



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000321247

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº **1501077-79.2024.8.26.0599**, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante MATHEUS ALVES DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) E SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 31 de março de 2025.

GRASSI NETO
Relator
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto Nº 37194

Apelação Criminal Nº 1501077-79.2024.8.26.0599

Comarca: Piracicaba

Apelante: MATHEUS ALVES DE OLIVEIRA

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Corréu: JOÃO MATEUS DE AGUIAR MEDEIROS

Cálculo da Pena – Tráfico de entorpecentes – Conjunto probatório indicando que o agente faz do comércio ilícito de entorpecentes seu modo de vida – Não incidência da causa de diminuição

Conquanto estejam presentes os requisitos da primariedade, da ausência de antecedentes e da não participação em organizações criminosas, o fato de a apreensão ser referente a grande quantidade de entorpecente de maior poder viciante, no caso cocaína na forma de crack, indica que o apelante faz do tráfico o seu modo de vida, e demonstra o não preenchimento de outro requisito previsto em lei para incidência da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, qual seja, a não dedicação a atividades ilícitas.

Pena – Regime inicial – Tráfico de entorpecentes de maior nocividade – Apreensão de substância estupefaciente em grande quantidade e de natureza mais viciante – Regime fechado para início do cumprimento de pena – Entendimento dos artigos 33, § 3º e 59, do CP

Conquanto não mais subsista a vedação legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) à fixação de regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade diverso do fechado, fato é que este continua sendo o sistema prisional mais adequado para início de cumprimento de pena nas hipóteses de tráfico de maior nocividade.

Observe-se que a fixação do regime inicial continua sendo estabelecida consoante os parâmetros enumerados no art. 59 do CP, ao qual faz remissão o art. 33, § 3º, do CP, de modo que, para ser adotado de regime de pena mais brando, não basta que a privação de liberdade seja inferior a 08 anos, impondo-se que tal sistema seja igualmente adequado à personalidade do sentenciado, bem como à dinâmica e às consequências dos fatos por ele praticados.

Pena – Detração – Cômputo do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade – Art. 387, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.736/12 – Fixação a ser efetuada ponderando-se conjuntamente o quantum da pena aplicada com as condições subjetivas previstas nos arts. 33, § 3º e 59 do CP – Entendimento

O merecimento do reeducando integra necessariamente os requisitos para sua promoção de regime, sendo vital à individualização da pena que a promoção não se dê de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

modo automático, como sugeriria uma interpretação desavisada e superficial da redação do § 2º, do art. 387, do CPP, após a reforma de 2012, mesmo porque tal depende do preenchimento de requisitos tanto objetivos quanto subjetivos. Deve-se ressaltar que a lei a ser utilizada por ocasião da fixação do regime inicial é o CP e não o CPP. Na medida em que a reforma empreendida pela Lei n. 12.736/2012 não revogou o art. 33, § 3º, do CP, a fixação de regime inicial deve ainda considerar obrigatoriamente se foram ou não preenchidas as condições subjetivas, previstas no art. 59 do mesmo estatuto penal.

A posterior progressão de regime vem, ademais, necessariamente regida pela Lei de Execução Penal que, em razão de sua especialidade, tem preponderância sobre as demais, de natureza diversa. Para que seja efetuada aludida progressão, destaque-se, faz-se necessário que sejam sopesados os respectivos requisitos pelo Juiz natural da causa, que é o Magistrado das Execuções Penais, e não o prolator da sentença.

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 250/260, prolatada pelo MM. Juiz Gisela Ruffo, cujo relatório ora se adota, MATHEUS ALVES DE OLIVEIRA foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, às penas de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 500 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Foi, ainda, negado ao acusado o direito de recorrer em liberdade.

Consoante consta da exordial acusatória, o ora apelante teria sido surpreendido guardando e tendo em depósito substâncias estupefacientes, para fins de tráfico: a) 70 porções de maconha, pesando 57,1 gramas; b) 117 porções de “*skunk*”, pesando



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

69,4 gramas; c) 140 porções de cocaína, pesando 48,4 gramas; d) 313 porções de “*crack*”, pesando de 206,8 gramas.

Inconformado, apelou o réu, buscando, em preliminar, o reconhecimento da nulidade das provas obtidas, em razão da ausência de investigação prévia à expedição do mandado de busca e apreensão. No mérito, pede a redução das penas, com a fixação das penas-base no mínimo legal e a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Objetiva, ainda, a imposição de regime inicial menos gravoso, a incidência da detração penal, e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Processado e contra-arrazado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se, afastada a preliminar, pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

O recurso não merece prosperar.

A preliminar é insubsistente.

Inicialmente, afasta-se a arguição de ilicitude da prova da materialidade delitiva levantada pela defesa técnica, que, aliás, foi corretamente repelida na r. sentença.

Tal como lançado em contrarrazões de apelo (fls. 302),

[...] ao contrário do quanto alegado pelo apelante, foram realizadas sim diligências prévias à expedição do mandado de busca e apreensão, conforme se verifica dos relatórios de investigações de fls. 04/07 e 21/24 dos autos nº 1504624-86.2024.8.26.0451, inclusive, foram realizadas campanhas por mais de uma ocasião, sendo anexadas aos referidos relatórios fotografias dos locais onde supostamente as drogas eram armazenadas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Dessa forma, não deve ser acolhida a preliminar alegada pelo apelante, uma vez que é plenamente válida a prova produzida nos autos.

Acrescentou, ainda, a sentença (fls. 251) que

não há qualquer impedimento legal para que as investigações criminais tenham origem em denúncia anônima.

É de se convir que denunciar a prática de crimes, fora do manto do anonimato, é algo que amedronta o homem médio, que, não compactuando com a impunidade, vale-se desse meio para buscar segurança e repressão aos delitos de que tem ciência.

As delações anônimas, aliás, têm contribuído de forma significativa na elucidação de delitos, tanto que o Estado mantém serviço para acolhê-las, o chamado 'disque-denúncia'.

No caso em tela, como se verá, os policiais esclareceram que, após receberem denúncia anônima dando conta de que os réus estavam armazenando entorpecente, passaram a fazer campanas e notaram atividade típica de tráfico, razão pela qual solicitaram a expedição de mandado de busca, que foi deferido.

Ainda que assim não fosse, não se cogita de nulidade.

No caso de flagrante delito, a parte final do art. 5º, XI, da CF, excepciona a garantia da inviolabilidade do domicílio.

Cabe apenas repisar que, em se tratando de crimes de natureza permanente, tais como o de sequestro, o de posse de arma de fogo ou munição, ou o de tráfico ilícito de substância entorpecente, pode-se a qualquer tempo, efetuar a prisão em flagrante, tanto durante o dia como à noite, desde que ainda perdure aludida permanência, independentemente da expedição de mandado judicial.

Nesse sentido:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

***Habeas Corpus* – Processual Penal – Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Alegação de nulidade da busca e apreensão por inobservância do princípio da inviolabilidade de domicílio – Ilícitude da prova colhida – Ilegalidades não evidenciadas**

1. Em casos de crimes permanentes, não se faz sequer necessária a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo lícito à autoridade policial ingressar no interior do domicílio, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa, como no caso em questão, apreendendo a substância entorpecente nele encontrada. 2. Por ser dispensada a expedição do mandado de busca e apreensão, também não há de se falar em sua nulidade, por descumprimento do disposto no art. 245, § 7.º, do Código de Processo Penal.¹

Não se desconhece a existência de decisão isolada da 6ª Turma do Colendo STJ, no sentido de que o flagrante hábil a autorizar o ingresso policial, sem mandado judicial, seria apenas aquele que resulta de verdadeira emergência, como nos casos de sequestro, em que há perigo à vida da vítima, não se justificando nas hipóteses dos demais crimes permanentes, como a simples posse de entorpecentes ou de armas ilegais.²

O entendimento que acabou sendo firmado pelo Pretório Excelso é, contudo, diverso. O *leading case*, que teve

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 122937-MG (2008/0269777-2). Impetrante: Antônio Velloso Neto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Rodrigo da Costa Simões (Preso). Relatora: Ministra Laurita Vaz. 5ª turma. Votação unânime. Brasília, 19 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 Abr. 2009. **Revista Eletrônica de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=867260&tipo=0&nreg=200802697772&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090413&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 217 Mar. 2021.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 598.051 - SP (2020/0176244-9). Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Rodrigo de Oliveira Fernandes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma. Votação unânime. Brasília, 02 de março de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 Mar 2021. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=122438401&tipo=5&nreg=20201762449&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210315&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 24 Mar. 2021.

inclusive repercussão geral reconhecida, versou exatamente caso de flagrante de tráfico de entorpecentes, após ingresso forçado da polícia em residência, cuja validade acabou sendo reconhecida.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema n. 280, observou que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial será lícita, mesmo em período noturno, desde que venha “amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”.³

Conclui-se, portanto, que, conquanto seja efetivamente recomendável que aludida entrada forçada em domicílio venha, sempre que possível, precedida de mandado judicial, de tal sorte a respaldar previamente a conduta dos policiais na hipótese de a diligência ser infrutífera, fato é que eventual concretização do flagrante será evidentemente hábil a confirmar, *a posteriori*, a existência de fundadas razões justificando a adoção da medida pela situação de flagrante delito.

Não se pode tampouco olvidar que o Pretório Excelso, por decisão de lavra do Ministro Alexandre de Moraes, anulou determinação do colendo Superior Tribunal de Justiça que obrigava policiais a registrarem em áudio e vídeo a entrada em residências. A assertiva por parte dos policiais no sentido de que seu ingresso na residência ocorreu de modo legal tem, portanto, presunção de veracidade. Consoante o relator:

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 603616/RO Rondônia. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma. Votação unânime. Brasília, 03 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 93. 15 Maio 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 Mar. 2021.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Na presente hipótese, apesar de ter alegado que “ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares”, o STJ excedeu-se, exercendo a “pura legislação”, pois criou requisito constitucional não existente para o afastamento excepcional da inviolabilidade domiciliar, ao exigir que, “além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar”. Assim atuando, o Superior Tribunal de Justiça tornou conflituosa a relação entre o juiz e o legislador e desrespeitou, no exercício da interpretação, uma importante expressão restritiva do poder dos juízes enunciada pelo *JUSTICE HOLMES*, em 1917: “os juízes fazem e devem fazer obra legislativa, mas se nos interstícios da lei: não movem massas, mas somente moléculas” (*Southern Pacific Co. v. Jensen*, diss. Op. 244 US 205, 221 – 1917).

Incabível, portanto, na presente hipótese e em sede de *habeas corpus* individual, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo o aparelhamento de suas polícias, assim como o treinamento de seu efetivo e a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca domiciliar, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência, em que pese inexistir (*sic*) tais requisitos no inciso XI, do art. 5º da CF/88, nem tampouco no Tema 280 de Repercussão Geral julgado por essa SUPREMA CORTE.⁴

O Supremo Tribunal Federal recentemente ainda refutou, em julgamento conduzido pelo voto da Eminente Ministra

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE/1342077 - Recurso Extraordinário. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Rodrigo de Oliveira Fernandes. *Amicus Curiae*: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Decisão monocrática. Brasília, 02 de dezembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 240, divulgado em 03 Dez 2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349033491&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 Fev. 2022.

Rosa Weber, a alegada necessidade de mandado para o ingresso no domicílio, na hipótese de existir estado de flagrância quanto à posse de drogas para fins de tráfico, eis que se cuida de crime permanente:

Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – Crime de tráfico de drogas – [...] – Violação de domicílio – [...] – Delito de natureza permanente – Prisão em flagrante – Reexame do acervo fático-probatório – Inviabilidade – Flagrante ilegalidade ou teratologia não identificadas

[...] 4 – A posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado. [...] ⁵.

No presente caso, conforme as palavras dos milicianos, além de eles estarem munidos de **mandado de busca e apreensão**, solicitado após investigação, a ação policial foi **filmada**.

Rejeita-se, portanto, a arguição de nulidade e, por consequência, a invalidade das provas derivadas.

Afastada a preliminar, no mérito, melhor sorte não socorre o recorrente.

A condenação do acusado pelo crime de tráfico de entorpecentes, sequer questionada, foi bem decretada e veio embasada em suficiente acervo probante, haja vista que o réu foi preso em situação de flagrância, na posse dos tóxicos e de apetrechos ligados ao tráfico de entorpecentes.

