



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000386467

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1522255-33.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JHONATAN GOMES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso de JHONATAN GOMES DA SILVA, a fim de: (i) absolvê-lo das imputações de prática dos crimes tipificados nos artigos 311, caput e § 2º, inciso III, e 330, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal; (ii) operada a emendatio libelli quanto aos crimes de trânsito, dar o réu como incurso no artigo 306, c.c. o artigo 298, inciso III, do Código de Trânsito Brasileiro, e no artigo 331 do Código Penal, em concurso material; e (iii) reduzir suas penas para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, 12 (doze) dias-multa e 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente) E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal n. 1522255-33.2024.8.26.0228

Apelante: Jhonatan Gomes da Silva

Apelado: Ministério Público

Comarca: São Paulo

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREÇÃO DE VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO E EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO, DESOBEDIÊNCIA E DESACATO. RECURSO DEFENSIVO. 1. Pedido de absolvição quanto ao crime do art. 311 do CP, por atipicidade. 1.1. Acolhimento. Aposição sobre a placa da motocicleta de uma simples sacola plástica, facilmente removível e perceptível a olho nu. Conduta não ofensiva à fé pública. Ademais, a ocultação é fato que não se subsume ao tipo legal. Vedação da analogia in malam partem. Absolvição decretada. 1.2. Absolvição quanto ao crime do art. 330 do CP. Réu desobedeceu à ordem de parada. Exercício do direito à não autoincriminação. Lei não ressalva expressamente a possibilidade de responsabilização por crime de desobediência. Atipicidade verificada. 1.3. Afastamento do crime do art. 309 do CTB. Agravante do art. 298, III, do CTB faz a falta de habilitação ser absorvida pela embriaguez ao volante. Emendatio libelli operada. 2. Pretensão de afastamento dos maus antecedentes e de fixação do regime aberto. Descabimento. Possibilidade de consideração dos maus antecedentes ainda que as condenações anteriores tenham ocorrido há mais de cinco anos. Jurisprudência do E. STF. Agravantes da reincidência e daquela prevista no art. 298, III, do CTB. Concurso material. Regime semiaberto mantido, vedadas a substituição da pena segregativa e a concessão do sursis. Recurso provido em parte.

Voto n. 52.980

1. Insurge-se o réu **Jhonatan Gomes da Silva** contra a r. sentença¹ prolatada pela MMa. Juíza de Direito, Dra. DANIELA MARTINS DE CASTRO MARIANI CAVALLANTI, cujo relatório ora se adota, que o condenou como incurso nos

¹ Fls. 202/217.

artigos 306, *caput*, e 309, ambos da Lei n. 9.503/97 e nos artigos 311, *caput* e § 2º, inciso III, 330 e 331, todos do Código Penal, às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, 1 ano, 10 meses e 22 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e 33 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, além de proibição de se obter habilitação para conduzir veículo automotor por 2 meses e 10 dias.

Postula a Defesa, em suas razões,² a absolvição do réu quanto ao crime de adulteração de sinal identificador de veículo, por atipicidade da conduta. Pede, ainda, o afastamento dos maus antecedentes, em virtude da “*teoria do direito ao esquecimento*”, e a fixação do regime aberto.

Devidamente contra-arrazoado o recurso.³

O r. parecer⁴ da douta Procuradoria-Geral de Justiça, de lavra da Dra. ÁGUEDA MARIA BARBOSA HAJAR, é pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

2. As imputações são de direção de veículo sem habilitação e em estado de embriaguez, adulteração de sinal identificador de veículo, desobediência e desacato.

Segundo a denúncia, “(...) no dia 15 de setembro de 2024, no horário e local descritos no item 1, **JHONATAN GOMES DA SILVA**, sem a devida permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, após ingerir bebida alcoólica e com a capacidade psicomotora alterada, conduzia a motocicleta da marca Honda, modelo CG 160 Titan, placa EUM0G12 (que estava tampada por uma sacola), em via pública, quando passou pelos policiais militares Elias e Luiz Henrique e disse: 'seus coxinhas, vai trabalhar, seus cuzão'.

² Fls. 244/248.

³ Fls. 252/257.

⁴ Fls. 272/277.

(sic). Em seguida, **JHONATAN** empreendeu fuga de motocicleta, não atendendo à ordem de parada dos militares, o que deu início a uma perseguição. Durante a fuga, **JHONATAN** conduziu o veículo sobre calçadas, avançou sinal vermelho e empregou alta velocidade (perigo de dano concreto), não atendendo à ordem de parada, até que foi abordado e detido pelos militares. Na abordagem, os militares constataram que **JHONATAN** não tem habilitação ou permissão para dirigir veículo automotor, estava com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, porque apresentava odor etílico, estava com olhos avermelhados e com voz pastosa (confirmado pelo laudo de fls. 24/26), e a placa da motocicleta estava coberta por um saco plástico. Então, **JHONATAN** foi detido em flagrante, mas, novamente, xingou e menosprezou os militares que realizaram sua prisão, dizendo-lhes: 'ser muito fácil conduzir uma pessoa algemada', 'que poderiam ir para rua para ver quem é homem', e, por fim, 'que os policiais iriam 'se fuderem', por causa dessa prisão' (sic). A motocicleta foi apreendida (fl. 19). O exame pericial constatou que **JHONATAN** estava embriagado, compatível com uso de álcool ou substância psicoativa (fls. 24/26)".⁵

Eis as imputações.

2.1. A insurgência recursal não se volta contra o reconhecimento da materialidade e da autoria dos crimes de embriaguez ao volante e desacato. Estas restaram plenamente demonstradas, tal como concluiu a r. sentença, tendo em vista o laudo de exame clínico⁶ e os depoimentos das testemunhas Luiz Henrique de Oliveira e Elias Gomes Monção.

Busca a Defesa, no tocante ao mérito, a absolvição do réu somente da acusação de prática do crime de adulteração de sinal identificador de veículo, sustentando atipicidade formal da conduta.

⁵ Fl. 85.

⁶ Fls. 24/26.

Assiste razão à Defesa.

Com efeito, sobre a placa da motocicleta conduzida pelo acusado havia uma simples sacola plástica facilmente removível – como, aliás, atesta a fotografia 4 do laudo pericial⁷ – e perceptível a olho nu por qualquer pessoa.

Assim, respeitada a convicção da digna Magistrada *a quo*, o fato não se reveste de tipicidade penal, por se tratar de conduta não ofensiva à fé pública.

A amparar essa conclusão, a doutrina de Nélson Hungria:⁸

“O abalo da fé pública está evidentemente condicionado à virtualidade maléfica da falsificação. A *imitatio veritatis* destituída de capacidade lesiva não afetaria a incolumidade do coletivo sentimento de confiança que, na espécie, a lei penal protege. Uma contrafação ou alteração grosseira, patente, facilmente reconhecível a olho desarmado, não constitui *material* do *falsum*, e se, por alguma circunstância excepcional, consegue êxito, o crime a identificar será outro, isto é, o estelionato. (...) O *falsum* integra-se com a dolosa *imitatio veri*, mas entenda-se: *imitatio* potencialmente capaz de enganar, para o efeito de conculcar uma relação jurídica e, portanto, de acarretar o *praejudicium alterius*. Se não se apresenta essa potencialidade, ou porque a imitação não convence ao *homo medius* ou porque cria coisa inócua ou nula (por motivo outro que não a própria falsidade), não se dá a conturbação da fé pública e não há falar-se em *crimen falsi*”.

Ainda que assim não fosse, a ocultação é fato que não se subsume ao tipo legal que define o crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor.

⁷ Fl. 125.

⁸ *Comentários ao Código Penal*. Volume IX. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1958, p. 195-196.

Ora, os verbos-núcleos são “*adulterar*”, “*remarcar*” e “*suprimir*”, não se tendo previsto a ação de “*ocultar*”.

Assim, a equiparação da adulteração, da remarcação ou da supressão à ocultação constituiria analogia *in malam partem*, vedada em Direito Penal.

Confira-se, a respeito do tema, a lição de Cléber Masson:⁹

“**Adulterar** é modificar ou alterar (exemplo: mudança de alguns números ou letras do chassi); **remarcar**, por sua vez, equivale a marcar novamente (exemplo: retirada do número anterior do chassi e inscrição de um novo código) (...). O legislador não incriminou a conduta de '**ocultar**' número de chassi ou qualquer sinal de veículo automotor, de seu componente ou equipamento (...).”

