

determina a regra do artigo 44, II, do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra recomendável, diante das circunstâncias do caso concreto e da finalidade da sanção penal. Do mesmo modo, afigura-se uma afronta ao princípio constitucional da individualização da pena atribuir tratamento igual ao agente que jamais havia praticado um delito e ao criminoso reincidente, cuja conduta traduz verdadeira indiferença aos preceitos legais e morais de nossa sociedade. Assim, incabível o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, em razão do não preenchimento do requisito objetivo previsto no artigo 44, II, do Código Penal, diante da reincidência, conforme se verifica na FAC do acusado. Da execução provisória. Por derradeiro, com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, o Supremo Tribunal Federal determinou que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (HC 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016). Sobreveio a esse julgado a propositura das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em cuja decisão nossa Corte Suprema entendeu, por maioria, que o artigo 283 do Código de Processo Penal não veda o início da execução da pena após a condenação nas instâncias ordinárias. Deveras, levando-se em conta o exaurimento do exame fático-probatório, do qual deflui a responsabilidade penal do apelante, não há motivo para impedir a execução provisória da pena, sobretudo porque o recurso especial ou extraordinário se restringe à análise de direito. RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO. Expeça-se mandado de prisão em desfavor do acusado, clausurado ao regime semiaberto. Conclusões: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO EM DECISÃO UNÂNIME. EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO.

**158. APELAÇÃO 0426033-95.2016.8.19.0001** Assunto: Receptação / Crimes contra o Patrimônio / DIREITO PENAL Origem: CAPITAL 23 VARA CRIMINAL Ação: 0426033-95.2016.8.19.0001 Protocolo: 3204/2017.00659974 - APTe: JOSÉ VAGNER DA SILVA ADVOGADO: MARCIO ALEXANDRE PINHEIRO DUARTE OAB/RJ-129429 APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Relator: **DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR** Revisor: **DES. ADRIANA LOPES MOUTINHO DAUDT D'OLIVEIRA** Funciona: Ministério Público Ementa: APELAÇÃO. DELITO DE RECEPÇÃO QUALIFICADA. DEFESA QUE SE INSURGE CONTRA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO E REQUER, OUTROSSIM, A CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Do pedido de absolvição: a materialidade e a autoria delitivas restaram absolutamente comprovadas na hipótese vertente, sobretudo diante dos depoimentos prestados em Juízo, aos quais corroboram as demais provas do processo e auto de prisão em flagrante, termos de declaração, auto de apreensão, auto de entrega e laudos de exame de avaliação, que não deixam a menor dúvida acerca da procedência da acusação. Com o fim da instrução criminal restou incontroverso que o acusado adquiriu, tinha em depósito e expunha à venda, no exercício de atividade comercial, 01 martelete da marca Bosch Hammer industrial, com plena ciência de que se tratava de produto de crime. No crime de receptação, as elementares *é sabe e é deve saber* devem ser apuradas pelas circunstâncias que cercam o fato e pela própria conduta do agente, pois, caso contrário, nunca se lograria punir alguém de forma dolosa, salvo quando confessado o respectivo comportamento. Precedentes. Da qualificadora: embora não faça parte das razões expandidas pela defesa, afigura-se incabível o afastamento da qualificadora decorrente do exercício de atividade comercial ou industrial, uma vez que a prova oral produzida sob o crivo do contraditório demonstra de forma inequívoca que o local de apreensão do martelete funcionava como estabelecimento comercial, do qual o acusado é proprietário. Da dosimetria da pena: o acusado teve a sanção penal fixada no mínimo legal e ainda foi agraciado pela substituição da pena privativa de liberdade por 02 restritivas de direitos, em perfeita harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Da gratuidade de justiça: a condenação ao pagamento das custas deflui de imposição legal, independentemente da condição financeira do acusado. Nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, a sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido. Eventual pobreza do condenado não tem o condão de impedir a condenação ao pagamento das despesas processuais, cuja exequibilidade deve ser aferida pelo Juízo da Execução Penal, a quem compete apreciar eventual benefício, sobretudo porque existe a possibilidade de haver alteração da situação econômico-financeira do apenado entre a data de sua condenação e o cumprimento de sua pena. A matéria já foi objeto do Enunciado nº 74 da Súmula da Jurisprudência Predominante deste Egrégio Tribunal de Justiça. Como bem destacado pelo Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, não há se falar em isenção das custas judiciais, ainda que se trate de beneficiário da justiça gratuita, porquanto o art. 804 do Código de Processo Penal determina a condenação do vencido em custas. No entanto, é possível a suspensão da exigibilidade do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do que disciplina o art. 12 da Lei n.º 1.060/1950, devendo a situação econômica do condenado ser aferida pelo Juízo das Execuções (HC 224414 / MG, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2012). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Conclusões: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO EM DECISÃO UNÂNIME.

