



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000279550

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501196-89.2023.8.26.0594, da Comarca de Piratininga, em que é apelante CARLOS HENRIQUE DA SILVA OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a preliminar, 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 AMARO THOMÉ (Presidente) E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 20 de março de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal no. 1501196-89.2023.8.26.0594

Apelante: Carlos Henrique da Silva Oliveira

Apelado: Ministério Público

Comarca: Piratininga

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de entorpecentes. Recurso da defesa. Pleito de anulação do processo em razão da ausência de intimação do réu do recebimento do ofício de fl. 223. Não comprovado prejuízo. Preclusão. Mérito. Materialidade e autoria demonstradas pelos exames periciais e prova oral produzida. Depoimentos firmes e coerentes dos policiais militares responsáveis pela diligência. Validade. Desclassificação para uso. A natureza, quantidade e a forma de acondicionamento da substância entorpecente apreendida, além das circunstâncias da prisão em flagrante denotam a traficância. Pena e regime prisional fixados com critério e correção, ante o mau antecedente do apelante. Apelo improvido.

Voto no. 52.124

1. A r. sentença prolatada¹ pelo MM. Juiz de Direito, Dr. FERNANDO BALDI MARCHETTI, cujo relatório ora se adota, condenou **Carlos Henrique da Silva Oliveira** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei

¹ Fls. 319/327.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

no. 11.343/06, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, no piso legal.

Inconformado, apela o réu.

Postula a Defesa², preliminarmente, a anulação do processo em razão da ausência de intimação do réu do recebimento do ofício de fl. 223. No mérito, pleiteia a absolvição por insuficiência de provas para a condenação, ou a desclassificação para a conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, requer a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Oferecidas as contrarrazões³, sobreveio r. parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, de lavra da Dra. SUELI PEREIRA, é pela rejeição da matéria preliminar e, no mérito, pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

2. Afasta-se, desde logo, a preliminar arguida.

Postula a Defesa o reconhecimento de nulidade de todo o processo em razão da ausência de intimação do réu do recebimento do ofício de fl. 223.

Sem razão.

² Fls. 348/365.

³ Fls. 375/382.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

O referido ofício é uma comunicação feita pela Santa Casa de Misericórdia de Piratininga/SP, informando que não possui as filmagens das câmeras de monitoramento do dia 20 de setembro de 2023, uma vez que as imagens são automaticamente deletadas após o prazo de 15 dias.

Como bem observou o MM. Juiz sentenciante, *“não há que se falar em nulidade do feito porquanto a Defesa foi devidamente cientificada acerca do ofício de fls. 223, tendo oportunidade de se manifestar sobre referido documento tanto durante o prazo para memoriais quanto durante o prazo para complementação deste, em obediência aos princípios da ampla defesa e contraditório.”*⁴

De qualquer modo, se nulidade houvesse, ela seria meramente relativa, tendo o seu reconhecimento sujeito, pois, não apenas a alegação oportuna, que não houve, mas também a demonstração de prejuízo, que igualmente não se verificou.

Rejeita-se, pois, a preliminar suscitada.

3. Passo à análise do mérito.

A acusação é de que no dia 20 de setembro de 2023, por volta das 22h25min, na Rua Mário Cardoso Castro, nº 01, Jardim Vilani, na cidade e comarca de Piratininga, Carlos Henrique da Silva Oliveira trazia consigo, para fins de tráfico, 2 porções de *crack*, com peso líquido de 0,16g (dezesesseis centigramas), 2 porções *crack*, com peso líquido de 0,35g (trinta e cinco centigramas), e 40 porções de *crack*, com peso líquido de 4,04g (quatro

⁴ Fls. 320.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

gramas e quatro centigramas).

Nos exatos termos da denúncia, “(...) na data do fato policiais militares realizavam patrulhamento preventivo quando, ao passarem por um beco, avistaram o denunciado e o indivíduo Fabio Rodrigues de Carvalho, os quais, ao perceberem a aproximação da viatura policial, se abaixaram e se esconderam atrás de um carro. Apurou-se que, em seguida, o denunciado dispensou uma sacola plástica e a empurrou para debaixo de um carro, sentou-se em uma motocicleta e tentou se evadir para escapar à abordagem, mas foi contido pelos policiais. Ato contínuo, os policiais procederam à revista pessoal do denunciado e encontraram com ele 02 (duas) pedras da droga cocaína, na forma conhecida como crack, embaladas em plástico. Prosseguindo, os policiais localizaram a sacola por ele dispensada, a qual continha em seu interior 40 (quarenta) porções petrificadas da droga “cocaína”, na apresentação conhecida como “crack”, embaladas em plástico e prontas para a venda. Com o indivíduo Fabio Rodrigues de Carvalho foram localizadas mais 02 (duas) pedras embaladas de cocaína, na forma conhecida como crack. Indagado, Fabio Rodrigues de Carvalho declarou que mora em frente ao local da abordagem e admitiu que havia acabado de comprar aquelas 02 (duas) pedras de crack do denunciado. Além da droga, os policiais apreenderam a quantia de R\$ 221,00 (duzentos e vinte e um reais) em espécie na posse do denunciado, bem como a quantia de R\$ 32,00 (trinta e dois reais) na sacola plástica por ele dispensada (auto de exibição e apreensão de fls. 20/21). Consta, ainda, que durante a abordagem o aparelho celular do denunciado tocava constantemente. Indagado, o denunciado admitiu que naquela noite havia combinado outra venda de droga para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

