



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 481.848 - SP (2018/0320943-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL DE SOUZA BORELLI - SP339970
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ANTONIO MOSCALLEGRA GOMES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL – CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem que o paciente se dedicava a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto, demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. A quantidade e a natureza da droga demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

4. Incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direito em razão da quantidade de pena aplicada, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 19 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 481.848 - SP (2018/0320943-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL DE SOUZA BORELLI - SP339970
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ANTONIO MOSCALLEGRA GOMES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCOS ANTONIO MOSCALLEGRA GOMES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000067-95.2017.8.26.0348).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06).

Ambas as partes apelaram, o Tribunal de provimento apenas ao recurso da acusação para afastar a minorante do § 4º, fixando a pena em 5 anos de reclusão em regime fechado. Eis a ementa do julgado:

APELAÇÕES CRIMINAIS PRETENSÃO DEFENSIVA DE ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO, POR INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESES SUPLETIVAS DE FIXAÇÃO DAS PENAS BÁSICAS NO MÍNIMO LEGAL; DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA MESMA LEI, NO SEU PATAMAR MÁXIMO; DE ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL INICIAL ABERTO; DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E DE CONCESSÃO DO DIREITO A RECORRER EM LIBERDADE.

PLEITOS MINISTERIAIS DE REVOGAÇÃO DO REDUTOR ESTABELECIDO, OU DE SUA APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA, BEM COMO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO, COM O AFASTAMENTO DA DETRAÇÃO LEVADA A EFEITO NA SENTENÇA.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI 11.343/06.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O ACUSADO NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO.

CASO EM QUE, NA ESPÉCIE, AS CIRCUNSTÂNCIAS ENSEJAM O AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO REDUTOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06, COM A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO.

SITUAÇÃO QUE NÃO AUTORIZA RECEPÇÃO AOS PEDIDOS DEFENSIVOS.

Recurso ministerial provido, e defensivo desprovido, com determinação. (fls. 269/270)

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o paciente preenche todos os requisitos exigidos para a aplicação da causa especial de diminuição de pena (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06), à fixação de regime mais brando e para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Requer, assim, a redução da pena, a alteração do regime prisional e a substituição da pena.

Indeferido o pedido liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO E DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE DO DELITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. (fl. 313)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 481.848 - SP (2018/0320943-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, policiais surpreenderam o paciente na posse de 82 porções de cocaína (73,1g) e 87 porções de *crack* (24,7g). O Juízo de primeiro grau, ao condená-lo por tráfico de drogas, aplicou a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. O Tribunal *a quo*, por sua vez, afastou a referida causa especial de diminuição de pena, sob a seguinte fundamentação:

[...]

De outra banda, razão assiste ao Parquet quanto a dever ser afastada a aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, por se tratar de benesse a ser concedida em circunstâncias especialíssimas, e quando preenchidos, cumulativamente, todos os seus requisitos, o que não se observa no caso presente, sendo incabível esse benefício a quem sequer demonstrou exercer a narcotraficância de forma ocasional, e em pequena monta, tendo sido o réu surpreendido, repita-se, vendendo drogas em local amplamente conhecido como ponto de intenso narcotráfico, ainda na posse de 169 eppendorfs contendo dois tóxicos distintos, além da quantia de R\$ 94,00, confessadamente proveniente do comércio espúrio, quantidade essa que dificilmente seria confiada a um iniciante logo em seu primeiro dia, como por ele aduzido, sendo que o imputado também não fez nenhuma comprovação quanto ao exercício de atividade laborativa lícita, tendo apenas afirmado, em Juízo, que fazia “bicos” como pintor, portanto sem ganhos certos, tanto que alegou que resolveu traficar porque tais ganhos não eram suficientes para arcar com as despesas da sua família (mídia), mas igualmente sem qualquer demonstração nesse sentido, tudo a indicar que se dedicava a essa atividade criminosa gravíssima intensamente, dela fazendo seu meio de vida, o que enseja a não aplicação do redutor em questão, por não preencher o terceiro requisito do aludido dispositivo legal.

Ressalte-se, por oportuno, que a majoração das penas básicas, pela aplicação do disposto no art. 42, da Lei de Tóxicos, em nada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se coaduna com o afastamento do redutor, tratando-se a primeira de análise de incidência de causa de agravamento de penas, e a segunda de ausência de preenchimento de pressupostos ensejadores de benefício, daí porque não vinga pleito de incidência de bis in idem, mormente quando a quantidade de drogas apreendida é apenas o principal elemento norteador do exame.

[...]

Nesses termos, afastada a aplicação do referido redutor, ficam as sanções finais estabelecidas em cinco anos de reclusão, mais o pagamento de quinhentos dias-multa, valorados como no r. decismum.

E o quantum de pena fixado, bem como as circunstâncias acima expostas, por si só já afastam a possibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, ou mesmo de fixação de regime prisional inicial menos gravoso que o fechado para o desconto da aflição, vez que constituem benefícios incompatíveis com a gravidade, em concreto, do crime praticado, principalmente nas condições em que se deu, diante da apreensão de, repita-se, nada menos que 169 porções de duas drogas distintas potentíssimas, todas embaladas para venda, portanto prontas para serem disseminadas em larga escala na sociedade, o que o réu já fazia, vez que surpreendido a vendê-las, observando-se, assim, as graves consequências que seriam alcançadas com sua forma de proceder, caso chegassem a terceiros, tudo em consonância com os ditames do quanto determinado no § 3º, do artigo 33, e no artigo 59, ambos do Código Penal, levando-se em conta, ainda, a natureza do ilícito, equiparado aos hediondos, que a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos XLIII e LI, estabelece que seja tratado com maior rigor, a ponto de se tratar do único crime que autoriza a extradição do nacional. (fls. 277/281)

O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento desta Corte de que a *quantidade* e a *natureza* das drogas apreendidas, especialmente quando atreladas a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, ausência de ocupação lícita do agente etc), indicam a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º.

Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que o ora paciente faz jus à referida minorante, o que é vedado em *habeas corpus*.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. **E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório.** Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece da impetração, substitutiva do recurso cabível, quando não há manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2. **A negativa de incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita.**

[...]

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 6/10/2016).

A quantidade e a natureza da droga demonstram, também, a gravidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. 112 PORÇÕES DE COCAÍNA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.***

[...]

- Não obstante fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a conclusão de que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostrava socialmente recomendável foi concretamente justificada em função do grau de reprovação da conduta do acusado, evidenciada pelo alto potencial ofensivo e a elevada quantidade de droga apreendida - 112 (cento e doze) porções de cocaína.

*- Pela mesma razão, mostra-se possível a imposição do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, uma vez que **o magistrado possui a discricionariedade de agravar somente o aspecto qualitativo da pena, observado o art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal.***

Habeas corpus não conhecido.

(HC 300.274/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 6/11/2015).

[...] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem reflexo, contudo, na reprimenda final.

(HC 340.991/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 8/6/2016).

Por fim, incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direito em razão da quantidade de pena aplicada, nos termos do artigo 44, inciso I do Código Penal – CP.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0320943-6

HC 481.848 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000679520178260348 20180000760922 679520178260348 732017

EM MESA

JULGADO: 19/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL DE SOUZA BORELLI - SP339970
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ANTONIO MOSCALLEGRA GOMES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.