Destarte, seja pela não criminalização da ocultação de sinal identificador de veículo, seja pela sua manifesta incapacidade de ofender a fé pública, a conduta do réu não se reveste de tipicidade.

2.2. De outra parte, em que pese a resignação defensiva, tenho que a condenação do réu pelo crime de desobediência não pode subsistir, também por atipicidade da conduta.

O apelante, embriagado e sem possuir habilitação para dirigir, conduzia uma motocicleta em velocidade incompatível com a segurança. Exigir que ele cumprisse a ordem emitida pelos policiais militares seria impor-lhe o concurso para a formação de prova contra si mesmo. O que, como cediço, não é viável.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação a lição de Rogério Greco:¹⁰

⁹ *Direito Penal*. Vol. 3. São Paulo: Método. 2011, p. 542.

¹⁰ *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Volume IV. 8ª ed., Niterói: Impetus, 2012, p. 505.

“Em muitas situações, se o sujeito praticar o comportamento que lhe é determinado pelo funcionário, isso, certamente, implicará prejuízo para sua pessoa. São situações que poderão importar em constituição de prova contra o próprio agente, a exemplo do que ocorre com aquele que se submete à realização de exame de sangue para saber a sua dosagem alcoólica, ou a um exame de DNA objetivando o reconhecimento de paternidade, ao fornecimento de padrões gráficos para efeitos de comprovação de sua assinatura em documento falsificado etc. Nesses casos, o prejuízo é patente, não se podendo responsabilizar criminalmente o agente pelo fato de não atender às ordens legais, afastando-se, outrossim, o delito de desobediência.”

Ademais, lembre-se de que se houver cominação de sanção civil ou administrativa pelo descumprimento da ordem legal advinda de funcionário público, e não ressalvar expressamente a lei a possibilidade de responsabilização do agente que a desrespeita por crime de desobediência, não se configurará o delito em questão.

Não é diverso o ensinamento de Damásio E. de Jesus:¹¹

“Inexiste desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa, já comina uma sanção sem ressalvar sua cumulação com a imposta no art. 330 do CP. Significa que inexiste o delito se a desobediência prevista na lei especial já conduz a uma sanção civil ou administrativa, deixando a norma extrapenal de ressalvar o concurso de sanções (a penal, pelo delito de desobediência, e a extrapenal). Ex. de sanções cumuladas: CPC, art. 362. Exs. de sanções não cumuladas: infração a regulamento de trânsito, desobediência ao Estatuto da Criança e do Adolescente etc.”.

¹¹ *Direito Penal – Parte Especial*. 4º Volume. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 259.

A propósito, ainda, remansosa jurisprudência:

“As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil ou processual civil, tal quanto às administrativas, retiram tipicidade do delito de desobediência” (TacrimSP: Jutacrim 77/143);

“Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se dita lei ressaltar, expressamente, a cumulativa aplicação do art. 330 do CP” (TacrimSP, RT 409/317).

Na verdade, estipulando sanção pecuniária para o caso de descumprimento da ordem, a lei dá ao destinatário desta a possibilidade de submeter-se a tal pena, sem incidir em crime de desobediência.

No caso em apreço, o artigo 195 do Código de Trânsito Brasileiro considera infração grave a ação de *“desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes”*, punindo-a com multa.

Destarte, seja pelo exercício do direito à não autoincriminação, seja pela existência da penalidade administrativa, o fato atribuído ao apelante não se reveste de tipicidade penal.

Absolve-se, pois, o réu quanto ao delito previsto no artigo 330 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

2.3. Por fim, embora não fosse o apelante habilitado para conduzir veículos automotores, impõe-se o afastamento do crime tipificado no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro.

Revedo posicionamento anterior, tenho que a agravante prevista no artigo

298, inciso III, do mesmo *Codex* faz a falta de habilitação ser absorvida pela embriaguez na direção de veículo automotor.

