



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 507.167 - SP (2019/0120856-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : GUILHERME GESUATTO
ADVOGADO : GUILHERME GESUATTO - SP138287
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO APARECIDO DE LIMA OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP E ART. 42, DA LAD). SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Considerando-se apenas o **quantum** de pena aplicado, o regime poderia, em princípio, ser o semiaberto. Todavia, não se pode olvidar a existência de **circunstância desfavorável (quantidade e variedade das drogas apreendidas)** que foi considerada na dosimetria da pena, **na primeira fase**, para fixar a pena-base acima do mínimo legal. Assim, inviável a fixação do regime **intermediário** unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06**.

III - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o **quantum** da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 28 de maio de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 507.167 - SP (2019/0120856-7)

IMPETRANTE : GUILHERME GESUATTO
ADVOGADO : GUILHERME GESUATTO - SP138287
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO APARECIDO DE LIMA OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de GUSTAVO APARECIDO DE LIMA OLIVEIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0001084-60.2017.8.26.0545.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, com incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.434/06 (fls. 26-31).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e proveu o recurso ministerial para afastar a figura do tráfico privilegiado e redimensionar a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em v. acórdão assim ementado:

"Apelação. Tráfico privilegiado. Art. 33, caput e § 4º, da Lei nº 11.343/06. Órgão ministerial busca o afastamento do reconhecimento da figura privilegiada e a fixação do regime carcerário fechado. Defesa pugna pela absolvição, diante da insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Subsidiariamente, pleito de aplicação da fração máxima de redução pelo reconhecimento do privilégio, alteração do regime carcerário para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Recurso da defesa a que se nega provimento. Recurso do Ministério Público a que se dá provimento" (fl. 34).

Os embargos de declaração opostos pela defesa, às fls. 43-47, foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rejeitados. Eis a ementa do julgado:

"Embargos de declaração. Omissão e fim prequestionatório. Mero inconformismo. Caráter infringente. Acórdão analisou todas as teses. Recurso conhecido e rejeitado" (fl. 44).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime mais gravoso do que o **quantum** de pena realmente comportaria.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime semiaberto ou aberto, com consequente substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 50-52.

Informações prestadas às fls. 57-58.

O Ministério Público Federal, às fls. 76-81, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CABIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

1. O habeas corpus, quando utilizado como substituto de recursos próprios, não deve ser conhecido, somente se justificando a concessão da ordem de ofício quando flagrante a ilegalidade apontada.

2. Nos termos do CP e da Lei nº 11.343/06, ainda que a pena seja fixada abaixo de oito anos, é possível a imposição do regime inicial fechado ao condenado por crime de tráfico se a decisão se fundamenta nas peculiaridades do caso concreto.

3. Parecer pelo não conhecimento do writ" (fl. 76).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 507.167 - SP (2019/0120856-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : GUILHERME GESUATTO
ADVOGADO : GUILHERME GESUATTO - SP138287
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO APARECIDO DE LIMA OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**.
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REGIME
FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E
INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO
MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL
DESFAVORÁVEL (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP E
ART. 42, DA LAD). SUBSTITUIÇÃO DA PENA
CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.
INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE
NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO
PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP.
WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM
CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Considerando-se apenas o **quantum** de pena aplicado, o regime poderia, em princípio, ser o semiaberto. Todavia, não se pode olvidar a existência de **circunstância desfavorável (quantidade e variedade das drogas apreendidas)** que foi considerada na dosimetria da pena, **na primeira fase**, para fixar a pena-base acima do mínimo legal. Assim, inviável a fixação do regime **intermediário** unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06**.

III - Inviável a substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos, pois o **quantum** da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício).

Como relatado, busca-se na presente impetração a fixação do regime menos gravoso e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Assim, em princípio, incabível o presente **habeas corpus** substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Para melhor análise das questões aduzidas, colaciono o que dispôs o v. acórdão impugnado, sobre o tema:

"Na primeira fase de estimação preserva-se a fixação da pena- base acima do mínimo legal, nos termos do art. 59 do CP e art. 42, da Lei nº 11.343/06, na fração de 1/6 (um sexto), que se revela razoável e proporcional ao caso, e está alinhada com os parâmetros traçados pela jurisprudência, tendo em vista a quantidade e variedade de droga apreendida, circunstância esta que reflete de maneira negativa na reprimenda.

Na segunda etapa, não há agravantes ou atenuantes a se aplicar ao caso em tela.

Na terceira e última fase, há que se valorar, novamente, a natureza das drogas e a quantidade apreendida, além da existência de balança de precisão, razão pela qual se afasta a figura privilegiada.

Observa-se que a quantidade e variedade de entorpecentes devem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideradas nas diversas fases da dosimetria (art. 42 da Lei Antidrogas), mas sob perspectivas diversas na primeira, é considerada como fator atentatório à saúde pública, e na fixação da pena final é vista sob o prisma do grau de envolvimento do réu com estrutura criminosa destinada ao tráfico.

[...]

Com isso, chega-se a uma reprimenda equivalente a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias de multa, à razão menor da lei, tornada definitiva nesse patamar, ante a ausência de outras circunstâncias que determinem sua modificação.

O regime inicial de cumprimento de pena há de ser o fechado, em razão da existência de expressa proibição legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), vedação esta que não se mostra maculada de inconstitucionalidade, considerando que a CF preconizou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5º, inciso XLIII).

Tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que visa a harmonizar a legislação pátria aos tratados internacionais, relacionados ao combate à traficância, dos quais o país é signatário.

Ademais, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado. Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

[...]

De mesma sorte, impossível de se operar a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pelo quantum da pena imposta (cf. art. 44, inciso I, do CP).

Diante dos lúcidos fundamentos da r. sentença condenatória, dizer mais seria redundância desnecessária, frisando que a hipótese é de manutenção parcial" (fls. 38-41, grifei).

Na hipótese, considerando-se apenas o **quantum** de pena aplicado, o regime poderia, em princípio, ser o **semiaberto**. Todavia, não se pode olvidar a existência de **circunstância desfavorável (quantidade e variedade das drogas apreendidas)** que foi considerada na dosimetria da pena, **na primeira fase**, para fixar a pena-base acima do mínimo legal. Assim, inviável a fixação do regime **intermediário** unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.**

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 390.987/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 1º/8/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparados, in casu, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.942/RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 30/6/2017).

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o **quantum** da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0120856-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 507.167 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010846020178260545 10846020178260545

EM MESA

JULGADO: 28/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUILHERME GESUATTO
ADVOGADO : GUILHERME GESUATTO - SP138287
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO APARECIDO DE LIMA OLIVEIRA (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 Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.