



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000372040

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501086-64.2024.8.26.0559, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes BETÂNIA CRISTINA DA COSTA, ANDERSON DE SOUZA e MARYLIN FRANCIS DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao apelo de ANDERSON DE SOUZA e deram provimento aos recursos de BETÂNIA CRISTINA DA COSTA e MARYLIN FRANCIS DA SILVA, a fim de absolvê-las, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. 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, 15 de abril de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº. 1501086-64.2024.8.26.0559

Apelantes: Anderson de Souza, Betânia Cristina da Costa e Marylin Francis da Silva

Apelado: Ministério Público

Comarca: São José do Rio Preto

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Recursos defensivos. Pedido de absolvição de Betânia e Marylin por insuficiência de provas. Pleitos subsidiários. Fixação das penas-base no mínimo legal, aplicação máxima do redutor previsto no artigo 33, § 4º, Lei 11.343/06 e o abrandamento do regime prisional. Pretendida redução da pena de Anderson e modificação do regime prisional. Provas não demonstram, de forma robusta, a participação de Betânia e Marylin no tráfico. A simples ciência da atividade ilícita de seus companheiros não configura coautoria ou participação no crime. A evidência de que as drogas estavam em locais comuns da residência não é suficiente para comprovar a participação delas. A pena e regime prisional de Anderson foram fixados com critério. Mantida a pena de partida acima do mínimo, considerando os maus antecedentes do réu, com diversas condenações anteriores por crimes como furto e tráfico de drogas. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea. Redutor negado, em razão dos maus antecedentes. O montante da reprimenda não autoriza a substituição da pena restritiva de direitos ou concessão de sursis. Recurso de Anderson improvido e apelos de Betânia e Marylin providos para absolvê-las.

Voto nº. 52.910

1. A r. sentença prolatada¹ pela MMa. Juíza de Direito, Dra. GLÁUCIA VÉSPOLI DOS SANTOS RAMOS DE OLIVEIRA, cujo relatório ora se adota, condenou os réus **Anderson de Souza, Betânia Cristina da Costa e Marylin Francis da Silva** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06, o **primeiro** às penas

¹ Fls. 366/374 (sentença) e 427/429 (embargos de declaração).

de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 625 dias-multa, no mínimo legal, o **segundo** às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 dias-multa, no piso legal, e o **terceiro** às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 666 dias multa, no valor unitário mínimo legal.

Postula a Defesa², em suas razões, a absolvição de **Betânia**, por insuficiência de provas para a condenação. Subsidiariamente, requer a incidência máxima do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. No tocante a **Anderson**, pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, do referido diploma legal e o abrandamento do regime prisional.

A Defesa de **Marylin**³, por sua vez, pede a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e o abrandamento do regime prisional ou a fixação de prisão domiciliar.

Devidamente contra-arrazoados os recursos⁴.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, de lavra do Dr. JOÃO FERREIRA DANTAS, é pelo afastamento da matéria preliminar e, no mérito, pelo improvimento dos recursos de Anderson e Marylin, e pelo parcial provimento do apelo de Betânia.

É o relatório.

2. A acusação é de que, no dia 23 de maio de 2024, às 06h10min, Rua José Domingues Neto, nº 501, Vila Toninho, na cidade e comarca de São José do Rio Preto, corréu Jairo da Silva Alves Magalhães – condenado, não apelante – e os

² Fls. 385/389.

³ Fls. 434/452.

⁴ Fls. 468/472.

apelantes Anderson de Souza, Betânia Cristina da Costa e Marylin Francis da Silva, em unidade de desígnios e identidade de propósitos, após adquirir de terceiro não identificado, tinham em depósito, para fins de tráfico, dois invólucros de *maconha*, pesando no total de 18,12 gramas, e ainda duas pedras grandes e quatro pedras pequenas de *crack*, pesando no total de 105,72 gramas.