um indivíduo conhecido por “Dimas”, o qual o esperava na praça da matriz. Com base nessa informação, os policiais se deslocaram até a citada praça e localizaram Dimas dos Santos Macedo, que, perguntado, confidenciou que ali estava para comprar uma pedra de crack de um rapaz conhecido por “Carlos”, ora denunciado (fl. 10). O laudo de constatação provisória nº 311.497/2023 (fls. 23/31) atestou tratar-se a substância apreendida da droga “cocaína”. Dessa forma, a natureza da droga apreendida, sua forma de acondicionamento, somados às circunstâncias do fato e aos relatos policiais, evidenciam a finalidade de comercialização dos entorpecentes por parte do denunciado.”⁵

Consoante superiormente demonstrado pela r. sentença, cujos fundamentos acolho como razões de decidir, restou indubitado que o acusado praticou o crime que lhe é imputado.

A materialidade é demonstrada pelo exame químico-toxicológico⁶.

A autoria igualmente é certa, assim como a destinação da droga à mercancia.

Na delegacia⁷, o apelante alegou que na noite anterior um indivíduo conhecido como "Fábio" lhe pediu, via *WhatsApp*, para comprar duas pedras de *crack*. Foi até a casa de Fábio, onde recebeu R\$ 40,00, e com esse dinheiro seguiu para Bauru, no bairro Ouro Verde. Lá adquiriu as duas pedras de *crack* solicitadas por Fábio e dois pinos de cocaína para uso

⁵ Fls. 1/3.

⁶ Fls. 240/244.

⁷ Fl. 14.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

peçoal. Disse ser usuário de cocaína. Consumiu os dois pinos em Bauru e, em seguida, retornou a Piratininga, indo novamente à casa de Fábio para entregar as pedras de *crack*. Enquanto ainda conversava com Fábio, foi abordado pela Polícia Militar. Foi revistado e nenhuma droga foi encontrada em sua posse. Quanto aos R\$ 221,00 em dinheiro que portava, afirmou tratar-se de fruto de seu trabalho como azulejista e negou estar carregando qualquer sacola plástica. Após a abordagem, foi conduzido pelos policiais à Santa Casa de Piratininga para realização de exame de corpo de delito. Enquanto estava na Santa Casa, o policial militar Júnior teria se ausentado por um breve momento e retornado posteriormente, momento a partir do qual foi informado sobre a suposta apreensão das drogas. Não estava com nenhuma droga no momento da abordagem. Desconhecia a origem das duas pedras de *crack* alegadamente encontradas, assim como da sacola plástica contendo 40 pedras de *crack* e R\$ 32,00 em dinheiro. Por fim, mencionou que o indivíduo Dimas o havia contatado via *WhatsApp*, mas nenhuma combinação foi feita, pois seu celular havia sido apreendido pelos policiais e estava fora de sua posse.

Em Juízo, negou a imputação. Alegou que não estava com as drogas no momento da abordagem. O entorpecente apreendido não lhe pertencia. Nada tinha contra os policiais militares. Trabalhava como azulejista. Afirmou que enquanto estava na Santa Casa, o policial militar Júnior se ausentou com a viatura por um breve momento e, ao retornar, disse: “A droga é sua, se vira”. Dirigiu-se à Santa Casa para solicitar as



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

filmagens das câmeras de segurança do local, sendo informado de que deveria aguardar, pois entrariam em contato posteriormente. Disse ser apenas usuário de cocaína.

A prova, contudo, incrimina o apelante.

