



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000405225

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503596-40.2024.8.26.0530, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante MARCIANO FERREIRA MARTINS, 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: **Corrigido o erro material para constar que o recorrente foi condenado por infração ao artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, e ao artigo 180, § 1º, do Código Penal, em concurso material, rejeitaram a preliminar e, no mérito, 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 sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 16462

Apelação Criminal nº 1503596-40.2024.8.26.0530

Comarca: 1ª Vara Criminal de Sertãozinho

Juíza de Direito: doutora Paula Aguiar Pizeta

Apelante: Marciano Ferreira Martins

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Ementa: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO QUALIFICADA. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Marciano foi condenado a dez anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, por tráfico de drogas e receptação qualificada. Ele adquiriu um toldo furtado e guardava 38 cápsulas de cocaína para fins de tráfico. A defesa recorreu pedindo liberdade, absolvição, redução de penas e substituição por restritivas de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em: (i) a possibilidade de aguardar o julgamento em liberdade; (ii) a suficiência de provas para condenação; (iii) a aplicação de regime prisional menos severo e substituição da pena.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A manutenção da prisão preventiva é justificada pela garantia da ordem pública e pela reincidência do apelante.

2. As provas são robustas, incluindo depoimentos de policiais e apreensão de drogas e bens furtados, confirmando a autoria dos crimes.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso desprovido. A condenação por tráfico de drogas e receptação qualificada é mantida.

2. *Tese de julgamento:* 1. A manutenção da prisão preventiva é necessária para garantir a ordem pública. 2. A condenação é sustentada por provas suficientes e depoimentos consistentes.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Constituição Federal, art. 5º, incisos XLIII e XLVI, art. 144, incisos IV e V, §§ 4º e 5º; Código Penal, arts. 33, § 2º, alíneas "a" e "b", 59, 68, 69, 157, 180, §



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

1º, 312; Código de Processo Penal, arts. 156, 188, 311, 312, 330, 331, 387, § 1º e § 2º; Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º; Lei nº 8.072/1990, art. 2º, parágrafo 1º; Lei nº 9.455/1997, art. 1º, parágrafo 7º; Lei nº 11.464/2007.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, HC 528.214/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, T6, j. 19.9.2019; STJ, RHC 89529/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 23.11.2017; STJ, AgRg no RHC 133.572/BA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, T5, j. 16.3.2021; STJ, AgRg no RHC 142.676/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 16.3.2021; STJ, HC 645.844/PR, Rel. Min. Ribeiro Santos, T5, j. 13.4.2021; STJ, HC 427.620/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 15.3.2018; STJ, AgRg no HC 468.578/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, T5, j. 19.2.2019; STJ, AgRg no HC 547176/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, T6, j. 17.12.2019; STJ, AgRg no HC 526085/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 3.12.2019; STJ, HC 4780001/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 5.2.2019; STJ, AgRg no HC 530668/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 19.11.2019; STJ, AgRg no HC 687003/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 7.6.2022; STJ, AgRg no HC 650717/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, T6, j. 19.4.2022; STJ, HC 401261/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 27.6.2017; STF, ARE 705620 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, T1, j. 19.3.2013; STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 28.3.2017; STF, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, j. RTJ,148:490; STF, HC 69657/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 18.12.1992; STF, HC 82966/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 20.05.2003; STF, HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006; STF, HC 91360/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.05.2008.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 315/317

O apelante, **Marciano**, foi condenado à pena de dez (10) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de seiscentos e noventa e dois (692) dias-multa, no piso, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de apelar em liberdade, com recomendação de permanecer no cárcere, porque, em data incerta, mas entre os dias 15 e 18.11.2024, na Rua Expedicionário Solano, nº 2.698,

Jardim Soljumar, Sertãozinho/SP, adquiriu, recebeu e tinha em depósito, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, um toldo pertencente à Ordem dos Advogados do Brasil de Sertãozinho, que deveria saber ser produto de crime; e porque, no dia **18.11.2024**, no mesmo local, guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, trinta e oito (38) cápsulas contendo 9,89 gramas de cocaína, substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. No dia 15 de novembro de 2024, Lucas Maciel de Oliveira furtou um toldo da sede da OAB de Sertãozinho, avaliado em R\$ 800,00, e, posteriormente, vendeu o bem para o recorrente, que trabalha com compra e venda de materiais recicláveis, pelo valor de R\$ 30,00 (fatos apurados nos Autos nº 1503297-56.2024.8.26.0597). Assim, pela desproporção entre o valor pago pelo bem e seu valor real, bem como pelas circunstâncias em que a “res” lhe foi oferecida, o apelante tinha plenas condições de saber que era de origem ilícita. Após receber informações de que o toldo estava na posse do recorrente, três dias depois, uma equipe da Polícia Civil dirigiu-se ao depósito de materiais recicláveis dele, ocasião em que, após serem recepcionados por Paulo Eduardo Gobira dos Santos, encontraram e apreenderam o referido bem, que foi posteriormente restituído à vítima. Uma vez que aquele local era conhecido como um ponto de venda de drogas, os investigadores continuaram realizando buscas no imóvel, tendo, então, localizado uma pequena bolsa contendo 38 cápsulas de cocaína. O apelante foi encontrado a três quadras dali e preso em flagrante delito. Em seu poder, foram apreendidos R\$ 166,00 em dinheiro. Ele reconheceu o vendedor Lucas por meio de fotografia. A quantidade de entorpecentes, a apreensão de dinheiro e o fato de o local diligenciado ser conhecido como uma “biqueira” revelam que o recorrente dedicava-se ao comércio ilícito de drogas.

No recurso interposto pela digna Defesa requereu-se **a)** em preliminar, o direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade; **b)** absolvição por insuficiência de provas; **c)** redução das penas; **d)** incidência da causa de

diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas; **e)** redução da multa; **f)** imposição de regime prisional menos severo; **g)** aplicação da detração penal; e **h)** substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 334/338).

Contrarrazões a fls. 349/353, para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em Julgado para o Ministério Público em 11.3.2025 (fls. 333).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 363/369).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 332.

II – Fundamentação

De proêmio, observa-se da fundamentação da respeitável sentença que o recorrente foi condenado também pelo delito de receptação qualificada, mas não constou do dispositivo o respectivo tipo penal.

O recurso em liberdade não é possível.

A douta Magistrada justificou suficientemente a manutenção da custódia cautelar do apelante, assim consignando: “*O acusado permaneceu preso durante todo o processo, não havendo modificação da situação (artigo 59 e artigo 33, § 2º, do Código Penal e artigo 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal). A prisão preventiva, no caso concreto, é medida que se impõe por ser imprescindível à garantia da ordem pública que se mostrou abalada pela prática dos delitos em questão, havendo perigo de dano concreto à sociedade se o*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

acusado for solto, pois encontrará estímulos a voltar a praticar crimes, relembrando-se ser reincidente. Assim, presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva (artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal), segregação cautelar que observa os ditames da Constituição Federal, bem como do ordenamento jurídico como todo, mantenho a decisão que decretou a prisão preventiva do acusado e nego o recurso em liberdade.”(fls. 330/331).

Com efeito, o artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, estabelece que "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta".

E o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de ser **desnecessária fundamentação exaustiva para a manutenção da prisão preventiva** do condenado, admitindo o mero reconhecimento da permanência dos motivos que justificaram sua decretação inicial, desde que presentes os respectivos pressupostos (artigo 312, "caput", do Código de Processo Penal), como ocorreu na hipótese.

"3. Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que a manutenção da custódia cautelar no momento da sentença condenatória, nos casos em que o Acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não requer fundamentação exaustiva, sendo suficiente ao entendimento de que permanecem inalterados os motivos que levaram à decretação da medida extrema em um primeiro momento, desde que estejam, de fato, preenchidos os requisitos legais do artigo 312 do Código de Processo Penal. 4. Desse modo, a manutenção da custódia preventiva pela sentença condenatória atende ao comando do artigo 312 do Código de Processo Penal." (**HC 528.214/PR** – T6 - Sexta Turma – Relatora Ministra Laurita Vaz - J. em 19.9.2019 - DJe em 1º.10.2019).

Na verdade, seria ilógico e contra a sistemática processual penal conceder ao apelante, que já se encontrava preso, a liberdade provisória, sobretudo em decreto condenatório que reconhece sua responsabilidade criminal e quando inexistente qualquer alteração da situação jurídico-fática que ensejou a medida extrema na fase inaugural.

"A necessidade da segregação fica corroborada na hipótese dos autos, em que sobreveio a sentença, tendo o recorrente respondido a toda a ação penal preso, uma vez que a existência de édito condenatório enfraquece sua presunção de não culpabilidade, de modo que se mostra adequada a manutenção da prisão". (STJ - *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 89529/DF* – T5 -Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 23.11.2017 – DJe em 1º.12.2017).

Ressalte-se, outrossim, que o recorrente é reincidente e possui maus antecedentes, circunstâncias que recomendam sua segregação cautelar, sobretudo para garantia da ordem pública: **“Os maus antecedentes e a reincidência evidenciam o maior envolvimento do agente com a prática delitiva, podendo ser utilizados para justificar a manutenção da segregação cautelar para garantia da ordem pública, com o objetivo de conter a reiteração delitiva.”** (STJ - *AgRg no RHC 133.572/BA* - T5 - Quinta Tuma - Relator Ministro João Otávio de Noronha - J. em 16.3.2021 - DJe em 19.3.2021). **“Ademais, a perseverança do agente na senda delitiva, comprovada pelos registros de crimes graves anteriores (reincidência), enseja a decretação da prisão cautelar para a garantia da ordem pública como forma de conter a reiteração, resguardando, assim, o princípio da prevenção geral e o resultado útil do processo.”** (STJ - *AgRg no RHC 142.676/MS* - T5 - Quinta Tuma - Relator Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 16.3.2021 - DJe em 19.3.2021).

Julga-se o mérito.

O recurso não comporta provimento, subsiste a respeitável sentença proferida pela culta e dedicada Magistrada, doutora Paula Aguiar Pizeta, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 1/5, boletins de ocorrência de fls. 51/54 e 85/86, auto de exibição e apreensão de fls. 57, auto de constatação preliminar de fls. 61, auto de entrega de fls. 63, auto de avaliação de fls. 160 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 145/147, adquiriu-se e recebeu-se bem de origem ilícita no exercício de atividade comercial e cocaína foi apreendida.

A *autoria* é atribuível ao recorrente.

No distrito, **ele negou os crimes**. Trabalha com reciclagem e havia acabado de levar um material para o “Gordo” quando foi abordado pelos policiais na rua. O dinheiro que estava em seu bolso tratava-se do pagamento realizado por “Gordo”. **As drogas apreendidas destinavam-se ao próprio consumo, pois é usuário de cocaína e crack. Comprou o toldo no final de semana de um rapaz de reciclagem, pelo valor de R\$ 30,00, para colocar em frente ao seu estabelecimento.** Reconhece Lucas, por fotografia, como sendo o rapaz que vendeu-lhe o toldo (2'37"). Já comprou outros materiais de reciclagem dele (link de fls. 5).

Em Juízo, **o apelante negou os delitos**. É usuário de cocaína, crack e maconha. Trabalhava com reciclagem. **Possuía somente três pinos de cocaína para seu consumo, certo que, na Delegacia, foram apresentados os demais. Comprou o toldo por R\$ 30,00 e algumas garrafas pet, mas não sabia que era produto, tanto que deixou no quintal.** Conhecia o indivíduo que vendeu-lhe o

toldo, pois ele já vendeu outros materiais recicláveis para o interrogando. Sabe que ele é usuário de drogas. Não vendeu entorpecentes para ele. Não conhecia os policiais. Costuma comprar naquele ferro-velho para vender em outro. Os policiais disseram que o toldo era produto de furto e o interrogando estava preso por receptação.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, artigo 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 (artigo 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 negativa não convence.

