



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 266.997 - GO (2013/0083328-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : ELISMARCIO DE OLIVEIRA MACHADO
ADVOGADO : ELISMÁRCIO DE OLIVEIRA MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : GLAUCIO DOS SANTOS MARTINS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE INDEVIDAMENTE EXASPERADA. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS. ÓBICE AFASTADO. ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso apropriado. Esse é o atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. A fundamentação utilizada pelo Juízo singular para fixar as penas-base acima do mínimo legal, em razão da avaliação negativa de quatro circunstâncias judiciais, deve ser afastada, porquanto inidônea.

3. Em relação à culpabilidade, o Juízo singular não cuidou de averiguar a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, tampouco a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, como requer a circunstância em análise. Ao contrário, retratou a culpabilidade tida como elemento do crime, o que não se admite.

4. Quanto aos motivos e às circunstâncias do delito, tem-se que a procura pelo ganho financeiro fácil e a disseminação de drogas entre as pessoas, em virtude de serem consideradas elementos inerentes ao próprio tipo penal em comento, não se mostram como argumentos idôneos para exasperar a pena-base.

5. No tocante às consequências do delito, os malefícios causados pelas drogas e o risco à saúde pública consistem no próprio resultado previsto para a ação, razão pela qual também deve ser afastada a valoração negativa dessa circunstância judicial.

6. Não é dado ao Tribunal *a quo*, em recurso exclusivo da defesa, agregar nova fundamentação ao *decisum* condenatório, considerando como negativa circunstância assim não reconhecida pelo Juiz sentenciante quando da dosimetria, sob pena de incidir na inadmissível *reformatio in pejus*.

7. Na hipótese, o Tribunal *a quo*, julgando o recurso de apelação interposto pela defesa, manteve a exasperação com base na natureza e na quantidade de droga apreendida, fundamentação não presente na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença.

8. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

9. Afastados os argumentos adotados pelo Juízo de piso para vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não restam óbices à concessão da benesse.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a pena imposta ao paciente a 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, à razão mínima, bem como para afastar as vedações legais referentes à fixação de regime inicial diverso do fechado e à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e determinar que o Juízo das Execuções verifique, mediante a análise concreta dos fatos imputados, o regime prisional mais adequado ao paciente, assim como a viabilidade de conversão da pena corporal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Elismárcio de Oliveira Machado pelo paciente, Gláucio dos Santos Martins.

Brasília, 27 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 266.997 - GO (2013/0083328-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em benefício de **Gláucio dos Santos Martins**, apontando-se como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal.

Irresignada, a defesa interpôs a Apelação n. 86324-51.2010.8.09.0087 (2010908632-41). Todavia, o Tribunal de Justiça de Goiás negou provimento ao recurso (fl. 83):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO. PROVAS. ABSOLVIÇÃO. INCOMPATIBILIDADE. ANTECEDENTES CRIMINAIS. PERDA DE INSTRUMENTOS. 1) Estando devidamente comprovada nos autos a prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei Antitóxicos, impossível a absolvição do recorrente. 2) A ausência do requisito subjetivo é óbice para a substituição das penas. 3) A perda de instrumentos utilizados na prática do crime dá-se por efeito automático da condenação. 4) Recurso conhecido e improvido.

No presente *writ*, o impetrante pretende a redução da pena-base ao mínimo legal, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesses termos, requer, inclusive em liminar, a concessão da ordem.

Indeferida a liminar (fls. 118/120), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem para afastar a vedação legal à imposição de regime prisional diverso do fechado (fls. 125/139).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 266.997 - GO (2013/0083328-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O

Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11/9/2012 e HC n. 104.045/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/11/2011.

Na espécie dos autos, verifico a existência de ilegalidade manifesta, senão vejamos.

O impetrante busca a redução da pena-base ao mínimo legal, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sobre os temas aqui aventados, o magistrado sentenciante asseverou que (fls. 57/59):

[...] ante o vasto conjunto probatório ora apresentado, não resta dúvida de que o acusado praticou o tráfico de drogas nesta Comarca, não possuindo determinação legal ou regulamentar para tanto.

Ressalto que o regime, eis que o inicialmente fechado é uma imposição legal, de acordo com a redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

[...] Passo a dosar a reprimenda do réu de forma necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, atentando ao disposto no art. 59 do Código Penal.

a - Quanto à culpabilidade:

Imputabilidade: possuía o réu mais de 18 anos quando da prática do ilícito;

Potencial conhecimento da ilicitude: tinha consciência de que o ato praticado não era lícito, vez que é voz corrente no Brasil que o tráfico de drogas é altamente reprovável e proibido, o que é apresentado com demasia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos vários meios de comunicação existentes.

Exigibilidade de conduta diversa: esperava-se conduta diversa da que teve, eis que possuía plenas condições de buscar outros meios de sustento por não apresentar qualquer problema físico ou mental, sendo inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, agindo de forma livre e voluntária em busca do resultado.;

b - Possui bons antecedentes criminais (fls. 256);

c - A conduta social, nada consta que o desabone;

d - Os motivos decorrem, seguramente, da expectativa de ganho fácil divorciado do trabalho honesto, auferindo vantagem (lucro) com a dependência/doença de várias pessoas;

e - As circunstâncias são as piores possíveis, eis que vinha disseminando drogas entre as pessoas desta comuna;

f - As consequências são graves, na medida em que a sociedade vive em estado de alerta para proteger os seus filhos dos malefícios da droga. No mais, o delito põe em risco a saúde pública e, sabe-se, que da prática do ilícito em pauta decorrem inúmeros outros;

g - Sua personalidade, inexistem elementos nos autos para avaliá-la;

h - Quanto a vítima, sociedade, sem nenhuma influência no evento delituoso.

Deixo de fixa a pena-base em seu patamar mínimo, uma vez que as circunstâncias são em sua maioria desfavoráveis, fixo a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão.

Aplico ao acusado o disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, vez que preenche os requisitos e diminuo a pena em 2/3, passo a fixar a pena em 03 (três) anos de RECLUSÃO.

Inexistem outras causas que modifiquem a pena, torno-a definitiva em 03 (três) anos de reclusão, em REGIME INICIALMENTE FECHADO, observando-se, para fins de PROGRESSÃO DE REGIME, o disposto no art. 1º da Lei nº 11.464/07, devendo cumpri-la em presídio local. [...]

A Corte *a quo*, por sua vez, assim decidiu (fls. 80/81):

[...] Quanto à aplicação da pena, em patamar próximo da média da soma dos extremos, entendo-a razoável, porque obedeceu ao que prescrito no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

Tal artigo determina a preponderância sobre as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, da natureza, da quantidade da substância ou do produto, da personalidade e da conduta social do agente.

Assim, tendo em vista a diversidade da natureza das drogas, bem como da quantidade da substância - 04 quilos de maconha e 41,4 gramas de cocaína - razoável a pena-base de 09 (nove) anos de reclusão).

Já na terceira fase, o magistrado aplicou a causa de diminuição no patamar máximo de 2/3, chegando a pena à 3 anos de reclusão.

Foi fixado o regime inicialmente fechado, que é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometidos após a publicação da Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90.

Deixo de aplicar a substituição da pena, porque a culpabilidade, os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivos e as circunstâncias da prática delituosa foram valorados negativamente.

Soma-se a isso, a grande quantidade de drogas encontrada.

Assim, embora o réu seja primário, de bons antecedentes, a maioria das circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, revelando a ausência do implemento de requisito subjetivo, óbice constante do artigo 44, III, do Código Penal. [...]

É entendimento consolidado neste Superior Tribunal que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias pela via do *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, reconhecíveis de plano, atinentes a questões objetivas, sem que haja necessidade de incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

Conforme se vê dos trechos acima transcritos, das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, quatro foram consideradas desfavoráveis ao paciente e ensejaram a exasperação da pena-base, quais sejam, a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime.

Em relação à culpabilidade, o Juízo singular não cuidou de averiguar a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, tampouco a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, como requer a circunstância em análise. Ao contrário, retratou a culpabilidade tida como elemento do crime, o que não se admite.

Quanto aos motivos e às circunstâncias do delito, tem-se que a procura pelo ganho financeiro fácil e a disseminação de drogas entre as pessoas, em virtude de serem consideradas elementos inerentes ao próprio tipo penal em comento, não se mostram como argumentos idôneos para exasperar a pena-base.

No tocante às consequências do delito, os malefícios causados pelas drogas e o risco à saúde pública consistem no próprio resultado previsto para a ação, razão pela qual também deve ser afastada a valoração negativa dessa circunstância judicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, demonstrada a deficiência da argumentação adotada para a elevação da pena-base, impõe-se sua redução ao mínimo legal e, diante da ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes e da incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, torno a reprimenda definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa, à razão mínima.

Outrossim, importa dizer que o Tribunal estadual, julgando o recurso de apelação interposto pela defesa, manteve a exasperação da pena-base, contudo, com fundamento em motivação diversa, a saber, na natureza e quantidade de droga apreendida.

Ocorre que o Juízo singular não fez nenhuma referência à natureza e à quantidade de droga, de maneira que não poderia a Corte de origem, em recurso exclusivo da defesa, ter agregado nova fundamentação ao *decisum* condenatório, considerando como negativa circunstância assim não reconhecida pelo magistrado sentenciante quando da dosimetria, sob pena de incidir na inadmissível *reformatio in pejus*.

No mesmo sentido, confira-se: HC n. 201.453/DF, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 21/3/2012 e HC n. 177.949/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 7/5/2012.

Da leitura dos autos, percebe-se, também, que a motivação utilizada no presente caso para a imposição de regime inicial fechado não é adequada. Isso porque o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

Por fim, observa-se que o Tribunal de Justiça de Goiás deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, argumentando que as circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis ao paciente e fazendo referência à quantidade de droga apreendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No entanto, tal fundamentação foi acima afastada. Logo, foi também retirado o óbice à substituição pretendida.

Nesse passo, tendo em vista a readequação da pena imposta ao paciente a patamar inferior a 4 anos de reclusão e a favorabilidade das circunstâncias judiciais, entendo que devem ser afastadas as vedações legais referentes à fixação de regime inicial diverso do fechado e à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devendo o Juízo das Execuções verificar, mediante a análise concreta dos fatos imputados, o regime prisional mais adequado ao paciente, bem como a viabilidade de conversão da pena corporal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem **de ofício**, para reduzir a pena imposta ao paciente a 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, à razão mínima, bem como para afastar as vedações legais referentes à fixação de regime inicial diverso do fechado e à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e determinar que o Juízo das Execuções verifique, mediante a análise concreta dos fatos imputados, o regime prisional mais adequado ao paciente, assim como a viabilidade de conversão da pena corporal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0083328-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 266997 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10992204 162010 201000863241 201091099227 863245120108090087

EM MESA

JULGADO: 27/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ELISMARCIO DE OLIVEIRA MACHADO
ADVOGADO : ELISMÁRCIO DE OLIVEIRA MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : GLAUCIO DOS SANTOS MARTINS

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

Dr(a). ELISMÁRCIO DE OLIVEIRA MACHADO, pela parte PACIENTE: GLAUCIO DOS SANTOS MARTINS

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.