Com efeito, sob a égide do contraditório, o policial militar Edmilson Ferreira da Cruz confirmou os fatos descritos na exordial acusatória. Esclareceu, em suma, que havia várias denúncias anônimas indicando o réu Carlos Henrique, conhecido como *Popeye*, como traficante, informando que ele estava comercializando drogas na rua onde residia, localizada em um beco. No dia dos fatos, receberam nova denúncia de que o réu estava vendendo drogas, motivo pelo qual foram ao lugar informado. Ao chegarem avistaram duas pessoas, que se abaixaram atrás de um veículo estacionado. Nesse momento, o acusado soltou ao solo uma sacola que estava em suas mãos, empurrando-a para debaixo do carro. Durante a abordagem, o réu tentou fugir, mas foi contido. Na posse do réu foram encontradas duas pedras de *crack* e aproximadamente duzentos reais em dinheiro. Além disso, recuperaram a sacola jogada ao chão, que continha uma quantidade maior de entorpecentes. Um dos indivíduos presentes no local admitiu ter acabado de adquirir droga do acusado. Ao ser preso, o réu passou a agir de forma sarcástica, afirmando que ainda tinha uma entrega para fazer na Praça da Matriz. No local indicado pelo acusado encontraram o usuário Dimas, que confirmou ter combinado recentemente uma entrega de drogas com *Popeye*, apelido pelo qual o réu era conhecido. Dimas era



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

usuário de droga conhecido na cidade. Ressaltou que as testemunhas Fabio e Dimas eram conhecidas como usuários de drogas.

No mesmo sentido o relato em Juízo do policial militar Carlos Alberto Silva Júnior. Este deu conta de diversas denúncias indicando que o acusado realizava entregas de drogas no esquema conhecido como *delivery*. O réu residia na Travessa Nicolino, um local notório por ser ponto de comercialização de drogas, com histórico de várias ocorrências relacionadas. No dia dos fatos, receberam uma denúncia anônima informando que havia chegado uma nova remessa de drogas para entrega naquele endereço. Foram ao local e observaram o réu negociando a venda de entorpecentes com um terceiro (testemunha Fabio). O acusado afirmou que faria outra entrega de droga a uma pessoa que o aguardava na Praça da Matriz. Todos os envolvidos foram conduzidos à Delegacia de Polícia. Ao perceber a presença policial, o réu tentou se desfazer de uma sacola, soltando-a ao chão. Efetuaram a revista pessoal no acusado. Em seguida, localizaram a sacola, que continha uma quantidade significativa de drogas. Não se recordou se havia dinheiro com o réu, já que foi seu parceiro que efetuou a revista pessoal. Questionado, o acusado confessou informalmente a traficância, afirmando que buscava os entorpecentes na cidade de Bauru para revendê-los em Piratininga. Destacou, ainda, que o acusado foi surpreendido em pleno ato de venda e, mesmo após obter liberdade provisória, voltou a praticar o tráfico de drogas na cidade, segundo informações anônimas recebidas.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

Tais relatos merecem crédito.

Nada impede que policiais, como quaisquer outras pessoas, testemunhem sobre fatos de que tiveram conhecimento. Repele-se a preconceituosa objeção que procura inquinar aprioristicamente os depoimentos prestados por policiais, como se estes, em princípio, não fossem dignos de credibilidade.

Seria impensável que o Estado, sem qualquer motivo concreto, desprezasse os depoimentos daqueles que ele mesmo constituiu e a quem confiou a tarefa de velar pela segurança pública.

Inexistindo qualquer indício de que os policiais militares tivessem algum interesse em incriminar falsamente o apelante, seus depoimentos, seguros e coesos, merecem crédito.

Sobre a validade dos policiais, a doutrina e a jurisprudência mostram-se assentes e consoantes.

Da jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal colhe-se:

“VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência.” (HC 73518, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1996, DJ 18-10-1996 PP-39846 EMENT VOL-01846-02 PP-00293).

A par disso, nenhuma das testemunhas foi contraditada na oportunidade própria. Todas prestaram os depoimentos sob o dever de dizer a verdade.

Impende destacar ainda que as testemunhas policiais, em contraditório judicial, podem **esclarecer** e **acrescentar** detalhes sobre as diligências realizadas.

E pequenas divergências, relativas a aspectos secundários, são usuais entre depoimentos testemunhais, tendo em conta o tempo decorrido desde os fatos até a audiência, o grau de percepção de cada qual, e, sobretudo, cuidando-se de guardas municipais, o sem número de diligências de que participam.

Assim já se decidiu:

“(…) Entretanto, importante registrar que as pequenas contradições apontadas pela combativa Defesa não merecem acolhimento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

É cediço que pequenas contradições apontadas nos depoimentos das testemunhas, que não afetam a apuração da verdade substancial, devem ser consideradas fruto da observação de cada indivíduo. É correto o entendimento de que, pequenas divergências ou ligeiras contradições, em depoimentos de testemunhas, ao contrário dos absolutamente coincidentes, não geram dúvidas ou suspeitas, pois decorrendo próprio psiquismo humano.” (TJSP – APR: 0102833-58.2014.8.26.0050, Relator: Desembargador Sérgio Ribas, Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Julgamento: 12/09/2019, Data de Publicação: 12/09/2019, p. 23).

