

**EXCELENTÍSSIMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA \_\_\_ª VARA CRIMINAL  
DA COMARCA DE XXXXXXXXXXXXXXXX, ESTADO DE MATO GROSSO;**

*SINOPSE: “Recurso de Apelação: Absolvição por falta de provas ‘In dúbio pro reo’ – Desclassificação para Usuário: Art. 28 da Lei 11.343/06 – Direito de recorrer em liberdade: Art. 5º LVII – Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos”.*

**Autos n.º: 0000000  
Código 00000**

**XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, brasileiro, solteiro, operador de máquinas agrícolas, portador do RG 000000000000 SSP/MT e do CPF 00000000000, residente e domiciliado na Rua xxxxxxxxxxxxxx, nº. 00, bairro XXXXXXXXXXXXXXXX, CEP: 00.000-000 – xxxxxxxxxxxxxx/MT, porém atualmente recolhido na Cadeia Pública de XXXXXXXXXXXXXXXX/MT; vem, tempestiva e respeitosamente, por intermédio de seu advogado legalmente constituído (**Instrumento de Procuração Anexo**), à presença de Vossa Excelência, com fulcro no Artigo 593, I do Código de Processo Penal Brasileiro, não conformado com a r. sentença de fls., apresentar suas

## **RAZÕES DE APELAÇÃO**

requerendo que as mesmas sejam recebidas e juntadas em seus regulares efeitos legais, e após juízo de retratação sejam remetidas à instância superior.

Nestes termos, com inclusos os documentos

Pede e espera deferimento.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX/MT, 04 de Agosto de 2011.

**WELTON ESTEVES**  
OAB/MT 11.924

---

## RAZÕES DA APELAÇÃO

**APELANTE: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

**APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**

**EGRÉGIO TRIBUNAL**

**COLENDIA CÂMARA**

**INCLITOS JULGADORES**

### **1 - DO BREVE RELATO DOS FATOS**

Foi o ora Apelante denunciado, processado e condenado pelo Juízo monocrático pela suposta prática delitiva prevista no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, tendo sido aplicada pena privativa de liberdade no importe de 02 (dois anos) e 06 (seis meses) de reclusão, estabelecido o cumprimento da pena corporal em regime inicialmente fechado, condenando-se, ainda, o mesmo, ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias multa, a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Como se denota dos autos, a condenação se deu em virtude de ter sido apreendida **aproximadamente 23,00 gramas** da substância entorpecente conhecida como pasta-base cocaína (*Auto de apreensão de fls. 09/10 dos autos*), sendo certo que o Juízo de primeiro grau consignou na sentença que o Apelante trazia consigo tal entorpecente para comercialização à terceiros.

---

**2 – DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO TIDO POR CRIMINOSO A GERAR A ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS DE TRÁFICO E A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 33 DA LEI 11.343/06 PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA MESMA LEI.**

O fato de ter-se por certo que a substância entorpecente apreendida (23 gramas) pertencia, realmente, ao Apelante não tem o condão de gerar a sua condenação pelo gravíssimo e reprovável delito de tráfico de entorpecentes.

Veja-se, por imperioso, que para a realização do tipo penal previsto no artigo 33 da Lei de Tóxicos necessário é que o agente pratique um dos núcleos daquele tipo penal, cuja redação é a seguinte:

*“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...)”*

De se ver que, no caso em tela, o Apelante não realizou nenhum dos núcleos do tipo penal em comento, porquanto não comercializou, de qualquer forma, nem possuía com intenção de comercializar a substância entorpecente localizada nos arredores do local em que foi abordado e detido pela Polícia, **pelo que ao contrário do que diz a sentença, NÃO RESTOU CONCRETAMENTE PROVADO NOS AUTOS qualquer indício de envolvimento com tráfico-comercialização.**

O Apelante é jovem, imaturo, o fato de ter declarado inicialmente na Delegacia que não era usuário e que a droga não era sua, não quer dizer que o mesmo tenha entrado em contradição mudando sua versão na fase judicial, pois o medo de ser recolhido preso faz com que as pessoas tentem se desvencilhar da culpa estando frente à autoridade policial, razão pela qual, depois de preso, contou a verdade dos fatos frente ao juiz - de que é usuário.

Ora, também em seu interrogatório o mesmo declarou que nunca foi preso ou processado anteriormente, que usa droga esporadicamente e que havia comprado a substância com o dinheiro do seu trabalho de servente de pedreiro para uso próprio.

**2. 1. Das circunstâncias do fato.**

O Apelante trazia consigo a substância entorpecente para uso próprio, quando foi fazer uma mudança para seu primo, ou seja, fretou uma caminhonete e foi retirar os móveis para levar em outra residência a pedido de sua tia, quando então foi abordado pela polícia.

---

Tal assertiva é corroborada pelos depoimentos prestados pelos Milicianos que efetuaram a abordagem e detenção do mesmo. Vejamos:

*“(...) e no momento que o réu estava tirando a mudança ligaram na polícia fazendo a denúncia (...) que o senhor da caminhonete estava ali fazendo a mudança pra ele (...)”*

Outrossim, prescreve a Lei 11.343/06, a qual é aplicada no caso em tela, em seu artigo 42, que:

*“Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.” (Grifei)*

Ora Ilustres Sobre-Juizes, tal preceito está a exigir que para a tipificação penal da ação, supostamente criminosa, de qualquer agente é necessário levar-se em conta alguns requisitos, sem os quais não haverá a indispensável subsunção, formal e material, da conduta à norma penal incriminadora.

O caso dos autos leva à conclusão de que o Apelante admitiu ser o proprietário da ínfima substância entorpecente apreendida nos autos, não praticando nenhum dos núcleos do tipo penal descritos no artigo 33 da supramencionada Lei de Tóxicos. Vejamos:

a) a quantidade de droga apreendida (fls. 09 dos autos) foi ínfima (*aproximadamente 23 gramas*);

b) a forma em que a substância encontrava-se acondicionada revela que não estava pronta para a comercialização. Tal alegação é confirmada em depoimentos e na sentença infra:

*“(....) 01 (um) invólucro contendo 23 (vinte e três) gramas de ‘pasta base de cocaína’ (....)”*

c) **não foi encontrado nenhum numerário de dinheiro em poder do Apelante, que pudesse sugerir venda pretérita de substância entorpecente.** É o que se vê:

d) o Apelante não era conhecido dos Policiais que trabalham na região há muito tempo. Essas as afirmativas:

*“(....) que não o conhece, pelo que ficou sabendo o mesmo estava há poucos dias na cidade e vinha de Paranatinga/MT (....)” (fls. 110)*

---

e) **não houve qualquer investigação policial anterior, sendo um fato isolado, pois o Apelante nunca foi alvo de monitoramento de frequência em pontos de tráfico pela polícia.**

f) **o Apelante é primário e possui vida anteacta imaculada, como se vê às fls. 56/69 dos autos, nunca tendo se envolvido em processo criminal de qualquer natureza.** Essa circunstância, no caso em tela, não tem repercussão apenas na eventual aplicação de pena corporal, já que deve ser levada em consideração quando do juízo de tipificação do fato, conforme determina a parte final do supra mencionado artigo 42, da Lei de Tóxicos.

Ademais, **o Apelante possui carteira assinada em diversas empresas idôneas de que O MESMO REALMENTE É OPERADOR DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS** e, apesar de no momento estar desempregado, faz bicos como servente de pedreiro entre outros, bem como já trabalhou formalmente, consoante documentos anexos.

Assim, as circunstâncias dos fatos lhes são favoráveis, até porque foi condenado na pena mínima, obtendo ainda atenuantes.

## **2.2 Da aplicação do princípio do *in dubio pro reo* – Prova duvidosa da Comercialização.**

É sabido e ressabido que para a condenação de alguém por tráfico de drogas, ou qualquer delito, é necessária prova certa da autoria. Diante da incerteza e falta de robustez na prova produzida, há que absolver o réu, trata-se de imposição legal.

