



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.722 - SP (2016/0071278-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : FABIO PAQUES DE OLIVEIRA GRACA E OUTRO
ADVOGADO : FÁBIO PAQUES DE OLIVEIRA GRAÇA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS TOSHIO KAMEYAMA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM FULCRO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA. AFASTAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. NÃO SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS TAMBÉM COM BASE NA NATUREZA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

2. O Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, sem haver apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Assim, considerado o *quatum* de pena imposto ao sentenciado, a análise favorável das circunstâncias judiciais, a quantidade de drogas apreendida e, ainda, a primariedade do paciente, é forçosa a confirmação da medida liminar anteriormente concedida para estabelecer o regime inicial aberto.

3. Quanto à possibilidade de substituição da pena dos condenados por tráfico de drogas, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. O paciente, além de ser primário e possuidor de bons antecedentes, teve a reprimenda-base fixada no mínimo legal e foi beneficiado com a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em grau máximo, a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado "traficante ocasional", de modo que não há como afirmar que a substituição da pena não se mostra uma medida socialmente recomendada.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, ainda, determinar que o Juízo das execuções penais, de maneira motivada, analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em conta, para tanto, o período em que permaneceu preso.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de maio de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.722 - SP (2016/0071278-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : FABIO PAQUES DE OLIVEIRA GRACA E OUTRO

ADVOGADO : FÁBIO PAQUES DE OLIVEIRA GRAÇA E OUTRO(S)

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCOS TOSHIO KAMEYAMA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MARCOS TOSHIO KAMEYAMA DA SILVA pede a reconsideração da decisão de fls. 19-20, por meio da qual indeferi liminarmente o habeas corpus diante da ausência de cópia da sentença.

Às fls. 23-40, a defesa juntou cópia da peça faltante, motivo pelo qual reconsidero a decisão e passo a análise da liminar.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois, no dia 13/2/2013, foi surpreendido na posse de 54 g de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Irresignada, a defesa apelou, havendo a Corte de origem dado parcial provimento ao recurso, a fim de fazer incidir a fração máxima da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ficando a reprimenda estabelecida em **1 ano e 8 meses de reclusão** mais 166 dias-multa. O **regime fechado**, todavia, foi mantido.

Nas razões deste *mandamus*, a defesa aponta constrangimento ilegal, ao argumento de que o modo mais gravoso para início do cumprimento da pena foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito, em desrespeito ao art. 33, § 2º, do Código Penal, bem como às Súmulas n. 718 e 719, ambas do STF.

Ressalta, ainda, que **o paciente está preso desde 13/2/2015, havendo já cumprido quase a totalidade da sanção aplicada.**

Pede, liminarmente e no mérito, seja determinada a colocação do réu no regime aberto, até o julgamento definitivo deste *writ*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deferida por mim a liminar (fls. 45-48) e prestadas as informações (fls. 58-66 e 68-82), veio o parecer do Ministério Público Federal, às fls. 85-88, que opinou pela **concessão** da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.722 - SP (2016/0071278-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM FULCRO NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA. AFASTAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. NÃO SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS TAMBÉM COM BASE NA NATUREZA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

2. O Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, sem haver apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Assim, considerado o *quatum* de pena imposto ao sentenciado, a análise favorável das circunstâncias judiciais, a quantidade de drogas apreendida e, ainda, a primariedade do paciente, é forçosa a confirmação da medida liminar anteriormente concedida para estabelecer o regime inicial aberto.

3. Quanto à possibilidade de substituição da pena dos condenados por tráfico de drogas, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. O paciente, além de ser primário e possuidor de bons antecedentes, teve a reprimenda-base fixada no mínimo legal e foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

beneficiado com a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em grau máximo, a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado "traficante ocasional", de modo que não há como afirmar que a substituição da pena não se mostra uma medida socialmente recomendada.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena e, ainda, determinar que o Juízo das execuções penais, de maneira motivada, analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em conta, para tanto, o período em que permaneceu preso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois, no dia 13/2/2013, foi surpreendido **na posse de 54 g de cocaína**, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Irresignada, a defesa apelou, havendo a Corte de origem dado parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como fazer incidir a fração máxima da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ficando a reprimenda estabelecida em **1 anos e 8 meses de reclusão** mais 166 dias-multa. O **regime fechado, todavia, foi mantido**. Para tanto, assim consignou o Tribunal local:

Na primeira fase da dosimetria, **de rigor a redução da pena-base no mínimo legal, ou seja, 5 anos de reclusão**, além de 500 dias-multa, no piso, visto que o réu não ostenta antecedentes criminais e a quantidade de droga apreendida em seu poder não se mostrou vultosa a ponto de exigir exasperação.

Na segunda fase da dosimetria, ante a inexistência de atenuantes ou agravantes, a pena não deve ser alterada.

Depois, considerando que o réu é primário, não ostenta antecedentes criminais, inexistente prova de que ele se dedique à atividade criminosa, tampouco integre organização criminosa, de rigor a redução da sanção penal na proporção de 2/3, resultando a pena definitiva de 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa, no piso.

O regime inicial fechado para o desconto corporal se mostra adequado, não sendo caso de abrandamento ou substituição da pena corporal por alternativa.

É certo não obstante a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, tenha reconhecido ser possível a aplicação do art. 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso.

É sabido que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.

Por isso, o legislador Constitucional estabeleceu tratamento severo para o crime de tráfico (artigo 5º, inciso XLIII, LI e artigo 243, parágrafo único, ambos da CF). **No mesmo sentido se direcionou o legislador infraconstitucional, que equiparou a traficância a crime hediondo, subordinando os autores de delitos desse gênero às previsões específicas e mais rigorosas fixadas pela Lei nº 8.072/90.**

Assim, atentando-se à gravidade do crime e à periculosidade da agente que pratica essa espécie de delito, percebe-se que a concessão de restritiva mostra-se insuficiente para sua reeducação, **bem como repressão do delito, sendo recomendável a aplicação do regime prisional inicialmente fechado** para o cumprimento da pena (fls. 10-11, destaquei, destaquei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Imposição de regime menos gravoso

In casu, a pena foi fixada no mínimo legal e foi aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no seu grau máximo, por não haver circunstâncias judiciais desfavoráveis. No tocante ao regime, o Tribunal fixou o regime fechado em razão da hediondez, além de asseverar que **"a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade"**.

Tais elementos **atestam** a plausibilidade jurídica do direito tido como violado, sobretudo em razão de não haver elementos concretos que justifiquem a fixação de regime fechado.

Como se observa, a Corte local fixou o regime inicial fechado e a vedou a substituição da pena por restritivas de direitos **com base exclusivamente na determinação prevista na Lei n. 11.464/2007 e em razão da gravidade abstrata do delito**.

Entretanto, imperioso salientar que, quando do julgamento do HC n. 82.959/SP (DJ 1º/9/2006), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou outros a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI.

Por essas razões, a Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o *quantum* de pena aplicado e as circunstâncias do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), seria possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no artigo 33 do Código Penal.

Vale dizer, mesmo para os crimes hediondos ou outros a eles equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a repressão do delito perpetrado.

E, se dúvida existia acerca da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados por tráfico de drogas, essa incerteza foi superada. Mais recentemente, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a mera remissão a tal dispositivo não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que, *primo oculi*, não ocorreu na espécie dos autos, à vista da fundamentação meramente *ope legis* empreendida pelas instâncias ordinárias.

Outrossim, 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, nos termos no enunciado sumular n. 440 desta Corte Superior.

III. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Em relação à substituição da pena, o Tribunal de origem mencionou apenas que "atentando-se à gravidade do crime e à periculosidade da agente que pratica essa espécie de delito, **percebe-se que a concessão de restritiva mostra-se insuficiente para sua reeducação**, bem como repressão do delito".

Sobre a matéria posta em discussão, muito embora não haja a Corte local esmiuçado as razões pelas quais não concedeu o benefício – mas, assentado na hediondez previamente mencionada –, faço lembrar que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Então, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Registro que, de acordo com o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal, foi atribuída ao Senado Federal a competência exclusiva para, no controle difuso de constitucionalidade, "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal"; então, a partir da publicação da respectiva resolução, a decisão do Supremo Tribunal Federal **terá efeito erga omnes**.

No caso, verifico que o Tribunal de origem **não fundamentou concretamente** a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, uma vez que entendeu ser incabível a substituição pleiteada somente com fulcro na natureza do delito praticado pelo paciente.

Assim, é imperiosa a concessão da ordem para que, superado o óbice imposto, o Juízo das execuções penais se pronuncie acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço do habeas corpus**. Contudo, ao examinar seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, **ex officio, conceder** a ordem postulada para, confirmando a liminar anteriormente deferida, estabelecer o **regime aberto** para o início do cumprimento da pena e, ainda, determinar que o Juízo das execuções penais, de maneira motivada, analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em conta, para tanto, o período



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em que o réu permaneceu preso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0071278-6

HC 351.722 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001421820158260571 1421820158260571 20160000030461

EM MESA

JULGADO: 05/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABIO PAQUES DE OLIVEIRA GRACA E OUTRO
ADVOGADO : FÁBIO PAQUES DE OLIVEIRA GRAÇA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS TOSHIO KAMEYAMA DA SILVA (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 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, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.