

## HABEAS CORPUS 228.038 RIO DE JANEIRO

**RELATOR** : MIN. EDSON FACHIN  
**PACTE.(S)** : MATHEUS AZEVEDO CLEMENTINO  
**IMPTE.(S)** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**ADV.(A/S)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**DECISÃO:** Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no HC 764.530/RJ, assim ementado (eDOC 22):

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA ASSOCIAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem, com base no acervo probatório, firmou compreensão no sentido da efetiva prática do crime de associação para o tráfico pelo acusado - *a quantidade de drogas arrecadadas sob a posse do apelado, a apreensão de um rádio comunicador, uma pistola calibre 38 e as circunstâncias da prisão em que foi detido, em localidade dominada por organização criminosa, não deixam dúvidas de que estava associado ao tráfico local de maneira estável e permanente para a prática do crime de tráfico* (e-STJ fl. 43), inclusive acerca da estabilidade e permanência do vínculo associativo. Dessa forma, para se chegar a conclusão diversa, necessário o exame do conjunto-fático probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

2. Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de

quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

3. No caso dos autos, tendo em vista que o paciente também foi condenado pelo delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei de Drogas), não há se falar em reconhecimento da redutora do tráfico. Isso porque a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que *a condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de 'animus' associativo estável e permanente entre os agentes no cometimento do delito, evidenciando, assim, a dedicação do agente à atividade criminosa.*

4. Agravo regimental não provido.

Narra o impetrante, em suma, que: a) o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial aberto e absolvido da imputação de associação para o tráfico, bem como afastada a majorante do emprego de arma de fogo; b) em sede de apelação, o TJRJ negou provimento ao recurso defensivo e proveu o apelo do MP para condenar o paciente também pela prática de associação para o tráfico, majorado pelo emprego de arma de fogo e envolvimento de menor, reajustando a pena para 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado; c) o constrangimento ilegal decorre da inexistência dos requisitos exigidos para a caracterização do crime de associação para o tráfico, bem como da majorante do emprego de arma de fogo; d) o pleito formulado não demanda o reexame de fatos e provas, mas apenas uma análise do contexto já delineado na sentença e no acórdão condenatórios.

Em razão do exposto, pugna pela absolvição referente ao crime de associação, pelo afastamento do aumento previsto no art. 40, IV, da Lei de Drogas, bem como pela aplicação do redutor contido no § 4º do art. 33 da

mesma lei, com a conseqüente fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório. **Decido.**

1. No caso, a apontada ilegalidade **pode** ser aferida de pronto.

1.1. De início, esclareço que a análise da questão versada na inicial prescinde de revolvimento da matéria fático-probatória dos autos, providência que seria inviável na via estreita do *habeas corpus*. Em verdade, o caso desafia o enfrentamento de questão eminentemente jurídica, relativa à robustez da prova dos elementos que configuram o tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006.

Tal proceder está em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de que a *“mera reavaliação jurídica dos fatos, a partir do acervo colhido nas instâncias ordinárias, distingue-se do revolvimento do conjunto fático e probatório dos autos.”* (HC 192.115 ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 17.02.2021).

Como cediço, uma condenação requer provas concretas e objetivas de que o agente tenha praticado ou concorrido para a prática do crime, à luz do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), vigente em nosso ordenamento jurídico e orientado pelo sistema acusatório, que tem, dentre as suas características, o ônus da prova da culpa atribuído à acusação.

Indissociável dos postulados do contraditório e da ampla defesa, a presunção de inocência impõe tanto um dever de tratamento quanto um dever de julgamento. O dever de tratamento exige que a pessoa acusada seja tratada, durante todo o curso da ação penal, como presumidamente inocente; por outro lado, o dever de julgamento significa que recai

exclusivamente sobre o órgão de acusação o ônus de comprovar de maneira inequívoca a materialidade e a autoria do crime narrado na denúncia – e não sobre o acusado o ônus da demonstração de sua inocência –, de sorte que, ao final da instrução processual, a dúvida deve inexoravelmente gerar decisão favorável ao réu.

