

**MM. JUÍZO DA x VARA DE ENTORPECENTES DO xxxxxxxxxxxx**

**Autos nº : xxxxxxxxxxxxxxxx**

**Fulano de tal**, já qualificado nos autos, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO xxxxxxxxxxxxxxxx**, com fundamento no art. 600 do Código de Processo Penal, vem apresentar

**RAZÕES DE APELAÇÃO**

Em face da r. sentença de ID: xxxxx e requerer a análise dos autos pelo eg. Tribunal de Justiça do xxxxx

**Fulana de tal**  
*Defensora Pública*

**EMÉRITOS JULGADORES DA TURMA CRIMINAL DO EGRÉGIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx**

**COLEDA TURMA,**

**NOBRE RELATOR**

**(A),**

**1.DA SÍNTESE DOS FATOS**

O Apelante foi denunciado pelo Ministério Público em razão da suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput* da Lei 11.343/2006, pois, no dia xx de janeiro de xx, por volta das xx, na praça pública, situada na EQ 201/301, Santa Maria/DF, o denunciado, de forma livre, voluntária e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, trazia consigo, para fins de difusão ilícita, 05 (cinco) porções de maconha, acondicionadas em plástico, perfazendo a massa líquida 305,33g (trezentos e cinco gramas e trinta e três centigramas).

O processo seguiu seus trâmites normais, culminando com a r. sentença ora impugnada, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o acusado nos termos da denúncia à pena de 03 (três) anos e 06 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

Inconformada com a sentença, a Defesa manifesta interesse em recorrer. Em síntese, é o relatório.

**2.DA DOSIMETRIA DA PENA**

**2.1. Da segunda fase da dosimetria**

Na segunda fase da dosimetria, reconheceu-se a menoridade relativa e a confissão espontânea. Vejamos:

**Na segunda fase de aplicação da pena, observo a presença da circunstância atenuante referente à confissão. Não há agravantes a considerar. Contudo, deixo de efetuar a diminuição da pena fixada, pois já estabelecida no mínimo legal e em homenagem a Súmula n. 231 do STJ.**



Apesar de reconhecida a presença de uma circunstância atenuante, a douta magistrada deixou de proceder à dedução da pena-base na quantidade devida por força da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que tal súmula deve ser relativizada quando há contribuição para a instrução processual, como é o caso da confissão espontânea.

Primeiramente, cabe verificar que a redação do art. 65 do Código Penal determina a confissão espontânea é circunstância que **sempre** reduz a pena.

Nesse sentido, o professor Greco (2017, p. 733), defensor da possibilidade de redução da pena, leciona que: *“[...] O art. 65 não faz sempre, essa ressalva, pelo contrário, determina expressamente, por intermédio do advérbio que a pena deverá ser diminuída caso exista alguma circunstância atenuante”.*

Tem-se que o direito do indivíduo de ter uma pena fixada abaixo do mínimo é impossibilitado pelo simples fato de a pena já estar no mínimo legal.

Nessa mesma toada, Luiz Regis Prado também defende a possibilidade de redução da pena, afirmando que no atual Código Penal brasileiro, que adotou o sistema trifásico de dosimetria da pena, criado por Nelson Hungria, não existe nenhuma norma estabelecida que impossibilite que a pena seja fixada aquém do mínimo (PRADO, 2019).

Ainda, aduz Bitencourt (2019, p. 846) que: *“Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado a pena justa [...]”.*

Assim já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

PENAL – LATROCÍNIO – CONDENAÇÃO – PENA-BASE FIXADA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – **PRESENÇA DAS ATENUANTES DE MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – POSSIBILIDADE – NÃO ACOLHIMENTO DA SÚMULA 231, DO STJ. 1 – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUANDO CONSAGRA O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, O FAZ COMO GARANTIA INDIVIDUAL DO RÉU**, DAÍ PORQUE A SUA SEGURANÇA SE ESTABELECE NA CERTEZA DE QUE PENA JAMAIS PODERÁ SER

