



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000393172

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500383-13.2024.8.26.0599, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes KAYQUE GOMES CARVALHO e BRUNO HENRIQUE DE SOUZA JORGE, 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: **Rejeitadas as preliminares, negaram provimento aos recursos. 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, 24 de abril de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal n°. 1500383-13.2024.8.26.0599

Apelantes: Kayque Gomes Carvalho e Bruno Henrique de Souza Jorge

Apelado: Ministério Público

Comarca: Piracicaba

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de entorpecentes. Recursos defensivos. Preliminares. Nulidade. Ilegalidade da abordagem policial, busca veicular e invasão de domicílio. Inocorrência de ilegalidades. Existência de fundada suspeita, a justificar a abordagem policial. As buscas realizadas, pessoal, veicular e residencial, atenderam aos preceitos legais. O princípio da inviolabilidade do domicílio sofre exceção em caso de flagrante delito. Flagrante de crime permanente, situação que torna prescindível o mandado judicial. Mérito. Absolvição por insuficiência probatória. Desclassificação para uso. Não acolhimento. Materialidade e autoria do tráfico demonstradas pelos exames periciais e prova oral produzida. Depoimentos firmes e coerentes dos policiais militares responsáveis pelas diligências. Validade. A quantidade da substância entorpecente, além das circunstâncias da prisão em flagrante denotam a traficância. Condenação mantida. Penas e regimes bem estipulados. Apelos improvidos.

Voto n°. 52.992

1. A r. sentença prolatada¹ pela MMa. Juíza de Direito, Dra. FLÁVIA DE CÁSSIA GONZALES DE OLIVEIRA, cujo relatório ora se adota, condenou os réus **Kayque Gomes Carvalho e Bruno Henrique de Souza Jorge** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n°. 11.343/06, o **primeiro** às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa, no mínimo legal, e o **segundo** às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, no piso

¹ Fls. 384/397.

legal.

Postula a Defensoria Pública, por suas razões², a absolvição do réu KAYQUE por insuficiência probatória.

A seu turno, pugna a Defesa de BRUNO HENRIQUE, preliminarmente³, a anulação dos depoimentos dos policiais, vez que não foram eles que efetuaram a prisão dos apelantes. Aponta, ainda, cerceamento de defesa e desrespeito ao direito constitucional de permanecer em silêncio. No mérito, pleiteia a absolvição por insuficiência de provas para a condenação, ou a desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei nº. 11.343/06. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a incidência máxima do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, o abrandamento do regime prisional, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a possibilidade de o apelante recorrer em liberdade e, por fim, a concessão dos benefícios da Justiça gratuita.

Devidamente contra-arrazado o recurso⁴.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, de lavra do Dr. KENZO RICARDO CATELAN YANO, é pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo improvimento dos apelos defensivos.

É o relatório.

2. Afastam-se, desde logo, as preliminares arguidas.

Alega a Defesa que *“os apelantes foram abordados por policiais que estavam de motocicleta, dentre eles o policial Azevedo e para a nossa surpresa, os policiais que constaram como testemunhas de acusação são outros que tampouco participaram da prisão, mas chegaram depois com um adolescente que já estava apreendido no interior da viatura.*

² Fls. 433/436.

³ Fls. 453/480.

⁴ Fls. 485/498.

(...) tal fato gera nulidade do depoimento dos policiais, já que não foram eles quem efetuaram a prisão dos apelantes”.

Sem razão a Defesa.

Inicialmente, não resta dúvida de que mais de uma viatura participou da abordagem e prisão dos réus. Como afirmou o próprio policial militar Walter, dificilmente, nesses casos, há a participação de apenas uma equipe.

Como se verá, de acordo com os depoimentos seguros e coesos, em Juízo, dos milicianos ouvidos, não resta dúvida de que eles presenciaram as circunstâncias fáticas e identificaram os acusados.

Nesse sentido, como bem destacou a nobre Magistrada sentenciante, *“(…) ainda que os réus tenham sido abordados pelo policial Azevedo, o fato é que os policiais Jair e Walter o acompanhavam, passavam pelo ponto de venda de drogas e, ao perceberem a fuga dos réus, deram a volta na comunidade, para tentar abordá-los na saída, embora o apoio tenha feito o mesmo trajeto que os réus e os tenha abordado antes da chegada da viatura onde estavam as testemunhas. Assim, oitiva de Azevedo ou a certeza de que foi ele quem abordou os réus não traria qualquer alteração fática a possibilitar outro desfecho da ação”.*

Aponta ainda o nobre Defensor do réu Bruno que a suposta irregularidade teria sido suscitada na audiência de instrução e julgamento, sendo requerida a realização de diligências, as quais foram indeferidas, cerceando-se o direito à ampla defesa do acusado.

Acerca desse ponto, ressaltou a r. sentença que *“(…) se a Defesa sabia desde a data da prisão que Bruno tinha sido abordado pelo policial Azevedo, que era quem fazia patrulhamento na região, poderia tê-lo arrolado como testemunha, a fim de que todos os fatos sobre a abordagem pudessem ser esclarecidos. Se não o fez, porque mesmo após a audiência de instrução não foi solicitada sua oitiva, é porque pretendia a Defesa deixar*

dubiedade sobre a abordagem, a fim de que pudesse beneficiar o réu".

Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Por fim, incabível, do mesmo modo, alegar desrespeito ao direito constitucional de permanecer calado, porquanto os policiais militares afirmaram, sob a égide do contraditório, que, quando da prisão em flagrante, aos réus foram informados os direitos constitucionais, dentre eles, o direito ao silêncio.

Rejeitam-se, pois, as matérias preliminares suscitadas.

3. Passo à análise do mérito.

A imputação é de tráfico de drogas.

Nos exatos termos da denúncia⁵, "(...) policiais militares passavam pelo local dos fatos, conhecido com 'de intenso tráfico ilícito de drogas', quando avistaram e suspeitaram dos denunciados que, ao notarem a aproximação da viatura policial, 'se sobressaltaram e começaram a correr em desabalada carreira'. Diante da fundada suspeita de prática de tráfico de drogas, iniciou-se acompanhamento e os denunciados foram detidos. Em poder do denunciado KAYKE foi apreendida a droga mencionada, além de R\$ 20,00 em espécie. Por sua vez, com o denunciado BRUNO foi apreendida a droga mencionada e a quantia de R\$ 71,0 em espécie. Instados, informalmente, os denunciados confessaram o delito".

Consoante superiormente demonstrado pela r. sentença, cujos fundamentos acolho como razões de decidir, restou indubitado que os apelantes praticaram o tráfico de droga que lhes é imputado.

A materialidade é demonstrada por exame químico-toxicológico.

Inequívoca a autoria, assim como a destinação da droga à mercancia.

⁵ Fls. 152/154.

Na delegacia, os apelantes negaram a traficância.

Em Juízo, o réu Bruno disse que no dia dos fatos chegou do serviço e a esposa o chamou para irem ao bar comprar um refrigerante e um maço de cigarros. Era em torno de 17h30min. Como não podia entrar no bar, ficou aguardando em uma pracinha. Cerca de cinco minutos depois, o corréu Kayque chegou e lhe pediu um isqueiro emprestado. Não o conhecia anteriormente. Assim que emprestou o isqueiro, um policial, conhecido como Azevedo, chegou e os abordou. Não reagiram, mas foram algemados e colocados no chão. Cinco minutos depois chegou uma viatura, com um adolescente em seu interior. Foram colocados na viatura e levados à Delegacia. O adolescente foi liberado e eles permaneceram presos. A propriedade das drogas foi imputada a ele e ao corréu. Saiu de casa às 17h30 e foi abordado por volta de 18h00. Não tinha droga nem dinheiro consigo. Tinha apenas um isqueiro. Faz uso de *maconha* e consegue ficar sem consumi-la. Foi abordado pelo policial Azevedo, que nem mesmo os acompanhou até a Delegacia. Nunca havia sido abordado por esse policial. Nada tem contra ele. Já o policial Walter o abordou uma vez e levou embora seu alvará de soltura, porque o encontrou no bar. Teve que fazer a segunda via do alvará. Não sabe a distância entre a entrada da comunidade e a rua Gália. Não viu ninguém correndo. Os policiais não leram seus direitos constitucionais. Só viu as drogas na Delegacia.

O réu Kayque esclareceu que saiu de casa por volta de 18h20min, com destino à casa de sua avó, no bairro Costa Rica. No caminho, na rua Gália, encontrou o corréu Bruno, a quem conhecia de vista. Pediu a ele um cigarro, mas Bruno falou que a esposa tinha ido comprar. Tinha um “paieiro” (tabaco) no bolso e o acendeu com o isqueiro de Bruno. Segundos depois, o policial Azevedo chegou sozinho em uma motocicleta e, sem falar nada, “enquadrrou” e algemou o interrogando e o corréu, colocando-os no chão. Não tinha nada em seu poder, nem mesmo dinheiro. Depois de um tempo, chegou uma viatura com um adolescente

preso. Só viu a droga na Delegacia. Não correu pelo interior da comunidade. Não consome drogas. Não tem nada contra os policiais ouvidos em Juízo.

A negativa dos réus, contudo, não prospera.

