



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000338913

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501465-77.2024.8.26.0535, da Comarca de Santa Isabel, em que é apelante WAGNER MACEDO DA GLORIA, 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 sem voto), RENATO GENZANI FILHO E CARLA RAHAL.

São Paulo, 04 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 16301

Apelação Criminal nº 1501465-77.2024.8.26.0535

Comarca: 1ª Vara de Santa Isabel

Juiz(a) de Direito: doutor(a) Carlos Eduardo de Moraes Domingos

Apelante: Wagner Macedo da Gloria

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Corréu: Jonathan Batista dos Santos

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Wagner foi condenado a seis anos e três meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 625 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Ele foi encontrado com diversas porções de maconha, cocaína e crack, além de dinheiro e objetos relacionados ao tráfico. Wagner foi absolvido de outros delitos, e Jonathan, corréu, foi absolvido de todas as acusações.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em: (i) a insuficiência de provas para condenação; (ii) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006; (iii) a possibilidade de fixação de regime inicial aberto.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por diversos documentos e depoimentos.

4. A confissão de Wagner e os depoimentos dos policiais sustentam a condenação. A reincidência impede a aplicação da causa de diminuição de pena.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso desprovido.

TESE DE JULGAMENTO: 1. A reincidência impede a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. 2. A presunção de legitimidade dos depoimentos dos policiais é mantida.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput; art. 35.

Código Penal, art. 329.

Código de Processo Penal, art. 386, inciso VII; art. 188; art. 157; art. 387, parágrafo 2º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches.

STJ, AgRg no HC 687003/SP, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas.

STJ, AgRg no HC 650717/SP, T6, Relª. Minª Laurita Vaz.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 393/395

O apelante, **Wagner**, foi condenado à pena de seis (6) anos e três (3) meses de reclusão, em *regime inicial fechado*, e ao pagamento de seiscentos e vinte e cinco (625) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de apelar em liberdade, porque no dia **30.5.2024, no período da manhã**, na Rua Mar Vermelho, nº 117, bairro Nova Santa Isabel, Santa Isabel/SP, juntamente com **Jonathan Batista dos Santos**, previamente ajustados e com unidade de desígnios, guardavam e tinham em depósito, para fins de tráfico, uma porção de maconha (massa bruta de 5 gramas), 3 porções de maconha (massa bruta de 3 gramas), 557 porções de cocaína (massa bruta de 380 gramas) e 169 porções de crack (massa bruta de 150 gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta da denúncia que policiais civis receberam informações acerca do tráfico de drogas praticado no local dos fatos por Wagner. Para apurar a procedência das informações, realizaram diversas campanhas. Constataram que havia considerável fluxo de pessoas no local. Jonathan foi visto entregando entorpecente para um motociclista. Diante disso, representou-se pela busca e apreensão domiciliar. Ao ingressarem no imóvel, os policiais depararam-se com Wagner em posse de uma machadinha. Para opor-se à execução da busca e apreensão, avançou violentamente contra o policial Eduardo, objetivando apoderar-se da arma de fogo. Foi necessário o uso de força para detê-lo. Durante as buscas,

os policiais localizaram os entorpecentes já citados, além de R\$ 22.682,00, distribuídos em notas diversas, além de 2 aparelhos celulares, uma balança de precisão e diversos sacos plásticos. Ainda segundo a denúncia, Wagner é pai de Liandra, namorada de Jonathan.

Wagner foi absolvido do delito previsto no **artigo 35 da Lei nº 11.343/06** e **artigo 329 do Código Penal**, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Jonathan foi absolvido dos delitos previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/06), com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Nas razões de apelação, sustentou-se **a)** absolvição por insuficiência de provas; **b)** aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar máximo; e **c)** regime inicial aberto (fls. 457/467).

Contrarrazões da Acusação (fls. 470/472), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado ao Ministério Público em 16.12.2024 (fls. 444) e ao corrêu Jonathan em 17.12.2024 (fls. 439).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do apelo (fls. 480/485).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 359/361).