IMPOSTA ALÉM DO MÁXIMO, INEXISTINDO ÓBICE À SUA **FIXAÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO.** 2 - SEM OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL, **VALE A EXPRESSÃO CATEGÓRICA DO ARTIGO 65, DO CÓDIGO PENAL, VAZADA NO ADVÉRBIO TEMPORAL "SEMPRE".** 3

- SÃO CIRCUNSTÂNCIAS QUE SEMPRE ATENUAM A PENA, V.G., A MENORIDADE DO RÉU E A SUA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 4 - **RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA REDUZIR A PENA DEFINITIVA, FIXANDO-A UM POUCO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.**

Nessa esteira, a Defesa requer a relativização da Súmula 231 do STJ e aplicação literal do art. 65 do Código Penal para permitir a redução da pena intermediária abaixo do mínimo legal, por ser direito do recorrente.

Além disso, o inciso XLVI do artigo 5º da Carta Magna dispõe que a lei regulará a individualização da pena. Sabe-se que o primeiro momento da individualização é feito pelo próprio legislador, quando valora as condutas, cominando-lhes penas, que variam conforme a importância do bem que está sendo tutelado.

O segundo momento ocorre quando o magistrado, depois de concluir que o fato é típico, jurídico e culpável, passa a individualizar a pena, devendo fazê-lo em três fases distintas: a fixação da pena-base, mediante as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, aplicando, em seguida, as atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de diminuição e aumento, tudo consoante o disposto no artigo 68, do mesmo Estatuto Penal que orienta a dosimetria das penas. A terceira fase ocorre durante a execução da pena.

Detida análise da sentença leva à irrefragável conclusão que a pena não foi devidamente individualizada conforme os ditames legais.

Nesse contexto, a pena intermediária merece ser fixada em patamar abaixo do mínimo legal, uma vez que restou evidente o prejuízo, na em medida que não foi aplicada a atenuante reconhecida.

Consoante já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, todas as circunstâncias judiciais devem ser cuidadosamente analisadas quando da aplicação da pena. Vejamos:

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO ISOLADA PARA CADA CRIME E CADA RÉU. OBSERVÂNCIA DO EXAME DE **TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E DE CADA CIRCUNSTÂNCIA DAS DEMAIS FASES. MAJORANTE** PELA ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. RETROATIVIDADE BENÉFICA DA LEI NOVA. RÉGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1-A individualização da pena decorre de preceito constitucional e deve ser feita em relação a cada delito e a cada réu, sob pena de **nulidade** da dosimetria. 2-**Todas as circunstâncias judiciais devem ser cuidadosamente sopesadas, assim como as demais das duas outras fases da dosimetria.**3. [...].(STJ), HC 75.120/SP, Quinta Turma, rel.: Min. Jane Silva, data do julgamento 07/08/2007, DJ: 03.09.2007, p. 201) (Grifos nossos)



**O apelante tem, a seu favor, uma atenuante (confissão espontânea), mas a diminuição não ocorreu no percentual de 1/6 sob o argumento de não ser possível fixar a pena intermediária abaixo do mínimo legal, o que fere o princípio da individualização da pena.**

**Assim, por violação ao princípio da legalidade e da individualização da pena, merece reforma a sentença, a fim de que se deduza da pena-se a circunstância atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, “d”, do Código Penal, na fração de 1/6.**

## **2.2. Da diminuição prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006**

Observa-se que o juízo a quo aplicou a causa de diminuição de pena na fração de 1/3, alegando que o apelante tem passagem por ato infracional análogo ao tráfico de drogas, bem como foi recentemente condenado por fato posterior.