Consta dos autos que o ora apelante teria guardado e tinha em depósito, para fins de comercialização a

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 213852 AG.Reg./RJ Rio de Janeiro. Agravante Gaetano Maffizzoli. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Rosa Weber. 1ª Turma. Votação unânime, em sessão virtual. Brasília, 30 de maio de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 93. 01 Junho 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351512534&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 Jun. 2022.

terceiros, 70 porções de maconha (57,1 gramas), 117 porções de “skunk” (69,4 gramas), 140 porções de cocaína (48,4 gramas) e 313 porções “crack” (206,8 gramas).

Narra a denúncia que João (corrêu absolvido) e Matheus estavam sendo investigados pela “DISE/DEIC”, de Piracicaba, por supostamente armazenarem em suas residências entorpecentes destinados à venda. Em razão disso, foi expedido mandado de busca e apreensão domiciliar, pelo Juízo da Comarca (fls. 34/35).

No dia dos fatos, em cumprimento à sobredita ordem judicial, policiais civis e guardas municipais se deslocaram até a moradia do corrêu João, local dos fatos, onde também se encontrava o ora acusado e apreenderam, enterrado em uma das baias que os acusados haviam construído para criarem cavalos, local indicado por “Jão” (corrêu), os entorpecentes apreendidos, 02 balanças de precisão, material plástico utilizado para embalo de entorpecentes e R\$ 305,00, em notas trocadas.

O corrêu negou os fatos e o ora acusado assumiu a propriedade de todo o entorpecente.

João Mateus restou, assim, absolvido da imputação de infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

A materialidade delitiva restou perfeitamente demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 16/17 e 18, pela fotografia de fls. 47, pelo vídeo contido no *link* de fls. 48 e pelo exame toxicológico de fls. 91/94.

A prova oral (fls. 260) colhida na instrução criminal, com a confissão do réu, mostrou-se, outrossim, apta, não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

e sua vinculação à autoria delitiva.

O réu admitiu a prática do delito, os relatos coerentes das testemunhas arroladas pela acusação, Policiais que atenderam à ocorrência, esclareceram a dinâmica do crime e as circunstâncias que cercaram a prisão do acusado.

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os Tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas.

A esse respeito, confira-se:

***Habeas corpus* – Condenação baseada em depoimentos de investigadores, que descreveram o ocorrido de forma coerente e segura, com apoio em mais elementos probatórios**

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita.⁶

Preconceituosa é a alegação de que o depoimento de Policiais é sempre parcial, vez que, não estando eles impedidos de depor, o valor probante de suas palavras não pode ser sumariamente desprezado, máxime quando estas se harmonizam com os demais elementos colhidos no processo e nada indique que tivessem eles a intenção de prejudicar inocentes.⁷

A Jurisprudência tem, assim, se inclinado no sentido de que, não havendo fundado motivo que recomende seja a palavra do policial considerada com reservas, suas declarações deverão revestir-se de presunção de veracidade e de legitimidade,

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 51.577/SP. Paciente/Impetrante: Francisco Carneiro Neto. Relator: Ministro Rodrigues de Alckmin. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, DF, 06 de novembro de 1973. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. v. 68, tomo 1, Abr. 1974, p. 64.

⁷ BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Apelação nº 795.471/2 - São Paulo. Apelantes: Manoel Luiz da Silva Filho ou José Antônio da Silva Filho ou Manoel Luís da Silva Filho e Luiz Eduardo Dias dos Santos ou Luís Eduardo Dias dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gonzaga Franceschini. 12ª Câmara. Votação unânime. São Paulo, 28 de junho de 1993. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 18. Abril, Maio e Junho de 1993, p. 80.

que é inerente aos atos administrativos em geral.

Era, pois, de rigor a condenação, tanto que sequer questionada.

As penas só não comportam reparos, em razão do conformismo do Ministério Público.

a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, as penas-base foram fixadas 1/6 acima do mínimo legal, estando plenamente justificado esse *quantum* em razão dos maus antecedentes (fls. 122/123).

Contra este aumento, insurge-se a esforçada Defesa.

Sem razão, contudo.

É, com efeito, perfeitamente admissível seja a pena-base estabelecida acima do mínimo.