No caso dos autos, **não há provas reais e concretas de que o Apelante estava comercializando antes ou durante a abordagem qualquer substância proibida, o mesmo apenas carregava consigo enquanto trabalhava;** assim, a jurisprudência dos Tribunais entendem que o réu deve ser absolvido.

Vejamos de início, os julgados do **Superior Tribunal de Justiça:**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. PEQUENA QUANTIDADE. USO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE.** VALORAÇÃO DE PROVAS. "HABEAS CORPUS".

1. **A pequena quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do réu não basta, por si só, à configuração do crime de tráfico de entorpecentes, se as demais provas dos autos, equivocadamente valoradas, convergem para entendimento diverso.**

2. Excessiva a capitulação proposta pela denúncia e acolhida pela origem, cabível é o "Habeas Corpus", para fins de desclassificação do tipo penal. Prova

---

valorizada em favor do réu, a teor do entendimento firmado, em casos análogos, por este STJ.

3. "Habeas Corpus" conhecido; pedido deferido. (STJ. Órgão Julgador T5. Processo HC 15487/RJ. Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI e Relator p/ Acórdão Ministro EDSON VIDIGAL. Data da Publicação/Fonte DJ 19/08/2002 p. 186)

PENAL. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DÚVIDA ACERCA DA AUTORIA.** RECURSO ESPECIAL.

**1. Havendo dúvida acerca da autoria, deve imperar o princípio do "in dubio pro reo".**

2. Recurso Especial não provido. (STJ - Órgão Julgador T5. Processo REsp 171995/DF Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL. Data da Publicação/Fonte DJ 18/10/1999 p. 252)

Também nesse sentido, o **Tribunal de Justiça de Mato Grosso:**

**AÇÃO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUTORIA NÃO COMPROVADA - PROCEDÊNCIA - INADMISSIBILIDADE - APELO PROVIDO - INTELIGÊNCIA DO ART. 386, VII, DO CPP - SENTENÇA REFORMADA - DECISÃO UNÂNIME. A insuficiência de provas para a condenação enseja a absolvição do agente, nos moldes do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.** (TJMT – 3ª Câm. Criminal. Apelação nº 4631. DES. JOSÉ JURANDIR DE LIMA. j em **29/06/2011**)

E ainda, o **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:**

**APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. MATERIALIDADE COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DE PROVA ROBUSTA ACERCA DA AUTORIA, CAPAZ DE GERAR DECISÃO CONDENATÓRIA. APLICAÇÃO DA REGRA IN DUBIO PRO REO.** RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. (TJ/RS. Apelação Crime Nº 70038888459, Primeira Câmara Criminal, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em **01/06/2011**)

**APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA.** 1. O fato de ser policial, em princípio, não desnatura o depoimento na qualidade de testemunha. Precedentes do STF. A valoração, porém, dos depoimentos prestados por policiais, segue a mesma regra das demais provas produzidas sob o manto do contraditório judicial, impondo-se a sua comparação com o restante do contexto probatório. Para tanto, **deve a autoridade policial, no momento do flagrante ou da abordagem, reunir todos os elementos indiciários que servirem para o esclarecimento do caso, identificando e inquirindo as testemunhas presenciais, de modo a permitir a formação do convencimento judicial futuro de modo mais exato.** 2. Hipótese dos autos em que, embora vários vizinhos tenham presenciado a abordagem policial, nenhum foi

---

identificado e inquirido, restando a prova formada por depoimentos antagônicos de apenas um policial e do acusado. **Dubiedade da prova que deve ser resolvida em favor do acusado. Princípio do in dúbio pro reo.** Veredicto condenatório reformado. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO. (TJ/RS. Apelação Crime Nº 70042694125, Terceira Câmara Criminal, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 07/07/2011)

Assim, veja-se nobres julgadores, que o Apelante fazia uma mudança do primo quando da abordagem, o fato de o mesmo ter em seu bolso pequena quantidade de pasta-base, não significa que o mesmo seja traficante e esteja comercializando substância ilícita.