Graziela, representante do estabelecimento-vítima, declarou que a sede da OAB de Sertãozinho sofreu uma série de furtos. **Fizeram um boletim de ocorrência em razão do furto do toldo e, alguns dias depois, a Polícia Civil comunicou que havia encontrado o bem no estabelecimento do recorrente.** O toldo estava danificado. Ele estava avaliado em aproximadamente R\$ 800,00.

A representante do estabelecimento-vítima confirmou a subtração do toldo da sede da OAB e seu encontro no ferro-velho do recorrente. Ela não teria motivos para incriminar um inocente, ao menos nada nesse sentido foi alegado ou

demonstrado. Deseja apenas esclarecer os fatos.

“Em sede de crimes patrimoniais, especialmente aqueles cometidos na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificações, é no sentido de que, na identificação do autor, a palavra da vítima é de fundamental importância.” (TACRIM – Ap. 440.643-6 – 8ª Câmara – j. 23.07.86 – Relator Juiz Canguçu de Almeida, v. u., JUTACRIM 91/407). *“Não há desmerecer o valor da palavra da vítima: ao revés, sua condição de protagonista do evento delituoso é a que a credencia, sobre todos, a discorrer das circunstâncias dele. “Tão só em casos excepcionais, de manifesta contravenção da verdade sabida, será lícito opor restrições ao teor de suas palavras. No geral, a palavra da vítima é a primeira luz que afugenta as sombras sob que se pretende abrigar a impunidade.”* (TACRIM – Ap. nº 1.047.937/5, Relator : Juiz Carlos Biasotti).

Eurípedes, policial civil, depôs que **houve um furto na OAB e, posteriormente, receberam informações de que o recorrente havia adquirido o objeto subtraído.** Dirigiram-se ao estabelecimento e foram atendidos por Paulo, que disse estar trabalhando há alguns dias para o apelante. **De pronto, localizaram o toldo no meio do pátio. Questionado sobre a origem do toldo, Paulo disse nada saber, alegando que foi o recorrente quem o adquiriu. O apelante era conhecido no meio policial e havia diversas denúncias de tráfico no local.** Realizaram buscas e encontraram-no a três quadras do estabelecimento. **Retornaram com o recorrente para o local e outra equipe que ficou vistoriando informou ter localizado uma pochete com 38 “eppendorfs” de cocaína.** Com o apelante, foi encontrada a quantia de R\$ 166,00 em dinheiro, em notas trocadas. **Posteriormente, Lucas foi ouvido e disse ter trocado o toldo com o recorrente por drogas.** O apelante disse ter comprado o toldo. Já cumpriu mandado de busca no local, mas nada foi encontrado. Havia informações de que o

recorrente usava o estabelecimento para vender drogas.

Ricardo, policial civil, afirmou que a representante Graziela denunciou o furto do toldo e forneceu imagens da ação criminosa. **Desconfiavam que o toldo poderia estar em algum ferro-velho próximo e dirigiram-se ao ferro-velho “adaptado” situado no quintal da residência do recorrente.** Foram atendidos por Paulo, em desfavor de quem havia um mandado de prisão pendente de cumprimento por tráfico de drogas. **Localizaram o toldo e Paulo disse que desconhecia sua origem, comentando que o apelante, responsável pelo local, havia acabado de sair. Sabia que aquele local também era investigado pela DISE onde Eurípedes trabalha, especializada em tráfico de entorpecentes. Enquanto os outros policiais saíram em busca do recorrente, o depoente permaneceu no local vistoriando, até que encontrou, em um cômodo situado nos fundos do quintal, uma pochete sobre uma pia contendo aproximadamente 37 pinos de cocaína, sendo que três deles estavam fora da bolsa. O cômodo aparentava ser usado como escritório/quarto. Os policiais da DISE localizaram o apelante e conduziram-no à Delegacia, onde ele informou que o vendedor do toldo seria Lucas. Lucas foi ouvido e afirmou que vendeu o toldo para o recorrente recebendo droga como pagamento. O apelante não disse nada a respeito da droga. Soube que os policiais da DISE receberam denúncias de que ele estava receptando materiais furtados de usuários e moradores de rua em troca de drogas. Da rua, era possível ver o toldo dentro do imóvel.**

Como se vê, os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, pois confirmaram o encontro do toldo subtraído no ferro-velho de sua propriedade, bem como uma pochete com trinta e oito “ependorfs” contendo cocaína. Inexiste razão para rechaçar as suas narrativas, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Não há motivos para desmerecer os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, o apelante não mostrou que quisessem prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste indícios de que queiram mentir. Eles desejam, sim, apresentar o resultado de seu trabalho para inibir 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 (artigo 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 (artigo 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (artigo 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Civil 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.