**O apelante é primário e não possui antecedentes criminais, não se podendo concluir, dessa forma, que se dedique a atividade criminosa. Não existem provas cabais, claras, inequívocas, de que ele se dedique a atividades criminosas ou participe de organização criminosa.**

**O apelante, na sentença, deveria ser julgado pelos fatos e circunstâncias que ocorreram ATÉ a data do delito. Fatos posteriores, ainda que sejam objeto de condenação transitada em julgado, NÃO podem ser utilizados na dosimetria da pena do delito anterior, sob pena de grave violação aos direitos e garantias constitucionais da pessoa humana. No caso, além de ter sido utilizada condenação por fato POSTERIOR ao delito aqui examinado, a condenação NÃO é por tráfico de drogas.**

**Assim, a condenação por fato cometido após os fatos apurados no presente processo não podem ser considerados para diminuir a fração do privilégio, vez que, para este processo, não geram maus antecedentes ou reincidência.**

**Quanto às anotações por ato infracional, estas também não são argumento idôneo para afastar a minorante.**



**De início, ressalta-se que foi concedida REMISSÃO, como forma de exclusão do processo, em relação ao ato infracional utilizado como fundamento da sentença para diminuir a fração do tráfico privilegiado (ID xxxxxxxxxxxxx). A remissão, nos termos do art. 127, do ECA, NÃO IMPLICA**

**NECESSARIAMENTE O RECONHECIMENTO OU COMPROVAÇÃO  
DA RESPONSABILIDADE, NEM PREVALECE  
PARA EFEITOS DE ANTECEDENTES.**

Além disso, conforme jurisprudência do STJ, as anotações de atos infracionais não podem ser utilizadas como fundamento para uma valoração desfavorável, uma vez que não se trata propriamente de crime e, ainda, em respeito à própria inimizabilidade do menor infrator, que não pode ser apenado por um ato perpetrado quando ainda não completamente desenvolvido.

Tal entendimento justifica-se pelo fato de que eventuais atividades ilícitas cometidas por pessoas ainda menores de idade encontram-se sob a égide de legislação própria, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa conferir tratamento adequado à idade e desenvolvimento da criança e do adolescente que, por estar ainda em formação, não se sujeitam às penas aplicadas a adultos, mas sim às medidas protetivas e socioeducativas.

Depreende-se, assim, que o réu não pode ter mitigado o benefício da diminuição de pena com fundamento em atos praticados quando ainda não tinha plena capacidade de compreensão e autodeterminação.

Em outras palavras, a conduta do adolescente que se enquadre nos tipos penais não é caracterizada como crime e recebe sanção diferenciada pelo ordenamento jurídico, considerando a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento, tanto que não serve para configurar maus antecedentes ou reincidência. Se o ato **não** é considerado crime, inclusive em relação às suas consequências, não cabe punição sob o argumento de que os atos infracionais demonstram a dedicação para atividades criminosas.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados do STF e STJ:

**(...) 2. A causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é aplicada desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.**

**3. Na linha dos precedentes desta Colenda Turma, a menção a atos infracionais praticados pelo agente não consiste fundamentação idônea para afastar a minorante em exame. Esse entendimento está em consonância com sistema de proteção integral assegurado a crianças e adolescentes por nosso ordenamento jurídico. (...)**

**STF. 2ª Turma. HC 202574 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17/08/2021. Grifado.**

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1912394 - GO (2021/0194978-8)  
(...)

**Não obstante, depreende-se que pode ser concedido o tráfico privilegiado ao apelante, porque a maioria dos processos apontados na certidão de antecedentes criminais são atos infracionais, que não devem ser considerados em seu desfavor. [...] Altero o regime prisional para o**

aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Com efeito, o fato de o paciente já ter respondido, quando menor de idade, por atos infracionais não é o bastante para afastar o redutor previsto na lei em apreço, de acordo com a jurisprudência mais recente desta Corte. Confirmam-se: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA COM BASE EM ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA DO STF. RECURSO PROVIDO. 1.

