



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000298160

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500458-02.2024.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante EDUARDO FREITAS 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: **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 Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente) E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 27 de março de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº. 1500458-02.2024.8.26.0066

Apelante: Eduardo Freitas Silva

Apelado: Ministério Público

Comarca: Barretos

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Recurso defensivo. Nulidade. Invasão de domicílio. Inocorrência de ilegalidade. O princípio da inviolabilidade do domicílio admite exceção em caso de flagrante delito, sendo desnecessário mandado judicial em flagrante de crime permanente. Mérito. Pleitos defensivos. Fixação da pena-base no mínimo legal, afastamento da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, abrandamento do regime prisional, reconhecimento da detração e restituição do aparelho celular apreendido. Pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade e de justiça gratuita. Pena mantida. Pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão do mau antecedente do réu, conforme entendimento exposto no Tema 150 do STF. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão. Redutor negado em razão do mau antecedente e da reincidência específica. Bem configurada a causa de exasperação de pena prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/06, conforme provas coligidas, incluindo relatório de investigação e croqui. Tráfico praticado nas proximidades de sede de entidade beneficente. A lei não exige que a droga se destine diretamente aos frequentadores dos locais ou estabelecimentos elencados. Circunstância de perigo abstrato. Regime inicial fechado fixado com critério, considerando a reincidência específica e as graves circunstâncias do fato. O montante da pena não autoriza a substituição por pena restritiva de direitos ou concessão de sursis. Mantido o perdimento do aparelho celular apreendido. Prisão mantida. Justiça gratuita indeferida. Apelo improvido.

Voto nº. 52.760

1. A r. sentença prolatada¹ pelo MM. Juiz de Direito, Dr. LUCIANO DE OLIVEIRA SILVA, cujo relatório ora se adota, condenou o réu **Eduardo Freitas Silva** como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº. 11.343/06, às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 680 dias-multa, no piso legal.

Postula a Defesa², preliminarmente, a anulação do processo em razão da produção de provas ilícitas, ante a invasão de domicílio do acusado. No mérito, pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da causa de aumento de pena descrita no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, o abrandamento do regime prisional, o reconhecimento da detração, a restituição do aparelho celular apreendido, bem como a concessão do direito de recorrer em liberdade e do benefício da Justiça gratuita.

Devidamente contra-arrazoados os recursos³.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, de lavra do Dr. MANOEL CIRILO RODRIGUES, é pelo afastamento da matéria preliminar e, no mérito, pelo improvimento apelo defensivo.

É o relatório.

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

Não se vislumbra o vício apontado pela combativa Defesa, consistente na

¹ Fls. 376/385.

² Fls. 417/452.

³ Fls. 455/467.

obtenção de prova ilícita por violação de domicílio.

Consoante dispõe a Constituição Federal, o princípio da inviolabilidade do domicílio sofre exceção em caso de flagrante delito.

Ora, guardar entorpecente para fins de tráfico é delito de caráter permanente. Portanto, é lícita a penetração de policiais no domicílio do autor da infração penal que ali se comete, prescindido o mandado.

A propósito, julgados deste E. Tribunal:

"Tóxico - Uso próprio - Apreensão mediante invasão de domicílio - Diligência iniciada na rua e complementada na residência do acusado - Suspeita fundada da situação de flagrante em crime permanente - Inocorrência de ofensa ao art. 5o., inciso XI da Constituição Federal. "A Constituição da República não proíbe a busca e apreensão de coisas por ocasião do flagrante, mantendo sua eficácia o art. 240 do CPP, que compreende na busca domiciliar tanto a prisão como a apreensão das coisas" (TJSP - AC 120.661-3 - Rel. Dante Busana - JTJ 141/403);

"(...) Com relação à ilegalidade da prisão e apreensão dos entorpecentes devido à ausência de mandado judicial de busca e apreensão a mesma deve ser rejeitada. Havendo flagrante delito, nada impede que a autoridade policial penetre na residência do agente, a qualquer hora, sem estar munida de ordem judicial. Ressalte-se que o delito de tráfico de drogas é crime de natureza permanente, que se protraí no tempo, sendo certo que é permitida a prisão em flagrante a qualquer momento. Dispensável, portanto, a expedição de prévio mandado de busca e apreensão." (TJSP – APR: 0001223-73.2014.8.26.0300, Relator: Desembargador Carlos Monnerat, Órgão Julgador: 8ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Julgamento: 06/06/2017, Data de Publicação: 14/06/2017, p. 04).

No mesmo sentido, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPLORAÇÃO DO JOGO DO BICHO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. ALEGADA NULIDADE DO FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. ACESSO ILEGAL A DADOS DE CELULAR. IRRELEVÂNCIA. CUSTÓDIA DECRETADA COM FUNDAMENTO DIVERSO. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NATUREZA, VARIEDADE E CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA TÓXICA APREENDIDA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MAIS BRANDAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. (...). 2. Nos casos de crime permanente, havendo fundada suspeita, é dispensável o mandado de busca e apreensão, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. (...) 8. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 487.050/SC, Relator: Ministro Jorge Mussi, Órgão Julgador: Quinta Turma, Data de Julgamento: 26/03/2019, Data de Publicação: 09/04/2019).

No caso dos autos, os policiais civis relataram que em momento anterior houvera uma apreensão de entorpecentes no imóvel onde ocorreram os fatos. Informações indicaram que o réu era o proprietário das drogas, o que levou à decisão de monitorar o local. Desde 2023 havia informações de que o apelante estava intensamente envolvido na prática do tráfico de drogas na residência localizada na Avenida 9, nº 01547, no bairro São Salvador. Na data dos acontecimentos, um dos policiais civis passou em frente ao imóvel e observou uma motocicleta estacionada em frente ao portão de acesso aos fundos da residência,

com a placa voltada para o lado do "brejo". Considerando as informações de que o local estava desabitado e a estranheza da presença do veículo, os policiais civis decidiram investigar. Ao olhar por uma cerca lateral do imóvel, conseguiram avistar o apelante em pé ao lado de um fogão de lenha, manipulando substâncias entorpecentes. Diante das circunstâncias, que indicavam a prática do crime permanente de tráfico de drogas, os policiais adentraram no imóvel e abordaram Eduardo. Ao lado do fogão de lenha, em uma pedra, foram encontrados dois *ependorfs* contendo cocaína, dois pratos com vestígios de pó branco, uma peneira e uma faca. Próxima à pedra havia uma cadeira, sob a qual foram localizadas duas sacolas contendo porções de cocaína, microtubos com cocaína, porções de *crack*, uma balança de precisão e alguns microtubos vazios. No quintal, foi apreendida uma mochila contendo cerca de 1.000 microtubos vazios. Durante conversa informal, o réu confessou sua atuação no tráfico. Após a prisão do apelante, os policiais se dirigiram à residência dos familiares para informar sobre a detenção e realizar buscas no imóvel onde o réu residia. O pai do apelante autorizou a entrada dos policiais, mas nada de ilícito foi encontrado na residência.

A alegação de que o genitor do réu não autorizou a entrada dos policiais no imóvel não tem impacto relevante, pois na residência supostamente violada não foi apreendido nenhum material ilícito. O único local onde foram encontrados entorpecentes e apetrechos para o tráfico foi o imóvel desabitado, sendo que a diligência foi realizada somente após os policiais observarem a presença de uma motocicleta estacionada em frente à residência desabitada e verem, por cima de uma cerca, o réu manipulando drogas.

Não há dúvida, nesse quadro, de que as circunstâncias tornavam presente a situação de flagrância de crime permanente.

Rejeita-se, pois, a preliminar suscitada.

3. Passo à análise do mérito.

A acusação é de que no dia 4 de março de 2024, por volta das 10h45min, na Avenida 9, nº 0154, São Salvador, na cidade e comarca de Barretos, Eduardo Freitas Silva guardava, para fins de tráfico, 165 *ependorfs* de cocaína, com peso líquido de 187,25 gramas, 4 porções de cocaína, com peso líquido de 225,79 gramas, e 3 porções de cocaína, com peso líquido de 2,65 gramas.

Nos exatos termos da denúncia, “(...) o autor guardava no local dos fatos drogas, as quais eram destinadas ao consumo de terceiros. No dia da ocorrência, ele estava manipulando drogas no quintal do local. Ocorre que policiais já haviam feito apreensão de drogas no imóvel e havia suspeitas de que o dono das drogas era o autor. Diante disso, passaram a monitorar o local e no dia dos fatos, quando passaram defronte a casa, avistaram uma motocicleta parada, levantando suspeitas. Diante disso, os policiais subiram e olharam obre o muro, avistando o autor manipulando drogas sobre uma pedra ao lado de um fogão de lenha localizado no quintal. Diante das evidências do tráfico, os policiais adentraram no imóvel e abordaram o denunciado. Sobre a pedra, encontraram 02 (dois) microtubos com cocaína, 02 (dois) pratos com resquícios de pó branco (laudo pericial às fls. 130/132, 144/145 e 182/183), 01 (uma) faca (laudo pericial às fls. 139/141) e 01 (uma) peneira (laudo às fls. 133/135), todos com resquícios de drogas. O denunciado apontou uma cadeira que estava próxima a ele, onde os policiais encontraram mais 02 (duas) sacolas contendo as drogas apreendidas, 01 (uma) balança e alguns microtubos vazios, além de papel filme e tesoura (laudo pericial de fls. 136/138). Em uma mochila, nos fundos do terreno do imóvel, encontraram um saco fechado com aproximadamente 1.000 (mil) microtubos de cor rosa, vazios. Inquirido informalmente sobre os fatos, o denunciado admitiu que estava realizando tráfico de drogas, alegando que estava precisando de dinheiro para pagar sua defesa em outro processo. O denunciado foi ouvido às fls. 05 reservando o direito em permanecer calado. Registre-se que, no caso, patente está a destinação da droga à venda, haja vista a grande quantidade de drogas encontradas na posse do denunciado, as quais estavam fracionadas,

*prontas para serem comercializadas, além de diversos petrechos destinados a preparação e embalagem de drogas para venda. Somado a isso, conforme relatório de fls. 112/113, o autor é amplamente conhecido nos meios policiais pela prática do tráfico, restando comprovado que a droga encontrada em sua posse era destinada à traficância. Por fim, o crime foi praticado nas imediações de sede de entidade beneficente – 250 metros da Sociedade Beneficente e Recreativa Estrela d' Oriente -, devendo incidir, assim, o aumento de pena previsto no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06 (Relatório às fls. 112/113)."*⁴

A insurgência recursal, quanto ao mérito, não diz respeito ao reconhecimento de materialidade e autoria. Estas restaram plenamente demonstradas, tal como concluiu a r. sentença, ora adotada, tendo em vista o exame químico-toxicológico⁵ e a prova oral coligida, notadamente a confissão do apelante e os depoimentos dos policiais civis José Eduardo do Nascimento Thales Neves França, os quais esclareceram como se deu a apreensão da substância entorpecente.

Objetiva a Defesa, apenas, a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da causa de aumento de pena descrita no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, o abrandamento do regime prisional, o reconhecimento da detração, a restituição do aparelho celular apreendido, bem como a concessão do direito de recorrer em liberdade e do benefício da Justiça gratuita.

Ao contrário do que afirmam as razões recursais, restou bem configurada a causa de exasperação de pena prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/06, de acordo com a prova coligida – relatório de investigação⁶ e croqui⁷ -, não restando dúvida a respeito de o comércio espúrio ter sido praticado nas proximidades de sede de entidade beneficente – a 250 metros da Sociedade Beneficente e Recreativa Estrela d' Oriente.

⁴ Fls. 190/192.

⁵ Fls. 109/111, 142/143, 144/145, 146/148, 194/196 e 197/198.

⁶ Fl. 112

⁷ Fl. 113.

Sobreleva notar que se pune mais gravemente o tráfico cometido nas imediações de estabelecimentos de ensino, prisionais, hospitalares, sedes de entidades culturais, sociais, recreativas ou esportivas, dentre outras enumeradas pela lei, tão somente em virtude do aumento do risco à saúde pública, bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

A lei não exige que a droga se destine diretamente aos frequentadores dos referidos locais ou estabelecimentos. Trata-se de circunstância de perigo abstrato: nos termos do texto legal, basta a proximidade do local do tráfico em relação a locais onde se aglomeram pessoas para que se configure a causa de aumento de pena.

Assim já decidiu este E. Tribunal:

“Para a incidência da majorante prevista no art. 18, IV, da Lei nº. 6.368/76, evidentemente, há necessidade de que o agente saiba que está nas imediações ou no interior dos estabelecimentos enumerados, mas não exige a lei que esse estabelecimento seja especialmente visado pelo traficante. Bastam a proximidade física e o conhecimento dessa proximidade” (TJSP – AC 37.804-3 – Rel. Silva Leme – RT 607/304).

Passo à análise da reprimenda.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal, totalizando 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, em razão do mau antecedente do acusado, evidenciado por sua condenação definitiva por delito semelhante⁸.

Respeitados os entendimentos em sentido oposto, tenho que o decurso do lapso depurador do artigo 64, inciso I, do Código Penal tem o efeito circunscrito

⁸ Fl. 50 (proc. nº 0004609-37.2014.8.26.0066).

pelo próprio dispositivo, qual seja, o de afastar a reincidência.

Ele não impede, portanto, que aquela condenação criminal transitada em julgado seja considerada, na primeira fase da dosimetria da pena, como antecedente desabonador.

De fato, é preciso levar em conta que a reincidência, ao contrário dos meros maus antecedentes, não gera efeitos somente sobre o *quantum* da pena do sentenciado, mas igualmente sobre a concessão de benefícios, seja na sentença, seja na fase executória. Para citar apenas alguns desses efeitos, pode-se rememorar que a recidiva obsta, em princípio, a substituição da pena privativa de liberdade e a concessão de *sursis*; ela impõe regime inicial mais severo; ela torna necessário o decurso de prazo maior para a obtenção de livramento condicional e, no caso dos crimes hediondos, para a progressão.

Foi à vista desses severos efeitos que o legislador, buscando evitar que se eternizassem, instituiu a chamada “prescrição da reincidência”, depois de decorridos cinco anos do cumprimento ou extinção da pena.

Todavia, isso 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.

Ora, esse fato, indubitavelmente, denota culpabilidade mais acentuada, o que justifica a fixação de sua pena-base acima do patamar mínimo.

É claro que o juiz, prudentemente, deverá dosar esse aumento levando em conta, ao lado das demais circunstâncias judiciais, o tempo já decorrido desde a extinção da reincidência e a própria gravidade da infração que ensejou a

condenação anterior.

Tem-se, pois, que o lapso depurador da reincidência não impede que se considere a condenação anterior como antecedente desabonador.

Nesse sentido, aliás, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

“O transcurso de prazo superior a cinco anos entre a data do término do cumprimento da condenação anterior ou da extinção da pena e a data do delito posterior apenas impede o reconhecimento da reincidência do réu, devendo tal circunstância ser sopesada como mau antecedente, permitindo a exarcebação da pena-base acima do piso legal.” (HC 196.026/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 19/05/2011);

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. DECURSO DE INTERREGNO QUINQUENAL. PERÍODO DEPURADOR QUE PREVALECE APENAS PARA FINS DE REINCIDÊNCIA. DESINFLUÊNCIA COM RELAÇÃO AOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. POSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO DA PENA BASE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.” (HC 193.476/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 04/05/2011);

“PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. PENA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. PERÍODO DEPURATIVO. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE. (...) Transcorrido o período depurativo do art. 64 do Código

Penal, não podem as condenações anteriores serem consideradas para a reincidência, mas legitimam, por outro lado, exasperação da pena-base, pelo veio dos maus antecedentes. Precedentes.4. Ordem denegada.” (HC 94.035/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 23/08/2010).

No mesmo sentido o tema 150 do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

De outra banda, na segunda fase, foram acertadamente compensadas a atenuante da confissão e a agravante da reincidência (específica)⁹, eis que ambas são circunstâncias de natureza subjetiva, equivalendo-se, em consonância com a previsão do artigo 67 do Código Penal.

Na derradeira etapa, em virtude de uma majorante - do artigo 40, inciso III, da Lei nº. 11.343/06 -, adequado o aumento mínimo de 1/6, atingindo a sanção final **de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.**

O mau antecedente e a reincidência, de fato, impedem a aplicação do redutor do artigo 33 § 4º da Lei nº. 11.343/06.

Anote-se que não há falar-se em *bis in idem*, na esteira do entendimento desta C. 14ª Câmara Criminal¹⁰, por funcionar a reincidência como circunstância agravante genérica e fator impeditivo à incidência da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei no. 11.343/06, já que se trata de efeitos diversos, legalmente previstos, provenientes do mesmo instituto, produzidos em fases distintas da dosimetria da pena.

Nessa esteira já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“(…) A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa

⁹ Fls. 50/51 (proc. 0009961-68.2017.8.2.0066).

¹⁰ Confira-se, a propósito, apelação criminal no. 0032949-88.2010.8.26.0564, relatada pelo eminente Des. WILSON BARREIRA.

especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 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, em razão da reincidência, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. (...).” (HC 237.729/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 08/05/2014).

Finalmente, o regime fechado, fixado para o início de cumprimento da pena, é o único possível em face da reincidência específica e das graves circunstâncias do fato, já enfatizadas – notadamente o tráfico de droga altamente pernicioso (cocaína), praticado nas proximidades de sede de recreação.

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

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 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:

Apelação Criminal nº 1500458-02.2024.8.26.0066 -Voto nº 52.760

“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.”

(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 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 Apelação Criminal nº 1500458-02.2024.8.26.0066 -Voto nº 52.760

10/04/2019).

No caso em tela, a recidiva específica impede a estipulação de regime mais brando, ainda que decotado da pena o tempo da prisão cautelar.

De qualquer modo, foi expedida guia de recolhimento provisória¹¹, de modo que, calculada a detração, caberá ao Juízo das Execuções Criminais verificar, na sede própria, se o sentenciado fará jus, desde logo, à progressão.

Por fim, mantida a condenação em segundo grau, deve ser denegado o pedido voltado à revogação da prisão preventiva de Eduardo. Tendo o apelante respondido preso ao processo, por encontrarem-se presentes os requisitos da prisão preventiva, a confirmação de sua condenação por esta Corte só faz reforçar a necessidade de sua custódia.

No mais, quanto ao aparelho celular apreendido, o qual foi devidamente periciado, ressalta-se que o laudo pericial¹² apontou a presença de diversas imagens de substâncias entorpecentes — *maconha*, *cocaína* e *crack* — pesadas em balança de precisão, evidenciando sua utilização na prática delituosa. Em razão disso, mantenho o perdimento do referido aparelho em favor da União, nos termos do artigo 63 da Lei nº 11.343/06.

Por derradeiro, nego ao apelante Eduardo a gratuidade da Justiça.

O réu foi defendido por Advogada constituída¹³ e não apresentou qualquer comprovação de impossibilidade financeira de arcar com os custos do processo.

¹¹ Fls. 403/405.

¹² Fls. 211/220.

¹³ Fl. 285.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

HERMANN HERSCHANDER

Desembargador Relator