

46. A denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado do Pará é tão frágil que em nenhum momento foi encontrado qualquer apetrecho ligado à narcotraficância, tal como balança de precisão, material para embalar drogas, anotações relacionadas as finanças do tráfico, ou depoimentos que evidente a prática dos artigos acima expostos.

47. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgInt no AREsp n. 741.686/RO⁶, deu interpretação de que **“condenação pressupõe prova robusta, que indique, sem espaço para dúvida, a existência do crime e a prova de autoria”**.

⁶ PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVAS DE AUTORIA INSUFICIENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.

1. Admite-se, em recurso especial, a desclassificação do delito quando para tanto bastar a reavaliação dos fatos e provas delineados no acórdão, como no caso em exame.

2. A apreensão de 20g de cocaína com o acusado, que afirmou ser para uso próprio, indica, neste caso, a configuração do tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, pois, além desses elementos, nada mais foi produzido que sinalize para a possível prática do crime de tráfico de entorpecentes, não bastando o fato de a droga ter sido apreendida em diversas "trouxinhas". (Precedente.)

3. A condenação pressupõe prova robusta, que indique, sem espaço para dúvida, a existência do crime e a prova de autoria, situação não ocorrente na espécie, em que o Juízo condenatório apoiou-se em uma presunção. 4. Agravo regimental provido.” (AgInt no AREsp n. 741.686/RO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 3/8/2021, DJe de 12/8/2021.)

48. Em reavaliação do quadro fático oriundo do TJPA, não restou satisfatoriamente demonstrado o fim comercial da droga apreendida, portanto, não se pode afastar a hipótese de que o paciente estava com a substância para o seu consumo pessoal.

49. Como já mencionado, 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 e muito menos pela associação ao tráfico.

50. Inclusive, em julgado recente, este STJ concedeu a ordem de *habeas corpus* para restabelecer uma sentença de primeiro grau que desclassificou a conduta do artigo 33 para a conduta do artigo 28, caput, da Lei n. 11.343/06, **em razão de o MP não comprovou que a droga apreendida (0,4 g de crack) se destinava a traficância**. Vejamos a ementa do julgado:

“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 do Ministério Público de 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, **cumpra 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.**

(...)

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).

(HC n. 681.680/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 29/9/2021.)

51. No mesmo sentido: i) **AgRg no AgRg no HC n. 900.317/SP**, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca – 5ª Turma; ii) **AgRg no HC n. 664403/SC**, de relatoria da Min. Laurita Vaz – 6ª Turma; iii) **REsp n. 1.917.988/RS**, de relatoria da Min. Laurita Vaz – 6ª Turma; iv) **REsp n. 1.769.822/PA**.

52. Assim, resta evidenciado que as instâncias ordinárias não se valeram do melhor direito na condenação do Paciente.

53. Outrossim, o presente *writ* não deseja o reexame do acervo probatório, mas sim uma simples valoração dos fatos e provas já colhidas e expostas na sentença e no acórdão proferidos pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, bem como em toda a instrução criminal⁷, não podendo ser barrado por tal fundamentação.

54. O aprisionamento em massa não resolve o problema relacionado ao tráfico de drogas. Ao se verificar a condenação de simples usuários de drogas por tráfico de drogas com penas altíssimas, é possível delinear um grande estado de coisas inconstitucionais no sistema punitivo brasileiro.

55. Assim, no caso em tela, o Ministério Público não conseguiu produzir elementos probatórios suficientes para comprovar a destinação da substância para fins de tráfico, não sendo possível, portanto, manter a condenação com base em meras presunções.

56. O princípio do **in dubio pro reo** deve prevalecer, pois não restou demonstrado, além de dúvida razoável, que o paciente exercia qualquer atividade vinculada ao comércio ilegal de drogas, devendo ser acolhida a tese defensiva de absolvição.

57. Diante do exposto, com base no art. 386, inc. VII, do CPP, requer-se a **absolvição** do acusado em relação às imputações de tráfico de drogas e associação para o tráfico, previstas nos artigos 33 e 35 da Lei n.º 11.343/06, em razão da **ausência de provas robustas e concretas** que demonstrem a prática de mercancia ou qualquer envolvimento direto do paciente com a atividade ilícita de comercialização de entorpecentes.

⁷ Precedentes: i) AgRg no AREsp n. 2.242.641/PA; ii) AgRg no HC n. 895.621/RS; iii) AgRg no HC n. 901.618/SP; e iv) AgRg no AREsp n. 1.960.973/GO.

III. 2 – DA APLICAÇÃO DO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI N. 11.343/06. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRECEDENTES DESTE STJ. DIMINUIÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

58. Subsidiariamente, caso V. Excelência não entenda pela absolvição das acusações formuladas pelo Ministério Público do Estado do Pará, diante da ausência de provas que comprovem o envolvimento do paciente no tráfico de drogas, requer-se, alternativamente, o reconhecimento do direito à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, com a redução da pena no seu grau máximo.

59. O § 4º, do art. 33, da LAD prevê a possibilidade de redução de pena para o condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos quatro requisitos cumulativos, veja-se:

“Art. 33. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

60. Assim, são requisitos acumulativos é que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique as atividades criminosas e nem integre organização criminosa. O paciente preenche todos os requisitos para a aplicação da causa especial de diminuição de pena.