Consoante o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Para que o agente possa ser beneficiado, é preciso preencher cumulativamente os requisitos. 2. Na esfera da Lei n. 8.069/1990, as medidas socioeducativas aplicadas em resposta a ato infracional cometido por adolescente possuem o objetivo de responsabilização quanto às consequências lesivas do ato, a integração social e garantia de seus direitos individuais e sociais, bem como a desaprovação da conduta infracional (art. 1º, § 2º, incisos I, II e III, da Lei n. 12.594/2012 - SINASE). 3. No entanto, apesar de a medida socioeducativa, impositiva e preponderantemente pedagógica, possuir certa carga punitiva, certo é que não configura pena e, portanto, não induz reincidência nem maus antecedentes. Nessa medida, é incompatível considerar o registro de anterior ato infracional, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, como elemento caracterizador da dedicação do agente a atividades delituosas, obstando a minorante, equiparando a conduta a crime hediondo e recrudesendo a execução penal. 4. Vale dizer, o registro da prática de fato típico e antijurídico por adolescente (inimputável), que não comete crime nem recebe pena, atingida a maioridade penal, não pode ser utilizado como fundamento para se deduzir a dedicação a atividades criminosas, e produzir amplos efeitos desfavoráveis na dosimetria e execução da pena. 5. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, tem reafirmado que "[a] prática de atos infracionais não é suficiente para afastar a minorante do tráfico privilegiado, pois adolescente não comete crime nem recebe pena. Como disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), as medidas aplicadas são socioeducativas, (arts. 1º e 112) e visam à proteção integral do adolescente infrator" ( HC 184.979-AgR/SP, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, DJe 07/08/2020). 6. Agravo regimental provido para reconhecer a minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo (2/3), fixar as penas em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, estabelecer o regime inicial aberto e substituir a pena corporal por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução. ( AgRg no HC 647.525/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 25/05/2021). HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INQUÉRITOS POLICIAIS E/OU PROCESSOS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM

CONCEDIDA. 1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida ou atividade habitual. 2. O Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, possui o entendimento de que inquéritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não

constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Ressalva deste relator. 3. Não havendo sido apreendida

quantidade tão expressiva de drogas com o paciente, mostra-se adequada e suficiente a redução de pena no patamar máximo de 2/3. [...] 5. Ordem concedida, para reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em favor do acusado, aplicá-la no patamar máximo de 2/3 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, bem como fixar o regime aberto para o início do seu cumprimento. ( HC 602.611/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 24/11/2020).

Quanto ao regime prisional, busca o MP o restabelecimento do regime fechado em se considerando a diversidade de drogas apreendidas (uma porção de maconha pesando 1,9 g e oito porções de cocaína pesando 53 g, e a natureza das drogas. Ocorre que, nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível o estabelecimento do regime mais gravoso ao réu com base na natureza/diversidade da droga desde que associada a uma quantidade relevante, o que não é o caso dos autos, inexistindo, pois, ilegalidade. A propósito: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ADEQUAÇÃO. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas. 5. Embora a Corte de origem tenha apresentado fundamento válido para a escolha do regime prisional mais grave, consoante as diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, in casu, considerando a primariedade do paciente, a aferição favorável das circunstâncias judiciais, assim como a não significativa quantidade de droga apreendida (18 pedras de crack), o modo semiaberto é o adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão, a teor do contido no art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal. 6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. ( HC 372.382/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 03/03/2017) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO. 1. O

regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF. 2. Hipótese em que o regime semiaberto foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base na natureza e quantidade de droga apreendida. Verificando-se inexpressiva a quantidade de entorpecentes apreendida, deve ser afastado tal fundamento. 3. In casu, constatada a primariedade, ausência de circunstâncias desfavoráveis e o quantum da pena privativa de liberdade inferior a 4 anos faz jus o paciente ao regime aberto. 4. Agravo regimental desprovido. ( AgRg no HC 371.412/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017) Ante o exposto, nego provimento

ao recurso. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 04 de outubro de 2021. OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF  
Relator. (STJ - AREsp: 1912394 GO 2021/0194978-

Ademais, a sentença ora impugnada não se atentou às frações mínimas e máximas previstas no dispositivo, diminuindo-se arbitrariamente a pena em 1/3 (um terço), sem que se promovesse um escalonamento proporcional, apesar da possibilidade de aplicação de fração maior.

