



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000308908

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1515232-36.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABRICIO SOUSA DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1515232-36.2024.8.26.0228

Apelante(s): Fabrício Sousa de Oliveira

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 18ª Vara Criminal do Foro Central

Voto nº 38023

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

O apelante foi condenado por tentativa de homicídio, com pena inicial de 05 anos, 03 meses e 10 dias de reclusão em regime semiaberto. A defesa alegou bis in idem na dosimetria da pena e requereu a fixação de regime aberto.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a ocorrência de bis in idem na dosimetria da pena, (ii) a adequação do regime prisional fixado, e (iii) a aplicação do desconto do tempo de prisão provisória para fixação do regime inicial.

III. Razões de Decidir

3. Na primeira fase, a pena foi majorada devido às consequências do crime, com a vítima internada em UTI por sete dias. A pena foi ajustada para 07 anos e 06 meses de reclusão devido a erro material.

4. Na segunda fase, a confissão do réu resultou em redução da pena para 06 anos e 03 meses. Na terceira fase, a tentativa resultou em nova redução, fixando a pena em 04 anos e 02 meses. Não houve bis in idem, pois os argumentos utilizados nas fases foram distintos.

5. A aplicação do artigo 387, § 2º, do CPP, que permite o desconto do tempo de prisão provisória, não se aplica, pois o regime foi fixado com base na maior reprovabilidade do crime, conforme artigo 33, §3º, do Código Penal, e não apenas no quantum da pena.

IV. Dispositivo e Tese

6. Recurso parcialmente provido para reduzir a pena, mantendo o regime semiaberto.

Tese de julgamento: 1. Não há bis in idem na dosimetria da pena. 2. Regime semiaberto mantido devido à pena superior a quatro anos e circunstâncias desfavoráveis. 3. Desconto do tempo de prisão provisória não aplicável quando o regime é fixado por maior reprovabilidade.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 121, caput, c.c. art. 14, inciso II; art. 33, §2º e §3º.

Código de Processo Penal, art. 387, § 2º; art. 593.

Jurisprudência Citada:

STF, Súmula 713.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 16, *caput*, da lei nº 10.826/03, em concurso material com o artigo 2º-A, *caput*, da lei nº 7.716/89, e ambos também em concurso material com os artigos 129, *caput*, e 329, estes últimos em concurso formal, ambos do Código Penal, a cumprir as penas de 05 (cinco) anos de reclusão em regime semiaberto e 20 (vinte) dias multa no valor unitário mínimo legal, e 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção em regime aberto.

O réu apelou² alegando preliminarmente nulidade ante a falta de justa causa para a abordagem. No mérito sustentou inexistir prova suficiente para a condenação, mormente por não haver mais filmagem e não terem sido esgotadas todas as possibilidades de investigação. Sustentou ainda a aplicação da consunção para que a lesão corporal seja absorvida pela resistência. Por fim, requereu a aplicação do concurso formal, regime mais brando aplicando-se a detração.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

Da preliminar

Sustentou a defesa ausência de fundada suspeita para a abordagem pessoal.

¹ Folhas 206.

² Folhas 251.

³ Folhas 267.

⁴ Folhas 325.

Segundo o artigo 244 do Código de Processo Penal *“a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”*.

Acerca da busca pessoal consoante artigo 240, § 2º do Código de Processo Penal exige-se para sua ocorrência a fundada suspeita.

Sobre o tema entende o Superior Tribunal de Justiça:

“No que se refere à busca pessoal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que se exige, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência”.⁵

Segundo mencionado aresto a fundada suspeita demanda: 1. Um juízo de probabilidade com a maior precisão possível; 2. Aferição a partir de parâmetros objetivos; 3. Justificação por indícios e circunstâncias do caso concreto.

No caso em tela a abordagem se deu justamente porque os policiais já haviam recebido informações de que indivíduo, que convergia com as características do réu, e que estava no veículo também com características convergentes com o carro em que o acusado se encontrava, estava munido de arma de fogo. Tanto é verdade que, ao abordar o suspeito, ora apelante, a arma de fogo foi encontrada, portanto, há fundada suspeita.

Em se tratando de denúncia anônima

⁵ STJ - AgRg no REsp 2036733 / SP – Rel. Min Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma – Dje 28/06/2023.

devidamente especificada a partir de dados concretos e precisos entendeu a mesma Corte haver fundada suspeita:

“PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL/VEICULAR.

BUSCA DOMICILIAR. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA ANÔNIMA ESPECIFICADA. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA (grifo nosso). PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A prolação de decisão unipessoal pelo Ministro Relator não representa violação do princípio da colegialidade, pois está autorizada pelo art. 34, inciso XX, do Regimento Interno desta Corte em entendimento consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio do enunciado n. 568 de sua Súmula.

2. A teor do art. 244 do CPP, a busca pessoal independe de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. A busca pessoal/veicular é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto.

