



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000357591

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500301-17.2024.8.26.0555, da Comarca de São Carlos, em que é apelante GABRIEL SOUZA CANDIDO NASCIMENTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16277

Apelação Criminal nº 1500301-17.2024.8.26.0555

Comarca: 3ª Vara Criminal de São Carlos

Juiz(a) de Direito: doutor(a) André Luiz de Macedo

Apelante: Gabriel Souza Candido Nascimento

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Gabriel foi condenado por tráfico de drogas e por porte e posse ilegal de arma de fogo, após ser encontrado com cocaína, maconha e armas em sua residência e em via pública. A condenação perfaz sete anos e dez meses de reclusão e um ano de detenção, além de 603 dias-multa.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se o regime inicial de cumprimento de pena deve ser mais brando.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria dos delitos foram comprovadas por provas documentais e testemunhais, incluindo confissão do apelante.

4. A reincidência e a quantidade de drogas apreendidas justificam a manutenção do regime inicial fechado.

5. Não há violação das Súmulas 718 e 719 do STF, pois o regime de cumprimento da pena foi determinado com base nas circunstâncias do caso concreto e nas condições pessoais do agente.

IV. DISPOSITIVO E TESE

6. Recurso desprovido.

TESE DE JULGAMENTO: 1. A reincidência impede a aplicação de regime mais brando. 2. A gravidade dos delitos justifica o regime fechado.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/06, art. 33; Lei nº 10.826/03, arts. 12 e 14; Código Penal, art. 59.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, AgRg-AREsp nº 279.043, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.03.2013;
STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.3.2017.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 204/205

O apelante, Gabriel (19 anos, fls. 9), foi condenado à pena de sete (7) anos e dez (10) meses de reclusão, em *regime inicial fechado*, e um (1) ano de detenção, em *regime inicial semiaberto*, e ao pagamento de seiscentos e três (603) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06** e nos **artigos 12 e 14 da Lei nº 10.826/03**, em **concurso material**, sem possibilidade de recorrer em liberdade, porque no dia 2.11.2024, por volta das 23h30min, na Rua Antenor Rodrigues Camargo, nº 460, Vila Jacobucci, São Carlos/SP, tinha em depósito e guardava, para fins de venda e comercialização, 1.397 invólucros plásticos contendo cocaína (884 gramas) e dois saquinhos plásticos contendo a mesma substância (94 gramas); 2 tijolos de maconha (500 gramas) e 90 papéletes menores da mesma droga (286 gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nas mesmas condições de tempo e lugar, possuía um revólver de calibre .38, oxidado, cabo de borracha, sem marca aparente, com capacidade para seis tiros, de numeração 992315, bem como um “blister”, com 10 cartuchos íntegros de munição, calibre 6.35, da marca CBC e 5 projéteis, calibre 38 da mesma marca, no interior de sua residência, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Por fim, que nas mesmas condições de tempo, em via pública, na Rua Pastor Bento, altura do nº 57, portava uma arma de fogo, da marca “Beretta”, oxidada, cabo de madre pérola, calibre .635, de numeração B67218, municiadas com 8 projéteis do mesmo calibre, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Policiais militares realizavam patrulhamento no bairro supra, a fim de apurar o conteúdo de denúncias anônimas, no sentido de que um indivíduo de

prenome Gabriel efetuava o tráfico de drogas no endereço acima mencionado, defronte a sua residência, bem como possuía armas de fogo e munições no local. Durante o patrulhamento realizado, os agentes da autoridade encontraram Gabriel há cerca de cem metros de sua casa, à Rua Pastor Bento, próximo ao nº 57, momento em que efetuaram sua abordagem. Em revista pessoal, foi localizada uma arma de fogo, da marca Beretta, oxidada, cabo de madrepérola, calibre .635, de numeração B67218, municadas com oito projéteis do mesmo calibre, além de um telefone celular. Assim, foi dada voz de prisão ao apelante pela prática do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Ao ser questionado pelos agentes públicos, Gabriel afirmou que, naquele momento, não estaria na posse de entorpecentes, contudo, guardava-os em sua residência. Ato contínuo, os policiais militares chegaram ao local e obtiveram autorização de entrada na casa pelo apelante e por sua genitora, iniciando as buscas no imóvel.