Efetivamente, não pode o julgador atribuir ao réu o dever de provar a inocência, nem fundamentar seu convencimento com base em meras presunções, pois incumbe ao Ministério Público o ônus da prova da configuração do tipo e da culpabilidade do agente; ao Juiz, o dever de proferir decisões condenatórias com lastro em provas robustas.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes deste Tribunal:

**“HABEAS CORPUS” [...] AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“essentialia delicti”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de**

provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.” (HC 84.580, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 18.09.2009, *grifei*)

“PENAL E PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO FUNDADA SOMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS OBTIDOS NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO CORROBORADOS EM JUÍZO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AÇÃO PENAL IMPROCEDENTE. 1. **A presunção de inocência exige, para ser afastada, um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal. No sistema acusatório brasileiro, o ônus da prova é do Ministério Público, sendo imprescindíveis provas efetivas do alegado, produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, para a atribuição definitiva ao réu, de qualquer prática de conduta delitiva, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova.** 2. Inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento seguro obtido na fase inquisitorial e apto a afastar dúvida razoável no tocante à culpabilidade do réu. 3. Improcedência da ação penal.” (AP 883, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 14.05.2018, *grifei*)

1.2. Feitas essas considerações, depreende-se dos autos que o

Magistrado de primeiro grau condenou o ora paciente pela prática do delito de tráfico privilegiado, absolvendo-o da imputação de associação para o tráfico por ausência de provas, nos seguintes termos (eDOC 15, p. 3-5):

“[...]

Cabível a condenação do réu pelo crime do art. 33 da Lei 11.343/06.

**Afasto a causa de aumento do art. 40, IV da Lei 11343/2006, uma vez que os dois policiais afirmaram que a arma de fogo estava com o adolescente, parecendo que este fazia a segurança do local, enquanto o réu comercializava as drogas.**

Não há comprovação nos autos de que a arma estava ao alcance do réu, para usá-la quando lhe aprouvesse.

**Não obstante, restou caracterizada a incidência da causa de aumento da pena do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, pois o adolescente apreendido se encontrava na companhia do réu, praticando juntos o tráfico ilícito de entorpecentes.**

DA IMPUTAÇÃO DO ART. 35, CAPUT, C/C 40, IV e VI, AMBOS DA LEI 11.343/06:

Normalmente, carga de material entorpecente somente é confiada dentro de uma comunidade dominada pelo tráfico organizado para quem efetivamente esteja intimamente associado a ela.

O contexto da prisão indica que o acusado provavelmente exercia alguma função no tráfico.

Entretanto, no caso dos autos, muito embora seja a íntima convicção deste magistrado a associação do réu para a prática do tráfico, certo é que **não há elementos probatórios seguros o suficiente para a obtenção de um juízo de certeza.**

Com efeito, entender que ele estava associado a outras pessoas, tão somente pelo fato de portar drogas, as quais não estavam sendo comercializadas no momento da sua prisão em

flagrante, seria, evidentemente, presumir a prática delitiva.

Os policiais militares não se recordaram com quem estava o rádio transmissor.

De acordo com os policiais militares, o réu não portava arma de fogo.

Ressalto que o réu não possui outras anotações criminais, além da relativa a este feito.

Sendo assim, **a absolvição nesta parte se impõe, em atenção ao princípio do in dubio pro reo.**

PASSO A FIXAR A PENA:

Atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, bem como ao art. 42 da Lei 11.343/06, não vislumbro nenhuma capaz de justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pelo que a fixo em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Presente a circunstância atenuante da menoridade, a qual não pode servir de fator de redução de pena, pois nesta fase a pena não pode ficar abaixo do mínimo legal consoante a Súmula 231 do E.STJ, pelo que mantenho a pena intermediária em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Considerando a causa de aumento da pena do art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, aumento a pena de 1/6, e fixo a pena em 05 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

**Considerando a primariedade do acusado e a ausência de informações no sentido de que ele se dedique à atividade criminosa ou integre organização criminosa, cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 e considerando que a quantidade, variedade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, reduzo a pena de 1/2 (metade), fixando a pena definitiva para tal crime em 02 anos e 11 meses de reclusão, e 291 dias-multa.**

Fixo o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do 33, §2º, "c", do CP.

Ante a ausência de elementos a indicarem uma maior capacidade econômica do réu, fixo o valor do dia-multa no

mínimo legal, qual seja, 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente na data do fato.

