



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.814 - SP (2010/0213423-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVILASIO BONIFACIO DE SOUZA

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE NÃO AUTORIZAM A SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, POR NÃO SER SUFICIENTE, E RECOMENDAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. PARECER DO MPF ACOLHIDO EM MENOR EXTENSÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com a jurisprudência da Excelsa Corte, adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito e as circunstâncias judiciais favoráveis, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal, bem como a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal. Precedentes.

2. Tendo em conta a quantidade e variedade de drogas (35 invólucros de crack, maconha e cocaína) assentadas pelas instâncias *a quo*, que apontam para um comércio ilícito de maior abrangência, tem-se que, embora tenha havido a redução da pena no patamar máximo previsto em lei, não se mostra suficiente, ao fim a que se destina, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Tampouco tais particularidades podem deixar de repercutir na eleição do regime de cumprimento de pena, razão pela qual afigura-se mais adequado e proporcional a imposição do regime inicial semiaberto para resgate da pena imposta em razão do tráfico ilícito de entorpecentes.

3. Ordem concedida para, acolhido, em menor extensão, o parecer ministerial, impor o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 21 de junho de 2011(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.814 - SP (2010/0213423-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVILASIO BONIFACIO DE SOUZA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado por Defensor Público, em favor de EVILASIO BONIFACIO DE SOUZA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento à apelação defensiva, manteve a condenação do paciente à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no piso, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 ("guardar e portar, para entrega a consumo e fornecimento a terceiros, 15 (quinze) invólucros contendo a droga conhecida por crack, 7 (sete) invólucros plásticos contendo cocaína e 13 (treze) invólucros plásticos contendo maconha"), bem como à pena de 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, substituída por 03 (três) meses de limitação de fim de semana, nos termos do art. 44 do Código Penal, por infringência ao art. 129, § 9º, também do Código Penal, na forma do art. 5º, III, da Lei nº 11.340/06.

Alega o Defensor Público que o Tribunal *a quo* incorreu em constrangimento ilegal, visto que diante do quantitativo de pena infligido ao paciente, seria possível, à luz do art. 33 do Código Penal, aplicar-se o regime inicial aberto, a substituição por restritiva de direitos, além do *sursis*.

Destaca que há entendimento doutrinário de que o "tráfico privilegiado" não seria crime hediondo e, portanto, não seria possível falar-se em obrigatoriedade do regime inicial fechado.

Eis, no que interessa, o teor do aresto guerreado:

"Trata-se de apelação interposta por **Evilásio Bonifácio de Souza** contra a r. sentença prolatada, a fls. 114/119, que julgou procedente a presente ação penal, para condená-lo à pena de 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, por infringência do artigo 129, § 9º, do Código Penal, na forma do artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.340/06, substituída por 3 (três) meses de limitação de fim de semana, nos termos do artigo 44 do Código Penal, e às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no piso, por violação do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, tendo sido negada a possibilidade de apelar em liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...) No mais, nenhum reparo há a ser feito na dosimetria das penas, já que a MMA. Juíza sentenciante, após minuciosa análise dos autos, levando em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixou as penas-bases do apelante, nos mínimos legais, ou seja, 3 (três) meses de detenção (por infringência do artigo 129, § 9º, do Código Penal) e 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa (por violação do artigo 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06); na segunda fase, permaneceram inalteradas, por ausente circunstância agravante; na terceira fase, foi aplicada causa de diminuição, 'consistente no disposto no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n.º 11343/06, de modo que acólito pedido da Defesa e diminuo a pena em 2/3, totalizando, 01 ano e 08 meses de reclusão, e 166 dias-multa, ante a primariedade e bons antecedentes do acusado, além da *ausência de indício que ele se dedique a atividades criminosas*', tomadas definitivas as penas, com a observação de que, "*Nos termos do art. 69 do CP, somo as duas penas e fixo o regime prisional inicial fechado para o tráfico, quer pela quantidade de pena, quer pela gravidade dos fatos, como prevê o art. 1º, §1º, Lei 11.464/07, e fixo o regime aberto para a violência doméstica, cuja pena corporal substituo pela restritiva de direitos consistente na limitação de fim de semana, pelo mesmo prazo, conforme art. 17 da Lei 11340/06, c.c. o art. 44 e seguintes da Lei Penal*"; dessa forma, perfeitamente atendido o princípio da individualização da pena, pelo que irretocável a privativa de liberdade fixada na r. sentença recorrida.

O regime prisional fixado (inicial fechado), para o desconto da privativa de liberdade do apelante, por violação do artigo 33 **caput**, da Lei nº 11.343/06, não há de ser alterado, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o delito de tráfico de entorpecentes, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar, observado, ainda, o disposto no artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07.

A jurisprudência não discrepa:

(...) O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito é inviável, porque encontra óbice no artigo 44 da Lei nº 11.343/06 e, também, no artigo 44, incisos I e II, do Código Penal. O Colendo Superior Tribunal de Justiça respalda tal entendimento:

(...) (fls. 101-105).

Requer, liminarmente, a colocação do paciente em regime aberto até o julgamento do *writ*, ou que seja determinado ao Juízo das Execuções que analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No mérito, busca a confirmação da liminar, ou, alternativamente, a concessão de *sursis*.

Indeferido o pleito liminar, por decisão datada de 10.12.2009 (fls. 113/115), e considerado suficientemente instruído o feito, foi consultado o Ministério Público Federal, que, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, opinou pela concessão da ordem "para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena e para que se opere a substituição da pena privativa de liberdade pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos, esta em quantidade e natureza a serem fixadas pelo Juízo da Execução" (fls. 124/127).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.814 - SP (2010/0213423-4)

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE NÃO AUTORIZAM A SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, POR NÃO SER SUFICIENTE, E RECOMENDAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. PARECER DO MPF ACOLHIDO EM MENOR EXTENSÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com a jurisprudência da Excelsa Corte, adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito e as circunstâncias judiciais favoráveis, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal, bem como a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal. Precedentes.

2. Tendo em conta a quantidade e variedade de drogas (35 invólucros de crack, maconha e cocaína) assentadas pelas instâncias *a quo*, que apontam para um comércio ilícito de maior abrangência, tem-se que, embora tenha havido a redução da pena no patamar máximo previsto em lei, não se mostra suficiente, ao fim a que se destina, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Tampouco tais particularidades podem deixar de repercutir na eleição do regime de cumprimento de pena, razão pela qual afigura-se mais adequado e proporcional a imposição do regime inicial semiaberto para resgate da pena imposta em razão do tráfico ilícito de entorpecentes.

3. Ordem concedida para, acolhido, em menor extensão, o parecer ministerial, impor o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, impende registrar, por oportuno, que tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte)." (HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009.)

O citado *writ* possui a seguinte ementa:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida." (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010.)

Assim é que a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, emitiu pronunciamento sobre a matéria, quando do julgamento do HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, entendendo inconstitucional o dispositivo da Lei nº 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Tendo em vista a jurisprudência da Excelsa Corte e da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, que admite a possibilidade de imposição de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado, para condenados por tráfico de entorpecentes, a depender das especificidades do caso em análise, do *quantum* de pena fixado e da interpretação dada às circunstâncias judiciais, bem como permite, em algumas situações, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o que, em tese, revela a viabilidade dos pedidos formulados neste *writ*, passo à análise do caso concreto.

O paciente foi preso em flagrante delito, e, ao depois, condenado, por ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofendido dolosamente a integridade corporal de sua companheira e por guardar e portar, para entrega e fornecimento a terceiros, 15 (quinze) invólucros contendo a droga conhecida por 'crack', 07 (sete) invólucros plásticos contendo cocaína e 13 (treze) invólucros plásticos contendo 'maconha', além da quantia de R\$ 41,50 (quarenta e um reais e cinquenta centavos) em dinheiro, em notas trocadas, cuja origem lícita não restou demonstrada.

O Juízo de primeiro grau assim consignou no capítulo da sentença referente à fixação da pena (fls. 38/39):

"(...) passo à fixação da pena, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 da Lei Penal. **O réu é primário e sem antecedentes criminais (fls. 72). Sua culpabilidade é de grave intensidade. Sua personalidade e conduta social devem ser tidas por consoante a moral média, ante a ausência de prova em contrário. Atenta, ainda, aos motivos, circunstâncias e consequências do delito, fixo as penas-base no mínimo legal**, qual seja: em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, para o tráfico e em 03 meses de detenção pela violência doméstica. Deixo de acolher pedido da Acusação quanto à fixação de pena maior, já que os **requisitos do art. 59 do CP são favoráveis ao réu. Não há circunstância agravante a ser considerada**, e entendo que **no que diz respeito à atenuante da confissão, a mesma não foi completa, donde não deve ser considerada em favor do réu**, como pretende a Defesa, e ainda que outro fosse o entendimento, não se tem como diminuir as penas, pois já fixadas no mínimo previsto em Lei. Também não há causas de aumento de pena, mas sim de diminuição, consistente no disposto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, de modo que acolho o pedido da Defesa e diminuo a pena em 2/3, totalizando 01 ano e 08 meses de reclusão, e 166 dias-multa, ante a primariedade e bons antecedentes do acusado, além da ausência de indício que ele se dedique a atividades criminosas. E embora disso discorde o *Parquet*, penso que **não há prova robusta a indicar que o acusado integre organização criminosa ou se dedique a atividades que tais**, porque o que se restou apurado é que na data dos fatos ele estava comercializando entorpecentes, o que por si só não indica que deva ser excluída a causa de diminuição de pena. Ademais, a quantidade de drogas apreendidas (35 invólucros ao todo) e R\$ 41, 50, ao meu ver não indica grande quantidade e nem ser o réu um grande traficante ou 'gerente de boca', de modo que cabível a diminuição da reprimenda, o que não se estende a algum outro benefício ou à substituição da pena, como pretende o d. Defensor Público, já que **o art. 44 da Lei 11.343/06 veda expressamente o sursis e a conversão da pena corporal em restritiva de direitos**, até porque a atual lei anti-drogas veio para prejudicar e mais apenas o traficante, sendo incondizente com qualquer benefício legal. Nos termos do artigo 69 do CP, somo as duas penas e **fixo o regime prisional fechado para o tráfico, quer pela quantidade de pena, quer pela gravidade dos fatos, como prevê o art. 1º, § 1º, da Lei 11.464/07**, e fixo o regime aberto para a violência doméstica, cuja pena corporal substituo pela restritiva de direitos consistente na limitação de fim de semana, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo prazo, conforme o art. 17 da Lei 11.340/06, c.c. o art. 44 e seguintes da Lei Penal. O réu não poderá apelar em liberdade, por ser incongruente soltá-lo quando ora condenado a regime prisional que o manterá no cárcere, para garantia da ordem pública e devida aplicação da lei penal. Declaro, por fim, perdido em favor da União o dinheiro apreendido com o réu, no valor de R\$ 41,50, já que sua procedência lícita não restou demonstrada, até porque o réu estava desempregado e confessou aos policiais o tráfico de drogas, o que veio corroborado pelo relato de sua amásia. (...)" (grifos nossos.)

Vê-se, pois, que a sentença condenatória fixou a pena-base no mínimo legal e fez incidir a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, mas no tocante à imposição de regime prisional fechado para o tráfico e à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, limitou-se a Magistrada de primeiro grau a referir, como fundamentos: a quantidade de pena; a gravidade dos fatos; e, a vedação legal contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

De igual modo, a Corte de origem, no julgamento da apelação interposta, confirmou os termos da sentença e, no que interessa ao presente *writ*, consignou:

" (...) O regime prisional fixado (inicial fechado), para o desconto da privativa de liberdade do apelante, por violação do artigo 33 *caput*, da Lei nº 11.343/06, não há de ser alterado, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o delito de tráfico de entorpecentes, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudesimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar, observado, ainda, o disposto no artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07.

A jurisprudência não discrepa: (...) (STJ, HC nº 144.502/GO, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, v.u., j. 19.11.2009, DJe 01.02.2010) No mesmo sentido: STJ, HC nº 123.584/MG, Relator ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, v.u., j. 16.06.2009, DJe 03.08.2009.)

O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito é inviável, porque encontra óbice no artigo 44 da Lei nº 11.343/06 e, também, no artigo 44, incisos I e II, do Código Penal. O Colendo Superior Tribunal de Justiça respalda tal entendimento: (...) (STJ, REsp nº 1133945/MG, Relator Ministro Feliz Fischer, Quinta Turma, v.u., j. 15.04.2010, DJe 17.05.2010.)" (fls. 102/105 - grifos nossos.)

Assim é que divirjo, em parte, da conclusão a que chegaram as instâncias *a quo*, e, em parte, do parecer ministerial, uma vez considerada a jurisprudência suso referida do Supremo Tribunal Federal e da Sexta Turma desta Corte Superior, e entendo que não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pode deixar de considerar a realidade revelada nos autos e delineada pelas instâncias *a quo*, qual seja a de ter havido apreensão de 35 invólucros de entorpecentes diversos (crack, maconha e cocaína) - quantidade, que se não pode ser reputada grande, tampouco é ínfima, e variedade tal, que aponta para um comércio ilícito de maior abrangência -, quando da análise do regime de cumprimento de pena a ser imposto ao paciente e da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, objetos desta impetração.