Assim, houve excesso na dosimetria da pena. Esse excesso foi desnecessário, uma vez que se fosse aplicada redução maior, a resposta estatal à conduta do apelante seria igualmente efetiva, uma vez que o acusado foi condenado pelo tráfico de drogas. A questão cinge-se ao fato de que o montante de pena aplicada é injusta ante a conduta perpetrada pelo apelante e a única solução que atenderia ao princípio da proporcionalidade é a aplicação da maior redução.

Isto posto, requer a defesa a reforma da sentença condenatória e o redimensionamento da terceira fase da dosimetria da pena, para que a redução da causa de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo ou em patamar superior ao determinado na sentença.

### **2.3. Da substituição da pena**

A Douta Magistrada deixou de substituir a pena sem motivo aparente, o apelante é primário, tem bons antecedentes e cumpre os requisitos exigidos na lei.

De acordo com posição majoritária da doutrina, é direito público subjetivo do réu, e não faculdade do juiz, a aplicação das penas restritivas de direitos quando preenchidos os requisitos. O STJ segue a mesma corrente:

Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos, pois tal constitui-se em direito subjetivo do paciente. STJ. 5ª Turma. HC 23.228/SP, Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, julgado em 07/10/2003. STJ. 6ª Turma. C 58.970/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 08/03/2007.

Assim como decisão recente do TJDF:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, MOTIVOS DO CRIME E QUANTIDADE DE DROGA. INCABÍVEL. APLICAÇÃO DA DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LAD. POSSIBILIDADE.



SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

ADMISSIBILIDADE. 1. Incabível a valoração negativa das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal que não extrapolam da figura típica do delito. 2. A norma contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, que permite a redução da pena de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre

a organização criminosa, constitui-se direito subjetivo do acusado, se preenchidos todos os requisitos citados. 3. A natureza e a quantidade da droga portada pelos acusados, por si sós, não constituem elementos aptos a negar o direito de diminuição de pena. 4. **É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se os acusados preenchem os requisitos objetivos e subjetivos presentes no art. 44 do Código Penal.** 5. Recurso desprovido. ([Acórdão 1673805](#), 07194065920218070001, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 9/3/2023, publicado no DJE: 17/3/2023. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Além disso, conforme já exposto no tópico anterior, fatos posteriores NÃO podem ser utilizados para agravar a situação do apelante no presente processo.

**A pena foi mantida, na primeira fase, no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias negativas, e, ainda assim, a substituição por restritiva de direitos foi negada.**

**O STJ já decidiu que o acusado primário, que teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PENA DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. PACIENTE PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. **III - Na presente hipótese, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico), e, com a redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, faz jus ao regime aberto de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.** IV - Além disso, à luz do art. 44 do Código Penal, **o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.** V - Configurada a hipótese de substituição da sanção corporal por restritiva de direitos, fica afastada a possibilidade de execução provisória da pena nos termos dos julgamentos realizados nos dias 13/12/2016 e 9/3/2017, nos autos do AgRg no REsp n. 1.618.434/MG e do AREsp n. 971.249/SP, respectivamente, ambos de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Habeas corpus não conhecido. Ordem

---

concedida de ofício para, cassando o v. acórdão do eg. Tribunal a quo ( Habeas Corpus n. 0000696-51.2015.8.26.0603) e confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para início de cumprimento

da pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a serem estabelecidas pelo MM. Juiz da Execução.  
(STJ - HC: 395857 SP 2017/0083041-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 08/08/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 15/08/2017)

Dessa forma, requer a substituição pela pena restritiva de direitos.

### **3.DOS PEDIDOS**

Ante o exposto, a Defesa requer que o recurso seja conhecido e provido no mérito para reformar a sentença e:

- a) Aplicar a atenuante da confissão, nos termos do art. 65, inciso III, “d”, do Código Penal,
- b) Redimensionar a pena na terceira fase da dosimetria para que a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 seja aplicada na fração 2/3 (dois terços) ou em patamar superior a 1/6 (um sexto);
- c) Substituir a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

---

**Fulano de tal**  
*Defensora Pública*