Isto posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia para condenar o réu MATHEUS AZEVEDO CLEMENTINO como incurso nas sanções do art. 33, caput e §4º, c/c 40, IV, todos da Lei 11.343/06, à pena de 02 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, e 291 dias-multa, em valor unitário fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente em 21/08/2021; bem como para ABSOLVÊ-LO da imputação relativa ao crime do art. 35, caput, da Lei 11343/2006, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

Tendo em vista a resolução 05/2012 do Senado Federal e presentes os pressupostos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, à razão de 01 (uma) hora de tarefa por dia de condenação (art. 46, §3º, do CP), e prestação pecuniária fixada em R\$ 500,00, em favor de instituições indicadas pela CPMA.

Tendo em vista a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não há razão lógica a justificar a custódia cautelar do réu, pelo que ele poderá recorrer desta sentença em liberdade.” (grifei)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, negou provimento à apelação da defesa e proveu o recurso ministerial, conforme se extrai do seguinte excerto (eDOC 19, p. 13-16)

“[...]”

Com efeito, restou caracterizada a incidência da causa de aumento da pena do artigo 40, VI, da Lei 11.343/06, pois o adolescente apreendido se encontrava na companhia do réu, praticando juntos o tráfico ilícito de entorpecentes.

Da mesma forma restou caracterizado no caso a majorante

descrita no artigo 40, inciso IV da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o acusado foi preso em flagrante na companhia do adolescente Davi Fernandes de Castro, e ambos empregavam, de forma compartilhada, um revólver calibre .38, com 1 (uma) munição intacta de igual calibre (laudos nas pastas n.º 00147 e 00151), a qual foi utilizada como meio de intimidação difusa ou coletiva na prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

De outra banda, inquestionável também a prova do *animus* associativo do réu com os integrantes da facção criminosa Comando Vermelho, que controla o comércio de entorpecentes na localidade onde o acusado foi preso em flagrante na companhia do adolescente.

Como sabido, o crime do artigo 35, da Lei n.º 11.343/2006, prevê como típica a reunião de duas ou mais pessoas, com vontade de se aliarem de maneira permanente ou com certo grau de estabilidade, com a finalidade de praticar o crime de tráfico de drogas, sendo certo que, na maioria dos casos, o juiz acaba por se valer das circunstâncias da prisão para a tipificação da conduta, diante da dificuldade de se provar tal crime através de um documento revelador da organização criminosa.

No mais, para a caracterização do crime de associação para o tráfico não é imprescindível a identificação formal de comparsas, apenas que as pessoas se unam com o objetivo de manter vínculo estável e duradouro para a prática do delito de tráfico.

Ademais, a quantidade de drogas arrecadadas sob a posse do apelado, a apreensão de um rádio comunicador, uma pistola calibre 38 e as circunstâncias da prisão em que foi detido, em localidade dominada por organização criminosa, não deixam dúvidas de que estava associado ao tráfico local de maneira estável e permanente para a prática do crime de tráfico.

Com efeito, percebe-se que há robustas provas nos autos que demonstram a presença do elemento *animus associativos*, não merecendo, portanto, o agente ser absolvido do delito.

Diante deste painel fático probatório, dá-se provimento ao recurso da acusação, para condenar o acusado também como incurso nas sanções do artigo 35, caput, c/c artigo 40, IV e VI da Lei 11.343/06, pelo que passo ao ajuste da pena e ao exame do inconformismo defensivo.

Passo ao ajuste da dosimetria penal.

- Do crime de tráfico ilícito de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n.º. 11.343/06:

À luz do que dispõe o artigo 42 da Lei n.º. 11.343/2006 e o artigo 59, do Código Penal, mantenho a pena base ora aplicada pelo juízo de origem, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda fase, mantenho reconhecida a circunstância atenuante da menoridade relativa e a aplicação da súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ficando a pena nesta fase estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na terceira fase, em razão da presença das causas de aumento previstas nos incisos IV e VI do artigo 40 da Lei n.º 11.34/06, sendo demonstrado nos autos a gravidade concreta da conduta, especialmente em razão do envolvimento de menores e de armas, justifica-se o aumento da pena nesta fase na fração de 1/5 (um quinto), ficando a pena fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

O redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei n.º. 11.343/06, deve ser afastado no presente caso diante da ausência dos requisitos legais, eis que, como sabido, a condenação por associação ao tráfico de entorpecentes obsta a aplicação do

reduzido previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demonstra o *animus associativo* estável e permanente para o crime, evidenciando, assim, a habitualidade criminosa.