Observe-se que o Juiz de Direito detém, consoante o art. 68 do CP vigente, poder discricionário amplo na fixação da pena a ser aplicada, devendo seu cálculo ser elaborado em três fases distintas.

Na primeira delas, caberá ao Magistrado escolher uma quantidade de sanção situada entre o mínimo e máximo cominados abstratamente no preceito sancionador de cada tipo penal, devendo, para tanto, nortear-se pelo resultado obtido da análise concreta das circunstâncias previstas no art. 59 do CP.

Na hipótese de o aplicador da lei concluir que a pena-base deva ser estabelecida, no caso concreto, além do mínimo legal, a análise por ele procedida deverá ser exposta de modo transparente, indicando terem sido sopesados de conjuntamente a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem

como o comportamento da vítima.

Destaque-se existir, no caso em apreço, 01 processo, inclusive com condenação em 1º Grau de Jurisdição (fls. 122 – processo n. 1501025-20.2023).

Se parte da doutrina considera ser admissível que ação penal tramitando em primeiro grau, ou mesmo investigações concretas, sejam consideradas a título de mau antecedente, com muito mais razão tal deve se dar na hipótese de se constatar a existência de ação penal na qual já haja condenação em primeiro grau contra o apelante (fls. 122). Cuida-se de fonte idônea para a análise da personalidade do agente, sobretudo no que diz respeito à reprovabilidade de sua conduta social.

Aqui, a teor do preceituado no art. 42 da Lei n. 11.343/06, caberia aumento também pela quantidade e pela espécie de entorpecentes apreendidos com o réu.

Conformando-se, contudo, o Ministério Público, e observados os limites impostos pelo princípio do *non reformatio in pejus*, nada há para ser modificado

A Defesa se insurge contra o aumento efetuado nesta etapa, mas nada há a ser corrigido.

Na segunda fase, as penas retornaram, de qualquer modo, para o mínimo, em razão da presença de atenuantes.

b) na segunda etapa, foram elas reduzidas para o mínimo legal, em razão da presença das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, foram mantidos inalterados os subtotais obtidos na fase anterior, ante a ausência de causa de aumento ou diminuição.

Não se cogita da incidência do art. 33, ↑5 4º, da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Lei n. 11.343/06.

Conquanto estejam presentes os requisitos da primariedade, da ausência de antecedentes e da não participação em organizações criminosas, o fato de a apreensão ser referente a grande quantidade de entorpecente de maior poder viciante, no caso cocaína na forma de “*crack*”, além de maconha, “*skunk*” e cocaína em pó, indica que o apelante faz do tráfico o seu modo de vida, e demonstra o não preenchimento de outro requisito previsto em lei para incidência da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, qual seja, a não dedicação a atividades ilícitas.

Chegou-se, benevolmente, a um total final de 05 anos de reclusão e de 500 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, que foi tornado definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras.

O regime prisional para início do cumprimento de pena deve ser, por fim, estabelecido no sistema fechado, em razão de ser este o mais adequado ao caso concreto.

Observe-se que, até passado ainda recente, era pacífico que o estabelecimento de regime inicial diverso do fechado feriria mandamento legal expresso, dada a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, todavia, reconheceu, incidentalmente, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 97.256/RS, ocorrido em 16 de dezembro de 2010, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

O eminente Ministro Relator, Ayres Brito, ponderou que as demais penas, além daquela que estabelece a privação de liberdade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.⁸

Na ocasião, observou-se, ainda, que Tratados e Convenções internacionais aprovados e promulgados pelo Brasil preveem a possibilidade de ser dispensado tratamento diferenciado àquela conduta que, apesar de corresponder ao tipo penal do tráfico ilícito de entorpecentes, se caracterizasse pelo seu menor potencial ofensivo, o que incluiria alternativas ao encarceramento.

Seria este o caso da “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, que foi incorporada ao nosso Direito interno por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Referida Convenção teria, consoante entendimento do Ministro Relator, natureza de verdadeira “norma supralegal de hierarquia intermediária”, pela qual cada Estado soberano estaria autorizado “a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes”.

