



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000405224

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503834-64.2024.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante MARCOS HENRIQUE FERNANDES, 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: **Rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base e reconhecer a confissão espontânea, estabelecendo a pena final em seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.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

VOTO Nº 16428

Apelação Criminal nº 1503834-64.2024.8.26.0302

Comarca: 2ª Vara Criminal de Jaú

Juiz(a) de Direito: doutor(a) Ana Virginia Mendes Veloso Cardoso

Apelante: Marcos Henrique Fernandes

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Marcos foi condenado a sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 750 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. Em 7.11.2024, em Jaú/SP, foi encontrado com 64 porções de crack e 10 porções de cocaína, além de materiais relacionados ao tráfico.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em (i) a alegação de coação moral irresistível e (ii) a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A coação moral irresistível não foi comprovada, pois não há evidências de ameaça que justificasse a prática do crime.

4. A confissão espontânea foi reconhecida, mas a reincidência impede a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para reduzir a pena-base e reconhecer a confissão espontânea, estabelecendo a pena final em seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e 680 dias-multa.

TESE DE JULGAMENTO:

1. A coação moral irresistível deve ser comprovada de forma inconteste. 2. A reincidência impede a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/06, art. 33; Código Penal, art. 59, art. 33, § 2º, alínea "b"; Código de Processo Penal, art. 188, art. 387, parágrafo 2º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, REsp 1136233/CE, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, T6, j. 18.2.2016; STJ, HC 34.912/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, T5, j. 25.5.2004.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 238

O apelante, Marcos, foi condenado à pena de sete (7) anos e seis (6) meses de reclusão, em *regime inicial fechado*, e ao pagamento de setecentos e cinquenta (750) dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no **artigo 33**, “caput”, da Lei nº 11.343/06, sem possibilidade de apelar em liberdade, porque no dia 7.11.2024, por volta das 16h20min, na Avenida João Chamas, nº 1923, Jardim Padre Augusto Sani, Jaú/SP, tinha em depósito, para fins de tráfico, 64 porções de crack (122 gramas) e 10 porções de cocaína (22 gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

As investigações realizadas pela Polícia Judiciária apontavam o envolvimento de Marcos com o tráfico de drogas. Sendo assim, foi pleiteada e deferida autorização judicial para a realização de busca domiciliar. No dia dos fatos, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão, policiais civis localizaram Marcos no interior da residência. Iniciada as buscas, localizaram as drogas descritas, além de uma pochete preta com dinheiro. Havia uma grande porção em pó branco, a qual o apelante disse tratar-se de cafeína, utilizada para misturar drogas. Ainda, sobre o armário da cozinha, encontraram uma faca com resquícios de crack, uma balança de precisão e diversas embalagens tipo ziplock vazias.

Nas razões de apelação, sustentou-se **a) preliminar de coação moral**

irresistível, com absolvição com base no artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal; e **b)** compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência (fls. 257/266).

Contrarrazões da Acusação (fls. 270/272), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado ao Ministério Público em 17.3.2025 (fls. 250).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do apelo (fls. 284/288).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 238/242).

II – Fundamentação

De início, **a preliminar suscitada confunde-se com o mérito e**, portanto, com ele será analisada.

O apelo comporta parcial acolhimento, respeitando o entendimento da culta e dedicada Magistrada, doutora Ana Virginia Mendes Veloso Cardoso.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 5/10, boletim de ocorrência de fls. 15/18, auto de exibição e apreensão de fls. 20/21, fotografias de fls. 23/30, laudo das peças de fls. 121/133, laudos de constatação de entorpecente de fls. 134/145, 199/210 e prova produzida em Juízo, crack e cocaína foram apreendidos.

A *autoria* é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, **optou pelo silêncio**, respaldado em norma de ordem constitucional (fls. 14).

Em Juízo, **admitiu o delito**. Estava na Penitenciária I de Bauru, onde arrumou uma dívida com um traficante devido ao consumo de cocaína. Ao sair da prisão, deveria retornar com o dinheiro. Não conseguiu o valor. **Um carro parou em sua casa e perguntou se conhecia o "Cabelo". Contraiu a dívida com este traficante. Ele queria receber. Se não pagasse iriam "sumir" com ele.** Tentou resistir, disse que não iria vender. **Então ele e sua família foram ameaçados.** Não teve escolha. Eles levaram 150 gramas de crack e 150 gramas de cocaína. Realizava o comércio há duas semanas quando a polícia chegou. Não teria lucro nenhum, apenas pagaria sua dívida. Por isso não retornou à unidade prisional. A dívida era de R\$ 4.000,00.

Para que a excludente de culpabilidade incida, a coação moral deve ser irresistível, inevitável e insuperável, além de estar comprovada de forma inconteste. No caso, não há prova de que o recorrente tenha sido vítima de qualquer ameaça ou que sua ação criminosa fosse a única alternativa possível para se evitar o mal injusto e grave, até porque não forneceu informações suficientes para identificação e localização do suposto traficante que lhe obrigou a efetuar o comércio ilícito.

“1. Não há como acolher a tese de coação moral irresistível, porquanto não ficou suficientemente comprovado que os recorrentes teriam sido vítimas de promessa de mal grave e iminente, tampouco que teriam sofrido ameaças irresistíveis por parte de qualquer outra pessoa.” (STJ - **REsp 1136233/CE** - T6 - Sexta Turma - Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz - J. 18.2.2016 - DJe 29.2.2016).

“A coação física ou moral, para ser aceita como excludente de culpabilidade, há de ser irresistível, inevitável e insuperável, devendo ficar substancialmente comprovada por elementos concretos existentes dentro do processo.” (STJ - *HC 34.912/SP* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca - J. 25.5.2004 - DJ 28.6.2004).

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).

O apelante confessou o comércio de drogas, apesar de ter apresentado justificativa não comprovada nos autos.

Ozeas, policial civil, depôs que chegou **disque denúncia de tráfico de drogas no endereço dos fatos, com grande fluxo de usuários de drogas no local**. Havia denúncia de brigas durante a madrugada. Isso incomodava a vizinhança. **A Polícia Militar registrou diversos chamados para irem até o local**. Eles não adentravam por não terem mandado. **Vizinhos compareceram pessoalmente no distrito para denunciar**. **Disseram que os usuários de drogas perturbavam o sossego, chamando no portão a noite inteira e brigavam no local**. Foi solicitado mandado de busca e apreensão. O apelante

estava na residência. **Encontraram porções de crack na cozinha e no rack da sala. Havia cocaína no guarda-roupas. Também localizaram balança de precisão. No local, também havia uma porção branca que seria misturada com cocaína.**

Adriel, policial civil, depôs que participou no apoio da diligência. Encontraram drogas na casa do apelante. Não houve resistência. Havia porções de crack. Ao ser indagado, disse que as drogas haviam acabado de chegar para ele.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

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 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.

As provas são robustas e incriminam o apelante.

Acrescente-se que o tráfico manifesta-se por diversas formas, importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006), de sorte que guardar entorpecentes para o consumo de terceiros configura o ilícito penal. E a destinação mercantil da droga ficou demonstrada pela considerável quantidade apreendida, sobretudo diante das denúncias do tráfico ilícito.

No caso, o apelante tinha em depósito **10 porções de cocaína** (12,49 gramas, fls. 136) e **64 porções de crack** (97,56 gramas, fls. 137), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

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 despicienda 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).

A pena comporta reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base é elevada em somente 1/6 pelos maus antecedentes (autos nº 0006859-77.2015.8.26.0302, art. 155, § 4º, CP, fls. 167), visto que a quantidade entorpecentes apreendidos embora não seja ínfima, também não se revela exacerbada se comparada a casos análogos (12,49 gramas de cocaína, fls. 136; e 97,56 gramas de crack, fls. 137), tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Na **segunda fase**, imperativo o reconhecimento da confissão espontânea, embora o apelante tenha alegado coação moral irresistível, admitiu que efetuava o comércio proscrito em sua residência, devendo incidir, desse modo, a Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça. Por conseguinte, devido a dupla reincidência (autos nº 0004118- 64.2015.8.26.0302, art. 155, § 4º, CP, fls. 167/168; e 1500201-50.2021.8.26.0302, arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06, fls. 168/169), a atenuante é parcialmente compensada, com agravamento da pena em 1/6, tem-se seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa.

Na **terceira fase**, em razão da **recidiva**, 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 o envolvimento do recorrente com o tráfico de drogas, já que uma das condenações é por crime de mesma natureza.

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).

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).

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, alguém 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.

Os maus antecedentes, igualmente, isoladamente ou em conjunto, impedem a diminuição: "2. Se no momento do julgamento da ação penal por tráfico de drogas já houver condenação transitada em julgado por fato pretérito, ou seja, cometido em momento anterior ao que ensejou a denúncia que está sendo examinada, resta configurada a existência de maus antecedentes, afastando-se a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006." (*AgRg no AREsp 2301358/PR* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 27.4.2023 – DJe 3.5.2023). Também: *AgRg no HC 787997/SP* – T6 – Sexta Turma – Relª. Minª. Laurita Vaz – J. 27.3.2023 – DJe 31.3.2023.

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

O regime é 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 inserida 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 consequências 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).

O apelante registra **maus antecedentes e reincidência**. Ele reitera na prática de delitos, inclusive no tráfico de drogas, 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.

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

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).

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).

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.

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 (artigo 44, inciso I, do Código Penal). O apelante é reincidente (artigo 44, inciso II). Caso isso fosse feito, não teria consciência da ilicitude 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, que não é o caso.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso para reduzir a pena-base e reconhecer a confissão espontânea, estabelecendo a pena final em seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso preso (fls. 241). 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 e com maus antecedentes. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da 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.