- Do crime de associação para o tráfico, previsto no artigo 35 da Lei n.º. 11.343/06:

Quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas, em razão da ausência de circunstâncias judiciais negativas, fixa-se a pena base em 03 (três) anos e 700 (setecentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda fase, reconheço a circunstância atenuante da menoridade relativa, porém deixo de reduzir a pena aquém do mínimo legal, com base no que preceitua a súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ficando a pena nesta fase estabelecida em 03 (três) anos e 700 (setecentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na terceira fase, em razão da presença das causas de aumento previstas nos incisos IV e VI do artigo 40 da Lei n.º 11.34/06, sendo demonstrado nos autos a gravidade concreta da conduta, especialmente em razão do envolvimento de menores e de armas, justifica-se o aumento da pena nesta fase na fração de 1/5 (um quinto), ficando a pena fixada em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, e 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa, no valor mínimo legal.

Considerando o concurso material de crimes, previsto no artigo 69 do Código Penal, fixa-se a resposta penal definitiva em 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, e 1440 (mil quatrocentos e quarenta) dias-multa, no valor mínimo legal.

Diante da quantidade de pena aplicada e da gravidade concreta da conduta, revelada pelas circunstâncias da prisão e pela grande quantidade e variedade de drogas apreendidas, apresenta-se adequada a fixação do regime fechado, nos termos

do artigo 33, §2º, alínea “a” e §3º, do Código Penal.

Da mesma forma, verifica-se que o recorrente não faz jus à substituição da pena privativa liberdade por restritiva de direitos ou à concessão do sursis, haja vista não preencher os requisitos legais previstos nos artigos 44, inciso I, e 77, caput, do Código Penal”.

1.3. No que diz respeito ao aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, o Tribunal de origem considerou caracterizada a majorante tendo em vista que *“o acusado foi preso em flagrante na companhia do adolescente [...], e ambos empregavam, de forma compartilhada, um revólver calibre .38, com 1 (uma) munição intacta de igual calibre [...], a qual foi utilizada como meio de intimidação difusa ou coletiva na prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes”*.

Contudo, de acordo com o depoimento do policial que realizou o flagrante, foram abordadas três pessoas que estavam sentadas, sendo que uma delas, o adolescente, estava com uma arma de fogo, a qual tentou jogar para cima de uma casa (eDOC 15, p. 2):

*“A guarnição entrou e 100 metros mais a frente perderam a moto de vista, abordaram elementos que estavam sentados. Foram detidos dois, **um em posse de uma arma que tentou jogar para cima de uma casa** e o segundo que não esboçou reação que estava com uma mochila com o material entorpecente. **O réu estava com a mochila que tinha material entorpecente.** Acredita que só cocaína e maconha. **A arma estava com outro que jogou a arma para cima de uma casa, viu quando ele jogou. O outro era menor [...]**” (grifei)*

Como se vê, a arma apreendida estava com o adolescente, que tentou jogá-la sobre uma laje, não ficando demonstrado, como bem afirmado pelo Magistrado sentenciante, que *“a arma estava ao alcance do réu, para usá-la quando lhe aprouvesse”*.

Quanto ao delito de associação para o tráfico, o TJRJ entendeu estarem configuradas “*provas robustas*” sobre o *animus* associativo do réu com integrantes da facção criminosa “*Comando Vermelho*”, tendo em vista que o acusado foi preso em lugar conhecido como ponto de droga, onde o comércio seria controlado pela referida facção.

De acordo com o acórdão condenatório “*a quantidade de drogas arrecadadas sob a posse do apelado, a apreensão de um rádio comunicador, uma pistola calibre 38 e as circunstâncias da prisão em que foi detido, em localidade dominada por organização criminosa*” seriam circunstâncias aptas a comprovar a associação “*ao tráfico local de maneira estável e permanente para a prática do crime de tráfico*”.