Lucas disse que era usuário de drogas. **Estava na “fissura” por entorpecentes, pegou o toldo e vendeu-o por R\$ 30,00 para o recorrente.** Ele não perguntou a origem do objeto. Está preso por esse furto. Não comprou droga do apelante. **Após assistir ao vídeo do interrogatório na Delegacia, confirmou que vendeu o toldo para o recorrente, tendo recebido R\$ 20,00 em pedra de crack como pagamento.** Sabia que ele tinha drogas, pois sempre fumava com ele. Foi a primeira negociação que fez com o apelante.

Lucas confirmou que vendeu o toldo que ele subtraiu para o recorrente, tendo recebido pedras de crack como pagamento.

Paulo Eduardo depôs que no sábado vendeu recicláveis para o recorrente e ele propôs de separar materiais para ele, pelo valor de R\$ 20,00. Na segunda-feira, os policiais invadiram o estabelecimento e abordaram o depoente. **Os policiais disseram que encontraram um toldo no local. O recorrente disse que estava com três “pinos de pó” para usar e os policiais encontraram somente essas porções.** Não conhece Lucas. Era usuário de crack na época dos fatos. Não presenciou movimentação de tráfico, mas não ficou todo o tempo no ferro-velho, apenas nos momentos que estava separando os materiais.

Paulo Eduardo confirmou o encontro do toldo no local e, embora alegue que os policiais localizaram somente três porções de cocaína, suas palavras devem ser vistas com reservas, pois foi surpreendido no estabelecimento onde os materiais ilícitos foram encontrados. Ademais, não parece crível que os policiais fossem intrujar mais porções de droga na Delegacia, sobretudo com embalagens idênticas a outras que até então desconheciam a existência (fls. 58).

Não se está aqui atribuindo validade absoluta às palavras dos policiais, apenas reforçando a necessidade de provas seguras aptas a infirmá-las, sobretudo quando não se vislumbra qualquer indício de acusação falaciosa, com a intenção de prejudicar gratuitamente pessoa com quem não possuíam, comprovadamente, qualquer animosidade.

O recorrente estava com o toldo subtraído, logo, a convicção de tê-lo receptado fortalece-se.

A apreensão da "res furtiva" em poder do agente é situação que faz gerar presunção de autoria, com inversão do "onus probandi", cumprindo ao flagrado, no caso o apelante, o encargo de comprovar a licitude da posse (artigo 156, do Código de Processo Penal), o que não ocorreu.

Cafferata Nores salienta que a posse da *res furtiva* é indício tanto mais unívoco e relevante para a inferência da autoria dos crimes subtrativos quanto mais próximos, no tempo e no espaço, o fato indiciário e o fato indicado (*La prueba en el proceso penal*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 184).

“Em tema de delito patrimonial, a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza o desate condenatório” (BMJ 91/6 e RJD 18/66).

Na mesma linha o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “1. A jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal considera que, **no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa**, nos termos do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova (AgRg no HC n. 331.384/SC, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 30/08/2017) (AgRg no HC n. 691.775/SP, Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe de 14/3/2022).” (**AgRg no HC n. 742.304/SC** – T6 – Sexta Turma - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior – J. 21.6.2022 - DJe 27.6.2022) – destaquei.

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

Acrescente-se que o artigo 33 da Lei de Tóxicos prevê diversas condutas. No caso, o apelante guardava e tinha em depósito entorpecente para o comércio, condutas que também se tipificam e devem ser combatidas. A destinação mercantil ficou demonstrada pela considerável quantidade apreendida,

incompatível com a finalidade de uso, pela confirmação do pagamento efetuado com drogas, pela aquisição de materiais recicláveis, e pelas informações anteriores recebidas pela Polícia Civil, no sentido de que o recorrente usava o estabelecimento comercial para a venda de entorpecentes.

