



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 193.986 - PR (2011/0003805-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : GERALDO HASSAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : DANIEL FERREIRA MARTINS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). 24 PEDRAS DE CRACK (3,5 GRAMAS). PENA: 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 417 DIAS-MULTA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO, APENAS NOS CASOS EM QUE FOR POSSÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. SUBSTITUIÇÃO ADMISSÍVEL, EM TESE, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, PORÉM, PARA QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, AFASTANDO-SE A APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA REFERIDA SUBSTITUIÇÃO, BEM COMO FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO, COM A RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. No tocante à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em que pese a irresignação do impetrante, verifica-se que a questão não foi analisada pelo Tribunal de origem, uma vez que a matéria sequer foi tratada no recurso de Apelação interposto pela defesa do paciente. Nesse contexto, seria inviável o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Ocorre que, como, a princípio, a possibilidade dessa substituição só ocorreu após a concessão, pelo Tribunal Estadual, de ofício, da redução da pena com base no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, penso que o conhecimento da questão evitaria delonga desnecessária à análise do pleito, considerando o entendimento jurisprudencial unânime sobre a tese em apreciação.

2. Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

3. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

4. Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a verificação sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito pelo Juízo da VEC.

5. Para compatibilizar a admissão, pelo STF, da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico de drogas cometido na vigência da Lei 11.343/06, este STJ tem decidido pela possibilidade de fixação de outro regime de cumprimento da pena além do fechado, mesmo no caso de narcotraficância praticada sob a égide da Lei 11.464/07, mas apenas quando se verificar a possibilidade dessa substituição.

6. *Habeas Corpus* parcialmente concedido, com a ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastando-se a norma proibitiva de tal substituição, bem como para fixar o regime inicial semiaberto, em que pese o parecer ministerial em contrário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 14 de junho de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 193.986 - PR (2011/0003805-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : GERALDO HASSAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : DANIEL FERREIRA MARTINS (PRESO)

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de DANIEL FERREIRA MARTINS, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio TJPR, o qual negou provimento à Apelação defensiva, todavia, de ofício, determinou a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4o., da Lei 11.343/06. O acórdão objurgado está assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06 - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - RECURSO DO RÉU PLEITEANDO A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA MESMA LEI - DESCABIMENTO - DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS VÁLIDOS E HARMÔNICOS - CONJUNTO PROBATÓRIO SÓLIDO, APTO A ENSEJAR O DECRETO CONDENATÓRIO - CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI N. 11.343/06 - APLICABILIDADE - REQUISITOS PREENCHIDOS - APELO DESPROVIDO, COM A ALTERAÇÃO EX OFFICIO DA PENA IMPOSTA.

1. *Resultando plenamente caracterizado, diante do contexto probatório, o delito de tráfico de substância entorpecente, nos moldes do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, impõe-se a manutenção do decreto condenatório.*

2. *Há incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, quando se encontram preenchidos todos os requisitos legais, que são: (a) ser o réu primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não se dedicar a atividades criminosas; (d) nem tampouco integrar organização criminosa (fls. 29).*

2. Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado e condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33, *caput* da Lei 11.343/06 (tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de entorpecentes), à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa.

3. Irresignada, a Defesa interpôs recuso de Apelação a fim de cassar a sentença condenatória. O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, porém aplicou a redutora do tráfico privilegiado na fração de 1/6, redimensionando a pena para 4 anos e 2 meses de reclusão, mantendo a fixação do regime, 417 dias-multa.

4. No presente *writ*, o impetrante sustenta que o paciente faz jus ao regime inicial semiaberto e à substituição da pena por restritivas de direitos, em razão das circunstâncias judiciais favoráveis.

5. Indeferida liminar (fls. 43) e prestadas as informações (fls. 51/68), o Ministério Público Federal, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, manifestou-se pelo conhecimento parcial do pedido, e na parte conhecida, pela sua denegação, em razão do crime de tráfico de entorpecentes ser crime hediondo impondo a fixação do regime mais severo (fls. 72/75).