Sendo assim, **pugna pelo Provimento do presente recurso**, para absolver o Apelante, caçando a sentença do juízo *a quo*, expedindo-se de conseqüência o competente Alvará de Soltura, ante a falta de provas de que o mesmo estava comercializando substância ilícita.

Caso o entendimento dos doutos julgadores não sejam no sentido de absolver o Apelante por falta de provas quanto a comercialização de substâncias entorpecentes, pugnamos para que seja o delito desclassificado para uso próprio, consoante descreve o Art. 28 da Lei 11.343/2006, conforme os fatos e fundamentos jurídicos abaixo expostos:

### **2.3 Da imperiosa Desclassificação de Tráfico para Usuário – Art. 28 da Lei 11.343/2006.**

Infere-se dos autos que, realmente, o acusado usa esporadicamente substâncias entorpecentes. Vejamos:

“(....) que o XXXXXXXX é usuário de droga (....)” (fls. 109)

“(....) que comprou o entorpecente que fora apreendido em seu poder para uso próprio (....)” (fls. 111)

Em que pese a assertiva do Apelante na oportunidade de seu depoimento na fase judicial (fls. 111), o fato é que provavelmente o mesmo só não está em uso de droga por que encontra-se preso há aproximadamente 11 meses.

A possibilidade jurídica de operar-se a Desclassificação nos moldes em que pleiteada - a saber, o afastamento da responsabilidade penal pela suposta prática do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 **é a condenação pelo infringência ao artigo 28, da Lei 11.343/2006.** É o caso dos autos.

Corroborando desse entendimento, vejamos alguns julgados do

---

**Tribunal de Justiça de São Paulo:**

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE PARA USO ANTE A AUSÊNCIA DE PROVAS DA EFETIVA MERCANCIA. Cabível a desclassificação do crime de tráfico de entorpecente para porte para uso, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, quando ausente a prova da mercancia da droga ilícita pelo acusado. (TJSP. 4ª Câm. Criminal. Apelação nº905951-17.2008.8.26.0050. Relator: Willian Campos. j em 26/07/2011)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO. NULIDADE DA SENTENÇA. Desclassificação para delito compatível com o rito da lei 9.099/90. Possibilidade de suspensão condicional do processo. Necessidade de encaminhamento do feito ao Juizado Especial Criminal. Sentença parcialmente anulada. Recurso provido. (TJSP. 9ª Câm. Criminal. Apelação nº40229-37.2009.8.26.0050. Relator: Francisco Bruno. j em 28/07/2011)

No mesmo sentido, o **Tribunal do Rio Grande do Sul:**

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA INSUFICIENTE DO TRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06.

1. O contexto probatório dos autos não é firme o suficiente para embasar a decisão condenatória. Em resumo, a prova se limita aos depoimentos dos policiais militares que, ao receberem as denúncias anônimas, realizaram campana no local e, durante diligência, detiveram a ré em flagrante delito, com cocaína e dinheiro.

2. Embora tenham os policiais observado a casa por quase um ano, nenhum usuário foi identificado, inquirido ou identificado. Ausência de apreensão de qualquer objeto relacionado ao tráfico de drogas. Quantidade de entorpecente compatível com o consumo próprio e compartilhado. Versão defensiva razoável quanto à posse do entorpecente e quanto aos motivos da guarda do dinheiro em casa.