Lembre-se que, para a configuração do narcotráfico sequer se exige a visualização de qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despcienda a “traditio” para consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Relator Desembargador Guilherme G. Strenger – J. em 29.1.2020).

De outro lado, as circunstâncias deixaram claro que o apelante tinha plena ciência da origem ilícita do toldo, notadamente diante da evidente desproporção do valor pago (R\$ 30,00) com o valor de avaliação do bem (R\$ 800,00, fls. 160) e da aquisição desse objeto de um usuário de entorpecentes, sem qualquer informação de sua origem.

Lembre-se que o tipo penal do artigo 180, § 1º, do Código Penal, admite tanto a figura do dolo direto quanto do eventual, até porque prevê punição para aquele que, pelas circunstâncias do fato e experiência na atividade comercial ou industrial, não só poderia como deveria ter condições de conhecer a procedência ilícita do bem adquirido.

Nesse sentido: "O artigo 180, § 1º, do Estatuto Repressivo é constitucional e pode ser aplicado através da utilização da interpretação extensiva, ampliando o significado da expressão deve saber (dolo eventual), englobando também a expressão sabe (dolo direto). O comerciante ou industrial que adquire, vende, expõe a venda mercadoria que sabe ou devia saber ser de origem ilícita responde pela figura qualificada." (STF - *ARE 705620 AgR* – T1 - Primeira

Turma - Relator Ministro Luiz Fux - J. 19.3.2013 - DJe 11.4.2013).

Por fim, a qualificadora do § 1º, do artigo 180, do Código Penal, ficou comprovada, pois o recorrente recebeu e adquiriu o toldo no exercício da atividade comercial de compra e venda de materiais recicláveis, ainda que o ferro-velho tenha sido improvisado no quintal de sua residência (§ 2º, do artigo 180, do Código Penal).

As penas não comportam reparo.

Na **primeira fase**, as penas-base foram elevadas em 1/6, pelos maus antecedentes (processos nº 1502682-78.2021.8.26.0530, fls. 307/308 e 310/311; nº 1501540-05.2022.8.26.0530, fls. 308/309 e 309/310; nº 1502238-45.2021.8.26.0530, fls. 309 e 310) e natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína), pois mais nociva à saúde pública, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11/343/06, tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa para o delito de tráfico ilícito e três (3) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de onze (11) dias-multa para o crime de receptação qualificada.

Não há "bis in idem", porque não é a mesma condenação usada para a elevação da pena-base e para configurar a reincidência, na etapa seguinte. São condenações diversas. Realizar a fixação da pena sem atentar para isso violaria a individualização penal, porque alguém que não tem qualquer condenação teria direito à pena mínima na primeira etapa e, igualmente, na segunda. Não é o caso do recorrente, contumaz agente na realização de delitos. Essa condição não ofende a Súmula 241 do STJ.

O entendimento consolidado no **Superior Tribunal de Justiça** é no sentido de que “A utilização de condenações anteriores transitadas em julgado

como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza bis in idem, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda, como ocorreu no caso em apreço.” (**HC 645.844/PR** - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Santos - J. em 13.4.2021 - DJe em 16.4.2021).

Na **segunda fase**, as penas foram agravadas em 1/6, pela reincidência (processo nº 1500484-03.2020.8.26.0660, fls. 307 e 311/312), tendo-se seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de seiscentos e oitenta (680) dias-multa para o crime de tráfico ilícito e quatro (4) anos e um (1) mês de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa para o delito de receptação qualificada.

Na **terceira fase**, em razão da reincidência, não era mesmo possível a incidência da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, até porque evidencia que o envolvimento do apelante com a criminalidade. E não se cogita de “bis in idem”, mas, sim, de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Nesse sentido: “(...) *reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes.*” (STJ - **Habeas Corpus nº 427.620/SP** - T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 15.3.2018 – DJe em 20.3.2018). Ainda, (...) “*A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.*” (STJ - **AgRg no HC 468.578/MG**

- T5 – Quinta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz – J. em 19.2.2019 – DJe em 11.3.2019).