II – Fundamentação

O apelo não comporta acolhimento, subsiste a sentença prolatada pelo culto e dedicado Magistrado, doutor Carlos Eduardo de Moraes Domingos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 7/10, boletim de ocorrência de fls. 11/23, auto de exibição e apreensão de fls. 27/28, laudo de constatação de fls. 77/83, fotografias de fls. 87/88, exame químico toxicológico de fls. 233/235, laudos periciais dos objetos de fls. 342/344, 345/347 e 348/350 e prova produzida em Juízo, crack, cocaína e maconha foram apreendidos.

A *autoria* é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, Wagner e Jonathan optaram pelo silêncio, respaldados em norma de ordem constitucional (fls. 40 e 41).

Em Juízo, Wagner confessou a acusação. As drogas lhe pertenciam. Seu genro Jonathan não tem relação com as drogas. Ele estava na casa porque é namorado de sua filha. Não foi para cima dos policiais. Aceitou guardar as drogas para um amigo. Jonathan é trabalhador e não entregou drogas. Está arrependido.

Jonathan negou a acusação. Acordou assustado com a entrada dos policiais. Ouviu seu sogro Wagner dizer aos policiais que a esposa estava sem roupa. Não havia nada em seu quarto, assim como no quarto de seu cunhado. É usuário de maconha. Tinha apenas uma quantia pequena destinada ao uso. Não entregou drogas a um motoqueiro, mas o dinheiro do aluguel de sua adega.

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.

Eduardo, policial civil, depôs que realizaram campanhas para verificar se o tráfico de drogas estaria sendo praticado no local. Visualizaram que pessoa chegava e alguém saía da residência. Viram Wagner e Johnatan. Eles entregaram algo a uma pessoa. Presenciaram a movimentação algumas vezes. Realizaram filmagens e relatórios. A Autoridade Policial representou por buscas no imóvel. Chegaram cedo. Arrombaram a porta. Wagner acordou assustado e foi para cima dos policiais. Precisou ser contido. A esposa, a filha e a nora estavam na residência. **Encontraram quantidade razoável de droga e dinheiro no quarto de Wagner.** Localizaram drogas e dinheiro em outros cômodos. Acredita que as pessoas se deslocavam até a residência para adquirir drogas de Wagner e Jonathan. **Visualizaram nitidamente a partir da distância em que estavam. Já havia notícias de tráfico no local.** Existe um posto de saúde defronte a residência. As pessoas reclamaram da prática de tráfico. A maior quantidade de drogas foi localizada no quarto de Wagner.

Aristogton, policial civil, depôs que o trabalho policial foi iniciado a partir de denúncias no sentido de que Wagner realizava o tráfico de drogas em sua residência. Ele é conhecido nos meios policiais. Já foi preso anteriormente pelo

mesmo crime. Realizaram campanhas veladas para apurar a procedência da denúncia. **Durante as campanhas, presenciaram pessoas se aproximando do portão social do imóvel, depois iam embora.** Jonathan foi em direção a uma dessas pessoas e entregou um objeto. A Autoridade Policial representou por buscas no imóvel. Durante o cumprimento do mandado, apreenderam vasta quantidade de drogas e dinheiro. No local, encontraram Wagner, Jonathan, Silvia e o filho dela com a nora. Wagner foi em direção ao policial Eduardo para tentar pegar sua arma. Participou de uma ou duas campanhas. Visualizou pessoas que não pertenciam ao meio familiar se aproximarem do imóvel. Eles passavam um objeto pequeno às pessoas. Salvo engano, há um salão de cabeleireiro próximo ao local. Quando entrou no local, a esposa do apelante estava vestida com trajes de dormir. Localizaram entorpecentes em todos os cômodos, alguns em quantidade para consumo. Não se recorda o que foi encontrado no quarto de Jonathan.

Desistiu-se da oitiva do policial civil Cesar (fls. 360).

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública. Os policiais foram coesos e uníssonos ao asseverarem os detalhes da diligência, não se verificando qualquer contradição apta a macular a prova.

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

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 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.

Silvia, testemunha comum, é esposa de Wagner. Estava dormindo quando ouviu um barulho na porta. Somente viu quando os policiais estavam dentro de casa. Wagner estava deitado no chão. **Viu drogas no local**. Discutiu sobre isso com o marido. **Wagner guardava dinheiro e entorpecentes**. Não presenciou a reação de Wagner. Estava nua no quarto e foi o que o apelante disse aos policiais. Pelas reações de Wagner, acredita que ele consuma drogas.