Nos exatos termos da denúncia, “(...) na data dos fatos, policiais militares acompanhados dos Promotores de Justiça do GAECO deslocaram-se até a residência dos denunciados, situada no local dos fatos e na qual todos eles residem no mesmo numeral, e deram cumprimento ao mandado de busca e apreensão e mandados de prisão preventiva expedidos em seu desfavor nos autos nº 1015318-87.2024.8.26.0576, procedimento em que se apura a existência de organização criminosa dedicada ao fornecimento de substâncias entorpecentes a pessoas em situação de rua na região central e no Centro POP de São José do Rio Preto. Durante as buscas no imóvel da frente, onde residem JAIRO e MARYLIN, os policiais lograram êxito em encontrar sob a pia da cozinha, uma pedra bruta de crack, uma balança digital e uma faca com resquícios de crack, além de duas folhas contendo manuscritos, possivelmente, sobre tráfico de drogas. Na cozinha também foi encontrada a quantia de R\$ 4.051,00, em dinheiro. Dando continuidade às buscas, os policiais foram ao imóvel dos fundos, onde residem ANDERSON e BETINA, e ali foi encontrada outra pedra bruta de crack, no interior de uma sacola plástica, que estava no guarda-roupa, além de R\$ 379,00 em espécie. Além disso, os policiais militares localizaram duas porções pequenas de maconha que estavam no interior da geladeira, Foram apreendidos celulares de todos os denunciados e pen-drives, além de diversos documentos de identidades de pessoas desconhecidas, provavelmente consumidores de substâncias entorpecentes. A expressiva quantidade de droga e as circunstâncias da apreensão, típicos do tráfico de drogas, não deixam dúvidas de que os entorpecentes se destinavam à comercialização e ao consumo de terceiros.”⁵

⁵ Fls. 160/162.

2.1 Em análise, inicialmente, o recurso de **Betânia** e **Marylin**.

A materialidade é demonstrada por auto de exibição e apreensão⁶, fotografias⁷, laudo de constatação⁸, laudo de exame químico-toxicológico⁹ e prova oral coligida.

Contudo, há fundada dúvida quanto à participação ou coautoria das apelantes Betânia e Marylin no tráfico ilícito de entorpecentes.

Na delegacia, Anderson¹⁰, Betânia¹¹, Jairo¹² e Marylin¹³ permaneceram em silêncio.

Em Juízo, Anderson confessou a traficância. Asseverou que praticava o tráfico há algum tempo; porém, sua esposa Betânia não sabia da presença de drogas em sua casa.

O corréu Jairo também confessou a traficância. Alegou que já exercia a atividade de tráfico há algum tempo, mas sua esposa Marylin não sabia da presença de drogas em sua residência.

Betânia, por sua vez, negou a imputação. Afirmou que tinha ciência de que seu marido Anderson praticava o tráfico, mas não permitia que drogas fossem armazenadas em sua casa. Não concordava com tais atividades ilícitas.

Marylin também negou a imputação. Aduziu que sabia das atividades ilícitas de seu marido Jairo, mas negou ter conhecimento da existência de drogas em sua casa. Não permitia que drogas fossem guardadas em sua residência.

⁶ Fls. 28/29.

⁷ Fls. 33/40.

⁸ Fls. 46/48.

⁹ Fls. 175/177 e 178/180.

¹⁰ Fls. 11/12.

¹¹ Fls. 13/14.

¹² Fls. 9/10.

¹³ Fls. 7/8.

A prova, respeitada a convicção adotada pela r. sentença, não infirma decisivamente a negativa das acusadas.