A presença de maus antecedentes também impede a aplicação do redutor (*AgRg no HC 547176/SP* – T6 – Sexta Turma – Relatora Ministra Laurita Vaz – J. em 17.12.2019 – DJe em 4.2.2020; *AgRG no HC 526085/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. em 3.12.2019 – DJe em 16.12.2019; *HC 4780001/SP* – T5 - Quinta Turma – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – J. em 5.2.2019 – DJe em 14.2.2019 e *AgRg no HC 530668/ES* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 19.11.2019 – DJe em 3.12.2019 – nos dois últimos mencionaram a reincidência também).

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 artigo 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 – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. 7.6.2022 – DJe 14.6.2022).

"1. A reincidência obsta a aplicação da causa especial de diminuição de pena do artigo 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 – Relatora Min^a Laurita Vaz – J. 19.4.2022 – DJe 25.4.2022).

"- Por decorrer de expressa previsão legal descrita no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, inexistente bis in idem na utilização da reincidência como agravante e para justificar o afastamento do tráfico privilegiado, pois é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas da dosimetria da pena, gerando efeitos diversos. Precedentes." (*HC 401261/SP* – T5 - Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 27.6.2017 – DJe 1.8.2017).

Não há causas de diminuição ou aumento para o delito de receptação qualificada.

Ao final, as penas foram somadas, pelo concurso material, pois, mediante mais de uma ação, o apelante praticou dois crimes, decorrentes de desígnios autônomos e independentes, nos termos do artigo 69 do Código Penal, totalizando-se dez (10) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de seiscentos e noventa e dois (692) dias-multa.

A pena é final, pois mais nada a altera. Cada dia-multa ficou no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

Incabível a exclusão ou redução da pena de multa, por falta de

amparo legal. Trata-se de sanção cominada cumulativamente à pena privativa de liberdade, certo que eventual impossibilidade de cumprimento deverá ser analisada, em procedimento próprio, pelo Juízo das Execuções.

Pela leitura das normas legais e sua conjugação, vê-se que se dá todas as oportunidades para haver a solvência com o menor prejuízo possível a quem é condenado. Essa ideia, lembre-se, vem do direito romano e estende-se nos diplomas legais no Brasil (Código Civil e Código de Processo Civil). Na atualidade, apenas quem não paga pensão alimentícia pode vir a ser preso, restringindo-se isso aos três últimos pagamentos ("O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo" - Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça).

“A pena de multa, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a par de possuir natureza penal, constitui dívida de valor, sendo que em caso de inadimplemento a legitimidade para sua execução passa a ser da Fazenda Pública e não do Juízo das Execuções Penais” (*AgRg no REsp 1248189/PR*, STJ, Relator Ministro Jorge Mussi).

Demais disso, a **fixação da pena de multa deve observar o sistema trifásico** (*REsp 1777169/AL* - T6 - Sexta Turma - Relator Ministro Nefi Cordeiro - J. em 14.5.2019 - DJe em 23.5.2019. Em outro momento: “**4. Em se considerando que o número de dias-multa varia de 10 a 360, não se constata o alegado constrangimento ilegal em face da fixação de 100 dias-multa, diante da observância do sistema trifásico, com a presença de quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo que, quanto à situação econômica do réu, critério norteador para a definição do valor do dia-multa, a estreita via do habeas corpus não é adequada à revisão do entendimento fixado pelas instâncias ordinárias, dada a necessidade de análise fático-probatória.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Precedente.” - negritou-se - **HC 273483** - T6 - Sexta Turma - Relator Ministro Nefi Cordeiro - J. em 14.2.2017 – DJe em 23.2.2017.

Ainda: “1. O Superior Tribunal de Justiça - STJ, após afirmar que a quantidade de dias-multa deveria obedecer aos critérios dispostos no artigo 59 do Código Penal, passou a definir que a pena de multa deveria ser estabelecida de forma proporcional à privativa de liberdade imposta, obedecendo ao sistema trifásico (artigo 68 do Código Penal).” - **Resp 1756117/RS** - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - J. em 7.5.2019 - DJe em 10.5.2019. Veja-se **Edcl no AgRg no AREsp 1077743/RS** - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Jorge Mussi - J. em 23.4.2019 - DJe em 7.5.2019.