3. No caso, a ação policial se baseou em informações concretas e precisas acerca da prática do crime de tráfico pelo paciente, contando inclusive com o endereço onde eram guardados os entorpecentes (grifo nosso), a partir do que a diligência levada a termo culminou na apreensão, com o paciente, de uma porção de cocaína. No veículo, foi localizada uma conta de água e chaves, relativas ao endereço mencionado na denúncia anônima. Por sua vez, no imóvel indicado, foram encontrados 10 tijolos de maconha (8 inteiros e duas metades), 1 tijolo de cocaína e mais 03 porções da mesma droga, bem como balança, peneira, facas, assadeira e uma quantidade considerável de munições (49 quarenta e nove) de calibre 12.

4. De tal modo a denúncia anônima foi minimamente confirmada (grifo nosso), sendo que a busca pessoal/veicular (revista) e a busca domiciliar traduziram em exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial, o que justificou a abordagem após a confirmação das informações relatadas na denúncia apócrifa.”⁶.

Do mérito

⁶ STJ - AgRg no HC 831827 / SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – Dje 30/06/2023.

Do racismo

A prova oral confirma que se injuriou alguém, ofendendo-lhe a dignidade em razão de raça e cor.

Quanto à autoria, o acusado em seu interrogatório judicial confessou o delito relativo à lei de armas, dizendo que vendeu seu carro e o comprador lhe pagou com dinheiro e também com a arma. Disse não entender de armas e achou que o armamento fosse registrado, sendo que o comprador do carro lhe prometeu o registro. Anotou que foi parado pela viatura policial e perguntaram por arma, que foi achada com sua esposa. Negou resistência à prisão, ter lesionado o policial e xingado o outro policial de “macaco”. Ficou nervoso porque os policiais estavam agressivos e seus filhos estavam chorando. Havia ingerido quatro doses de vinho.

O acusado negou a prática de racismo. Sua versão, contudo, não merece guarida.

Destaca-se, quando ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA⁷, neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao*

⁷ A Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

acusado”.

GUSTAVO BADARÓ⁸ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”*.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO⁹, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis”*.

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova, visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”*¹⁰.

Assim não pode alegar a defesa que por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

⁸ Ônus da prova no processo penal – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

⁹ In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

¹⁰ Ob. Cit. – p. 455.

Deste modo, deve-se afastar a versão do réu.

A vítima Gustavo, policial, disse que patrulhava e abordou o carro dos réus, já tendo indicação, por denúncia anônima, ao telefone da companhia, de que um indivíduo estava no veículo em questão, tendo entrado no carro já armado. As características do carro e do indivíduo convergiam com as passadas anteriormente. Anotou que o réu já desceu do veículo sem respeitar as ordens dos policiais. Terceiro indivíduo guiava o carro. Em busca pessoal na ré, por policial feminina, foi achada pistola 9mm com munição. Os acusados foram detidos e o réu veio para cima dos policiais, mordendo a mão do declarante. Disse que ele resistiu à prisão, chutou a viatura e foi algemado. Relatou que o réu confessou que a arma era dele e que pediu, quando notou a abordagem policial, para que a ré a escondesse. Viu o réu xingar o outro policial de “negão” e “macaco”. A polícia recebeu ligação dizendo que um indivíduo estava na posse de arma, e foram dadas características do tal indivíduo e do carro em que estava. Foi dado sinal de parada e o réu saiu do carro já alterado. Policial feminina achou arma com a ré, nas vestes dela. Anotou que o réu resistiu à prisão, chamou o declarante de “negão” e “macaco” e mordeu a mão de outro policial. Soube pela ré que o imputado pediu a ela que guardasse a arma, estando ela com criança no colo.

O policial Ênio Augusto participou da mesma diligência narrada por seu companheiro de farda. Recebeu denúncia de indivíduo armado e embriagado pela via pública, a bordo de um veículo, sendo que conseguiram abordá-lo na Avenida Edgar Facó. No momento da abordagem, foi possível notar que ele se desfez de um objeto, passando para uma mulher que estava no mesmo veículo. Todos foram submetidos a busca pessoal, sendo localizado entre os seios da mulher uma pistola de uso restrito das Forças Policiais, pistola Luger do calibre 9 milímetros, municiada com um cartucho intacto. Ela confirmou ter recebido a pistola do acusado e a ocultado entre seus seios. O acusado estava sob efeito de drogas e resistiu a todo momento, desferindo uma mordida na mão do

parceiro do depoente e em seguida socos e chutes contra os policiais que estavam prestando apoio. O acusado ofendeu o depoente com a utilização de diversos termos racistas, tais como "Negão" e "Macaco", além de proferir ameaças de morte contra todos da equipe.

Os policiais confirmaram a prática do racismo pelo acusado. Não há motivos para se duvidar de tais depoimentos.

Inicialmente destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há porque excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES¹¹.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA¹² ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade;*

¹¹ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

¹² Da Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹³ que “para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considera-las também, para bem avalia-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”.

Por tais motivos o depoimento de agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditados, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

¹³ La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes)”¹⁴.

No mesmo sentido há posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”¹⁵.

A testemunha Rafael, arrolada pela defesa, disse que estava no momento da abordagem e não viu arma, nem agressão por parte do réu e também não ouviu xingamento.