Sob a égide do contraditório, os policiais militares Eduardo Augusto e Guilherme Rodrigues esclareceram, em suma, que o Batalhão de Ações Especiais de Polícia (BAEP), ao qual pertencem, participou de uma operação conjunta com o Ministério Público, por meio do GAECO. A operação foi realizada em cumprimento às ordens judiciais da Operação *Bolsa Crack*. Foi cumprido um mandado de busca e apreensão, além de quatro mandados de prisão expedidos em desfavor dos réus. Durante a diligência, os quatro indivíduos foram encontrados no local: Jairo e Marylin na casa da frente, e Anderson e Betânia na casa dos fundos. Os réus estavam sendo investigados pelo GAECO por serem considerados alguns dos principais fornecedores de drogas na área central da cidade. Durante as buscas na casa da frente, sob a pia, foram encontrados os seguintes objetos: uma pedra bruta de *crack*, uma balança digital, uma faca com resquícios de *crack* e duas folhas com manuscritos, possivelmente relacionadas ao tráfico de drogas. A operação foi acompanhada pelo representante do Ministério Público, que, no local, apreendeu a quantia aproximada de R\$ 4.000,00 em espécie, pertencente a Jairo e Marylin, localizada na cozinha. No quarto do casal, foram encontrados e apreendidos quatro *chips*, sendo que um deles estava danificado. Além disso, diversos documentos de identidade de pessoas diferentes foram apreendidos, os quais, segundo investigações do Ministério Público, possivelmente seriam utilizados na prática de golpes. Simultaneamente, foi realizada a busca na casa dos fundos, pertencente a Anderson e Betânia. No local, foi localizada uma pedra bruta de *crack*, acondicionada em uma sacola plástica dentro do guarda-roupas, além de cerca de R\$ 370,00, documentos de identidade de pessoas desconhecidas e aparelhos celulares. Para o cumprimento dos mandados, foi necessário o arrombamento das portas, pois estavam trancadas e sem acesso pela parte externa. Indagados, os

quatro acusados confirmaram informalmente que a droga seria destinada ao comércio ilícito de drogas. Já havia informações de que Jairo era o responsável pelo fornecimento de drogas na região central da cidade.

De outra parte, a testemunha de defesa Gisele Sá Coelho, afirmou ser amiga de Marylin, sabendo que ela trabalhava e cuidava das crianças, não tendo conhecimento de qualquer fato que a envolvesse de forma prejudicial.

Eis a prova coligida.

No que tange às apelantes, a prova apresentada não é suficiente para a condenação, uma vez que não foi demonstrada, de forma suficientemente robusta e segura, a vinculação delas às atividades de traficância desenvolvidas por seus companheiros, os corréus Anderson e Jairo.

A prova do tráfico contra Betânia e Marylin restringe-se à noitcada confissão informal — revelada pelos policiais militares na fase judicial, e não mencionada por nenhum deles na fase inquisitiva¹⁴ - e à apreensão de drogas e apetrechos típicos do tráfico no interior das residências onde moravam com seus respectivos companheiros, evidência que não estabelece, de maneira clara e incontroversa, que as apelantes estavam diretamente envolvidas na prática do tráfico de drogas.

Não houve, é fato, uma investigação que comprovasse o envolvimento das apelantes com o comércio ilícito de drogas praticado por Anderson e Jairo, e nem mesmo que participassem, de qualquer forma, da guarda da droga.

Nem mesmo o fato de os policiais terem afirmado que as drogas foram encontradas em locais comuns das residências dos dois casais pode, por si só, comprovar com a segurança necessária o envolvimento das apelantes no crime.

¹⁴ Fls. 3 e 5.

Não se demonstrou que as rés fossem proprietárias dos entorpecentes ou que, de qualquer forma, tivessem concorrido para a sua manutenção no imóvel.

E se, porventura, elas simplesmente não se importaram com o comportamento delitivo de seus companheiros, uma hipótese que a prova produzida não permite descartar, sua conduta, embora reprovável, não se reveste de relevância jurídico-penal.

Lembre-se que o concurso para a prática de um crime não prescinde de uma ação relevante para a sua realização, o que não se configura com a simples omissão.

O tráfico de drogas é crime comissivo, não se configurando, no caso, a forma omissiva imprópria, sequer descrita na denúncia.

Em suma, as provas constantes nos autos, no máximo, indicam que as apelantes tinham ciência da prática de tráfico de drogas e se omitiam. Contudo, não há provas suficientes que evidenciem a participação ativa delas na comercialização de entorpecentes, seja instigando, induzindo ou prestando auxílio material aos seus respectivos companheiros. Além disso, não se comprovou que, em conjunto com os acusados, elas estivessem efetivamente envolvidas no comércio de drogas.