Acerca do delito do artigo 309 do CTB, explica Fernando Fukassawa que *“haveria concurso formal com outros crimes, também de perigo, dos arts. 306 (dirigir sob embriaguez), 308 (participação em “racha”) e 311 (trafegar em velocidade incompatível nas proximidades de escolas, hospitais etc.), se tais fossem praticados mediante ação única. Ocorre, contudo, que o fato de o agente não possuir permissão ou habilitação se constitui em circunstância agravante genérica dos crimes de trânsito (art. 298, III), por maneira que ficará afastado o concurso formal”*.¹²

3. Passa-se à análise das reprimendas dos crimes remanescentes.

As penas-base foram adequadamente fixadas em 1/6 acima dos mínimos legais – 7 meses de detenção, pelo desacato, e 7 meses de detenção e 11 dias-multa, pela embriaguez ao volante –, em razão do antecedente criminal do réu, definitivamente condenado por roubo circunstanciado e corrupção de menores.¹³

Lembre-se, por oportuno, de que o decurso do lapso depurador do artigo 64, inciso I, do Código Penal tem o efeito circunscrito pelo próprio dispositivo, qual seja, o de afastar a reincidência. Não impede, portanto, que a condenação criminal transitada em julgado seja considerada mau antecedente.

É preciso levar em conta que a reincidência, diferentemente dos maus antecedentes, gera múltiplos efeitos, seja na sentença, seja na fase executória. Para citar apenas alguns deles, pode-se rememorar que a recidiva obsta, em princípio, a substituição da pena privativa de liberdade e a concessão de *sursis*; impõe regime inicial mais severo; e torna necessário o decurso de prazo maior para a obtenção de

¹² Crimes de trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, alterada até a Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014) – 3ª ed., São Paulo: APMP, 2015, p. 321-322.

¹³ Fls. 181/184. Processo n. 0038869-72.2012.8.26.0564.

livramento condicional.

À vista dessas severas consequências, buscando evitar que se eternizassem, o legislador instituiu a chamada “prescrição da reincidência”, depois de decorridos cinco anos do cumprimento ou extinção da pena.

Isso, todavia, não significa que o passado comprometido do acusado deva ser totalmente esquecido. Ao reincidir em prática de infração penal, ainda que tecnicamente tenha voltado a ser primário, o agente dá demonstração de que a condenação anterior não foi suficiente para evitar que tornasse a enveredar pela senda da agressão à sociedade.

Não é outra a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

“DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES AINDA QUE AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TENHAM OCORRIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só considera maus antecedentes condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência. Trata-se, portanto, de institutos distintos, com finalidade diversa na aplicação da pena criminal. 2. Por esse motivo, não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal). 3. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente, para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 4. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, mantida a decisão recorrida por outros fundamentos, fixada a seguinte tese: Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição

da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal” (Pleno. RE n. 593.818/SC. Rel. Min. ROBERTO BARROSO. J. 18.8.2020).

Na segunda fase, pela reincidência,¹⁴ mantém-se a razoável exasperação da pena do crime de desacato na fração de 1/6, resultando 8 meses e 5 dias de detenção.

Quanto ao crime de trânsito, compensou-se a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Todavia, tendo sido reconhecida na sentença a falta de habilitação, nada impede que se aplique, agora, mediante *emendatio libelli*, a agravante do artigo 298, inciso III, do CTB, máxime porque a pena final resultará mais benéfica.

Assim, agrava-se a pena do crime de embriaguez ao volante em 1/6, do que resultam 8 meses e 5 dias de detenção e 12 dias-multa.

Na fase derradeira, à míngua de causas majorantes ou minorantes, as penas não sofrem modificação.

Já a sanção de proibição de se obter habilitação para conduzir veículo, observado o critério que levou à individualização da pena privativa de liberdade, deveria ser majorada.

Todavia, recorrendo somente a defesa, mantém-se o prazo da sanção acessória em 2 meses e 10 dias.

Somadas, por força do concurso material, as reprimendas totalizam definitivamente **1 ano e 4 meses e 10 dias de detenção, 12 dias-multa e 2 meses e 10 dias de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir.**

¹⁴ Fl. 181. Processo n. 0016445-16.2018.8.26.0050.

Imperiosa a manutenção do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Elencam os §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal os seguintes critérios à fixação do regime prisional: quantidade de pena, circunstâncias judiciais e reincidência.

In casu, em que pese o *quantum* da pena, o acusado é reincidente e as circunstâncias judiciais não o favorecem, de sorte que, observado o disposto nos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, inciso III, ambos do Código Penal, o semiaberto é o regime inicial cabível à espécie.