Essa, também, a peculiaridade do caso concreto que o difere dos demais casos em que este Colegiado tem reconhecido a possibilidade de imposição do regime aberto para o cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes - diminuta quantidade de droga e circunstâncias judiciais de todo favoráveis.

Sopesadas também essas particularidades do caso concreto, tenho que, com relação à condenação pelo crime de tráfico, o regime semiaberto mostra-se mais adequado e proporcional ao resgate da reprimenda imposta, ficando afastada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, por não se mostrar suficiente, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Impende destacar que o paciente foi também condenado, na mesma oportunidade e no mesmo contexto fático, pelo crime de lesão corporal dolosa, por ter agredido a companheira - que, insatisfeita, o interpelou em razão de seu envolvimento com a atividade ilícita (tráfico de entorpecentes) -, atingindo-a com uma paulada na cabeça, o que a manteve desacordada até ser socorrida por terceiros, sendo, por tal razão, também condenado a uma pena de 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, substituída por pena restritiva de direito.

Registre-se, quanto à substituição, por oportuna e procedente, a ressalva feita pelo Ministério Público Estadual oficiante perante a Corte de origem, da lavra do Promotor de Justiça designado em Segundo Grau Luís Gabos Álvares, com relação ao delito de lesão corporal dolosa:

"(...) O único reparo que pode ser feito na r. sentença atacada refere-se à substituição da pena privativa de liberdade do crime de lesões corporais.

Neste sentido é evidente que o crime de lesões corporais é crime cometido com violência à pessoa, fato que impede a referida substituição em razão do que reza o artigo 44 e seu inciso I do Código Penal onde o legislador foi claro em determinar que:

'Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos **e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa**, ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (grifei);'

Importante ressaltar que o crime definido no artigo 129, § 9º, do Código Penal, não é de menor potencial ofensivo, pois, se fosse, em razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da sua natureza a substituição seria cabível, como no caso do artigo 129, *caput*, também do Código Penal.

A modificação da classificação do crime operou-se em razão do advento da Lei nº 11.304/06 que fixou para o tipo penal a pena de detenção de 3 meses a 3 anos e neste sentido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

'Processo CC 101272/PR - CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2008/0261936-5 - Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) - Órgão Julgador - S3 - TERCEIRA SEÇÃO - Data do Julgamento - 16/02/2009 - Ementa - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL E JUIZ DE DIREITO. VIOÊNCIA DOMÉSTICA. **LESÕES CORPORAIS LEVES PRATICADAS CONTRA DESCENDENTE. ART. 129, § 9º, DO CPB, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.340/06. PENA MÁXIMA SUPERIOR A 2 ANOS. PERDA DO CARÁTER DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DO JUIZ DE DIREITO. CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE PONTA GROSSA/PR, O SUSCITADO.** - 1. A lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), por seu art. 44, aumentou para três anos de detenção a pena máxima referente ao crime de lesão corporal qualificada, prevista no parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal. 2. Assim, retirou-se a possibilidade de o crime em questão ser julgado pelo Juizado Especial Criminal, ainda que se trate de lesão leve ou culposa (porquanto não há qualquer ressalva nesse sentido no dispositivo supracitado), em face do disposto no art. 61 da Lei 9.099/90, que define como de menor potencial ofensivo apenas os crimes e as contravenções penais a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. 3. Parecer do MPF pela competência do Juízo suscitado. 4. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Grossa/PR, o suscitado. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Ponta Grossa-PR, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Nilson Naves, Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.' (grifei)

Assim, incabível a substituição operada, entretanto, como não houve recurso da acusação, não se pode mais modificar a pena aplicada devendo a mesma ser mantida. (...)" (fls. 73/80 - grifos nossos.)

Diante do exposto, concedo o *habeas corpus* tão somente a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda imposta em razão do tráfico ilícito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes, mantida, no mais e pelas razões expostas, a sentença.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0213423-4

HC 190.814 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10352009 1610120090183393 990100477617

EM MESA

JULGADO: 21/06/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : EVILASIO BONIFACIO DE SOUZA

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 Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.