O impacto de referido acórdão foi profundo, tendo ensejado, inclusive, a suspensão, pelo Senado Federal, no dia 15 de fevereiro de 2012, da executividade de referida expressão (Resolução n. 5/2012), que proibia mencionada conversão da prisão imposta em pena restritiva de direitos.

A partir de então, passou a prevalecer na Doutrina

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.256/RS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Brasília, 16 de dezembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico nº 247**. 16 Dez 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 10 Nov. 2015.

e na Jurisprudência o entendimento de que, se não existia mais óbice à conversão da pena privativa de liberdade em mera restrição de direitos, com muito mais razão não se poderia subtrair do Magistrado a ampla liberdade na fixação do regime inicial para cumprimento de pena. Passou a ser, assim, perfeitamente concebível fosse fixado, também na condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, regime inicial diverso do fechado.

A questão é, sem dúvida, polêmica, mesmo porque o simples fato de Convenção Internacional permitir que os Estados signatários estabeleçam penas alternativas ao tráfico de entorpecentes de menor potencial ofensivo, não implica automaticamente na invalidade de opção legislativa diversa.

Não cabe, contudo, no presente processo, adentrar no mérito quanto ao acerto ou não do entendimento do colendo STF, mesmo porque o próprio poder Legislativo optou por seguir o caminho da cessação da executoriedade da vedação.

No caso ora em apreço, o ora apelante simplesmente não preenche os requisitos que permitiriam, quer a incidência de referida conversão, quer a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento da pena.

O recorrente não faz efetivamente jus à fixação do regime inicial diverso do fechado, em razão do quanto disposto no art. 33, § 3º, do CP, que se remete aos parâmetros subjetivos do art. 59 do CP.

Por tal razão, mesmo que o *quantum* da pena imposta ao sentenciado o permita, o estabelecimento de regime inicial mais benéfico dependerá, sempre, da análise concreta da culpabilidade do agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e

das consequências do crime, além do comportamento da vítima.

A gravidade da dinâmica dos fatos perpetrados, tendo sido constatada quantidade não desprezível de entorpecente (313 pedras de *crack*, substância das mais nocivas à saúde e de poder altamente viciante, além de 70 porções de maconha, 117 de “*skunk*” e 140 de cocaína), exige maior rigor por parte do Estado, cabendo a adoção do regime fechado para início do cumprimento de pena, previsto no art. 33, § 2º, alínea “a”, do CP.

Está, por outro lado, ausente o requisito previsto no inciso I, do art. 44 do CP, que relaciona as hipóteses nas quais é possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito. É certo que a conduta ora julgada foi cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa. Foi imposta, contudo, privação de liberdade superior a quatro anos, o que, por si só, afasta a possibilidade de aludida conversão.

Destaque-se, ademais, que essa medida não se mostra, com efeito, suficiente à reeducação do agente, e estaria, de qualquer modo, muito aquém da retribuição estatal necessária ao ilícito.

O tráfico ilícito de entorpecentes é crime de natureza grave, cujas circunstâncias (lucro fácil em detrimento da saúde de outrem) e consequências (desestabilização familiar e social), associadas à dinâmica dos fatos julgados nesta ação penal e à personalidade do agente, tornam insuficientes, quer mencionada substituição, quer o início do cumprimento da reprimenda privativa de liberdade em sistema penal menos gravoso.

Em se cuidando de crimes que sejam referentes a tráfico de maior nocividade, como o ora sentenciado, aludidos benefícios são evidentemente inadequados à prevenção, à



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

repreensão ou ainda à reeducação do condenado, pois sua permanência em liberdade viria desacompanhada de qualquer instrumento que o impedisse inclusive de reincidir em sua conduta, pondo a perder não apenas a sociedade, mas sua própria recuperação.

Com relação, por fim, à alteração empreendida no § 2º, do art. 387 do CPP, a respeito do instituto da detração, verifica-se ser esta de duvidosa constitucionalidade, por aparente violação dos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88), do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF/88) e da isonomia (art. 5º, caput, CF/88).

Tudo indica que a nova regra tenha sido editada apenas com o propósito de esvaziamento das prisões, passando-se ao largo das finalidades da aplicação da sanção criminal, quais sejam a retribuição e a prevenção penais e, sobretudo, a ressocialização do condenado.