Em outras palavras, não se trata de verificar as condições econômicas do agente, pois, para isso, fixa-se o valor de dia-multa, como na hipótese, que foi estabelecido no mínimo. Deve-se, na verdade, atentar-se às circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, causas de diminuição e de aumento, como o fez a ilustre Magistrada no caso vertente.

O regime permanece o inicial fechado.

Para fixação do 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 CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

O crime é equiparado a hediondo (o Legislador, no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988, afirmou que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras infrações penais, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo,

se omitirem. Recorde-se que a norma está inserta no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247). Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas conseqüências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessite a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (artigo 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está sendo julgado (**artigo 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Artigos 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era

constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (*Habeas Corpus* nº 69657/SP – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Relator Ministro Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O artigo 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (*Habeas Corpus* nº 82966/SP – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (*Habeas Corpus* nº 82959/SP – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (*Habeas Corpus* nº 91360/SP – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Não há violação de dispositivo legal, artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

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).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou

fechado) com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

No caso, além de a pena ser superior a oito anos (artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal), o apelante é reincidente e tem maus antecedentes. Ele reitera na prática de delitos e possui tendência para esse comportamento. Demonstra, pois, conduta social inapropriada. Poderia emendar-se, pois tem consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persiste no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: "(...) o artigo 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* – T2 - Segunda Turma - Relator Ministro Ricardo Lewandowski - J. em 28.3.2017 - DJe em 5.4.2017).

No mesmo sentido: "*Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no artigo 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).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabia das consequências danosas de sua atitude, mas preferiu realizar o delito ao invés de comportar-se de maneira correta. Ou seja, quer tornar a prática de crimes como meio de subsistência.

O delito também é concretamente grave, pois o recorrente adquiria

bens de origem ilícita e realizava pagamentos com drogas, incentivando, a um só tempo, a prática de furtos e o consumo de entorpecentes por dependentes químicos influenciados pelos efeitos da abstinência.

Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma legal (artigo 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumpre com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

Ora, é de pronta intelecção que a perpetração de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem à convivência social, "viver honestamente" e "não lesar outrem".

O tráfico, nos contornos dos autos, causa malefícios a várias pessoas, usuários e viciados, bem como causa aflição para amigos, colegas e familiares de todos eles.

O apelante optou por realizar crime de nefastas consequências, com vistas ao "lucro fácil", totalmente inconcebível, numa sociedade em que há milhões de desempregados, numa crise gritante, em que vários não escolheram esse caminho, por zelarem pelos princípios seculares da honestidade e não causar lesão a outrem.

Dessa forma, com a imposição de regime prisional mais severo, retribui-se pela conduta criminosa perpetrada; previne-se que não a cometa, prevenção especial, e outras infrações penais, prevenção geral, e, por fim, retorne ao convívio social, após assimilar a terapêutica penal, de maneira harmônica.

Com a nova redação do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescenta-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado. 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 a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

Não há possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos.

A pena corporal não comporta a benesse, é superior a quatro (4) anos (artigo 44, inciso I, do Código Penal).

O apelante é reincidente e tem maus antecedentes (artigo 44, incisos II e III).

Caso isso fosse feito, não teria consciência da ilicitude do que fez.

O artigo 44 do Código Penal é aplicado em situações que as penas

restritivas de direitos são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, o que não é o caso.

III – Conclusão

Ante o exposto, corrigido o erro material para constar que o recorrente foi condenado por infração ao artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, e ao artigo 180, § 1º, do Código Penal, em concurso material, vota-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso.

Recurso preso (fls. 330/331). A prisão deve persistir, pois, agora, existe uma condenação por respeitável sentença, com regime inicial fechado, tendo-se a necessidade do encarceramento para a manutenção da ordem pública e da aplicação a lei penal. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da convicção de sua responsabilização, deixá-la solta, sobretudo quando se trata de reincidente.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.