



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.787 - SP (2019/0108606-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DAVI PEREIRA REMEDIO
ADVOGADO : DAVI PEREIRA REMÉDIO - SP289517
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS VINICIOS OLIVEIRA PACAGNELLA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. MODO INTERMEDIÁRIO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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

2. Nos termos 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 integrarem organizações criminosas.

3. Hipótese em que a instância antecedente afastou, motivadamente, a aplicação do redutor em apreço, diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada nos trechos extraídos das interceptações telefônicas e no depoimento de usuária que adquiria o entorpecente do acusado com frequência. Logo, a modificação desse entendimento, a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas, enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

4. Mantido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a fixação do regime mais brando (aberto) e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b" e 44, I, ambos 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 Prosseguindo no julgamento, a Quinta Turma, por maioria, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Reynaldo Soares da Fonseca (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 05 de setembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.787 - SP (2019/0108606-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DAVI PEREIRA REMEDIO
ADVOGADO : DAVI PEREIRA REMÉDIO - SP289517
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS VINICIOS OLIVEIRA PACAGNELLA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **MARCUS VINICIOS OLIVEIRA PACAGNELLA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1.200 dias-multa, como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para absolver o paciente pelo delito de associação para o tráfico de entorpecentes e para estabelecer o regime semiaberto, como o inicial para cumprimento da pena de 5 anos de reclusão, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Neste *writ*, alega o impetrante ausência de elementos concretos para afastar a redutora do tráfico de entorpecentes. Destaca estar comprovado nos autos que o paciente traficou apenas uma vez, inexistindo, portanto, a suposta habitualidade delitiva.

Requer, assim, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no patamar máximo e a readequação do regime prisional, nos termos das Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 1.490).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento o *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 1.494-1.497).

A defesa apresentou novos documentos para rebater o parecer ministerial, bem como requereu ser intimada para apresentar sustentação oral (e-STJ, fls. 1.502-1.503).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.787 - SP (2019/0108606-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DAVI PEREIRA REMEDIO
ADVOGADO : DAVI PEREIRA REMÉDIO - SP289517
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS VINICIOS OLIVEIRA PACAGNELLA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. MODO INTERMEDIÁRIO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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

2. Nos termos 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 integrarem organizações criminosas.

3. Hipótese em que a instância antecedente afastou, motivadamente, a aplicação do redutor em apreço, diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada nos trechos extraídos das interceptações telefônicas e no depoimento de usuária que adquiria o entorpecente do acusado com frequência. Logo, a modificação desse entendimento, a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas, enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

4. Mantido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a fixação do regime mais brando (aberto) e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b" e 44, I, ambos do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

De início, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percutiente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

No caso, a Corte de origem manteve afastado o redutor do tráfico privilegiado, em decisão assim motivada:

"Passo a fundamentar as conclusões; começo pela culpa de Marcos, pressuposto das demais.

Com todo o respeito pela combatividade do digno Defensor, digna dos maiores encômios, a meu ver não pode haver dúvida alguma (razoável ou não) de que **o coapelante Marcos dedicava-se ao tráfico, embora como atividade paralela à advocacia** (ou, possivelmente, o contrário). **Nesse sentido, as interceptações telefônicas (DVDs, loc. cit.) são muito claras.**

Deixo de lado as conversas que levaram à prisão (dias 31/10, às 13h36'3", e 11/11, às 13h01'29", fls. 85); acerca dessas, tudo ficou dito no processo. O próprio Defensor não as nega, embora tente (com denodo, repito, digno de encômios) transformá-las em mero favor entre usuários. Sendo esse o fundamento da apelação, é a ele que me compete dedicar a atenção.

A oitiva das interceptações, na verdade, não permite conclusão a não ser a oposta: Marcos dedicava-se, sim, ao tráfico. **As conversas mostram uma pessoa que era, ao mesmo tempo, filho dedicado e amigo querido, dedicado a churrascos e a fins de semana na Riviera, Guarujá, e um (sempre utilizando - é o preço do tempo - a nomenclatura antiga) um disponível e prestativo 'toque-e-tenha'.**

Assim é que, no dia 21/10/13, às 20h28'45" (fls. 55), conversando com o freguês 'Bituca', combina a entrega e, às 20h53'27" (loc. cit.), a entrega (que se atrasara um pouco). No dia 22/10, às 16h39'40" e às 19h01'15" (loc. cit.), há duas conversas interceptadas que, à evidência, mostram entendimentos a respeito de drogas; no mesmo dia, às 21h38'28" (loc. cit.), um 'freguês' ('Jucá') faz 31 uma compra ('traz duas').