Com efeito, sob a égide do contraditório, o policial militar Jair da Silva Pereira relatou que estavam em patrulhamento quando viram os réus na entrada da Comunidade Pantanal, que é um ponto de venda de drogas. Ao avistarem a viatura, os acusados saíram em desabalada carreira. Após acompanhamento, conseguiram abordá-los. Na posse de ambos havia drogas e dinheiro. Informalmente, os réus confessaram a traficância. Pelo que se recorda, não os viu fazendo contato com outra pessoa ou em conduta de venda. Com Bruno, havia cerca de 80 porções de *maconha* e com Kayque 12 porções de *crack*. Não se recorda se os réus disseram ser usuários de drogas. Antes de avistar os réus, a equipe do depoente havia abordado um adolescente em outro bairro, o qual se encontrava na viatura. Fazem patrulhamento ostensivo no local. Não se recorda de ter visto Bruno anteriormente por ali. Não se recorda do horário da ocorrência. Nesta diligência estavam o depoente e o Tenente Walter, responsáveis pela abordagem dos réus. Não sabe quais outras equipes estavam presentes no apoio. Não sabe se o policial Azevedo estava com eles. Com Bruno havia *maconha* e dinheiro, mas não se recorda onde estavam. Sempre informam os direitos dos presos, antes de levá-los à Delegacia. A distância entre o local onde os acusados foram avistados e abordados é de 300 metros, por dentro da Comunidade. Não existem câmeras corporais no 10º Batalhão da Polícia Militar.

No mesmo sentido o depoimento do também policial militar Walter Auada Botelho de Moraes Toledo. Narrou que haviam estado em um outro local de venda de entorpecentes, onde apreenderam um adolescente. Quando passavam pelo local dos fatos, também conhecido pela traficância, avistaram os réus em atitude típica de

tráfico de drogas. Quando avistaram a viatura, os réus correram por dentro da comunidade e saíram pela rua Gália, já fora da comunidade, onde foram abordados. Deu a volta na comunidade com a viatura, e os encontrou na rua Gália. Não os perdeu de vista. Eles foram acompanhados por um policial que desembarcou da viatura. Com cada um dos réus havia uma quantidade de drogas e dinheiro. Não os conhecia. Informalmente eles confessaram a venda de drogas. Não percebeu se outras pessoas correram; foram atrás dos réus. Deve haver cerca de 300m da entrada da comunidade até a rua Gália. Não sabe quais viaturas participaram da ocorrência. Não sabe quem fez a revista nos réus. Não fez a busca pessoal, porque é o comandante da operação. Estava com Jair na ocorrência. Acha que também o Cabo Marcelino. Não sabe se o policial Azevedo estava com eles. Todos os policiais conversaram com os réus. Informaram os direitos constitucionais dos acusados. Quando chegaram, após terem dado a volta na comunidade, policiais de outra guarnição já estavam abordando os réus.

Tais relatos merecem crédito.

Como é cediço, nada impede que policiais, como quaisquer outras pessoas, possam testemunhar 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 os apelantes por tão grave crime, seus depoimentos, seguros e coesos, merecem crédito.

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

Nesse sentido a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

“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 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, as testemunhas não foram contraditadas na oportunidade própria, prestando seus depoimentos sob o dever de dizer a verdade.

Impende destacar ainda que as testemunhas policiais, em contraditório judicial, podem **esclarecer** e **acrescentar** detalhes sobre a diligência realizada.

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 policiais militares, o **sem número de diligências de que participam**.

Não há entre os depoimentos qualquer divergência relevante, a ponto de colocar em dúvida seus relatos.

De outra parte, Maria Romilda Souza Oliveira, mulher do réu Bruno, disse que o marido chegou em casa às 17h30min, tomou um banho e foram juntos até um bar, na rua Gália. Enquanto Bruno a aguardava na rua Marília, ela foi ao bar sozinha, porque o marido não podia entrar em bares, por causa do alvará de soltura. Quando retornou, após cerca de dez minutos no máximo, Bruno e Kayque estavam “enquadrados” e algemados por policiais de moto. Cerca de cinco minutos depois apareceu uma viatura, com uma pessoa dentro dela. Os réus foram colocados dentro da viatura também. Na Delegacia, o adolescente foi liberado e seu marido e o outro permaneceram presos. A moto que abordou seu marido não os acompanhou na Delegacia. O policial da moto que abordou seu marido é o Azevedo, que sempre faz a ronda perto de sua casa. Perguntou o que tinha ocorrido, mas os policiais não a deixaram se aproximar. Quando deixou Bruno e foi comprar cigarro, Kayque não estava ali.

Tratando-se de pessoa que mantém vínculo familiar com o réu Bruno, seu relato deve ser recebido com reservas. De qualquer modo, a testemunha não teve como afirmar se o réu Bruno trazia droga consigo ou não.