**159. APELAÇÃO 0016338-36.2015.8.19.0061** Assunto: Tráfico de Drogas e Condutas Afins / Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas / Crimes Previstos na Legislação Extravagante / DIREITO PENAL Origem: TERESOPOLIS VARA CRIMINAL Ação: 0016338-36.2015.8.19.0061 Protocolo: 3204/2017.00647415 - APTe: JEFFERSON CARLOS DE ARAUJO BEZERRA ADVOGADO: DEFENSORIA PUBLICA OAB/DP-000000 APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO CO-REPDO.: MENOR Relator: **DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR** Revisor: **DES. ADRIANA LOPES MOUTINHO DAUDT D'OLIVEIRA** Funciona: Ministério Público e Defensoria Pública Ementa: APELAÇÃO. DELITOS DOS ARTIGOS 33 C/C 40, VI, E 35, C/C 40, VI, TODOS DA LEI 11.343/06. DEFESA TÉCNICA PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO, POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A FIXAÇÃO DAS PENAS BASE NO MÍNIMO LEGAL E O AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06. RECURSO QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. Do pedido de absolvição. Verifica-se que a autoria e materialidade delitivas restaram comprovadas na hipótese dos autos, notadamente pelos depoimentos prestados em Juízo, aos quais corroboram as demais provas do processo e registro de ocorrência e aditamento, auto de apreensão de adolescente por prática de ato infracional, laudo de exames em entorpecentes, termo de declaração, auto de apreensão e auto de reconhecimento de objeto, que não deixam a menor dúvida acerca da procedência da acusação. Em depoimento prestado em juízo, a testemunha policial militar Sérgio declarou que, no dia dos fatos, na comunidade do Rosário, em um ponto de venda de drogas, a localidade conhecida como *é Lixeira*, realizou a abordagem do acusado e do menor Cristian. O depoente esclareceu que o apelante é conhecido pelo vulgo de *é 22*, que *é* era um dos articuladores do tráfico local, bem como que o adolescente Cristian tentou fugir e, ao ser capturado, confessou ter pego a droga com o réu para vender. A testemunha policial militar Drausio, em sede judicial, confirmou o depoimento prestado por seu colega de farda, no sentido que *é* havia um elemento oriundo do Rio de Janeiro, com o nome de Jefferson, com o vulgo de *é 22*, que estaria na comunidade do Rosário para se associar à aqueles elementos para a mercância de entorpecentes, assinalando que a localidade é dominada pela facção Comando Vermelho. O depoente narrou que o acusado possuía a mesma descrição das informações recebidas, com os cabelos pintados de loiro e uma tatuagem de palhaço em um dos ombros, asseverando que, após a apreensão da cocaína, Cristian disse ter comprado a droga com o *é 22*. Em juízo, o menor Cristian narrou que as drogas apreendidas em seu poder, no Rosário, foram retiradas juntos ao traficante conhecido como *é 22*, mas que não seria o acusado Jefferson, mas sim um *é outro 22*. Em seu interrogatório, o acusado Jefferson exerceu o seu direito constitucional de permanecer em silêncio. Com relação ao testemunho dos policiais militares, desnecessário afirmar sua evidente