A inovação processual buscou ampliar a competência do Juiz que atua no processo de conhecimento, autorizando-o a empreender a detração penal já na sentença condenatória.

São, a rigor, fortes os argumentos no sentido da inadmissibilidade de eventual abatimento do tempo durante o qual o sentenciado esteve preso preventivamente para fins de fixação de regime inicial para cumprimento de pena.

Parte expressiva da Doutrina e da Jurisprudência vem entendendo que o legislador da reforma de 2012 teria partido de pressupostos equivocados, e indevidamente confundido dois institutos penais distintos: a detração e o regime inicial de cumprimento da pena.

Argumenta-se que a lei a ser utilizada por ocasião

da fixação do regime inicial é a penal, no caso o CP, e não aquela processual, o CPP; uma interpretação desavisada e superficial da nova redação do § 2º, do art. 387, do CPP implicaria, assim, em consagrar-se indevidamente a detração como uma nova etapa da própria dosimetria da pena, de modo a possibilitar, na prática, fosse o sentenciado, ainda que inapto para tanto, progredido automaticamente de regime.

Aludida progressão de regime vem, por sua vez, necessariamente regida pela Lei de Execução Penal que, em razão de sua especialidade, teria preponderância sobre as demais, de natureza diversa.

Para ser efetuada a progressão, seria necessário fosse, assim, verificado o preenchimento ou não de requisitos objetivos e subjetivos específicos – com especial destaque para o merecimento do reeducando – pelo Juiz natural da causa, que seria, por sua vez, o Magistrado das Execuções Penais, e nunca o prolator da sentença.

Polêmicas à parte, conquanto se reconheça seja a detração do tempo de prisão provisória matéria realmente mais afeta à Vara das Execuções Criminais, conforme expressa disposição contida no art. 66, III, “c”, da LEP, a questão pode ser evidentemente solucionada sem adentrar-se no mérito da constitucionalidade ou não da inovação legislativa, nem tampouco na análise da especialidade da lei – tópicos anteriormente abordados – uma vez que o quantum da pena aplicada é, independentemente de eventual desconto por detração referente ao tempo em que o sentenciado esteve preso preventivamente, apenas um dos fatores a serem considerados por ocasião da fixação do regime inicial do cumprimento de sua pena.

O art. 387, § 2º, do CPP, incluído a partir de 2012,

prevê efetivamente apenas que o tempo de prisão provisória deva ser computado para fins de determinação do regime inicial.

Em momento algum, contudo, o legislador observou que **apenas** o *quantum* de pena imposto, já descontado o lapso de prisão anteriormente cumprida, fosse utilizado como **parâmetro único** para escolha do regime de cumprimento de pena seria.

O legislador de 2012, ao incluir mencionado parágrafo ao art. 387 do CPP, não revogou, com efeito, o art. 33, § 3º, do CP, nem tampouco o art. 59, III, CP.

Reza o primeiro desses dois últimos dispositivos que, ao fixar o regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade, o Magistrado sentenciante deve considerar obrigatoriamente, além do quantum de pena aplicada, o preenchimento ou não das condições judiciais, previstas no art. 59 do mesmo estatuto penal.

Mencionado art. 59, III, CP prevê, por seu turno, que o Juiz deverá considerar as condições judiciais constantes do *caput* daquele dispositivo não apenas para fixar a pena-base, como também para estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Não se pode perder de vista que, no caso concreto, **as circunstâncias judiciais são efetivamente desfavoráveis**, como, aliás, acertadamente reconheceu Juiz de 1º grau.

Não se cogita, portanto, de acolhimento do pedido subsidiário de fixação do regime inicial menos gravoso, com fulcro no art. 387, § 2º, do CPP.

Ante o exposto, **rejeita-se a preliminar e, na**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ausência de recurso por parte do Ministério Público, apenas se nega provimento ao apelo Defensivo, restando, pois, mantida a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

Sem prejuízo da custódia cautelar anteriormente decretada, ora mantida pela ausência de alteração na conjuntura que determinou sua decretação, fica determinada, desde já, a expedição, após o esgotamento de todos os recursos, de mandado de prisão em regime fechado, bem como de carta de guia, para que seja iniciado o cumprimento da pena em definitivo.

ROBERTO GRASSI NETO
Relator