Já a testemunha de defesa Meire Aparecida Celestino afirmou, perante a Magistrada, que conhece o réu Bruno de vista. Estava passando pelo local, pegando reciclagem, quando viu uma moto policial abordar os réus, colocando-os deitados no chão. Após cinco minutos, apareceu uma viatura com um menor dentro. Os acusados foram colocados na mesma viatura do adolescente. Não viu a revista. Não sabe direito qual era o horário, deveria ser pouco antes da meia-noite. Não viu os réus serem revistados. Os fatos ocorreram no meio da semana, numa sexta-feira, se não se engana. Sai de casa para pegar reciclagem por volta de 23h00 e retorna às

5h00.

Seu depoimento, como bem apontou a Juíza *a quo*, “*não é totalmente crível, porque ela afirmou que iniciava seu trabalho de catadora de reciclagem às 23h00 e que o réu Bruno foi abordado depois desse horário. Ademais, ela informou que os réus não foram revistados, no entanto, é procedimento da Polícia Militar efetuar a abordagem, até porque não haveria possibilidade de colocar os réus no interior da viatura sem essa providência, diante do risco aos próprios policiais militares que estavam no interior da viatura*”.

Como se vê, a prova defensiva não se mostra apta a abalar a sólida prova que dá respaldo à condenação dos ora apelantes por tráfico de drogas, notadamente a apreensão realizada e os relatos dos insuspeitos policiais militares.

Lado outro, irrelevante a não comercialização da droga no momento da prisão. A prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes independe da venda da droga ou posse de dinheiro, restando bem delineada nos autos a configuração do delito, na modalidade de trazer consigo entorpecentes para fins de tráfico.

A quantidade, natureza e a forma de acondicionamento do entorpecente apreendido – 16 porções de cocaína na forma de *crack*, com peso líquido de 2,5 gramas, 100 porções de *maconha*, com peso líquido de 110 gramas -, somadas à apreensão de dinheiro, à atitude suspeita dos acusados, aos depoimentos dos policiais militares e às demais circunstâncias que ensejaram o flagrante, denotam, de maneira hialina, a traficância dos dois apelantes.

De outra banda, não é crível que policiais militares transportassem consigo drogas, em considerável quantidade, adrede destinada a incriminar inocentes.

Incogitável essa hipótese, não há como conferir crédito ao quanto dito pelos apelantes.

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

4. Passo à análise das reprimendas.

4.1. Quanto a **Bruno**, a pena-base foi fixada no mínimo legal – 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, benigna a compensação entre a agravante da reincidência⁶ e a atenuante da confissão (em que pese ter esta sido apenas informal), mantendo-se inalterada a reprimenda.

Na fase derradeira, ausentes causas de aumento ou diminuição, a pena resulta definitivamente em **5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa no mínimo legal**.

A reincidência, de fato, impede 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 Criminal⁷, 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 especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado

⁶ Fls. 62/64 – processo 1532322-38.2022.8.26.0451.

⁷ Confira-se, a propósito, apelação criminal no. 0032949-88.2010.8.26.0564, relatada pelo eminente Des. WILSON BARREIRA.

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).

4.2 Para **Kayque**, a pena-base foi fixada no mínimo legal, vale dizer, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, inalterada a pena, ante a ausência de agravantes e a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Na derradeira etapa, reputadas presentes as condições necessárias à incidência do redutor previsto no artigo 33 § 4º da Lei Antidrogas, mantenho a aplicação do benefício no coeficiente de 2/3, perfazendo a pena final de **1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa**.

5. Finalmente, quanto a **Kayque**, fixada a pena-base no mínimo e concedido o redutor do art. 33 § 4º. da Lei 11.343/2006, mantenho o regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, e prestação pecuniária de um salário-mínimo em favor de entidade pública ou privada com destinação social.

Quanto a **Bruno**, imodificável o regime inicial fechado estabelecido para o início de cumprimento da reprimenda.

A reincidência específica do acusado e as graves circunstâncias do fato, já enfatizadas — notadamente o tráfico de droga altamente pernicioso (*crack*), praticado em concurso de agentes -, demonstram a insuficiência de regime diverso do fechado para resgate da sanção imposta.

O montante da pena imposta impede a substituição da pena privativa de liberdade 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:

“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).

De qualquer modo, foi expedida guia de recolhimento provisória, 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.

No mais, fica mantida a gratuidade da Justiça, concedida pelo Juízo.

6. Ao réu Bruno foi autorizado o apelo em liberdade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7. Isto posto, pelo meu voto, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento aos recursos.

HERMANN HERSCHANDER

Desembargador Relator