Dener, testemunha comum, é filho de Wagner. Acordou com seu pai gritando que sua esposa estaria nua. O policial abriu a porta e disse que perdeu. Foi levado para a cozinha e algemado. **Havia drogas no local**. Não sabe dizer a quem pertencia o entorpecente. Seu pai já foi preso antes. **As drogas estavam no interior da casa**. Não viu a reação de Wagner.

As testemunhas confirmaram o encontro de drogas no imóvel do apelante.

As provas são robustas.

Depreende-se do acervo probatório que a Polícia Civil recebeu informações que davam conta da ocorrência de tráfico de drogas no endereço do apelante. Para averiguar a procedência da denúncia, realizaram campanhas em dias alternados, percebendo movimentação de pessoas, com passagens rápidas. Sendo assim, a Autoridade Policial representou por buscas no imóvel. No dia dos fatos, os policiais ingressaram no imóvel com mandado de busca e apreensão domiciliar, oportunidade em que localizaram **169 porções de crack, 557 porções de cocaína e 4 porções de maconha** (massa líquida: 123,65 gramas de crack; 259,93 gramas de cocaína 32,5 e gramas de maconha, conforme fls. 77/83). Encontraram, ainda, petrechos para fracionamento das drogas, como **uma balança de precisão, diversos saquinhos plásticos**, além de **R\$ 22.682,00 em notas fracionadas**, a indicar que se trata de valor oriundo do narcotráfico.

Wagner, em Juízo, admitiu a responsabilidade pelas drogas. Outrossim, os familiares do apelante confirmaram a existência das drogas no imóvel, a reforçar os depoimentos dos policiais civis.

As drogas destinavam-se ao comércio ilícito.

Ressalte-se, outrossim, que para a configuração do narcotráfico não 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 - Rel. Des. Guilherme G. Strenger - J. em 29.1.2020).

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

A dosimetria não sofre reparo.

Na **primeira fase**, em atenção ao artigo 42 da Lei de Drogas, a quantidade e variedade de drogas (169 porções de crack - 123,65 gramas; 557 porções de cocaína - 259,93 gramas; e 4 porções de maconha - 32,5 e gramas), substâncias mais nocivas, de efeitos altamente deletérios e intensa lesão à saúde pública, pois induzem quase que instantaneamente à dependência. Sendo assim, a pena-base sofre acréscimo de 1/4, perfazendo seis (6) anos e três (3) meses de reclusão e pagamento de seiscentos e vinte e cinco (625) dias-multa.

Na **segunda fase**, a confissão espontânea foi reconhecida e integralmente compensada com a reincidência (autos nº 0006058-20.2015.8.26.0543, *tráfico de drogas*, fls. 312), logo a pena não se altera.

Na **terceira fase**, em razão da reincidência, inclusive por delito de **mesma natureza**, não permite a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no **artigo 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).

A **pena é final**, pois nada mais a modifica. O valor unitário do dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime 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.

O crime é equiparado a hediondo (o Legislador, no art. 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 necessita 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 (art. 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 (**art. 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. Arts. 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 art. 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 – Rel. Min. Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O art. 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o art. 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, Rel. Min. Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (***Habeas Corpus* nº 82959/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. 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, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

O apelante registra **reincidência** específica por tráfico de drogas, o que mostra fazer do delito seu meio de vida. Ele deveria saber das más consequências da realização de um delito e, ao contrário de arrepender-se, reitera o narcotráfico por acreditar na impunidade.

A **periculosidade** também ficou demonstrada pela variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos, entre eles o crack e a cocaína, que causam nefastas consequências à saúde pública.

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 na prática do crime, 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).

Embora divergente nos pretórios, já se decidiu que: ***“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.

Dessa forma, retribui-se pela conduta delituosa; previne-se que não ocorra mais e proporciona-se que reflita sobre seus atos, voltando ao convívio em sociedade em harmonia.

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.

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, além disso, é reincidente, há expressa vedação legal (art. 44, incisos I e II, CP). Caso isso fosse feito, não teria consciência da ilicitude que fez.

O art. 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, que não é o caso.

O "sursis" também não é viável. A culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, bem como motivos para o crime, por serem desfavoráveis, não permitem a aplicação da benesse.

III - Conclusão

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

Recurso preso (fls. 402). 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 reincidente. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

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.