No dia 24/10, às 11h50'59" (loc. cit.), certo Diogo ('Gurupi'), que mora em condomínio fechado, faz uma compra; às 11h59'59", combina-se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entrega.

Desnecessário repetir todas as conversas; limito-me a remeter aos locais onde as conversas (todas comprometedoras e, no contexto, bastante claras) foram gravadas (todas a fls. 54): **dia 29/10, 11h08'48"**; **dia 31/10, às 10h35'08"**; **id., às 19h23'09"** (encomenda de 'Baiano'); **dia 5/11, 20h19'45"** (conversa cifrada, referindo 'convites', mas evidente); **dia 8/11, às 14h0'21"**; **dia 11/11, às 15h09'42"** (dia da prisão, mas antes dela; venda para o 'amigo do Virtão').

Há outras; essas, porém, são bastantes. Principalmente se **se acrescenta a clara assertiva de Márcia Tunes Storolli, a compradora do dia da prisão, em Juízo. Apesar de confuso, seu depoimento é claro, num ponto ao menos (graças, diga-se, à oportuna intervenção do Promotor de Justiça): ela comprava drogas do corrêu Márcio, habitualmente** (fls. DVD, fls. 181, a partir de 10'48": Promotor de Justiça: 'A senhora comprou drogas mais de uma vez do Marcos, é isso que eu queria que a senhora esclarecesse'; resposta: 'Isso, comprei, sim'; Promotor, reiterando: 'Mais de uma vez'; testemunha: 'Comprei, tanto que o cheque pré-datado era pra pagar compra anterior').

Portanto, a condenação de Marcos, por tráfico, está correta.

[...]

Passo à fixação das penas. A do corrêu Marcos foi fixada no mínimo legal, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no mínimo, e aí deve mesmo permanecer. Afastada a associação, a prática reiterada poderia ter levado a aumento da base; porém, em segunda instância, isso não é possível - mas, ante a comprovação de que era traficante habitual, não pode receber o benefício do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas" (e-STJ, fls. 18-21 - grifo nosso)

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 integrarem organizações criminosas.

In casu, a Corte de origem manteve afastada a incidência da minorante em apreço, por entender que **as provas colhidas nos autos** evidenciam a dedicação do paciente ao comércio espúrio de drogas, sobretudo os trechos extraídos das interceptações telefônicas, que demonstram diversas negociações do acusado com clientes para compra e entrega dos entorpecentes, em períodos distintos, bem como o depoimento em juízo da testemunha Márcia Tunes Storolli, que afirmou ter adquirido drogas do réu em mais de uma oportunidade.

Dessa forma, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, com fulcro em elementos colhidos nos autos, que o paciente é habitual na prática delitiva, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

"[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

[...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Por fim, mantido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a fixação do regime mais brando (aberto) e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, ambos do Código Penal.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0108606-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 504.787 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150000131664 20170000358379 2078119532014260000 22242023820148260000
26872013 30057116420138260038

EM MESA

JULGADO: 27/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DAVI PEREIRA REMEDIO
ADVOGADO : DAVI PEREIRA REMÉDIO - SP289517
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS VINICIOS OLIVEIRA PACAGNELLA
CORRÉU : TATIANE PERPETUA DA SILVA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. DAVI PEREIRA REMÉDIO (P/PACTE)

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do habeas corpus, no que foi acompanhado pelo voto do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, e pelo voto divergente do Sr. Ministro Jorge Mussi que concedeu a ordem de ofício parcialmente, pediu vista o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca."

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.787 - SP (2019/0108606-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DAVI PEREIRA REMEDIO
ADVOGADO : DAVI PEREIRA REMÉDIO - SP289517
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS VINICIOS OLIVEIRA PACAGNELLA

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MARCOS VINICIUS OLIVEIRA PACAGNELLA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 3005711-64.2013.8.26.0038).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, em concurso material (e-STJ fls. 860/866).

Irresignada, a defesa do paciente interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para absolvê-lo pelo delito de associação para o tráfico, razão pela qual a sua pena foi redimensionada para 5 anos de reclusão e multa, além de alterar o regime prisional para inicial semiaberto (e-STJ fls. 16/22).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/15), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora os requisitos legais para a incidência tenham sido preenchidos. Afirma que *as provas acostadas aos autos apontam um único ato de mercancia ilícita de drogas praticado pelo paciente, consubstanciado na venda de um eppendorf de cocaína* a uma usuária (e-STJ fl. 9).

Em consequência do reconhecimento do tráfico privilegiado, entende ser possível o estabelecimento do regime aberto.

Ao final, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no § 4º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 33 da Lei 11.343/2006 seja aplicada na fração máxima e, em consequência, o estabelecimento do regime inicial aberto.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 1.521/1.524, opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

Submetido o *habeas corpus* a julgamento da Quinta Turma, o eminente Relator, Ministro RIBEIRO DANTAS, proferiu voto no sentido de não conhecer da impetração. Para tanto, concluiu que a instância antecedente, soberana na análise do fatos, assentou que o paciente é habitual na prática delitiva, bem como que a modificação desse entendimento ensejaria o reexame do conteúdo probatório, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Prosseguindo no julgamento, o eminente Ministro JOEL ILAN PACIORNIK acompanhou o Relator, sobrevivendo voto divergente do eminente Ministro JORGE MUSSI, que concluiu por ser ilegal a negativa de incidência da minorante, motivo pelo qual a aplicou na fração de 1/3, conduzindo a pena do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão, mantido o regime inicial semiaberto e negada a substituição da pena.

Instaurada a divergência, pedi vista da presente impetração para melhor análise.

E, compulsando os autos, peço a máxima vênia ao Ministro JORGE MUSSI para acompanhar o voto proferido pelo Relator, Ministro RIBEIRO DANTAS.

Como é cediço, a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: *a)* seja primário; *b)* de bons antecedentes; *c)* não se dedique às atividades criminosas; e *d)* nem integre organização criminosa.

Confesso que fiquei sensibilizado com a informação isolada da quantidade de drogas apreendidas (não expressiva). Todavia, o privilégio legal destina-se ao traficante de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeira viagem. Não àquele que já vem traficando por algum tempo, com planejamento e estruturação (dedicação à atividade criminoso).

Na hipótese, os diálogos interceptados demonstram diversas negociações, inclusive com a utilização de cheque pré-datado.

No caso, consta do voto condutor do acórdão impugnado (e-STJ fls. 18/21

- grifei):

*Com todo o respeito pela combatividade do digno Defensor, digna dos maiores encômios, a meu ver **não pode haver dúvida alguma (razoável ou não) de que o coapelante Marcos dedicava-se ao tráfico, embora como atividade paralela à advocacia (ou, possivelmente, o contrário). Nesse sentido, as interceptações telefônicas (DVDs, loc. cit.) são muito claras.***

Deixo de lado as conversas que levaram à prisão (dias 31/10, às 13h36'3", e 11/11, às 13h01'29", fls. 85); acerca dessas, tudo ficou dito no processo. O próprio Defensor não as nega, embora tente (com denodo, repito, digno de encômios) transformá-las em mero favor entre usuários. Sendo esse o fundamento da apelação, é a ele que me compete dedicar a atenção.

A oitiva das interceptações, na verdade, não permite conclusão a não ser a oposta: Marcos dedicava-se, sim, ao tráfico. As conversas mostram uma pessoa que era, ao mesmo tempo, filho dedicado e amigo querido, dedicado a churrascos e a fins de semana na Riviera, Guarujá, e um (sempre utilizando - é o preço do tempo - a nomenclatura antiga) um disponível e prestativo "toque-e-tenha".

Assim é que, no dia 21/10/13, às 20h28'45" (fls. 55), conversando com o freguês "Bituca", combina a entrega e, às 20h53'27" (loc. cit.), a entrega (que se atrasara um pouco). No dia 22/10, às 16h39'40" e às 19h01'15" (loc. cit.), há duas conversas interceptadas que, à evidência, mostram entendimentos a respeito de drogas; no mesmo dia, às 21h38'28" (loc. cit.), um "freguês" ("Juca") faz uma compra ("traz duas").

No dia 24/10, às 11h50'59" (loc. cit.), certo Diogo ("Gurupi"), que mora em condomínio fechado, faz uma compra; às 11h59'59", combina-se a entrega.

Desnecessário repetir todas as conversas; limito-me a remeter aos locais onde as conversas (todas comprometedoras e, no contexto, bastante claras) foram gravadas (todas a fls. 54): dia 29/10, 11h08'48"; dia 31/10, às 10h35'08"; id., às 19h23'09" (encomenda de "Baiano"); dia 5/11, 20h19'45" (conversa cifrada, referindo "convites", mas evidente); dia 8/11, às 14h0'21"; dia 11/11, às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

15h09'42" (dia da prisão, mas antes dela; venda para o "amigo do Virtão").

Há outras; essas, porém, são bastantes. Principalmente se se acrescenta a clara assertiva de Márcia Tunes Storolli, a compradora do dia da prisão, em Juízo. Apesar de confuso, seu depoimento é claro, num ponto ao menos (graças, diga-se, à oportuna intervenção do Promotor de Justiça): ela comprava drogas do corréu Márcio, habitualmente (fls. DVD, fls. 181, a partir de 10'48": Promotor de Justiça: "A senhora comprou drogas mais de uma vez do Marcos, é isso que eu queria que a senhora esclarecesse"; resposta: "Isso, comprei, sim"; Promotor, reiterando: "Mais de uma vez"; testemunha: "Comprei, tanto que o cheque pré-datado era pra pagar compra anterior").

Portanto, a condenação de Marcos, por tráfico, está correta.

[...]

Passo à fixação das penas. A do correu Marcos foi fixada no mínimo legal, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no mínimo, e aí deve mesmo permanecer. Afastada a associação, a prática reiterada poderia ter levado a aumento da base; porém, em segunda instância, isso não é possível - mas, ante a comprovação de que era traficante habitual, não pode receber o benefício do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

Extrai-se da transcrição supra que, embora a apreensão não tenha envolvido expressivo volume de drogas – 6,9g de cocaína, 14,07g de maconha e 2,07g de extasy –, além de depósitos bancários e R\$ 5.769,00, a Corte local bem demonstrou, com base em amplo acervo probatório, que o paciente traficava de forma habitual, paralelamente ao exercício da advocacia, o que constitui óbice ao reconhecimento do privilégio.

Entendimento em sentido contrário, por demandar o revolvimento do conjunto fático-probatório, é inviável na via estreita do *habeas corpus*, razão pela qual não é possível desconstituir as assertivas da corte local acerca do exercício habitual da traficância pelo paciente.

Em hipóteses análogas à presente, decidiu esta Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADES. TEMAS NÃO DEBATIDOS NA INSTÂNCIA ANTECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ACESSO ÀS MENSAGENS DE TEXTO EM CELULAR. PERÍCIA AUTORIZADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUDICIALMENTE. PROVA LEGAL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA E DA CULPABILIDADE DA AGENTE. ELEMENTOS IDÔNEOS. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

8. Nos termos 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 integrarem organizações criminosas.

9. Concluído pela instância antecedente que a paciente é habitual no comércio de entorpecentes, pois as provas colhidas nos autos denotam que vinha traficando de forma intensiva há meses, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

[...]

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e redimensionar a sanção final da paciente para 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado. (HC 517.509/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 2/9/2019).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o agente se dedica a atividades criminosas.

3. No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual. Assim, desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 509.133/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 3/6/2019).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DEDICAÇÃO HABITUAL A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. ORDEM DENEGADA.

[...]

2. Constatando-se que a incidência do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 foi afastada em razão de elementos probatórios concretos que indicam o envolvimento criminoso habitual do Paciente, a revisão do entendimento alcançado pelas instâncias ordinárias exigira aprofundado reexame probatório, o que não é possível no habeas corpus.

[...]

5. Ordem denegada. (HC 451.996/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 13/12/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, NÃO PREENCHIDOS. ELEMENTOS INDICATIVOS DA HABITUALIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REVISÃO. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. ART. 33, § 3º, DO CP. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Além disso, na espécie, a figura do tráfico privilegiado também não foi reconhecida porque o Tribunal de origem levou em consideração a prova oral constante dos autos, por meio da qual ficou evidenciado que o réu tem o hábito de traficar. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na via do recurso especial (Súmula 7/STJ).

[...]

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1.269.154/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 11/10/2018).

Nesse contexto, assentado pela Corte local que o paciente dedicava-se a atividades criminosas, mediante a prática habitual do tráfico de drogas, o que constitui óbice ao reconhecimento do privilégio, e não sendo possível deconstituir tal assertiva em sede mandamental, por demandar o revolvimento do conjunto fático-probatório, inexistente ilegalidade a ser reparada pela presente via constitucional.

Ante o exposto, acompanhando o voto proferido pelo Relator, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0108606-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 504.787 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150000131664 20170000358379 2078119532014260000 22242023820148260000
26872013 30057116420138260038

EM MESA

JULGADO: 05/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DAVI PEREIRA REMEDIO
ADVOGADO : DAVI PEREIRA REMÉDIO - SP289517
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS VINICIOS OLIVEIRA PACAGNELLA
CORRÉU : TATIANE PERPETUA DA SILVA

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:

Prosseguindo no julgamento, a Quinta Turma, por maioria, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Reynaldo Soares da Fonseca (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.