Esses mesmos motivos inviabilizam a substituição da pena segregativa e a concessão de *sursis* (artigos 44, incisos II e III, e 77, incisos I e II, do Código Penal).

Não há falar-se em estipulação imediata de regime menos severo, considerado o lapso da prisão cautelar, tendo em vista as circunstâncias já apontadas, que determinam o regime intermediário.

Cabe lembrar que a detração do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, a teor do que vem decidindo o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, não enseja uma progressão antecipada, que prescindiria da presença do requisito de ordem subjetiva.

O cômputo dessa detração, na sentença, permite apenas que se considere a reprimenda já despojada do período da prisão cautelar, exclusivamente para estabelecimento dos limites do artigo 33, § 2º, do Código Penal.

No entanto, o regime inicial remanesce vinculado não apenas a desses limites, mas à consideração das circunstâncias judiciais e da reincidência, tal como determina o artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

É o que ensina Guilherme de Souza Nucci:

“Detração e regime de cumprimento da pena: estabelece o art. 42 do Código Penal que o tempo de prisão provisória, de qualquer espécie, deve ser computado como cumprimento de pena. Isso significa que, inaugurando-se o processo de execução, o juiz deve descontar aquele período (prisão cautelar) do total da pena. Feito o referido desconto, passa a verificar se cabe a concessão de algum benefício, como, por exemplo, a progressão de regime. A Lei 12.736/2012 inovou, nesse cenário, ao inserir o § 2.º no art. 387 do CPP. Permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar. Ilustre-se: o acusado, preso há dois anos, cautelarmente, é condenado a nove anos de reclusão; antes do advento da Lei 12.736/2012, o regime inicial seria o fechado necessariamente (pena superior a oito anos, conforme o art. 33, § 2º, CP); agora, o julgador deve descontar os dois anos de prisão provisória, chegando à pena de sete anos, que será o montante efetivo a cumprir. Para esse quantum (sete anos), são cabíveis dois potenciais regimes: fechado e semiaberto. Não está o julgador obrigado a conceder sempre o regime mais favorável; pode fixar o regime fechado inicial, se considerar o mais adequado, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3.º. Afinal, somente o juiz da execução, ao receber o processo, com a pena de sete anos (em regime fechado ou semiaberto), decidirá o que fazer. Por outro lado, é possível que, estabelecida a pena de nove anos e já descontados os dois anos de prisão provisória, o julgador entenda pertinente fixar o regime inicial semiaberto, o que está autorizado legalmente a fazer. Não se deve

padronizar o entendimento nesta hipótese, mas individualizar a pena, o que inclui o regime, de maneira correta.” (Código de Processo Penal Comentado, 13.^a Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 805/806).

Nesse mesmo sentido o E. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. (...) DETRAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DIFERENTES INSTITUTOS. PROVIMENTO DO AGRAVO. CONCESSÃO PARCIAL. (...) A detração penal, prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas sim acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. 3. Agravo regimental provido, concedendo parcialmente o habeas corpus a fim de determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com observância às regras do art. 33 do CP e do art. 387, § 2º, do CPP.” (AgRg no HC 479.279/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019);

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO (ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR DETERMINANTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Ainda que assim não fosse, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida de ofício, pois a fixação o regime inicial semiaberto não decorre do quantum da pena imposta, mas da

presença da reincidência, razão pela qual eventual detração do período de prisão provisória não terá o condão de afetar o regime prisional inicial. Precedentes. (...)” (HC 480.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 10/04/2019).

No caso em tela, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a recidiva na prática de crime doloso determinam a estipulação do regime inicial intermediário, ainda que desconsiderado do total da pena o tempo da prisão cautelar.

4. Isto posto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso de JHONATAN GOMES DA SILVA, a fim de: (i) absolvê-lo das imputações de prática dos crimes tipificados nos artigos 311, *caput* e § 2º, inciso III, e 330, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal; (ii) operada a *emendatio libelli* quanto aos crimes de trânsito, dar o réu como incurso no artigo 306, c.c. o artigo 298, inciso III, do Código de Trânsito Brasileiro, e no artigo 331 do Código Penal, em concurso material; e (iii) reduzir suas penas para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, 12 (doze) dias-multa e 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, mantida, no mais, a r. sentença.

HERMANN HERSCHANDER

DESEMBARGADOR