“PROVA CRIMINAL – Testemunha – Depoimento – Divergências apontadas pela Defesa – Ocorrência que não tem o condão de invalidar o fato principal sobre o qual ela testemunhou – Recurso não provido. As pequenas contradições da prova decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas, em geral, pelas condições em que a prova é realizada” (TJSP – Ap. Crim. No. 226.607-3 – SP – 4ª. Câ. Crim. – Rel Des Passos de Freitas – j. 09.12.97 – v.u.).

Note-se, ainda, que o acusado afirmou no interrogatório não ter nada contra os policiais militares. Nada indica, portanto, que estes pudessem ter qualquer interesse em incriminá-lo falsamente.

De outra parte, a testemunha Fábio Rodrigues de Carvalho asseverou em Juízo que estava com o réu no dia dos fatos e que adquiriu



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

dele duas pedras de *crack*. O acusado foi buscar a droga e a entregou, momento em que planejava repassá-la para um amigo. Essa foi a primeira vez que o réu lhe entregou drogas e pagou vinte reais por cada pedra de *crack*. Não presenciou a abordagem e a revista do réu pelos policiais, pois havia entrado em sua residência. Posteriormente, foi chamado pelos policiais para comparecer à Delegacia de Polícia e prestar depoimento. O acusado trabalhava como pedreiro.

A testemunha Dimas dos Santos Macedo, por sua vez, asseverou em Juízo que estava na Praça da Matriz e havia combinado previamente com o réu a compra de drogas. Isso já havia ocorrido em outras ocasiões, tendo entregado ao réu cerca de vinte reais pela substância. Consumia drogas apenas em momentos de recaída e, antes do dia dos fatos, já havia adquirido entorpecentes do réu uma ou duas vezes.

Como se percebe, a prova acusatória é segura, notadamente a apreensão realizada — razoável quantidade de droga e dinheiro - e os relatos das testemunhas e dos insuspeitos policiais militares.

A narrativa dos policiais militares foi corroborada pela testemunha Fabio, que confirmou ter adquirido duas pedras de *crack* do réu no momento da abordagem, pagando R\$ 20,00 por cada unidade. Fabio ainda informou que as substâncias seriam entregues a um terceiro. De forma complementar, a testemunha Dimas afirmou que aguardava o réu na Praça da Matriz para concluir a compra de drogas, transação que já havia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

realizado outras vezes. Ambos os testemunhos são convergentes e reforçam o envolvimento direto e habitual do acusado na prática de tráfico de entorpecentes.

A natureza, quantidade e a forma de acondicionamento dos entorpecentes - 2 porções de *crack*, com peso líquido de 0,16g 2 porções *crack*, com peso líquido de 0,35g, e 40 porções de *crack*, com peso líquido de 4,04g -, somadas à denúncia anônima que ensejou a diligência, à movimentação típica de venda de drogas visualizada pelos policiais, à tentativa de fuga do acusado, ao dinheiro apreendido – R\$ 253,00⁸ -, à confissão informal do réu aos policiais, aos depoimentos das testemunhas e dos policiais militares e às demais circunstâncias que ensejaram o flagrante, denotam, de maneira hialina, a traficância.

Logo, inviável acolher-se a pretensão absolutória ou desclassificatória, ressaltando-se, ainda, que eventual condição de usuário não exclui a de traficante.

4. Passa-se à análise da reprimenda.

Na primeira fase, bem fundamentada a estipulação da pena em 1/6 acima do mínimo legal – 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa -, tendo em vista o mau antecedente do acusado⁹.

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes.

⁸ Fl. 23.

⁹ Fls. 60/61.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

Na terceira etapa, inalterada a sanção, ante a inexistência de causas de aumento ou diminuição.

O mau antecedente, de fato, impede a aplicação da minorante do artigo 33 § 4º da Lei no. 11.343/06.

Resultou, assim, a pena definitiva de **5 anos e 10 meses e 583 dias-multa.**

5. Finalmente, o regime inicial de cumprimento da pena somente pode ser o fechado, tendo em vista as graves circunstâncias do fato, já enfatizadas e o mau antecedente do apelante.

O montante da pena não autoriza a substituição por restritivas de direitos ou concessão de *sursis*.

Também 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 mais gravoso.

Cabe lembrar que a detração do artigo 387 § 2º do CPP, 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

(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, § 3º. 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.” (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 13.ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 805/806).

Nesse 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*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

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, § 2.º, 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
14ª Câmara de Direito Criminal

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).

6. Isto posto, pelo meu voto, afastada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

HERMANN HERSCHANDER

Desembargador Relator