Em buscas pelo veículo GM/Chevette, de cor azul, que se encontrava estacionado na garagem da residência, foi encontrado, no assoalho do veículo, entre o banco traseiro e banco do passageiro, uma mochila escolar, na cor rosa, e, em seu interior, foi encontrada uma arma de fogo, do tipo revólver, oxidado, cabo de borracha, sem marca aparente, com capacidade para seis tiros, de numeração 992315. No mesmo local, havia 90 papелotes de maconha e 2 tijolos da mesma substância, além dos tubos plásticos e dos pacotinhos contendo cocaína acima descritos. Por fim, nesta mesma mochila, se constatou a existência de um “blister”, com 10 cartuchos íntegros de munição, calibre 6.35, da marca CBC, cinco projéteis, calibre 38, da marca CBC, além de diversos microtubos plásticos e embalagens vazias, uma balança de precisão, fita crepe de cor verde, uma peneira de metal, um coldre e rolos de papel filme, objetos tipicamente relacionados ao acondicionamento de entorpecentes.

Nas razões de apelação, sustentou-se regime inicial mais brando (fls. 230/235).

Contrarrazões da Acusação (fls. 247/250), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

O Ministério Público não ofereceu recurso.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do apelo (fls. 276/279).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 204/207).

II – Fundamentação

O apelo não comporta acolhimento, subsiste a sentença prolatada pelo culto e dedicado Magistrado, doutor André Luiz de Macedo.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo autos de prisão em flagrante de fls. 1 e 2/3, boletim de ocorrência de fls. 11/18, autos de exibição e apreensão de fls. 21/23 e 24/25, fotografias de fls. 26/38, laudo de constatação de fls. 41/42, laudo das armas e munições de fls. 108/110, 111/113, 114/116 e 117/119, exame químico-toxicológico de fls. 142/144 e 201/203 e prova produzida em Juízo, maconha e cocaína foram apreendidas e armas de fogo e munições de uso permitido eficazmente utilizáveis foram apreendidas.

A *autoria* é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, **optou pelo silêncio**, respaldado em norma de ordem constitucional (fls. 9).

Em Juízo, **confessou a acusação**. Admitiu a propriedade das drogas e do revólver. Estava em posse de uma Bereta na via pública. Tinha cocaína e maconha. Não presenciou os policiais conversando com sua genitora. Tem 19 anos.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A confissão pode ser admitida.

Renato, policial militar, depôs que encontraram toda a droga dentro da mochila na garagem. Ele assumiu a responsabilidade. **Encontraram um revólver calibre 38 e munições 635. A bereta foi localizada em posse do apelante, fora da casa.** Realizaram a abordagem porque tinham uma denúncia de Gabriel, como sendo responsável por guardar entorpecentes e portar uma arma de fogo na rua. **Ele seria responsável por uma “boca de fumo” muito próxima da residência dele.** Na época da denúncia, viram até um vídeo de Gabriel efetuando um disparo para o alto. Não anexaram o vídeo para preservar a pessoa que prestou a denúncia. Questionaram sobre a denúncia. Ele não portava documento. **Ao dizerem que iriam até a residência pegar o documento, o**

apelante acabou confessando que havia drogas na garagem. O carro não roda, fica na garagem parado. Fizeram contato com a genitora. Ela tinha ciência do envolvimento do filho com armas e drogas. O apelante disse que Gildo era seu parceiro no delito. A denúncia também indicava a participação de Gildo. As drogas e a arma, calibre 38, estavam no interior de uma mochila rosa. A genitora do apelante autorizou a entrada dos policiais para vistoriar. Há registro da autorização do ingresso no local. **Apreenderam cocaína e maconha.** Recorda-se que eram mais de mil microtubos e tijolos. A “biqueira” funcionava 24h. Não se recorda da apreensão da balança de precisão. O apelante assumiu a existência das drogas assim que chegaram no imóvel. Ele era envolvido com roubo de caminhonetes. As armas estavam carregadas. Encontraram petrechos para preparo da droga.

Tiago, policial militar, depôs que se recorda o apelante. Abordaram ele na rua portando uma arma Bereta municada. **A equipe já tinha conhecimento de que o apelante praticava tráfico de entorpecentes na região.** A última denúncia era de que o apelante efetuava disparos na rua, próxima a residência dele. Visualizou a imagem do disparo. **Já sabiam que a droga era acondicionada na residência.** O recorrente estava sem documentos. Foram até a residência dele. A genitora do apelante recepcionou a equipe. Pediram autorização para ingresso no imóvel, que foi gravada. Encontraram um revólver calibre 38, além de munições de calibre 38 e da Bereta. Havia maconha e cocaína em quantidade considerável. Também encontraram petrechos. Encontraram droga fracionada e não fracionada. A “biqueira” é próxima à residência. Com receio de a mãe ser responsabilizada, o apelante assumiu a propriedade da droga e do revólver. A genitora disse que já havia dado vários conselhos ao filho. Disse ainda que o apelante praticava o delito com Gildo.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da

segurança pública.

Não há razões para rechaçar seus depoimentos. Pelo contrário, é fundamental ressaltar a ausência de indícios de qualquer intenção deliberada de prejudicar o recorrente. Tampouco há evidências de falsidade em suas declarações. Seu propósito é expor os resultados de seu trabalho, visando coibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar tenham desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

Depreende-se do conjunto probatório que havia uma denúncia anônima de que o apelante tinha em depósito drogas destinadas ao narcotráfico, bem como seria responsável por uma "biqueira" próxima a sua residência. A denúncia apontava ainda que ele realizava disparos de arma de fogo na via pública e portava o artefato consigo. Havia, ainda, um vídeo em que Gabriel era

visto efetuando o disparo.

Os policiais militares realizavam patrulhamento no local dos fatos quando avistaram o apelante e optaram pela abordagem devido à denúncia prévia.

Em revista pessoal, localizaram um uma pistola tipo Blister com 10 cartuchos íntegros. Na residência, a genitora do apelante franqueou o acesso aos policiais militares para efetuarem buscas. Eles encontraram **737,4 gramas de maconha** (2 tijolos e 90 papelotes) e **222,8 gramas de cocaína** (1.397 invólucros, 2 porções em saquinhos plásticos).

"A) O exame do material revelou peso de: 92,4 gramas de cocaína; B) O exame do material revelou peso de: 28,6 gramas de cocaína; C) O exame do material revelou peso de: 494,4 gramas de maconha; D) O exame do material revelou peso de: 15,2 gramas de cocaína; E) O exame do material revelou peso de: 243,0 gramas de maconha; F) O exame do material revelou peso de: 78,0 gramas de cocaína; G) O exame do material revelou peso de: 8,6 gramas de cocaína;" (fls. 41/42).

A quantidade e variedade de **cocaína e maconha**, em porções fracionadas e em porções brutas, não deixam dúvida da destinação mercantil

Além disso, também foram apreendidos **um revólver**, calibre 38, **com munições** e **petrechos para fracionamento de drogas**, como balança de precisão, papel filme e eppendorfs vazios (fls. 21/23).

O apelante admitiu a propriedade das drogas em Juízo.

Sendo assim, o **tráfico de drogas ficou bem caracterizado**, tanto

que sequer houve irresignação quanto ao mérito.

De igual modo, ficou caracterizado os delitos do Estatuto do Desarmamento, uma vez que o apelante **portava arma de fogo, de uso permitido, na via pública** (artigo 14 da Lei nº 10.826/03) e também **tinha posse ou mantinha sob sua guarda arma de fogo e munições de uso permitido** (artigo 12 da Lei nº 10.826/03), sendo que todos os artefatos eram eficazmente utilizáveis, destaca-se:

"É do calibre nominal .25 AUTO (6.35 milímetros) e estava desmuniado, sendo que vieram acompanhando a referida arma, **08 (oito) cartuchos íntegros**, da marca CBC, do calibre nominal 25 AUTO, com projéteis ogivais totalmente encamisados, os quais foram aqui deflagrados a contento, em arma apropriada para o calibre, **constatando-se a eficácia quanto à potencialidade lesiva das munições.**" (fls. 110).

"É do calibre nominal .38 e estava desmuniado, sendo que vieram acompanhando a referida arma, **05 (cinco) cartuchos íntegros**, da marca CBC, do calibre nominal 38 SPL, com projéteis de chumbo ogival os quais foram aqui deflagrados a contento, em arma apropriada para o calibre, constatando-se a eficácia quanto à potencialidade lesiva das munições. **Seus mecanismos de disparos estavam ajustados e atuantes para realização de disparos**" (fls. 112/113).

"Acompanhou a requisição de exame uma embalagem de plástico transparente, fechada com lacre integro de cor amarela com número 0043485 contendo **01 (um) blister (cartela) com 10 (dez) cartuchos íntegros**, da marca CBC, do calibre nominal .25 AUTO, de fogo central, com projéteis ogivais totalmente encamisados, os quais foram aqui deflagrados a contento, em arma apropriada para o calibre, constatando-se a **eficácia quanto à potencialidade**

lesiva das munições." (fls. 115).

"Acompanhou a requisição de exame uma embalagem de plástico transparente, fechada com lacre integro de cor amarela com número 0043485 contendo **05 (cinco) cartuchos integros**, da marca CBC, do calibre nominal .38 SPL, de fogo central, sendo dois com projeteis de chumbo de ponta plana e tres com projeteis de chumbo ogival, os quais foram aqui deflagrados a contento, em arma apropriada para o calibre, constatando-se a eficácia quanto à potencialidade lesiva das munições." (fls. 118).

Guisepe Chiovenda: "Peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que se lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta (perito médico-legal, perito avaliador, perito agrimensor, perito arquiteto etc.). Aliás, pode-se escolher para perito ainda uma pessoa inculta, desde que versada na questão técnica discutida em Juízo (....). Quanto mais técnica é a questão submetida ao juiz, tanto maior é a utilidade da perícia" (*Instituições de direito processual civil*. V. III. Tradução da 2ª ed. por Paolo Capitanio. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 143).

E o crime em tela é de perigo **abstrato**, não se exigindo qualquer resultado naturalístico para a sua consumação. Tanto isso é verdade que o legislador pune com sanção a posse da arma e da munição.

A circunstância de estar com o instrumento vulnerante já causa perigo à sociedade, em situação tão aflitiva, que se rende a qualquer material que lhe é apontado em crimes como o do roubo.

O Superior Tribunal de Justiça de há muito vem decidindo dessa forma, com razão, pois o delito é de "crime abstrato", bastando a posse ou porte da arma de fogo, funcional, aliás, para caracterizar a conduta ilícita:

"PENAL - Agravo regimental - Agravo - Porte ilegal de armamento ou munição - Crime abstrato - Comprovação da potencialidade ofensiva - Desnecessário. **1. Para a tipificação do crime de porte ilegal de armamento ou de munição não é necessário que se comprove a potencialidade ofensiva dos artefatos, basta o porte da arma de fogo ou da munição sem autorização ou em desacordo com as determinações legais ou regulamentares.** De fato, a referida conduta constitui crime de perigo abstrato. 2. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (*AgRg-AREsp nº 279.043 - Proc.2013/0008104-0 - SP* – T6 – Sexta Turma. - Rel. Min. Og Fernandes – J. 19.03.2013).

"PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/03. ARMA DESMUNICIADA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Consoante entendimento firmado no julgamento do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03 **é de perigo abstrato, sendo irrelevante o fato de a arma estar desmuniada ou, até mesmo, desmontada ou estragada, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se**

despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento." (*AgRg no AREsp 765.902/MS* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 7.3.2017).

Portanto, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório.

A dosimetria não exige reparo.

Na **primeira fase**, em atenção ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, a pena-base do tráfico de drogas deve ser mantido em 1/6 acima do mínimo legal devido à quantidade e variedade de substâncias apreendidas (2 tijolos e 90 papелotes de maconha, 737,4 gramas; e 1.397 invólucros e 2 porções de cocaína, 222,8 gramas), tem-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

As penas-base dos delitos do Estatuto do Desarmamento (artigos 12 e 14 da Lei nº 10.826/03), foram fixadas no mínimo legal, tem-se um (1) ano de detenção e dez (10) dias-multa; e dois (2) anos de reclusão e dez (10) dias-multa.

Na **segunda fase**, incidiram as atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa (19 anos, fls. 9) e a agravante da reincidência (autos nº 1500900-20.2024.8.26.0566, art. 311 do CP, fls. 67; 1500392-44.2023.8.26.0555, tráfico de drogas, fls. 67/68) que, por ser dupla, ficaram integralmente compensadas. Logo, a pena do tráfico não se alterou.

Pelos mesmos motivos, as penas dos delitos do Estatuto do Desarmamento (artigos 12 e 14 da Lei nº 10.826/03), não se modificaram.

Na terceira fase, em razão da reincidência, **não incide a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006**, nos termos do próprio dispositivo. Não há inconstitucionalidade na aplicação da reincidência para agravar a pena e para não reduzir-se na terceira etapa da fixação. Esse tratamento está em conformidade com a Carta Magna, que exige maior rigor para quem pratica o tráfico de drogas, equiparado a hediondo, com a real individualização penal, distinguindo o reincidente daquele que é primário, ou seja, não teve, ainda, experiência no meio criminoso.

A opção do legislador ordinário foi proporcional e razoável. Conciliou o que já era de praxe no meio jurídico, agravar a pena quando alguém já foi condenado anterior, aquém do quinquênio depurador, mas, ao mesmo tempo, diferenciar o infrator que insiste em praticar delitos daquele que teve sua primeira experiência na realização de um crime.

Já se decidiu: "4. Tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem." (*AgRg no HC 687003/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 7.6.2022 – DJe 14.6.2022). E ainda: "1. A reincidência obsta a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, pois expressamente previsto em tal norma que tal benefício somente pode ser aplicado a agente primário, de bons antecedentes. 2. Não constitui infração ao princípio do non bis in idem a utilização do instituto da reincidência, ao mesmo tempo, como agravante e como causa impeditiva da diminuição da pena." (*AgRg no HC 650717/SP* – T6 – Sexta Turma – Relª. Minª Laurita Vaz – J. 19.4.2022 – DJe 25.4.2022).

Ausentes causas de diminuição ou aumento nos delitos do Estatuto

do Desarmamento (artigos 12 e 14 da Lei nº 10.826/03).

Pelo **cúmulo material**, as penas de mesma natureza são somadas, perfazendo sete (7) anos e dez (10) meses de reclusão e um (1) ano de detenção, além do pagamento de seiscentos e três (603) dias-multa.

As **penas são finais**, pois nada mais as modificam. O valor unitário do dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime para o resgate da pena reclusiva é o inicial fechado.

Para fixar o regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

Não cabe aqui a aplicação do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal. Tal dispositivo legal é facultativo, aliás, não cogente. O condenado a pena igual ou inferior a 4 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime aberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

Diante do caso concreto, o regime inicial será determinado sempre com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal.

Embora a pena de reclusão tenha totalizado menos de oito anos e

Gabriel seja jovem (apenas 19 anos), é duplamente **reincidente**, sendo uma das condenações anteriores por delito de mesma natureza, tráfico de drogas. Havia denúncias de que ele é responsável por um ponto de venda de drogas, o que se confirmou, já que vultosa quantidade de entorpecentes foi apreendida em sua residência. Aplicar regime mais brando não será suficiente para prevenção e retribuição do delito.

Demonstra, pois, culpa intensa e má conduta social, pois sabia das consequências da conduta ilícita e, mesmo assim, sem arrepender-se do que fez no passado, realizou novo crime.

Nestas condições, regimes diversos esbarram na literalidade de norma legal (art. 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumprem com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

Supremo Tribunal Federal: (...) o art. 33, § 2º, do Código Penal, *impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto) (RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julg. 28.3.2017).*

No mesmo sentido: “***Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no art. 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta***” (RJTACRIM 57/144). De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192).

Cabe invocar ensinamento do STF: “*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita,*

nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância dos critérios previstos no art. 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ, 148:490).

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Rel. Min. Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584). Ele tem periculosidade, pois dedicado ao cometimento de delitos patrimoniais.

Destarte, não há que se falar em ofensa ao enunciado das Súmulas 440, do Superior Tribunal de Justiça, e 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, pois o regime de cada um decorre de circunstâncias do fato concreto e das condições pessoais do agente e não de mera opinião do Magistrado.

Por conseguinte, a presença da **recidiva e as condições pessoais já citadas, recomendam a manutenção do regime intermediário para o resgate da pena detentiva**, à luz do que preconizam os artigos 33, § 3º, e 59, III, do Código Penal, satisfazendo, portando, o binômio necessidade/suficiência.

Conforme o "caput" do art. 33 do Código Penal, inicia-se o cumprimento da pena reclusiva em regime fechado, semiaberto ou aberto e, no que tange à detentiva, em semiaberto e aberto, a menos que haja necessidade de transferência para o fechado.

É solução legislativa que guarda consonância com a gradação na apenação de alguém. Os delitos mais graves, geralmente, são punidos com reclusão e os de menor gravidade com detenção. Nada mais coerente que os sancionados comecem num regime menos severo.

Não existe qualquer inconstitucionalidade nessa opção, porque o Legislador Constituinte optou pela individualização da pena, ou seja, observar as condições objetivas e subjetivas para o "quantum" e o regime de alguém que comete violação penal (art. 5º, inciso XLVI, da Carta da República).

Na verdade, em virtude do princípio de individualizar-se a pena o Legislador Ordinário procurou fazer, em tese, a distinção de crimes mais e menos prejudiciais à sociedade e previu a opção já destacada, quando se tratar de reclusão ou de detenção. Consequentemente, quem comete uma ou outra conduta, inicialmente, já terá o regime fechado ou, então, o regime semiaberto.

Dessa forma, retribui-se pelas condutas delitivas realizadas; previne-se que não as cometa mais e outras infrações e volte ao convívio social em harmonia, com respeito às forças de segurança.

Não se pode substituir a pena privativa por restritivas de direitos, pois, a par da reincidência, as medidas não se mostram suficientes nem adequadas à reprovação das condutas, sobretudo diante das circunstâncias do caso concreto e recalcitrância criminosa.

A redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, permite a escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas. Porém, deixa-se no regime eleito, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Acrescente-se que se houver execução, provisória ou definitiva, esse juízo será feito necessariamente.

Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desses tipos de infrações penais, que têm seu índices aumentado

na cidade de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para uma prognose mais eficaz.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo não provimento do recurso.

Recurso preso (fls. 206). A prisão deve persistir, pois, agora, existe condenação por respeitável sentença, em regime inicial fechado, tendo-se a necessidade do encarceramento para a manutenção da ordem pública e da aplicação a lei penal, até porque se trata de agente contumaz na prática de tráfico de drogas. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da convicção de sua responsabilização, deixá-la solta.

Não é demais lembrar que “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (Súmula nº 9 do ESTJ). RJTJERGS 148/15 e RT 686/391. No mesmo sentido, RT 728/476, JSTJ 19/217 e 42/86-7.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.