61. Apesar de constar transação penal realizada anteriormente, o STF no julgamento do recurso extraordinário n. 795.567/PR⁸ (Tema 187 da

⁸ “CONSTITUCIONAL E PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSTERIOR DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONFISCO DO BEM APREENDIDO COM BASE NO ART. 91, II, DO CÓDIGO PENAL. AFRONTA À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CARACTERIZADA. 1. Tese: os efeitos jurídicos previstos no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não se verifica, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), cuja sentença tem natureza homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências da homologação da transação são aquelas estipuladas de modo consensual no termo de acordo. 2. Solução do caso: tendo havido transação penal e sendo extinta a punibilidade,

RG/STF) reafirmou sua jurisprudência e firmou tese no sentido de que a transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante, não gera efeitos da condenação penal, portanto, tal questão não pode ser valorada negativamente como maus antecedentes.

62. Este c. Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência pacífica no sentido da aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, nos casos em que restarem preenchidos todos os requisitos. Vejamos alguns julgados abaixo:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS CUMULATIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. UTILIZAÇÃO DOS ANTECEDENTES NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. INOVAÇÃO RECURSAL. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. PLEITO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para fazer jus à incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

(...)”

(AgRg no AREsp n. 2.029.384/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 25/3/2022.)

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ILEGALIDADE

ante o cumprimento das cláusulas nela estabelecidas, é ilegítimo o ato judicial que decreta o confisco do bem (motocicleta) que teria sido utilizado na prática delituosa. O confisco constituiria efeito penal muito mais gravoso ao aceitante do que os encargos que assumiu na transação penal celebrada (fornecimento de cinco cestas de alimentos). 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento.” (RE 795567, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28-05-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015 RTJ VOL-00236-01 PP-00254)

NA DOSIMETRIA. MINORANTE. AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso, nos termos do que dispõe a Súmula 182 do STJ.

2. Na hipótese, o agravante deixou de refutar especificamente os fundamentos de inadmissão do recurso especial (Súmula 7 do STJ), incidindo, portanto, o óbice da Súmula 182 do STJ.

3. Todavia, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para readequar a dosimetria penal.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

(...)”

(AgRg no AREsp n. 2.387.306/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 11/12/2023.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REDUTOR. AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO E DO CASO CONCRETO. DEDIÇÃO NÃO EVENTUAL A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONSTATAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N. 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É cediço por esta Corte de Uniformização que, uma vez preenchidos os requisitos cumulativos - objetivos e subjetivos - plasmados no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, constitui direito subjetivo do sentenciado o arrefecimento da pena cominada, na terceira fase da dosimetria, pelo patamar mínimo ou máximo de redução, a ser aquilatado pelo julgador de acordo com as especificidades do caso concreto.

(...)”

(AgRg no AREsp n. 2.599.241/RJ, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do Tjsp), Sexta Turma, julgado em 26/8/2024, DJe de 29/8/2024.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. AFASTAMENTO EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E DE ELEMENTOS REFERENTES À TRAFICÂNCIA EM SI. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário e portador de bons antecedentes e

não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. É evidente, portanto, que o benefício descrito no aludido dispositivo legal tem como destinatário o pequeno traficante, ou seja, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, e não os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

(...)”

(AgRg no HC n. 873.668/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 22/8/2024.)

63. Portanto, diante da **ausência de provas** concretas que demonstrem a participação habitual do paciente na traficância, é evidente que o acusado **não se dedica a atividades criminosas**, o que o faz preencher os requisitos legais para a aplicação da causa especial de diminuição de pena. No presente caso, a **quantidade reduzida de droga** encontrada também é um fator relevante, corroborando a necessidade de reconhecer que o paciente **não está inserido em uma rede de tráfico organizada**.

64. Diante do exposto, requer-se o reconhecimento do direito à aplicação do **§ 4º, do art. 33 da Lei n.º 11.343/06**, com a **redução da pena no patamar máximo** de 2/3, diante das circunstâncias favoráveis do paciente, que é primário, de bons antecedentes e que não se dedica de forma permanente à atividade criminosa.

V – DOS PEDIDOS.

65. Em face do exposto, **requer-se**:

- (i.) Seja recebido o presente *writ*, com fundamento na legislação processual penal e constitucional vigente, para que seja regularmente processado e julgado por este Superior Tribunal de Justiça, em atenção ao direito fundamental do paciente de garantia de pleno acesso à justiça;
 - (ii.) Seja intimado o membro do Ministério Público competente para proferir parecer;
 - (iii.) O conhecimento e concessão da ordem de *habeas corpus*, **para que seja declarada a absolvição do paciente em relação**
-

às imputações de tráfico de drogas e associação para o tráfico, com base no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal (CPP), em razão da ausência de provas concretas que demonstrem, além de qualquer dúvida razoável, a prática de mercancia ou a participação do paciente em atividades de tráfico de entorpecentes;

- (iv.) Subsidiariamente, caso Vossa Excelência não entenda pela absolvição, **requer-se a concessão de ordem de ofício para o reconhecimento do direito à aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, com a redução da pena no patamar máximo de 2/3**, uma vez que o paciente é primário, possui bons antecedentes e não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, como já demonstrado nos autos;
- (v.) que intimações e demais atos de comunicação processual sejam feitos na pessoa do patrono do paciente, **André Luis de Oliveira Gomes**, advogado inscrito na OAB/DF sob o n. 72.935.

66. Junta-se as provas em anexo a esta exordial, bem como as demais a serem exigidas como condição de conhecimento da ação, caso necessárias.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília/DF, *(data da assinatura digital)*.

ANDRÉ LUIS DE OLIVEIRA GOMES

OAB/DF 72.935

LUIGI ROBERTO RODRIGUES BERZOINI

OAB/DF 74.686