Com efeito, o simples conhecimento da prática de um crime, o aproveitamento dos lucros gerados por essa atividade ilícita e a omissão em adotar medidas para impedir sua continuidade não configuram, por si só, participação ou coautoria no delito.

Aplica-se à presente hipótese, *mutatis mutandis*, preciosa lição colhida na jurisprudência desta Corte:

"Tormentosa a questão no que se refere à coautoria em casos como o ora em julgamento. Já me manifestei em julgamentos anteriores no sentido da necessidade

de prova cabal. Recordo, neste ponto, entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, nesta situação, a mulher não se acha obrigada a denunciar seu marido ou mesmo a combater o crime. Portanto, sem prova segura do liame psicológico unindo a ação da acusada com a do réu, não se pode concluir pela sua participação no delito. Recordo trecho de julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça: “Na real verdade, ainda que se queira argumentar com a ciência dos fatos delituosos praticados por seu marido, a hipótese não configura a co-participação, porque a paciente não tinha o dever jurídico de impedir o resultado. O entendimento pretoriano destaca que a ciência ou mesmo a concordância difere da instigação punível. Houve, quando muito, conivência, sem prática de ato de execução apto a ensejar o reconhecimento da co-autoria”. De fato, não se deve entender que toda companheira ou mulher de traficante também realiza o crime. Até mesmo o eventual ganho com aquela ação não a torna cúmplice. (...) Pode-se alegar a existência de indícios. A condenação fundamentada nesta circunstância exige que eles sejam de tal ordem e tal maneira concatenados que excluam toda e qualquer versão favorável ao réu. Frederico Marques lembra Vicente de Azevedo: “a força probante dos indícios, dado o livre convencimento do juiz, é equivalente a qualquer outro meio de prova. Será naturalmente maior, ou menor, segundo o nexo lógico experimental entre o fato indiciante e o fato a ser provado, seja mais ou menos estreito” De fato, a validade da prova indiciária se funda na possibilidade de se afirmar, tendo como premissa a acusação, a autoria, considerando circunstâncias que estabelecem nexos entre o acusado e o agir. Por sua vez, Maria Thereza Rocha de Assis Moura assim se manifesta: “posto que os indícios se pesam e não se contam, não basta que apareçam provados em números plural; é indispensável que, examinados em conjunto, produzam a certeza moral sobre o fato investigado. Para tanto, devem ser graves, precisos, e concorrerem, harmonicamente, a indicar o mesmo fato”. Estes elementos se encontram presentes no caso dos autos? Como acima expus, creio que não. Não se pode afastar, pelo que neles consta, que a apelante não estaria conluída com seu

companheiro para o tráfico." (TJSP, APELAÇÃO Nº 0000292-85.2014.8.26.0586, Rel. Des. ALMEIDA SAMPAIO, j. em 28 de novembro de 2016).

Nesse contexto, não se pode concluir, ao menos com a certeza necessária, que houve concurso para a prática delitiva, razão pela qual se impõe a absolvição de Betânia e Marylin, diante da insuficiência de provas que sustentem a condenação.

2.2 Passa-se, agora, à análise do recurso de **Anderson** – réu confesso -, que trata unicamente de questão relacionada à reprimenda e ao regime prisional.

Irretocável a pena-base, fixada em 7 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa, ou seja, 1/2 acima do piso legal, tendo em vista que *"o réu possui péssimos antecedentes, consistentes em 05 condenações por infrações penais como contravenção penal, furto, resistência e tráfico de drogas (1628/2010 ou 0000024/2010 - fls. 100 e 349; 1535/2007 ou 0000008/2007 ou 628588/0 - fls. 100, 102 e 348; 606/2007 ou 0000179/2006 - fls. 100 e 348; 8336/2003 ou 0000056/2003 - fls. 101; e 6845/2002 ou 0000093/2002 ou 628588/0 - fls. 101 e 102)"*.

A propósito, 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 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.

A propósito, 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).