3. É insuficiente à comprovação da traficância a mera referência, por parte dos policiais, de que o local da detenção é conhecido por ser ponto de venda de drogas, ou de que denúncias anônimas indicavam ser a ré traficante. A distinção entre as condutas de posse de entorpecente para consumo pessoal e tráfico de drogas depende das circunstâncias de cada caso concreto, motivo pelo qual é de suma importância uma investigação criminal qualificada, que traga aos autos todos os elementos conformadores da imputação. A mera detenção da ré com algumas pedras de cocaína, e nada mais, não permite afirmar estivesse ela traficando, apenas em razão de algumas denúncias anônimas. Ausência de quaisquer elementos informativos a comprovar a hipótese acusatória. Razoabilidade da tese defensiva. Desclassificação operada para o artigo 28 da Lei 11.343/06. Remessa dos autos ao JECRIM. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJRS - Apelação Crime Nº 70043308493, Terceira Câmara Criminal, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 21/07/2011)

---



APELAÇÃO. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/06. TRÁFICO DE DROGAS. CRACK. USUÁRIO. DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO. ART. 28 DA LEI DE ENTORPECENTES. REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL COMPETENTE. Considerando a quantidade de droga apreendida, o local, circunstâncias da prisão em flagrante e as pessoais do acusado, não sendo suficiente a prova da prática de tráfico de entorpecentes, é autorizada a desclassificação do fato para o artigo 28 da Lei nº 11.343./06, com a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente. Precedente julgado da Câmara. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS - *Apelação Crime Nº 70043103209, Terceira Câmara Criminal, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 21/07/2011*)

Diante do exposto, pugna pela desclassificação do delito de tráfico para uso próprio, consoantes os dispositivos acima transcritos, já que inexistem nos autos provas reais e concretas que demonstram que o Apelante estava comercializando substâncias entorpecentes ANTES e/ou DURANTE a abordagem policial.

Em havendo desclassificação para o delito do Art. 28, pede-se que a sentença seja anulada, e que os autos sejam remetidos ao JECRIM, onde poderá até haver transação penal.

#### **2.4 Do direito de recorrer em liberdade – Art. 5º, LVII da Constituição Federal.**

Na linha da jurisprudência do STJ e do Supremo Tribunal Federal, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão com base, tão somente, no esgotamento das instâncias ordinárias. Tendo os tribunais por diversas vezes assegurado ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado na ação penal aqui tratada. **(STJ – 6ª T. HC 189432/SP. Ministro OG FERNANDES. 14/06/2011)**

Doutos julgadores, há que considerar que o Apelante na 1ª fase da fixação da pena teve considerado sua personalidade, antecedentes, conduta social irrepreensíveis, não havendo motivo justo para o mesmo ficar recolhido até que seja julgado o presente recurso.

Nesse sentido, pede-se que o Apelante aguarde o julgamento em liberdade, expedindo-se Alvará de Soltura LIMINARMENTE, consoante o Princípio Constitucional da Inocência, por se tratar de medida de justiça.

---

Caso o entendimento dos doutos julgadores não sejam no sentido de desclassificar o delito de tráfico (art. 33) para uso de substâncias entorpecentes (art. 28), pugnamos para que seja substituída a Pena Privativa de Liberdade por Restritivas de Direito, consoante os fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos:

### **3. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO.**

De se ver, por fim, que no caso em tela é possível a aplicação de penas restritivas de direito em substituição à pena privativa de liberdade aplicada, já que o apelante preenche todos os requisitos exigidos pelo artigo 44 e seguintes do Digesto Penal.

Tal medida encontra fundamento pelo fato de que o **Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 01º de setembro de 2010**, se pronunciou sobre a matéria, **no HC 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto**, prevalecendo o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

À partir dessa decisão, as Turmas (5ª e 6ª) do Superior Tribunal de Justiça, sentiram-se à vontade para aplicar essa regra levando-se em consideração o caso em concreto.

No caso da A partir do julgamento do **HC 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010**, a Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento da conversão de pena também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente.

*“Considerando a quantidade de pena aplicada - 5 (cinco) anos de reclusão -, a primariedade e os bons antecedentes do paciente, cabível o estabelecimento do regime semiaberto para o cumprimento da privativa de liberdade”.* (HC 199.366/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, **Julgado em 10.05.2011, DJe de 25.05.2011**)

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 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 – 03 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 101,291/SP, Relator Ministro Eros Grau, 24.11.2009).**

Confirmando esse entendimento, vejamos os recentes julgados da **Corte do Superior Tribunal de Justiça:**

Processo HC 178079 / RS

HABEAS CORPUS 2010/0122025-9

Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139)

Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA

**Data do Julgamento 21/06/2011**

Data da Publicação/Fonte DJe 01/07/2011

HABEAS CORPUS. **TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.**

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve se iniciar no regime mais gravoso.

2. **A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.**

3. **No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no patamar mínimo, dada a quantidade e a natureza do entorpecente - foram apreendidos 76 (setenta e seis) comprimidos de Ecstasy -, mostra-se razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o início da expiação.**

4. Pelas mesmas balizas, não se apresenta socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

5. Ordem parcialmente concedida, tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente. (Grifei)

---

Processo: HC 190814 / SP

HABEAS CORPUS 2010/0213423-4

Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131)

Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA

**Data do Julgamento: 21/06/2011**

Data da Publicação/Fonte: DJe 01/07/2011

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.

*Ex Positis*, não havendo absolvição ou desclassificação, **pugnamos pela substituição da Pena Privativa de Liberdade pela Restritiva de Direitos**, consoante os fatos e fundamentos acima expostos.

#### **4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

O M.M. Juiz *a quo* entendeu equivocadamente que o Apelante tinha intenção de comercializar a substância apreendida, entretanto, não é o que consta dos Autos.

---

No mais, como descrito na sentença, **o mesmo aplicou a PROVA INDICIÁRIA para condenar o Apelante pelo crime grave tráfico de entorpecentes**, ocorre que no presente caso, não há como interpretar e tentar achar uma conduta ilícita onde não ocorreu.

Assim, diante de todo o exposto, esperamos que sejam acolhidas todas as argumentações, afim de que este tribunal corrija uma injustiça que perdura por 11 meses na vida do Apelante, **transferindo-se o cumprimento da pena para a Comarca de Paranatinga/MT, local onde reside com seus pais há mais de 20 anos.**

## 5 – DOS PEDIDOS.

Diante de todo o exposto, o Apelante **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** pugna pela Reforma da r. Decisão prolatada pelo Juiz primeiro grau, para que:

1 – Conceda **LIMINARMENTE** ao Apelante o direito de recorrer em liberdade em respeito ao Princípio da Presunção da Inocência contido no **Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal**;<sup>1</sup>

2 – Dê Provimento ao pedido de Absolvição do Apelante, pelo fato de não haver nos Autos qualquer prova de que o mesmo estava comercializando ou oferecia à terceiros substância ilícita, em respeito ao **Princípio do in dúbio pro reo**;

3 – Em caso de não Provimento do pedido de Absolvição por falta de provas, **PEDE-SE que o Apelante seja transferido para a Cadeia Pública de XXXXXXXXXXXXX/MT, para cumprir a pena nesta comarca**, tendo em vista que tem domicílio juntamente com seus pais há mais de vinte anos;

ALTERNATIVAMENTE

4 – Proceda-se à **DESCCLASSIFICAÇÃO** do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 para aquele previsto no artigo 28 da mesma Lei, eis que consta dos Autos que o mesmo é apenas usuário, anulando-se a Sentença *a quo* e determinando que os Autos seja encaminhados ao JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL;

ALTERNATIVAMENTE AINDA

---

<sup>1</sup> STJ – 6ª Turma. Habeas Corpus 189432/SP. Ministro OG FERNANDES. 14/06/2011.

---

5 – Seguindo-se os rigorosos critérios estabelecidos no artigo 59 e 68 do Digesto Penal, **SUBSTITUA-SE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICANDO AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO**, eis que presentes os requisitos autorizadores.

**JUSTIÇA!**

Termos em que, com inclusos os documentos

Pede e Espera Deferimento.

XXXXXXXXXXXXX/MT, 04 de Agosto de 2011

**WELTON ESTEVES**

OAB/MT 11924

---