6. É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 193.986 - PR (2011/0003805-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : GERALDO HASSAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : DANIEL FERREIRA MARTINS (PRESO)

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). 24 PEDRAS DE CRACK (3,5 GRAMAS). PENA: 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 417 DIAS-MULTA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO, APENAS NOS CASOS EM QUE FOR POSSÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. SUBSTITUIÇÃO ADMISSÍVEL, EM TESE, SEGUNDO DECISÃO DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, PORÉM, PARA QUE O JUIZ DA VEC ANALISE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, AFASTANDO-SE A APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA REFERIDA SUBSTITUIÇÃO, BEM COMO FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO, COM A RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

1. *No tocante à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em que pese a irresignação do impetrante, verifica-se que a questão não foi analisada pelo Tribunal de origem, uma vez que a matéria sequer foi tratada no recurso de Apelação interposto pela defesa do paciente. Nesse contexto, seria inviável o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Ocorre que, como, a princípio, a possibilidade dessa substituição só ocorreu após a concessão, pelo Tribunal Estadual, de ofício, da redução da pena com base no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, penso que o conhecimento da questão evitaria delonga desnecessária à análise do pleito, considerando o entendimento jurisprudencial unânime sobre a tese em apreciação.*

2. *Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vinculante.

3. *Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.*

4. *Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a verificação sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito pelo Juízo da VEC.*

5. *Para compatibilizar a admissão, pelo STF, da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico de drogas cometido na vigência da Lei 11.343/06, este STJ tem decidido pela possibilidade de fixação de outro regime de cumprimento da pena além do fechado, mesmo no caso de narcotraficância praticada sob a égide da Lei 11.464/07, mas apenas quando se verificar a possibilidade dessa substituição.*

6. *Habeas Corpus parcialmente concedido, com a ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastando-se a norma proibitiva de tal substituição, bem como para fixar o regime inicial semiaberto, em que pese o parecer ministerial em contrário.*

1. *Cuida-se de mandamus em que se discute a possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento da pena, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

2. *Inicialmente, no tocante à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em que pese a irresignação do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetrante, verifica-se que a questão não foi analisada pelo Tribunal de origem, uma vez que a matéria sequer foi tratada no recurso de Apelação interposto pela defesa do paciente. Nesse contexto, seria inviável o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Ocorre que, como, a princípio, a possibilidade dessa substituição só ocorreu após a concessão, pelo Tribunal Estadual, de ofício, da redução da pena com base no § 40. do art. 33 da Lei 11.343/06, penso que o conhecimento da questão evitaria delonga desnecessária à análise do pleito, considerando o entendimento jurisprudencial unânime sobre a tese em apreciação.

3. Recentemente, o colendo STF decidiu ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); no entanto, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

4. Entendo não ser razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

5. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição *formam o conjunto* da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da sanção. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

6. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade na aplicação da pena, pois este está - em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

7. Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a verificação sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito pelo Juízo da VEC.

8. Quanto ao regime prisional, para compatibilizar a admissão, pelo STF, da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico de drogas cometido na vigência da Lei 11.343/06, este STJ, mesmo no caso de narcotraficância praticada sob a égide da Lei 11.464/07, tem entendido a possibilidade de fixação de outro regime de cumprimento da pena, mas apenas quando se verificar a possibilidade daquela substituição. Nesse sentido:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO ART. 59 DO CP. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. PREPONDERÂNCIA. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. REDUÇÃO REALIZADA PELA CORTE ESTADUAL. PATAMAR RAZOÁVEL. REGIME INICIALMENTE FECHADO. DELITO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...).

IV. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, manifestou-se sobre a matéria, no julgamento HC n.º 97.256/RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tendo declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006.

V. *Nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não há impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, considerando-se que a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, visa, exatamente, evitar-se o encarceramento.*

VI. *A fixação do regime aberto, no caso, se destina a adequar a aplicação do regime prisional ao entendimento firmado no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especificamente em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, mais particularmente ainda, em função da declaração de inconstitucionalidade das expressões que vedavam a substituição da pena.*

VII. *Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.*

VIII. *Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 173.094/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe 11.05.2011)*

9. *Habeas Corpus* parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, apenas para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastando-se a norma proibitiva de tal substituição, bem como para fixar o regime inicial semiaberto, em que pese o parecer ministerial em contrário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0003805-5

HC 193.986 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200723162 5180985

EM MESA

JULGADO: 14/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GERALDO HASSAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : DANIEL FERREIRA MARTINS (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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.