De outra banda, na segunda fase, presente atenuante da confissão, a pena foi reduzida em 1/6, perfazendo **6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa.**

etapa.

Os maus antecedentes, de fato, obstam a aplicação do redutor do artigo 33 § 4º. da Lei nº. 11.343/2006.

Ademais, o próprio acusado afirmou em juízo que se dedicava à prática do tráfico de drogas há algum tempo. Além disso, o fato de o apelante ter se declarado desempregado na fase inquisitiva¹⁵ e não ter comprovado o exercício de qualquer atividade lícita durante a instrução evidenciam sua intensa dedicação às atividades criminosas, uma vez que optou pelo tráfico como meio de subsistência, o que obsta a aplicação do redutor.

Não é o apelante, à toda evidência, o traficante principiante, a quem se destina o apenamento mais brando.

Registra-se a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06 AO RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. Tendo sido constatado pela Corte de origem, em sede de apelação, que o paciente "fez do tráfico sua forma de ganhar a vida", inviável se mostra aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porque tal dispositivo exige que, além de ser primário e de bons antecedentes, o beneficiário não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa." (HC 79836/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 26/05/2008)

Finalmente, imodificável o regime inicial mais gravoso, estabelecido para o

¹⁵ Fl. 11.

início de cumprimento da reprimenda, tendo em vista os maus antecedentes e as graves circunstâncias do fato, já enfatizadas — notadamente o tráfico de droga altamente pernicioso (*crack*), praticado com contornos de habitualidade —, que determinam a opção pelo regime mais gravoso.

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 Código Penal.

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

É o que ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

“Detração e regime de cumprimento da pena: estabelece o art. 42 do Código Penal que o tempo de prisão provisória, de qualquer espécie, deve ser computado como cumprimento de pena. Isso significa que, inaugurando-se o processo de execução, o juiz deve descontar aquele período (prisão cautelar) do total da pena. Feito o referido desconto, passa a verificar se cabe a concessão de

algum benefício, como, por exemplo, a progressão de regime. A Lei 12.736/2012 inovou, nesse cenário, ao inserir o § 2.º no art. 387 do CPP. Permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar. Ilustre-se: o acusado, preso há dois anos, cautelarmente, é condenado a nove anos de reclusão; antes do advento da Lei 12.736/2012, o regime inicial seria o fechado necessariamente (pena superior a oito anos, conforme o art. 33, § 2º, CP); agora, o julgador deve descontar os dois anos de prisão provisória, chegando à pena de sete anos, que será o montante efetivo a cumprir. Para esse quantum (sete anos), são cabíveis dois potenciais regimes: fechado e semiaberto. Não está o julgador obrigado a conceder sempre o regime mais favorável; pode fixar o regime fechado inicial, se considerar o mais adequado, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3.º. Afinal, somente o juiz da execução, ao receber o processo, com a pena de sete anos (em regime fechado ou semiaberto), decidirá o que fazer. Por outro lado, é possível que, estabelecida a pena de nove anos e já descontados os dois anos de prisão provisória, o julgador entenda pertinente fixar o regime inicial semiaberto, o que está autorizado legalmente a fazer. Não se deve padronizar o entendimento nesta hipótese, mas individualizar a pena, o que inclui o regime, de maneira correta.” (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, § 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 quantum da pena imposta, mas da presença da reincidência, razão pela qual eventual detração do período de prisão provisória não terá o condão de afetar o regime prisional inicial. Precedentes. (...)” (HC 480.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 10/04/2019).

No mais, foi expedida guia de recolhimento provisória¹⁶, de modo que, calculada a detração, caberá ao Juízo das Execuções Criminais verificar, na sede

¹⁶ Fls. 453/455.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

própria, se o sentenciado Anderson fará jus, desde logo, à progressão.

3. Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao apelo de ANDERSON DE SOUZA e dá-se provimento aos recursos de BETÂNIA CRISTINA DA COSTA e MARYLIN FRANCIS DA SILVA, a fim de absolvê-las, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

HERMANN HERSCHANDER

Desembargador Relator