No entanto, não obstante o acusado tenha sido flagrado em local conhecido como ponto de droga supostamente dominado pelo “*Comando Vermelho*”, noto que, diversamente do que concluiu o acórdão condenatório, a quantidade de droga apreendida e a situação do flagrante (acusados sentados em local conhecido pelo tráfico de drogas, em que um deles foi encontrado com uma mochila contendo drogas e o outro com uma arma de fogo) não são elementos suficientes para comprovar, no caso, o *animus* de se associar, de forma permanente, para a prática do tráfico de droga.

De fato, de acordo com os relatos dos policiais, coligidos na sentença, ao procederem ao patrulhamento de rotina, foram abordados por “*populares*” que noticiaram haver duas pessoas em uma moto praticando “*assaltos*”. Em seguida, se dirigiram para o local indicado, avistaram dois ocupantes em uma moto, que “*retornaram para a comunidade de forma acelerada*”, razão pela qual os perderam de vista.

Segundo o mesmo relato, os policiais avistaram três pessoas que estavam sentadas, sendo que uma delas correu ao avistar a viatura e as

outras duas foram abordadas, com as quais foram encontradas uma arma de fogo e uma mochila com drogas. Um dos policiais afirmou se recordar da apreensão de um rádio comunicador, mas não soube dizer se estava com o menor ou o maior.

Contudo, como bem afirmado pelo Magistrado de primeiro grau, embora os julgadores tenham “*íntima convicção*” da associação do réu para a prática do tráfico de drogas, em razão das condições do flagrante, a partir desse enredo não é possível confirmá-la de forma inequívoca, em razão da ausência de elementos probatórios suficientes para sua configuração.

Importa ressaltar que não se trata, aqui, de se questionar a credibilidade do depoimento prestado pelos policiais, mas da constatação de que, a partir das narrativas contidas na sentença, não é possível inferir, com relação ao ora paciente, a existência de uma associação estável com a finalidade de praticar o tráfico de drogas, sob pena do esvaziamento da presunção da inocência.

Nesse contexto, vale rememorar que, embora o *habeas corpus* não comporte o reexame das provas produzidas, não há óbice no sentido de que, a partir do quadro fático descrito pelas instâncias ordinárias, se realize o enquadramento jurídico dos fatos incontroversos, como bem apontado pelo Ministro Ayres Britto:

“[...] O Supremo Tribunal Federal distingue entre a capitulação jurídica dos fatos (ou seja, o enquadramento típico da conduta) e o revolvimento de matéria fático-probatória. Motivo pelo qual, fixado o quadro empírico pelas instâncias competentes, pronunciamento desta colenda Corte sobre o enquadramento jurídico da conduta não extrapola os limites da via processualmente contida do *habeas corpus* [...]” (HC 95.068, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 17.3.2009).

## HC 228038 / RJ

Dessa forma, entendo que não foram indicadas, no acórdão condenatório, provas idôneas quanto à configuração do tipo previsto no art. 35 da Lei de Drogas. Portanto, deve o acusado ser absolvido dessa imputação.

Como bem pontuou o Min. Alexandre de Moraes em caso análogo ao presente, “[s]em precisar examinar a fundo a matéria fática, a solução adequada ao caso é a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, sendo certo, consoante antigo julgado desta CORTE, que é questão de direito definir o campo da livre apreciação das provas, para anular decisão calcada em dados meramente subjetivos, fruto de convicção íntima, haurida de elementos probatórios indiretos (HC 40.609, Rel. Min. EVANDRO LINS, Tribunal Pleno, DJ de 3/9/1964” (HC 181.630/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 05.03.2020, grifei).

No mesmo sentido, colaciono as seguintes decisões monocráticas: HC 219.815, de minha relatoria, DJe 21.09.2022; HC 216.460, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 14.06.2022; HC 194.243, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16.04.2021.

2. Posto isso, com base no art. 192 do RISTF, concedo a ordem de *habeas corpus* para restabelecer a sentença condenatória.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão.

Oficie-se, outrossim, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dando-lhes ciência desta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 17 de maio de 2023.

**HC 228038 / RJ**

Ministro EDSON FACHIN

Relator

*Documento assinado digitalmente*