A testemunha de defesa ao dizer que não viu ou não ouviu nada não é apta a desconstruir a versão da acusação, visto que vai contra a própria versão do réu, que confessou o porte da arma de fogo.

Portanto, ante a prova oral devidamente comprovado o delito de racismo.

¹⁴ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

¹⁵ STF - HC 87.662/PE - rel. Min. Carlos Ayres Britto - J. 05/09/2006.

Do porte ilegal de arma de fogo

O auto de apreensão¹⁶ e o laudo pericial¹⁷, que comprova a capacidade vulnerante, aliados à ausência de apresentação de documentação legalmente exigida, comprovam a materialidade do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Quanto à autoria, o acusado confessou a prática delitiva e os policiais confirmaram que ao ser o acusado abordado no interior do veículo foi encontrada a pistola de uso restrito sem a devida documentação.

Portanto, comprovado também este delito.

Da resistência

A prova oral confirma que se opôs à execução de ato legal, mediante violência e ameaça a funcionário competente para executá-lo.

Em que pese a negativa do acusado, os policiais confirmaram que ele resistiu a todo momento, desferindo uma mordida na mão de um dos policiais e em seguida socos e chutes contra ambos os policiais.

Portanto, comprovado também este delito.

Da lesão corporal

O laudo¹⁸ e a prova oral confirmam que se ofendeu a integridade corporal de outrem.

Inviável reconhecer a consunção entre a resistência e a lesão corporal, isto porque o artigo 329, §2º do Código Penal criou hipótese de concurso necessário entre

¹⁶ Folhas 14.

¹⁷ Folhas 127.

¹⁸ Folhas 88.

ambos os delitos, o que afasta a possibilidade de consunção.

Quanto à autoria, em que pese a negativa do acusado os policiais confirmaram que ele mordeu a mão de um deles.

Portanto, comprovado também este delito.

Passo a análise da dosimetria das penas.

Em relação ao racismo, na primeira fase mantenho a pena no mínimo, em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa. Inexistindo recurso ministerial inviável aumentar a pena.

Nas demais fases inexistem circunstâncias.

Em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, na primeira fase mantenho a pena no mínimo, em 03 anos de reclusão e 10 dias-multa. Inexistindo recurso ministerial inviável aumentar a pena.

Na segunda fase em que pese a atenuante da confissão, mantenho a pena no mínimo dado o verbete 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, na terceira fase inexistem circunstâncias.

Em relação à resistência, na primeira fase mantenho a pena no mínimo, em 02 meses de detenção. Inexistindo recurso ministerial inviável aumentar a pena.

Nas demais fases inexistem circunstâncias.

Em relação à lesão corporal, na

primeira fase mantenho a pena no mínimo, em 03 meses de detenção. Inexistindo recurso ministerial inviável aumentar a pena.

Nas demais fases inexistem circunstâncias.

Dado o concurso formal entre lesão corporal e resistência, mantenho o concurso formal e o aumento da pena da lesão corporal de um sexto, com sanção de três meses e quinze dias de detenção. Por fim, cumulam-se as penas desse concurso formal com as da injúria racial e do crime da lei de armas, tudo em concurso material, com pena final de 05 de reclusão e 20 dias multa, e 03 meses e 15 dias de detenção, tal como na r. sentença. Ao final inviável reconhecer o concurso formal como quer a defesa, pois foi praticada mais de uma conduta, sendo escoreito o concurso material.

Em relação ao regime de rigor a manutenção do regime semiaberto para os crimes apenados com reclusão e aberto para a detenção. Isto, porque as condutas foram praticadas contra policiais militares no exercício da função por acusado embriagado, o que incrementa a reprovabilidade e justifica o regime intermediário.

A Lei nº 12.736/12 incluiu o artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal para permitir que o juiz quando da sentença desconte o tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou internação no total de pena imposta, o que se dá unicamente para fins de fixação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Ocorre que referida alteração apenas tem razão de ser quando o regime é fixado unicamente com base no *quantum* da pena imposta sem a influência de qualquer circunstância como as do artigo 59 do Código Penal ou a reincidência.

Ainda que se entenda que o tempo de prisão processual deve ser descontado para a aplicação do artigo

33, §2º, do Código Penal, no caso dos autos o regime foi fixado não em razão do *quantum*, mas pela maior reprovabilidade, com base no artigo 33, §3º, do Código Penal.

No caso em tela, conforme demonstrado, há circunstâncias a influenciarem no regime e que justificam a manutenção de sua espécie mais gravosa, destarte, não tem relevância a aplicação do dispositivo em estudo.

Verifico que a testemunha de defesa Rafael apresentou versão contrária a prova dos autos, inclusive contrária a versão do próprio réu. Desta forma, em face da prática, em tese, do crime de falso testemunho, nos termos do artigo 40 do Código de Processo Penal, rematam-se cópias dos presentes autos a d. Procuradoria Geral de Justiça, para a medidas que entender cabíveis.

Ante o exposto, **REJEITO A PRELIMINAR e NEGO PROVIMENTO** ao recurso, **com determinação.**

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica