

**HABEAS CORPUS Nº 482.502 - SP (2018/0325327-9)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - SP273113**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : FABRICIO LIMA DE OLIVEIRA PALOSKI**

**DECISÃO**

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

O paciente foi condenado por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa.

Irresignada, a defesa recorreu à Corte de origem, que negou provimento ao apelo, mantendo integralmente a sentença condenatória (e-STJ, fls. 38-45).

Neste *mandamus*, a impetrante sustenta ausência de fundamento válido para o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Afirma que "se passagens na infância não podem caracterizar maus antecedentes ou indicar dedicação à atividade criminosa, menos ainda podem servir de argumento para a não aplicação do privilégio estabelecido no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas".

Destaca, ainda, que, sendo o paciente primário, de bons antecedentes e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o cabível para o cumprimento da pena reclusiva.

Requer a concessão da ordem, a fim de que seja aplicada a minorante no grau máximo e abrandado o regime prisional.

O pedido de medida liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 50).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*. (e-STJ, fls. 128-137).

**É o relatório.**

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça 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.

Passo, assim, ao exame das alegações da defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Juízo sentenciante, ao condenar o paciente à pena de 5 anos de reclusão, deixou de aplicar a minorante do tráfico privilegiado pelos seguintes motivos:

"Não é o caso, igualmente, de aplicação ao réu da benesse prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Embora seja o acusado tecnicamente primário e sem antecedentes criminais, nos termos da legislação penal vigente, a certidão juntada às fls. 215 e sentença juntada às fls. 216/218, extraídos da Vara da Infância e Juventude, evidenciam claramente que o acusado desde longa data

dedica-se à traficância, fazendo dessa atividade criminosa verdadeiro meio de vida.

Ainda que as condutas anteriores à maioridade penal, como se sabe, não sejam aptas à caracterização da reincidência ou maus antecedentes, por outro lado, tratam-se de evidências irrefutáveis da dedicação a atividades criminosas, o que inviabiliza a aplicação do amplo benefício consistente no redutor de pena previsto na norma do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343, que certamente o legislador pretendeu fosse concedido somente a neófitos no crime.

Realmente, a redução de pena prevista no parágrafo 4º não pode beneficiar quem continuamente faz da traficância, atividade criminosa por natureza, meio de vida. **O réu, conforme sentença da Vara da Infância e Juventude de fls. 176/179, desde antes da maioridade penal já teve envolvimento nessa atividade criminosa. Não deixou de traficar.**

Isso evidencia que o crime aqui apurado não se trata de conduta isolada na vida do réu, o que demonstra seu envolvimento, **em caráter contínuo, permanente, desde já alguns anos, nessa atividade criminosa**, ainda que de maneira intermitente. **Não se trata de pessoa neófita no crime, mas, pelo contrário, é pessoa que já há tempos dedica-se à traficância, havendo claras e irrefutáveis evidências de que faz dessa atividade criminosa meio de vida.**

Há expressa vedação legal à concessão da tão grande benesse que resulta na redução da pena em tais circunstâncias. **Não pode ser admitido que se tenha o acusado como pessoa merecedora subjetivamente da benesse em questão, já que também não se pode reconhecer os necessários “bons antecedentes”.** A redução de pena, por sua grande abrangência, somente deve ser concedida dentro das hipóteses estritamente admitidas, até porque, estamos tratando de crime constitucionalmente equiparado aos hediondos. Por óbvio não pretendeu o legislador beneficiar quem continuamente se dedica às atividades criminosas.

Sendo assim, deixo de aplicar a extensa benesse do redutor de pena em questão, mantendo-a no patamar acima estabelecido." (e-STJ, 24-25.)

A Corte de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve afastado o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em decisão assim motivada:

"Já na terceira fase, a sentenciante deixou de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por considerar que o réu faz da traficância seu meio de vida em razão de ter se envolvido com tráfico quando adolescente, o que realmente se mostrou correto, pois os documentos de fls. 175/184 comprovam que o réu, quando adolescente, por mais de uma vez, cometeu atos infracionais equiparados ao tráfico de drogas, inclusive com internação, tudo evidenciando que, apesar de tecnicamente primário e sem maus antecedentes, **tem envolvimento com a atividade criminosa do tráfico de entorpecentes, não preenchendo os requisitos legais para obter o benefício pleiteado.**" (e-STJ, fls. 42-43.)

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.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

Na espécie, as instâncias antecedentes afastaram a incidência da minorante por entender que as provas colhidas nos autos denotam a habitualidade delitiva do acusado, pois, além da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos – 44 *eppendorfs* de cocaína, pesando 67,25g –, o paciente registra passagens pela Vara da Infância por atos infracionais análogos aos delitos de tráfico de entorpecentes, tendo recebido, à época, medidas socioeducativas de liberdade assistida e internação.

Ademais, consta da sentença condenatória que "o réu, tanto no inquérito policial quanto em Juízo confessou a traficância. Procurou inocentar o comparsa, mas confirmou que tinha em sua posse as drogas apreendidas, que estava comercializando nas circunstâncias narradas pelas testemunhas" (e-STJ, fl. 23).

Portanto, assentado pela instância ordinária que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, 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* (AgRg no AREsp 1.052.340/SC, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 4/5/2017, DJe 11/5/2017; HC 385.941/SP, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 27/4/2017, DJe 8/5/2017.)

Consigne-se ainda que esta Corte tem decidido que o envolvimento do paciente menor em atos infracionais, sobretudo quando relacionados ao crime de tráfico de entorpecentes, pode justificar a não aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto demonstra a dedicação do agente a práticas criminosas.

Cofiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE

LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INVIABILIDADE. FALTA DO 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 art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, 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 organização criminosa.

3. O registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidencia a propensão do agente a práticas criminosas. Precedentes da Quinta Turma.

4. Concluído pelas instâncias antecedentes que o paciente se dedica ao comércio ilícito de entorpecentes, tendo em vista, além da quantidade e da variedade da droga apreendida (60,50g de maconha e 7,67g de cocaína), o fato de que ao tempo do delito em apreço, ele estava no curso de liberdade assistida pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, 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.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 364.837/SP, rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, j. 15/12/2016, DJe 1º/2/2017.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.

2. Como é consabido, para a incidência da minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é necessário o preenchimento dos requisitos legais previstos no dispositivo, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação às atividades criminosas e não integração à organização criminosa.

3. A existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1560667/SC, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. 17/10/2017, DJe

23/10/2017.)

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, também não assiste razão à impetrante.

Da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem ao manter o regime mais grave considerou a gravidade concreta do delito.

Confira-se:

"O regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, estabelecido na sentença, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado." (e-STJ, fl. 56.)

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

Dessa forma, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, a quantidade e a natureza da droga apreendida justificam a imposição do regime inicial fechado, como bem posto nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

"[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito

praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 386.827/SP, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 16/5/2017, DJe 23/5/2017.)

"[...]

3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." No mesmo sentido são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada"; "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." No caso dos autos, apesar das circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do CP), de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, de a pena aplicada ser superior a 4 e inferior a 8 anos (art. 33, § 2º, alínea "b", do CP), a quantidade de entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial fechado no caso em análise, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma. Inaplicáveis os enunciados n. 440 da Súmula do STJ e n. 718 e 719 da Súmula do STF.

4. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP). [...] *Habeas corpus* não conhecido." (HC 383.435/SP, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 16/3/2017, DJe 27/3/2017.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator